Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 1999 Vol. 3

1er cahier, 1999 Vol. 3

Cited as [1999] 3 S.C.R. 3-197

Renvoi [1999] 3 R.C.S. 3-197

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2000.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) *v.* BCGSEU **3**

Civil rights — Sex — Employment — Adverse effect discrimination — Forest firefighters — Women having more difficulty passing fitness test owing to physiological differences — Whether fitness test a bona fide occupational requirement — Test to be applied — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 13(1)(a), (b), (4).

Fraser River Pile & Dredge Ltd. *v.* Can-Dive Services Ltd. **108**

Contracts — Privity of Contract — Insurance policy — Doctrine of principled exception to privity of contract — Insurance policy including waiver of subrogation — Coverage extending to charterers — Charterer negligent in sinking of barge — Barge owner recovering for loss and agreeing to sue charterer — Whether charterer can rely on waiver of subrogation clause to defend against subrogated action initiated by barge owner's insurers on basis of principled exception to the privity of contract doctrine.

New Brunswick (Minister of Health and Community Services) *v.* G. (J.) **46**

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Whether parent's right to security of person engaged in custody proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether failure to provide parent with legal aid in custody proceedings infringing principles of fundamental justice — If so, whether infringement justified — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).

Family law — Children in care — Ministerial application for extension of custody order — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether parent has constitutional right to state-funded counsel in circumstances of case — Procedure to be followed when unrepresented parent in custody application seeks state-funded counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Appeals — Mootness — Legal issues raised in case moot — Whether Supreme Court should exercise its discretion to decide case.

Continued on next page

SOMMAIRE

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) *c.* BCGSEU **3**

Libertés publiques — Sexe — Emploi — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Pompiers forestiers — Femmes ayant plus de difficulté à réussir des tests d'évaluation de la condition physique en raison de différences physiologiques — Un test d'évaluation de la condition physique est-il une exigence professionnelle justifiée? — Critère applicable — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 13(1)a), b), (4).

Fraser River Pile & Dredge Ltd. *c.* Can-Dive Services Ltd. **108**

Contrats — Lien contractuel — Police d'assurance — Théorie de l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel — Police d'assurance comportant une clause de renonciation à la subrogation — Assurance protégeant les affréteurs — Négligence de la part de l'affréteur dans le naufrage d'une barge — Propriétaire de la barge indemnisé de la perte subie et acceptant de poursuivre l'affréteur — L'affréteur peut-il invoquer une clause de renonciation à la subrogation pour se défendre contre une action subrogatoire intentée par les assureurs du propriétaire de la barge en vertu d'une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel?

Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) *c.* G. (J.) **46**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Le droit du parent à la sécurité de sa personne entre-t-il en jeu dans une instance concernant la garde d'enfants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — L'omission de fournir de l'aide juridique au parent à l'instance concernant la garde a-t-elle porté atteinte aux principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte était-elle justifiée? — Réparation appropriée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).

Droit de la famille — Enfants pris en charge — Demande du ministre visant à obtenir la prorogation d'une ordonnance de garde — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Practice — Constitutional questions — Reformulation — Constitutional questions slightly modified to reflect prospective rather than retrospective nature of case — No prejudice to parties or potential interveners.

Westbank First Nation *v.* British Columbia Hydro and Power Authority **134**

Constitutional law — Crown — Immunity — Taxation — Exemption of public lands — Indian band passing assessment and taxation by-laws pursuant to the Indian Act — Whether by-laws impose taxes — Whether by-laws constitutionally inapplicable to provincial utility — Constitution Act, 1867, s. 125.

Indians — Taxation — Money by-laws — Indian band passing assessment and taxation by-laws pursuant to Indian Act — Whether by-laws constitutionally inapplicable to provincial utility — Constitution Act, 1867, s. 125 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 83(1)(a).

Winters *v.* Legal Services Society **160**

Prisons — Disciplinary hearings — Legal services — Solitary confinement imposed on inmate following alleged assault — Legal Services Society denying inmate legal services for disciplinary hearing — Whether inmate entitled to legal services under s. 3(2) of the Legal Services Society Act — If so, level of services to which he is entitled — Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, c. 227, s. 3(2)(b).

SOMMAIRE (Fin)

enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — Le parent a-t-il le droit constitutionnel d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État dans les circonstances de l'espèce? — Procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Appels — Caractère théorique — Questions juridiques soulevées dans une affaire devenue théorique — La Cour suprême doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire?

Pratique — Questions constitutionnelles — Reformulation — Questions constitutionnelles légèrement modifiées pour refléter la nature rétrospective plutôt que prospective de l'affaire — Absence de préjudice causé aux parties ou aux intervenants potentiels.

Première nation de Westbank *c.* British Columbia Hydro and Power Authority **134**

Droit constitutionnel — Couronne — Immunité — Taxation — Exemption des terres publiques — Règlements d'imposition et de taxation édictés par une bande indienne en vertu de la Loi sur les Indiens — Ces règlements imposent-ils des taxes? — Ces règlements sont-ils constitutionnellement inapplicables à une entreprise de service public provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 125.

Indiens — Taxation — Règlements financiers — Règlements d'imposition et de taxation édictés par une bande indienne en vertu de la Loi sur les Indiens — Les règlements sont-ils constitutionnellement inapplicables à une entreprise de service public provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 125 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 83(1)a).

Winters *c.* Legal Services Society **160**

Prisons — Audiences disciplinaires — Services juridiques — Isolement cellulaire infligé à un détenu accusé de s'être livré à des voies de fait — Refus de la Legal Services Society de fournir des services juridiques à l'audience disciplinaire — Le détenu a-t-il droit à des services juridiques en application de l'art. 3(2) de la Legal Services Society Act? — Dans l'affirmative, à quel niveau de services a-t-il droit? — Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, ch. 227, art. 3(2)b).

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 3, 1999

3e volume, 1999

The British Columbia Government and Service Employees' Union *Appellant*

v.

The Government of the Province of British Columbia as represented by the Public Service Employee Relations Commission *Respondent*

and

The British Columbia Human Rights Commission, the Women's Legal Education and Action Fund, the DisAbled Women's Network of Canada and the Canadian Labour Congress *Interveners*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (PUBLIC SERVICE EMPLOYEE RELATIONS COMMISSION) *v.* BCGSEU

File No.: 26274.

1999: February 22; 1999: September 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil rights — Sex — Employment — Adverse effect discrimination — Forest firefighters — Women having more difficulty passing fitness test owing to physiological differences — Whether fitness test a bona fide occupational requirement — Test to be applied — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 13(1)(a), (b), (4).

The British Columbia government established minimum physical fitness standards for its forest firefighters. One of the standards was an aerobic standard. The claimant, a female firefighter who had in the past performed her work satisfactorily, failed to meet the aerobic standard after four attempts and was dismissed. The claimant's union brought a grievance on her behalf.

Le British Columbia Government and Service Employees' Union *Appelant*

c.

Le gouvernement de la province de la Colombie-Britannique, représenté par la Public Service Employee Relations Commission *Intimé*

et

La British Columbia Human Rights Commission, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Congrès du travail du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: COLOMBIE-BRITANNIQUE (PUBLIC SERVICE EMPLOYEE RELATIONS COMMISSION) *c.* BCGSEU

N° du greffe: 26274.

1999: 22 février; 1999: 9 septembre.

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

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

Libertés publiques — Sexe — Emploi — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Pompiers forestiers — Femmes ayant plus de difficulté à réussir des tests d'évaluation de la condition physique en raison de différences physiologiques — Un test d'évaluation de la condition physique est-il une exigence professionnelle justifiée? — Critère applicable — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 13(1)a), b), (4).

Le gouvernement de la Colombie-Britannique a établi des normes minimales de condition physique pour ses pompiers forestiers. L'une d'elles était une norme aérobique. La demanderesse, une pompière forestière qui avait fait son travail de façon satisfaisante dans le passé, n'a pas réussi à satisfaire à la norme aérobique après quatre essais et a été congédiée. Son syndicat a déposé un grief en son nom.

Evidence accepted by the arbitrator designated to hear the grievance demonstrated that, owing to physiological differences, most women have a lower aerobic capacity than most men and that, unlike most men, most women cannot increase their aerobic capacity enough with training to meet the aerobic standard. No credible evidence showed that the prescribed aerobic capacity was necessary for either men or women to perform the work of a forest firefighter safely and efficiently. The arbitrator found that the claimant had established a *prima facie* case of adverse effect discrimination and that the Government had not discharged its burden of showing that it had accommodated the claimant to the point of undue hardship. The Court of Appeal allowed an appeal from that decision. The narrow issue here was whether the Government improperly dismissed the claimant. The broader legal issue, however, was whether the aerobic standard that led to her dismissal unfairly excluded women from forest firefighting jobs.

Held: The appeal should be allowed.

The conventional approach of categorizing discrimination as "direct" or "adverse effect" discrimination should be replaced by a unified approach for several reasons. First, the distinction between a standard that is discriminatory on its face and a neutral standard that is discriminatory in its effect is difficult to justify: few cases can be so neatly characterized. Second, it is disconcerting that different remedies are available depending on the stream into which a malleable initial inquiry shunts the analysis. Third, the assumption that leaving an ostensibly neutral standard in place is appropriate so long as its adverse effects are felt only by a numerical minority is questionable: the standard itself is discriminatory because it treats some individuals differently from others on the basis of a prohibited ground, the size of the "affected group" is easily manipulable, and the affected group can actually constitute a majority of the workforce. Fourth, the distinctions between the elements an employer must establish to rebut a *prima facie* case of direct or adverse effect discrimination are difficult to apply in practice. Fifth, the conventional analysis may serve to legitimize systemic discrimination. Sixth, a bifurcated approach may compromise both the broad purposes and the specific terms of the *Human Rights Code*. Finally, the focus by the conventional analysis on the mode of discrimination differs in substance from the

La preuve acceptée par l'arbitre désigné pour entendre le grief démontrait qu'en raison de différences physiologiques la plupart des femmes ont une capacité aérobique moindre que celle de la plupart des hommes et que, contrairement à la plupart des hommes, la majorité des femmes sont incapables en s'entraînant d'accroître leur capacité aérobique d'une manière suffisante pour satisfaire à la norme aérobique. Il n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que soit les hommes soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de manière sûre et efficace. L'arbitre a conclu que la demanderesse avait établi une preuve *prima facie* de l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que le gouvernement ne s'était pas acquitté de son obligation de démontrer qu'il avait composé avec elle tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive. La Cour d'appel a accueilli un appel de cette décision. Il s'agissait strictement de savoir, en l'espèce, si le gouvernement avait congédié irrégulièrement la demanderesse. La question de droit générale, toutefois, était de savoir si la norme aérobique qui a mené au congédiement de la demanderesse excluait injustement les femmes des emplois de pompier forestier.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il y a lieu, pour plusieurs raisons, de remplacer par une méthode unifiée la méthode conventionnelle consistant à classer la discrimination dans la catégorie de la discrimination «directe» ou dans celle de la discrimination «par suite d'un effet préjudiciable». Premièrement, la distinction entre une norme qui est discriminatoire à première vue et une norme neutre qui a un effet discriminatoire est difficile à justifier: peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés. Deuxièmement, il est déconcertant que différentes réparations soient disponibles selon l'orientation qu'un examen malléable initial donne à l'analyse. Troisièmement, la présomption qu'il convient de maintenir une norme apparemment neutre pourvu que ses effets préjudiciables ne soient subis que par une minorité sur le plan du nombre est douteuse: la norme elle-même est discriminatoire parce qu'elle traite certains individus différemment des autres pour un motif prohibé, la taille du «groupe touché» est facilement manipulable et le groupe touché peut en fait être composé de la majorité des employés. Quatrièmement, les distinctions entre les éléments qu'un employeur doit établir pour réfuter une preuve *prima facie* de discrimination directe ou de discrimination par suite d'un effet préjudiciable sont difficiles à appliquer en pratique. Cinquièmement, l'analyse conventionnelle peut contribuer à légitimer la discrimination systémique. Sixièmement,

approach taken to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

A three-step test should be adopted for determining whether an employer has established, on a balance of probabilities, that a *prima facie* discriminatory standard is a *bona fide* occupational requirement (BFOR). First, the employer must show that it adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job. The focus at the first step is not on the validity of the particular standard, but rather on the validity of its more general purpose. Second, the employer must establish that it adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose. Third, the employer must establish that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

It may often be useful to consider separately, first, the procedures, if any, which were adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer's reasons for not offering any such standard.

Here, the claimant having established a *prima facie* case of discrimination, the burden shifts to the Government to demonstrate that the aerobic standard is a BFOR. The Government has satisfied the first two steps of the BFOR analysis. However, the Government failed to demonstrate that this particular aerobic standard is reasonably necessary to identify those persons who are able to perform the tasks of a forest firefighter safely and efficiently. The Government has not established that it would experience undue hardship if a different standard were used.

The procedures adopted by the researchers who developed the aerobic standard were problematic on two levels. First, their approach was primarily a descriptive one. However, merely describing the characteristics of a test subject does not necessarily allow one to identify the standard minimally required for the safe and efficient performance of the job. Second, the studies failed to distinguish the female test subjects from the male test

une méthode à deux volets risque de contrecarrer à la fois les objectifs généraux et le libellé particulier du *Human Rights Code*. Enfin, l'analyse conventionnelle, qui porte sur le mode de discrimination, diffère fondamentalement de la façon dont le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été abordé.

Il y a lieu d'adopter une méthode en trois étapes pour déterminer si un employeur a établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'une norme discriminatoire à première vue est une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Premièrement, l'employeur doit démontrer qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause. À cette première étape, l'analyse porte non pas sur la validité de la norme particulière, mais plutôt sur la validité de son objet plus général. Deuxièmement, l'employeur doit établir qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Troisièmement, l'employeur doit établir que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

Il peut souvent se révéler utile d'examiner séparément, d'abord, la procédure, s'il en est, qui a été adoptée pour étudier la question de l'accommodement, et, ensuite, la teneur réelle d'une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme.

Étant donné, en l'espèce, que la demanderesse a établi une preuve *prima facie* de discrimination, il appartient au gouvernement de démontrer que la norme aérobique est une EPJ. Le gouvernement a satisfait aux deux premières étapes de l'analyse concernant l'EPJ. Toutefois, le gouvernement n'a pas démontré que cette norme aérobique particulière est raisonnablement nécessaire pour déceler les personnes en mesure d'exécuter de façon sûre et efficace les tâches de pompier forestier. Le gouvernement n'a pas prouvé qu'il subirait une contrainte excessive si une norme différente était utilisée.

La procédure adoptée par les chercheurs qui ont conçu la norme aérobique posait un problème à deux égards. Premièrement, leur méthode était principalement de nature descriptive. Cependant, le simple fait de décrire les caractéristiques d'une personne testée ne permet pas nécessairement d'identifier la norme minimale nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail en question. Deuxièmement, les études n'ont pas fait la

subjects, who constituted the majority of the sample groups. The record therefore did not permit a decision as to whether men and women require the same minimum level of aerobic capacity to perform a forest firefighter's tasks safely and efficiently.

Assuming that the Government had properly addressed the question of accommodation in a procedural sense, its response that it would experience undue hardship if it had to accommodate the claimant is deficient from a substantive perspective. There is no reason to interfere with the arbitrator's holding that the evidence fell well short of establishing that the claimant posed a serious safety risk to herself, her colleagues, or the general public. The Government also claimed that accommodating the claimant would undermine the morale of the workforce. However, the attitudes of those who seek to maintain a discriminatory practice cannot be determinative of whether the employer has accommodated the claimant to the point of undue hardship. If it were possible to perform the tasks of a forest firefighter safely and efficiently without meeting the aerobic standard, the rights of other forest firefighters would not be affected by allowing the claimant to continue performing her job. The order of the arbitrator reinstating the claimant to her former position and compensating her for lost wages and benefits was restored.

Cases Cited

Referred to: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Ontario (Human Rights Commission) v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733; *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Canada (Attorney General) v. Levac*, [1992] 3 F.C. 463; *Large v. Stratford (City)* (1992), 92 D.L.R. (4th) 565; *Saran v. Delta Cedar*

distinction entre les femmes testées et les hommes testés qui composaient la majorité des groupes-échantillons. Le dossier ne permettait donc pas de décider si les femmes et les hommes avaient besoin de la même capacité aérobique minimale pour exécuter de façon sûre et efficace les tâches d'un pompier forestier.

À supposer que le gouvernement ait bien examiné la question de l'accommodement sur le plan procédural, sa réponse qu'il subirait une contrainte excessive s'il devait composer avec la demanderesse est déficiente sur le plan du fond. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de l'arbitre que la preuve n'établissait pas que la demanderesse présentait un risque grave pour sa propre sécurité, celle de ses collègues et celle du public en général. Le gouvernement a également prétendu que composer avec la demanderesse minerait le moral des employés. Toutefois, l'attitude de ceux qui cherchent à maintenir une pratique discriminatoire ne saurait être déterminante quant à la question de savoir si l'employeur a composé avec la demanderesse tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive. S'il était possible d'exécuter les tâches d'un pompier forestier de manière sûre et efficace sans satisfaire à la norme aérobique, le fait de permettre à la demanderesse de continuer d'exécuter son travail ne porterait pas atteinte aux droits des autres pompiers forestiers. L'ordonnance de l'arbitre enjoignant de réintégrer la demanderesse dans ses anciennes fonctions et de l'indemniser de la perte de salaire et d'avantages qu'elle a subie est rétablie.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Canada (Procureur général) c. Levac*, [1992] 3 C.F. 463; *Large c. Stratford (City)*

Products Ltd., [1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL); *Grismer v. British Columbia (Attorney General)* (1994), 25 C.H.R.R. D/296; *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *R. v. Cranston*, [1997] C.H.R.D. No. 1 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(2) [am. 1998, c. 9, s. 10].
Human Rights Act, S.Y. 1987, c. 3, s. 7.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 3, 13(1)(a), (b), (4).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 24(2).
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, s. 12.

Authors Cited

Canada. Canadian Human Rights Commission. *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament*. Ottawa: The Commission, 1986.
Crane, M. C. "Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?" (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209.
Day, Shelagh, and Gwen Brodsky. "The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433.
Etherington, Brian. "Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.
Lepofsky, M. David. "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1.

(1992), 92 D.L.R. (4th) 565; *Saran c. Delta Cedar Products Ltd.*, [1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL); *Grismer c. British Columbia (Attorney General)* (1994), 25 C.H.R.R. D/296; *Thwaites c. Canada (Forces armées)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *R. c. Cranston*, [1997] D.C.D.P. nº 1 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45, art. 12.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 24(2).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 3, 13(1)a), b), (4).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15(2) [mod. 1998, ch. 9, art. 10].
Loi sur les droits de la personne, L.Y. 1987, ch. 3, art. 7.

Doctrine citée

Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: Rapport spécial au Parlement*. Ottawa: La Commission, 1986.
Crane, M. C. «Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?» (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209.
Day, Shelagh, and Gwen Brodsky. «The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?» (1996), 75 *R. du B. can.* 433.
Etherington, Brian. «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.
Lepofsky, M. David. «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1.

McKenna, Ian B. "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153.

Messing, Karen. *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers*. Philadelphia: Temple University Press, 1998.

Messing, Karen, and Joan Stevenson. "Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace" (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156.

Molloy, Anne M. "Disability and the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23.

Pentney, William. "Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96" (1996), 25 C.H.R.R. C/6.

Phillips, Paul, and Erin Phillips. *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market*, rev. ed. Toronto: James Lorimer & Co., 1993.

Watkin, Kenneth. "The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the *Charter*: Why So Many Tests?" (1993), 2 *N.J.C.L.* 63.

Yalden, Maxwell F. "The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 317, 94 B.C.A.C. 292, 152 W.A.C. 292, 149 D.L.R. (4th) 261, [1997] 9 W.W.R. 759, 30 C.H.R.R. D/83, [1997] B.C.J. No. 1630 (QL), allowing an appeal from a decision of a Labour Arbitration Board (1996), 58 L.A.C. (4th) 159, allowing a grievance and reinstating the employee with full compensation. Appeal allowed.

Kenneth R. Curry, *Gwen Brodsky*, *John Brewin* and *Michelle Alman*, for the appellant.

Peter A. Gall, *Lindsay M. Lyster* and *Janine Benedet*, for the respondent.

Deirdre A. Rice, for the intervener the British Columbia Human Rights Commission.

Kate A. Hughes and *Melina Buckley*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the DisAbled Women's Network of Canada and the Canadian Labour Congress.

McKenna, Ian B. «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98), 29 *R.D. Ottawa* 153.

Messing, Karen. *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers*. Philadelphia: Temple University Press, 1998.

Messing, Karen, and Joan Stevenson. «Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace» (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156.

Molloy, Anne M. «Disability and the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23.

Pentney, William. «Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96» (1996), 25 C.H.R.R. C/6.

Phillips, Paul, and Erin Phillips. *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market*, rev. ed. Toronto: James Lorimer & Co., 1993.

Watkin, Kenneth. «The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the *Charter*: Why So Many Tests?» (1993), 2 *N.J.C.L.* 63.

Yalden, Maxwell F. «The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 317, 94 B.C.A.C. 292, 152 W.A.C. 292, 149 D.L.R. (4th) 261, [1997] 9 W.W.R. 759, 30 C.H.R.R. D/83, [1997] B.C.J. No. 1630 (QL), qui a accueilli un appel contre la décision d'un conseil d'arbitrage (1996), 58 L.A.C. (4th) 159, qui avait accueilli un grief et réintégré l'employée dans ses fonctions avec pleine compensation. Pourvoi accueilli.

Kenneth R. Curry, *Gwen Brodsky*, *John Brewin* et *Michelle Alman*, pour l'appelant.

Peter A. Gall, *Lindsay M. Lyster* et *Janine Benedet*, pour l'intimé.

Deirdre A. Rice, pour l'intervenante la British Columbia Human Rights Commission.

Kate A. Hughes et *Melina Buckley*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Congrès du travail du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

Seven years ago Tawney Meiorin was hired as a forest firefighter by the Province of British Columbia (the "Government"). Although she did her work well, she lost her job three years later when the Government adopted a new series of fitness tests for forest firefighters. She passed three of the tests but failed a fourth one, a 2.5 kilometre run designed to assess whether she met the Government's aerobic standard, by taking 49.4 seconds longer than required.

The narrow issue in this case is whether the Government improperly dismissed Ms. Meiorin from her job as a forest firefighter. The broader legal issue is whether the aerobic standard that led to Ms. Meiorin's dismissal unfairly excludes women from forest firefighting jobs. Employers seeking to maintain safety may err on the side of caution and set standards higher than are necessary for the safe performance of the work. However, if men and women do not have an equal ability to meet the excessive standard, the effect may be to exclude qualified female candidates from employment for no reason but their gender. Like human rights legislation throughout Canada, the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, seeks to counter this by requiring employers to justify their standards where *prima facie* discrimination is established. The question in this case is whether the Government has done so.

Although this case may be resolved on the basis of the conventional bifurcated analysis this Court has applied to claims of workplace discrimination under human rights statutes, the parties have

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

Il y a sept ans, Tawney Meiorin a été embauchée comme pompière forestière par la province de la Colombie-Britannique (le «gouvernement»). Même si elle effectuait bien son travail, elle a perdu son emploi trois ans plus tard à la suite de l'adoption par le gouvernement d'une nouvelle série de tests d'évaluation de la condition physique des pompiers forestiers. Elle a réussi trois de ces tests, mais a échoué le quatrième, destiné à vérifier si elle respectait la norme aérobique du gouvernement, en excédant de 49,4 secondes le délai maximal prescrit pour franchir à la course une distance de 2,5 kilomètres. 1

Il s'agit strictement de savoir, en l'espèce, si le gouvernement a mis fin irrégulièrement à l'emploi de pompière forestière de M^me^ Meiorin. La question de droit générale est de savoir si la norme aérobique qui a mené au congédiement de M^me^ Meiorin exclut injustement les femmes des emplois de pompier forestier. Les employeurs qui cherchent à assurer la sécurité peuvent pécher par excès de prudence et établir des normes plus élevées que ce qui est nécessaire à l'exécution sûre du travail. Cependant, si les hommes et les femmes n'ont pas la même capacité de satisfaire à cette norme excessive, cela peut avoir pour effet d'exclure des postulantes qualifiées en raison uniquement de leur sexe. À l'instar des autres lois sur les droits de la personne que l'on trouve au Canada, le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, de la Colombie-Britannique tente de prévenir cette situation en exigeant des employeurs qu'ils justifient leurs normes lorsque l'existence de discrimination à première vue est établie. En l'espèce, la question est de savoir si cela a été fait par le gouvernement. 2

Même si la présente affaire peut être résolue au moyen de l'analyse conventionnelle à deux volets que notre Cour a appliquée à des demandes fondées sur une loi en matière de droits de la 3

invited us to reconsider that approach. Accepting this invitation, I propose a revised approach to what an employer must show to justify a *prima facie* case of discrimination. On this approach, I conclude that Ms. Meiorin has demonstrated that the Government's aerobic standard is *prima facie* discriminatory and the Government has failed to establish on the record before this Court that it is a *bona fide* occupational requirement ("BFOR"). I would therefore allow the appeal and restore the arbitrator's decision to reinstate Ms. Meiorin.

personne, dans lesquelles on alléguait l'existence de discrimination en milieu de travail, les parties nous ont invité à reconsidérer cette méthode. Je me rends à leur invitation en proposant une nouvelle méthode quant à ce que l'employeur doit démontrer à titre de justification en présence d'une preuve *prima facie* de discrimination. Suivant cette méthode, je conclus que M^me^ Meiorin a démontré que la norme aérobique du gouvernement est discriminatoire à première vue et que, d'après le dossier dont notre Cour est saisie, le gouvernement n'a pas établi que cette norme est une exigence professionnelle justifiée («EPJ»). Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de l'arbitre de réintégrer M^me^ Meiorin dans ses fonctions.

II. Facts

4 Ms. Meiorin was employed for three years by the British Columbia Ministry of Forests as a member of a three-person Initial Attack Forest Firefighting Crew in the Golden Forest District. The crew's job was to attack and suppress forest fires while they were small and could be contained. Ms. Meiorin's supervisors found her work to be satisfactory.

5 Ms. Meiorin was not asked to take a physical fitness test until 1994, when she was required to pass the Government's "Bona Fide Occupational Fitness Tests and Standards for B.C. Forest Service Wildland Firefighters" (the "Tests"). The Tests required that the forest firefighters weigh less than 200 lbs. (with their equipment) and complete a shuttle run, an upright rowing exercise, and a pump carrying/hose dragging exercise within stipulated times. The running test was designed to test the forest firefighters' aerobic fitness and was based on the view that forest firefighters must have a minimum "VO_2 max" of 50 $ml \cdot kg^{-1} \cdot min^{-1}$ (the "aerobic standard"). "VO_2 max" measures "maximal oxygen uptake", or the rate at which the body

II. Les faits

Madame Meiorin a travaillé pour le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique pendant trois ans en tant que membre d'une équipe de choc de trois personnes chargée de lutter contre les incendies de forêt, dans le district de Golden Forest. Le travail de l'équipe consistait à lutter contre les feux de forêts et à les éteindre lorsqu'ils étaient mineurs et pouvaient être circonscrits. Les superviseurs de M^me^ Meiorin jugeaient son travail satisfaisant.

Ce n'est qu'en 1994 que M^me^ Meiorin a été appelée à subir des tests du gouvernement qui permettraient d'évaluer sa condition physique, soit les «Bona Fide Occupational Fitness Tests and Standards for B.C. Forest Service Wildland Firefighters». Ces tests exigeaient que les pompiers forestiers pèsent moins de 200 livres (avec leur équipement) et qu'ils effectuent une course-navette, un exercice de flexion verticale des bras ainsi qu'un exercice de portage de pompes et de tir de boyaux à l'intérieur de certains délais. L'épreuve de course visait à évaluer la condition aérobique du pompier forestier et reposait sur l'idée que les pompiers forestiers doivent avoir au moins un «VO_2 max» de 50 $ml \cdot kg^{-1} \cdot min^{-1}$ (la «norme aérobique»). Le «VO_2 max» mesure la «consommation maximale d'oxygène», ou le rythme auquel le corps peut absorber l'oxygène,

can take in oxygen, transport it to the muscles, and use it to produce energy.

The Tests were developed in response to a 1991 Coroner's Inquest Report that recommended that only physically fit employees be assigned as front-line forest firefighters for safety reasons. The Government commissioned a team of researchers from the University of Victoria to undertake a review of its existing fitness standards with a view to protecting the safety of firefighters while meeting human rights norms. The researchers developed the Tests by identifying the essential components of forest firefighting, measuring the physiological demands of those components, selecting fitness tests to measure those demands and, finally, assessing the validity of those tests.

The researchers studied various sample groups. The specific tasks performed by forest firefighters were identified by reviewing amalgamated data collected by the British Columbia Forest Service. The physiological demands of those tasks were then measured by observing test subjects as they performed them in the field. One simulation involved 18 firefighters, another involved 10 firefighters, but it is unclear from the researchers' report whether the subjects at this stage were male or female. The researchers asked a pilot group of 10 university student volunteers (6 females and 4 males) to perform a series of proposed fitness tests and field exercises. After refining the preferred tests, the researchers observed them being performed by a larger sample group composed of 31 forest firefighter trainees and 15 university student volunteers (31 males and 15 females), and correlated their results with the group's performance in the field. Having concluded that the preferred tests were accurate predictors of actual forest firefighting performance — including the running test designed to gauge whether the subject met the

l'acheminer aux muscles et l'utiliser pour produire de l'énergie.

6 Les tests ont été conçus à la suite du dépôt, en 1991, d'un rapport d'enquête du coroner qui recommandait que, pour des raisons de sécurité, seuls les employés en bonne condition physique soient affectés à la lutte de première ligne contre les incendies de forêt. Le gouvernement a chargé une équipe de chercheurs de l'Université de Victoria d'entreprendre l'examen de ses normes existantes en matière de condition physique en vue d'assurer la sécurité des pompiers forestiers tout en respectant les normes relatives aux droits de la personne. Les chercheurs ont mis au point les tests en identifiant les éléments essentiels de la lutte contre les incendies de forêt, en mesurant les exigences physiologiques de ces éléments, en choisissant des tests d'évaluation physique permettant de mesurer ces exigences et, enfin, en vérifiant la validité de ces tests.

7 Les chercheurs ont étudié divers groupes-échantillons. Les tâches particulières exécutées par les pompiers forestiers ont été identifiées au moyen d'un mélange de données recueillies par le British Columbia Forest Service. Les exigences physiologiques de ces tâches ont alors été mesurées en regardant les personnes testées les exécuter sur le terrain. Une simulation comportait 18 pompiers tandis qu'une autre en comportait 10, mais le rapport des chercheurs n'indique pas clairement si les personnes testées, à ce stade, étaient des hommes ou des femmes. Les chercheurs ont ensuite demandé à un groupe-pilote composé de 10 étudiants universitaires volontaires (6 femmes et 4 hommes) de subir une série de projets de test d'évaluation de la condition physique et d'exercices sur le terrain. Après avoir perfectionné les tests préférés, les chercheurs les ont fait subir à un groupe-échantillon plus important de 31 pompiers forestiers stagiaires et de 15 étudiants universitaires volontaires (31 hommes et 15 femmes), et ont comparé les résultats obtenus avec la performance du groupe sur le terrain. Ayant conclu que les tests préférés, y compris l'épreuve de course destinée à évaluer si le sujet respectait la norme aérobique, constituaient des indicateurs prévision-

aerobic standard — the researchers presented their report to the Government in 1992.

8 A follow-up study in 1994 of 77 male forest firefighters and 2 female forest firefighters used the same methodology. However, the researchers this time recommended that the Government initiate another study to examine the impact of the Tests on women. There is no evidence before us that the Government has yet responded to this recommendation.

9 Two aspects of the researchers' methodology are critical to this case. First, it was primarily descriptive, based on measuring the average performance levels of the test subjects and converting this data into minimum performance standards. Second, it did not seem to distinguish between the male and female test subjects.

10 After four attempts, Ms. Meiorin failed to meet the aerobic standard, running the distance in 11 minutes and 49.4 seconds instead of the required 11 minutes. As a result, she was laid off. Her union subsequently brought a grievance on her behalf. The arbitrator designated to hear the grievance was required to determine whether she had been improperly dismissed.

11 Evidence accepted by the arbitrator demonstrated that, owing to physiological differences, most women have lower aerobic capacity than most men. Even with training, most women cannot increase their aerobic capacity to the level required by the aerobic standard, although training can allow most men to meet it. The arbitrator also heard evidence that 65 percent to 70 percent of male applicants pass the Tests on their initial attempts, while only 35 percent of female applicants have similar success. Of the 800 to 900 Initial Attack Crew members employed by the Government in 1995, only 100 to 150 were female.

nels précis de rendement en matière de lutte contre les incendies de forêt, les chercheurs ont présenté leur rapport au gouvernement en 1992.

La même méthodologie a été utilisée, en 1994, pour effectuer une étude complémentaire auprès de 77 pompiers forestiers et de 2 pompières forestières. Cependant, les chercheurs ont recommandé, cette fois, que le gouvernement entreprenne une autre étude pour examiner l'incidence des tests sur les femmes. On ne nous a soumis aucune preuve que le gouvernement a jusqu'à maintenant donné suite à cette recommandation.

Deux aspects de la méthodologie utilisée par les chercheurs sont cruciaux en l'espèce. Premièrement, elle était principalement de nature descriptive, et consistait à mesurer les niveaux de rendement moyens des personnes testées et à convertir ces données en normes de rendement minimales. Deuxièmement, elle ne semblait établir aucune distinction entre les hommes et les femmes qui subissaient les tests.

Après quatre essais, M^me^ Meiorin n'a pas réussi à satisfaire à la norme aérobique, ayant parcouru la distance requise en 11 minutes et 49,4 secondes plutôt que dans le délai prescrit de 11 minutes. Elle a donc été congédiée. Son syndicat a, par la suite, déposé un grief en son nom. L'arbitre désigné pour entendre le grief devait déterminer si elle avait été congédiée irrégulièrement.

La preuve acceptée par l'arbitre démontrait qu'en raison de différences physiologiques la plupart des femmes ont une capacité aérobique moindre que celle de la plupart des hommes. Même en s'entraînant, la plupart des femmes sont incapables d'accroître leur capacité aérobique au niveau requis par la norme aérobique, bien que l'entraînement puisse permettre à la plupart des hommes de le faire. L'arbitre a également entendu des témoignages selon lesquels entre 65 et 70 pour 100 des postulants réussissent les tests à leur premier essai, tandis que seulement 35 pour 100 des postulantes en font autant. Parmi les 800 à 900 membres de l'équipe de choc employés par le gouvernement en 1995, seulement 100 à 150 étaient des femmes.

There was no credible evidence showing that the prescribed aerobic capacity was necessary for either men or women to perform the work of a forest firefighter satisfactorily. On the contrary, Ms. Meiorin had in the past performed her work well, without apparent risk to herself, her colleagues or the public.

Il n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que soit les hommes soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de façon satisfaisante. Au contraire, M^me^ Meiorin avait bien fait son travail dans le passé, sans présenter de risque apparent pour elle-même, ses collègues ou le public. 12

III. The Rulings

III. Les décisions

The arbitrator found that Ms. Meiorin had established a *prima facie* case of adverse effect discrimination by showing that the aerobic standard has a disproportionately negative effect on women as a group. He further found that the Government had presented no credible evidence that Ms. Meiorin's inability to meet the aerobic standard meant that she constituted a safety risk to herself, her colleagues, or the public, and hence had not discharged its burden of showing that it had accommodated Ms. Meiorin to the point of undue hardship. He ordered that she be reinstated to her former position and compensated for her lost wages and benefits: (1996), 58 L.A.C. (4th) 159.

L'arbitre a conclu que M^me^ Meiorin avait établi une preuve *prima facie* de l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, en démontrant que la norme aérobique avait un effet négatif disproportionné sur les femmes en tant que groupe. Il a également conclu que le gouvernement n'avait présenté aucune preuve crédible que l'incapacité de M^me^ Meiorin de satisfaire à la norme aérobique signifiait qu'elle mettait en péril sa sécurité, celle de ses collègues ou celle du public, et qu'il ne s'était donc pas acquitté de son obligation de démontrer qu'il avait composé avec M^me^ Meiorin tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive. Il a ordonné qu'elle soit réintégrée dans ses anciennes fonctions et indemnisée de la perte de salaire et d'avantages qu'elle avait subie: (1996), 58 L.A.C. (4th) 159. 13

The Court of Appeal ((1997), 37 B.C.L.R. (3d) 317) did not distinguish between direct and adverse effect discrimination. It held that so long as the standard is necessary to the safe and efficient performance of the work and is applied through individualized testing, there is no discrimination. The Court of Appeal (mistakenly) read the arbitrator's reasons as finding that the aerobic standard was necessary to the safe and efficient performance of the work. Since Ms. Meiorin had been individually tested against this standard, it allowed the appeal and dismissed her claim. The Court of Appeal commented that to permit Ms. Meiorin to succeed would create "reverse discrimination", i.e., to set a lower standard for women than for men would discriminate against those men who failed to meet the men's standard

La Cour d'appel ((1997), 37 B.C.L.R. (3d) 317) n'a pas établi de distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Elle a décidé que, dans la mesure où la norme est nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail et qu'elle est appliquée au moyen de tests individualisés, il n'y a pas de discrimination. La Cour d'appel a (erronément) interprété les motifs de l'arbitre comme concluant que la norme aérobique était nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail. Étant donné que M^me^ Meiorin avait été testée individuellement selon cette norme, la cour a accueilli l'appel et rejeté sa demande. La Cour d'appel a souligné que donner gain de cause à M^me^ Meiorin créerait de la «discrimination à rebours», c'est-à-dire que l'établissement d'une norme moins élevée pour les femmes que pour les hommes serait discriminatoire envers les hommes qui n'ont pas réussi à satisfaire à la norme qui leur était applicable, mais qui étaient néanmoins en 14

but were nevertheless capable of meeting the women's standard.

IV. Statutory Provisions

15 The following provisions of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, are at issue on this appeal:

Discrimination in employment

13 (1) A person must not

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or

(b) discriminate against a person regarding employment or any term or condition of employment

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation or age of that person or because that person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

. . .

(4) Subsections (1) and (2) do not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

V. The Issues

16 The first issue on this appeal is the test applicable to s. 13(1) and (4) of the British Columbia *Human Rights Code*. The second issue is whether, on this test, Ms. Meiorin has established that the Government violated the Code.

VI. Analysis

17 As a preliminary matter, I must sort out a characterization issue. The Court of Appeal seems to have understood the arbitrator as having held

mesure de satisfaire à la norme applicable aux femmes.

IV. Les dispositions législatives

Le présent pourvoi porte sur les dispositions suivantes du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 210:

[TRADUCTION]

Discrimination en matière d'emploi

13 (1) Nul ne peut

a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne;

b) faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d'origine, de ses opinions politiques, de sa religion, de son état matrimonial, de sa situation familiale, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son orientation sexuelle ou de son âge, ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction criminelle ou d'une infraction punissable par procédure sommaire qui n'ont aucun rapport avec l'emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

. . .

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas à un refus, à une limite, à une spécification ou à une préférence fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

V. Les questions en litige

La première question en litige dans le présent pourvoi est celle du critère applicable aux par. 13(1) et (4) du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique. La deuxième question en litige est de savoir si, selon ce critère, M^me^ Meiorin a prouvé que le gouvernement a contrevenu au Code.

VI. Analyse

À titre préliminaire, je dois régler une question de caractérisation. La Cour d'appel semble avoir compris que l'arbitre a conclu que la capacité de

that the ability to meet the aerobic standard is necessary to the safe and efficient performance of the work of an Initial Attack Crew member. With respect, I cannot agree with this reading of the arbitrator's reasons.

The arbitrator held that the standard was one of the appropriate measurements available to the Government and that there is generally a reasonable relationship between aerobic fitness and the ability to perform the job of an Initial Attack Crew member. This falls short, however, of an affirmative finding that the ability to meet the aerobic standard chosen by the Government is necessary to the safe and efficient performance of the job. To the contrary, that inference is belied by the arbitrator's conclusion that, despite her failure to meet the aerobic standard, Ms. Meiorin did not pose a serious safety risk to herself, her colleagues, or the general public. I therefore proceed on the view that the arbitrator did not find that an applicant's ability to meet the aerobic standard is necessary to his or her ability to perform the tasks of an Initial Attack Crew member safely and efficiently. This leaves us to face squarely the issue of whether the aerobic standard is unjustifiably discriminatory within the meaning of the Code.

A. *The Test*

1. The Conventional Approach

The conventional approach to applying human rights legislation in the workplace requires the tribunal to decide at the outset into which of two categories the case falls: (1) "direct discrimination", where the standard is discriminatory on its face, or (2) "adverse effect discrimination", where the facially neutral standard discriminates in effect: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (hereinafter "*O'Malley*"), at p. 551, *per* McIntyre J. If a *prima facie* case of either form of discrimination is established, the burden shifts to the employer to justify it.

satisfaire à la norme aérobique était nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail d'un membre de l'équipe de choc. En toute déférence, je ne puis être d'accord avec cette interprétation des motifs de l'arbitre.

18 L'arbitre a décidé que la norme constituait l'une des mesures d'évaluation appropriées dont dispose le gouvernement et qu'il existe généralement un lien raisonnable entre la condition aérobique et la capacité d'exécuter le travail de membre de l'équipe de choc. Cela ne constitue toutefois pas une conclusion catégorique que la capacité de satisfaire à la norme aérobique choisie par le gouvernement est nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail. Au contraire, cette déduction est contredite par la conclusion de l'arbitre qu'en dépit de son omission de satisfaire à la norme aérobique M^me^ Meiorin ne présentait aucun risque grave pour sa propre sécurité, celle de ses collègues ou celle du public en général. Je pars donc du point de vue que l'arbitre n'a pas conclu qu'un postulant doit pouvoir satisfaire à la norme aérobique pour être en mesure d'exécuter de manière sûre et efficace les tâches d'un membre de l'équipe de choc. Il nous reste donc à aborder carrément la question de savoir si la norme aérobique est discriminatoire de façon injustifiable au sens du Code.

A. *Le critère*

1. La méthode conventionnelle

19 La méthode conventionnelle d'application des lois sur les droits de la personne en milieu de travail exige du tribunal qu'il décide, au départ, dans laquelle de deux catégories tombe l'affaire dont il est saisi: (1) celle de la «discrimination directe», où la norme est discriminatoire à première vue, ou (2) celle de la «discrimination par suite d'un effet préjudiciable», où la norme neutre à première vue a un effet discriminatoire: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après «*O'Malley*»), à la p. 551, le juge McIntyre. Lorsqu'il y a preuve *prima facie* de l'existence d'une forme ou l'autre de discrimination, il appartient alors à l'employeur de justifier la discrimination en cause.

20 In the case of direct discrimination, the employer may establish that the standard is a BFOR by showing: (1) that the standard was imposed honestly and in good faith and was not designed to undermine the objectives of the human rights legislation (the subjective element); and (2) that the standard is reasonably necessary to the safe and efficient performance of the work and does not place an unreasonable burden on those to whom it applies (the objective element). See *Ontario (Human Rights Commission) v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at pp. 208-9, *per* McIntyre J.; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603, at pp. 622-23, *per* McIntyre J.; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at pp. 310-12, *per* Beetz J. It is difficult for an employer to justify a standard as a BFOR where individual testing of the capabilities of the employee or applicant is a reasonable alternative: *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 513-14, *per* Wilson J.; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, at pp. 1313-14, *per* Sopinka J.

21 If these criteria are established, the standard is justified as a BFOR. If they are not, the standard itself is struck down: *Etobicoke*, *supra*, at pp. 207-8, *per* McIntyre J.; *O'Malley*, *supra*, at p. 555, *per* McIntyre J.; *Saskatoon*, *supra*, at pp. 1308-10, *per* Sopinka J.; *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at p. 506, *per* Wilson J.; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733, at para. 33, *per* Sopinka J.

22 A different analysis applies to adverse effect discrimination. The BFOR defence does not apply. *Prima facie* discrimination established, the employer need only show: (1) that there is a rational connection between the job and the particular standard, and (2) that it cannot further accommodate the claimant without incurring undue hardship: *O'Malley*, *supra*, at pp. 555-59, *per* McIntyre J.; *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at pp. 505-6 and 519-20, *per* Wilson J. If the employer cannot discharge this burden, then it has

Dans le cas de discrimination directe, l'employeur peut établir que la norme en cause est une EPJ en démontrant: (1) que la norme a été imposée honnêtement et de bonne foi, et qu'elle n'était pas destinée à miner les objectifs de la législation sur les droits de la personne (l'élément subjectif), et (2) que la norme est raisonnablement nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail, et qu'elle n'impose aucune obligation déraisonnable à ceux auxquels elle s'applique (l'élément objectif). Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, aux pp. 208 et 209, le juge McIntyre; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, aux pp. 622 et 623, le juge McIntyre; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, aux pp. 310 à 312, le juge Beetz. Il est difficile à un employeur de justifier une norme en tant qu'EPJ lorsque l'évaluation individuelle des capacités de l'employé ou du postulant est une solution de rechange raisonnable: *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux pp. 513 et 514, le juge Wilson; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux pp. 1313 et 1314, le juge Sopinka.

Si l'existence de ces critères est prouvée, la norme est justifiée en tant qu'EPJ, sinon la norme elle-même est annulée: *Etobicoke*, précité, aux pp. 207 et 208, le juge McIntyre; *O'Malley*, précité, à la p. 555, le juge McIntyre; *Saskatoon*, précité, aux pp. 1308 à 1310, le juge Sopinka; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 506, le juge Wilson; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, au par. 33, le juge Sopinka.

Une analyse différente s'applique à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. La défense d'EPJ ne s'applique pas. Lorsqu'il y a preuve *prima facie* de l'existence de discrimination, l'employeur n'a qu'à démontrer: (1) qu'il y a un lien rationnel entre l'emploi et la norme particulière, et (2) qu'il ne peut pas composer davantage avec le demandeur sans subir une contrainte excessive: *O'Malley*, précité, aux pp. 555 à 559, le juge McIntyre; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux pp. 505 et 506, ainsi que 519 et 520,

failed to establish a defence to the charge of discrimination. In such a case, the claimant succeeds, but the standard itself always remains intact.

le juge Wilson. L'employeur qui est incapable de s'acquitter de cette obligation omet alors d'établir l'existence d'un moyen de défense contre l'accusation de discrimination. Dans un tel cas, le demandeur a gain de cause, mais la norme elle-même demeure toujours intacte.

The arbitrator considered the aerobic standard to be a neutral standard that adversely affected Ms. Meiorin. The Court of Appeal, on the other hand, did not distinguish between direct and adverse effect discrimination, simply holding that it is not discriminatory to test individuals against a standard demonstrated to be necessary to the safe and efficient performance of the work. Approaching the case purely on the conventional bifurcated approach, the better view would seem to be that the standard is neutral on its face, leading one to the adverse effect discrimination analysis. On the conventional analysis, I agree with the arbitrator that a case of *prima facie* adverse effect discrimination was made out and that, on the record before him and before this Court, the Government failed to discharge its burden of showing that it had accommodated Ms. Meiorin to the point of undue hardship.

23 L'arbitre a considéré que la norme aérobique était une norme neutre qui lésait M^me^ Meiorin. Par contre, la Cour d'appel n'a pas établi de distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, se contentant de conclure qu'il n'est pas discriminatoire d'évaluer des individus selon une norme dont la nécessité à l'exécution sûre et efficace du travail est démontrée. Si on examine l'affaire uniquement à la lumière de la méthode conventionnelle à deux volets, il semble qu'il vaudrait mieux considérer que la norme est neutre à première vue, ce qui nous amènerait à l'analyse de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. En recourant à l'analyse conventionnelle, je conviens avec l'arbitre qu'il y a preuve *prima facie* de l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que, d'après le dossier dont ce dernier et notre Cour ont été saisis, le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de prouver qu'il avait composé avec M^me^ Meiorin tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive.

However, the divergent approaches taken by the arbitrator and the Court of Appeal suggest a more profound difficulty with the conventional test itself. The parties to this appeal have accordingly invited this Court to adopt a new model of analysis that avoids the threshold distinction between direct discrimination and adverse effect discrimination and integrates the concept of accommodation within the BFOR defence.

24 Toutefois, les différentes façons de procéder utilisées par l'arbitre et la Cour d'appel portent à croire que la méthode conventionnelle elle-même pose une difficulté plus profonde. Les parties au présent pourvoi ont donc invité notre Cour à adopter un nouveau modèle d'analyse qui évite la distinction préliminaire entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, et qui intègre la notion d'accommodement à la défense d'EPJ.

2. Why is a New Approach Required?

2. Pourquoi une nouvelle méthode est-elle requise?

The conventional analysis was helpful in the interpretation of the early human rights statutes, and indeed represented a significant step forward

25 L'analyse conventionnelle était utile pour interpréter les premières lois sur les droits de la personne, et représentait vraiment un progrès

in that it recognized for the first time the harm of adverse effect discrimination. The distinction it drew between the available remedies may also have reflected the apparent differences between direct and adverse effect discrimination. However well this approach may have served us in the past, many commentators have suggested that it ill-serves the purpose of contemporary human rights legislation. I agree. In my view, the complexity and unnecessary artificiality of aspects of the conventional analysis attest to the desirability of now simplifying the guidelines that structure the interpretation of human rights legislation in Canada.

important du fait qu'elle reconnaissait pour la première fois le mal de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il se peut aussi que la distinction qu'elle établissait entre les réparations possibles ait reflété les différences apparentes entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cependant, peu importe à quel point cette méthode peut nous avoir été utile dans le passé, un bon nombre d'auteurs ont indiqué qu'elle sert mal les fins des lois contemporaines sur les droits de la personne. Je suis d'accord. À mon avis, la complexité et la facticité inutile de certains aspects de l'analyse conventionnelle témoignent du fait que le moment est venu de simplifier les lignes directrices qui régissent l'interprétation des lois sur les droits de la personne au Canada.

26 I will canvass seven difficulties with the conventional approach taken to claims under human rights legislation. Taken cumulatively, they make a compelling case for revising the analysis.

Je vais examiner attentivement sept difficultés que pose la façon conventionnelle d'aborder les demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne. Considérées cumulativement, ces difficultés militent puissamment en faveur de la révision de l'analyse.

(a) *Artificiality of the Distinction Between Direct and Adverse Effect Discrimination*

a) *La facticité de la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable*

27 The distinction between a standard that is discriminatory on its face and a neutral standard that is discriminatory in its effect is difficult to justify, simply because there are few cases that can be so neatly characterized. For example, a rule requiring all workers to appear at work on Fridays or face dismissal may plausibly be characterized as either directly discriminatory (because it means that no workers whose religious beliefs preclude working on Fridays may be employed there) or as a neutral rule that merely has an adverse effect on a few individuals (those same workers whose religious beliefs prevent them from working on Fridays). On the same reasoning, it could plausibly be argued that forcing employees to take a mandatory pregnancy test before commencing employment is a neutral rule because it is facially applied to all

La distinction entre une norme qui est discriminatoire à première vue et une norme neutre qui a un effet discriminatoire est difficile à justifier pour la simple raison que peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés. Par exemple, une règle qui oblige tous les travailleurs à se présenter au travail le vendredi sous peine de congédiement peut être qualifiée de façon plausible soit de règle directement discriminatoire (parce qu'elle signifie qu'aucun travailleur dont les croyances religieuses l'empêchent de travailler le vendredi ne peut être employé à cet endroit), soit de règle neutre qui n'a un effet préjudiciable que sur quelques personnes (ces mêmes travailleurs dont les croyances religieuses les empêchent de travailler le vendredi). Suivant le même raisonnement, on pourrait soutenir de façon plausible que forcer des employées à

members of a workforce and its special effects on women are only incidental.

Several courts and commentators have observed that it seems perverse to have a threshold classification that is so malleable, indeed "chimerical": see, for example, *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205 (C.A.), at paras. 114 and 145, *per* Robertson J.A.; S. Day and G. Brodsky, "The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433, at pp. 447-57; A. M. Molloy, "Disability and the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23, at pp. 36-37. Given the vague boundaries of the categories, an adjudicator may unconsciously tend to classify the impugned standard in a way that fits the remedy he or she is contemplating, be that striking down the standard itself or requiring only that the claimant's differences be accommodated. If so, form triumphs over substance and the broad purpose of the human rights statutes is left unfulfilled.

Not only is the distinction between direct and indirect discrimination malleable, it is also unrealistic: a modern employer with a discriminatory intention would rarely frame the rule in directly discriminatory terms when the same effect — or an even broader effect — could be easily realized by couching it in neutral language: M. D. Lepofsky, "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1, at pp. 8-9. Dickson C.J., for one, recognized that this more subtle type of discrimination, which rises in the aggregate to the level of systemic discrimination, is now much more prevalent than the cruder brand of openly direct discrimination: *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 931. See also the classic case of *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). The bifurcated analysis gives employers with a discriminatory intention and the forethought to

subir un test de grossesse obligatoire avant leur entrée en fonction est une règle neutre parce qu'elle s'applique, à première vue, à tous les membres d'un personnel et que ses effets particuliers sur les femmes ne sont qu'accessoires.

28 Plusieurs tribunaux et commentateurs ont fait observer qu'il semble incongru d'avoir une classification préliminaire aussi malléable, voire même «chimérique»: voir, par exemple, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.), aux par. 114 et 145, le juge Robertson; S. Day et G. Brodsky, «The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?» (1996), 75 *R. du B. can.* 433, aux pp. 447 à 457; A. M. Molloy, «Disability and the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23, aux pp. 36 et 37. Étant donné la délimitation imprécise des catégories, un arbitre peut inconsciemment avoir tendance à classifier la norme contestée selon la réparation qu'il envisage, qu'il s'agisse d'annuler la norme elle-même ou d'exiger seulement de composer avec les différences du demandeur. Le cas échéant, la forme l'emporte sur le fond et l'objet général des lois sur les droits de la personne n'est pas réalisé.

29 La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste: l'employeur qui, de nos jours, aurait l'intention de faire preuve de discrimination formulerait rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d'une formulation neutre: M. D. Lepofsky, «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1, aux pp. 8 et 9. Le juge en chef Dickson, pour sa part, a reconnu que cette forme plus subtile de discrimination qui, somme toute, constitue de la discrimination systémique est désormais beaucoup plus courante que la forme plus rudimentaire que constitue la discrimination directe flagrante: *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 931. Voir aussi l'affaire classique *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). L'analyse à deux volets confère une apparence de légitimité non méritée aux

draft the rule in neutral language an undeserved cloak of legitimacy.

(b) *Different Remedies Depending on Method of Discrimination*

30 The malleability of the initial classification under the conventional approach would not matter so much if both routes led to the same result. But, as indicated above, the potential remedies may differ. If an employer cannot justify a directly discriminatory standard as a BFOR, it will be struck down in its entirety. However, if the rule is characterized as a neutral one that adversely affects a certain individual, the employer need only show that there is a rational connection between the standard and the performance of the job and that it cannot further accommodate the claimant without experiencing undue hardship. The general standard, however, remains in effect. These very different results flow directly from the stream into which the initial inquiry shunts the analysis.

31 The proposition that dramatically different results should follow from a tenuous initial classification of the method of discrimination is disconcerting because the effect of a discriminatory standard does not substantially change depending on how it is expressed: see M. C. Crane, "Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?" (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209, at pp. 226-29. Kenneth Watkin therefore observes that the question should not be whether the discrimination is direct or indirect, but rather "whether the individual or group discriminated against receives the same protection regardless of the manner in which that discrimination is brought about": K. Watkin, "The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the *Charter*: Why So Many Tests?" (1993), 2 *N.J.C.L.* 63, at p. 88. These criticisms are compelling. It is difficult to justify conferring more or less protection on a claimant and others who share his or her characemployeurs qui ont des intentions discriminatoires et la prudence de formuler la règle de manière neutre.

b) *L'existence de réparations différentes selon le mode de discrimination*

La malléabilité de la classification initiale selon la méthode conventionnelle n'aurait pas tant d'importance si les deux démarches menaient au même résultat. Mais, comme nous avons vu, les réparations possibles peuvent différer. Si un employeur est incapable de justifier une norme directement discriminatoire en tant qu'EPJ, cette norme sera annulée complètement. Cependant, si la règle est qualifiée de règle neutre qui lèse une certaine personne, l'employeur n'a qu'à démontrer qu'il existe un lien rationnel entre la norme en cause et l'exécution du travail, et qu'il ne peut pas composer davantage avec le demandeur sans subir une contrainte excessive. La norme générale demeure toutefois en vigueur. Ces résultats très différents découlent directement de l'orientation que l'examen initial donne à l'analyse.

La proposition selon laquelle des résultats diamétralement opposés devraient découler d'une classification initiale précaire du moyen de discrimination est déconcertante parce que l'effet d'une norme discriminatoire ne change pas sensiblement selon la manière dont celle-ci est exprimée: voir M. C. Crane, «Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?» (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209, aux pp. 226 à 229. Kenneth Watkin fait donc remarquer que la question devrait être non pas de savoir si la discrimination est directe ou indirecte, mais plutôt de savoir [TRADUCTION] «si l'individu ou le groupe qui fait l'objet de discrimination bénéficie de la même protection quelle que soit la forme que revêt cette discrimination»: K. Watkin, «The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the *Charter*: Why So Many Tests?» (1993), 2 *N.J.C.L.* 63, à la p. 88. Ces critiques sont convaincantes. Il est difficile de justifier l'attribution d'une protection plus ou moins grande à un demandeur et à ceux qui ont les mêmes caractéristiques que lui

teristics, depending only on how the discriminatory rule is phrased.

(c) *Questionable Assumption that Adversely Affected Group Always a Numerical Minority*

From a narrowly utilitarian perspective, it could be argued that it is sometimes appropriate to leave an ostensibly neutral standard in place if its adverse effects are felt by only one or, at most, a few individuals. This seems to have been the original rationale of this Court's adverse effect discrimination jurisprudence. In *O'Malley*, *supra*, McIntyre J. commented, at p. 555:

> Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered.

In *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, Wilson J. held at p. 514, that "the group of people who are adversely affected . . . is always smaller than the group to which the rule applies". More recently, in *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 544, Cory J. made the more modest observation that "[a]lmost invariably, those adversely affected will be members of a minority group".

To the extent that the bifurcated analysis relies on a comparison between the relative demographic representation of various groups, it is arguably unhelpful. First, the argument that an apparently neutral standard should be permitted to stand because its discriminatory effect is limited to members of a minority group and does not adversely affect the majority of employees is difficult to defend. The standard itself is discriminatory precisely because it treats some individuals differently from others, on the basis of a prohibited ground: see generally *Toronto-Dominion Bank*, *supra*, at paras. 140-41, *per* Robertson J.A. As this

uniquement par la façon dont la règle discriminatoire est formulée.

c) *La présomption douteuse que le groupe lésé est toujours une minorité sur le plan du nombre*

32 D'un point de vue strictement utilitaire, on pourrait prétendre qu'il convient parfois de maintenir une norme apparemment neutre si ses effets préjudiciables ne sont subis que par une seule personne ou, tout au plus, par un petit nombre de personnes. Cela semble avoir été le raisonnement initial suivi par notre Cour dans sa jurisprudence relative à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Dans *O'Malley*, précité, le juge McIntyre fait observer, à la p. 555:

> Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné.

Dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, le juge Wilson a conclu, aux pp. 514 et 515, que «le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique». Plus récemment, dans *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, à la p. 544, le juge Cory a fait observer de façon plus modérée que «les employés lésés [. . .] appartiennent presque toujours à un groupe minoritaire».

33 Dans la mesure où l'analyse à deux volets repose sur une comparaison de la représentation démographique relative de divers groupes, on peut prétendre qu'elle est inutile. En premier lieu, il est difficile de soutenir qu'une norme apparemment neutre devrait être maintenue parce que son effet discriminatoire est limité aux membres d'un groupe minoritaire et ne touche pas la majorité des employés. La norme elle-même est discriminatoire justement parce qu'elle traite certains individus différemment des autres pour un motif prohibé: voir, de manière générale, l'arrêt *Banque Toronto-Dominion*, précité, aux par. 140 et 141, le juge

Court held in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 66, if a rule has a substantively discriminatory effect on a prohibited ground, it should be characterized as such regardless of whether the claimant is a member of a majority or minority group.

34 Second, the size of the "group affected" is easily manipulable: see Day and Brodsky, *supra*, at p. 453. For example, in *Toronto-Dominion Bank*, *supra*, the Bank instituted a policy of having returning employees submit to drug tests. Was the affected group the small minority of returning employees who were drug-dependent, leading to a characterization of the policy as adverse effect discrimination? Or was the affected group all returning employees who were required to submit to invasive drug-testing on the assumption that some of them were drug-dependent, lending itself to a characterization of the policy as direct discrimination? "It is possible for a policy to be characterized as direct discrimination, or adverse effect discrimination, or both, depending on how 'neutrality' and the group affected are defined by the adjudicator": Day and Brodsky, *supra*, at p. 453. Because the size of the affected group is so manipulable, it is difficult to justify using it as the foundation of the entire analysis.

35 Third, the emphasis on whether the claimant is a member of a majority or a minority group is clearly most unhelpful when the affected group actually constitutes a majority of the workforce: see B. Etherington, "Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311, at pp. 324-25. The utilitarian arguments about the minority's having to abide by the practices of the majority for reasons of economic

Robertson. Comme notre Cour l'a statué dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au par. 66, si une règle a un effet discriminatoire réel pour un motif prohibé, elle devrait être qualifiée de discriminatoire peu importe que le demandeur appartienne à un groupe majoritaire ou à un groupe minoritaire.

En deuxième lieu, la taille du [TRADUCTION] «groupe touché» est facilement manipulable: voir Day et Brodsky, *loc. cit.*, à la p. 453. Par exemple, dans l'arrêt *Banque Toronto-Dominion*, précité, la banque avait comme politique de faire subir un test de dépistage de drogue aux employés qui reprenaient le travail. Le groupe touché était-il la faible minorité des employés reprenant le travail qui avaient une dépendance à la drogue, d'où la qualification de la politique comme constituant de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable? Ou, le groupe touché était-il composé de tous les employés reprenant le travail qui devaient subir un test envahissant de dépistage de drogue en raison de la présomption que certains d'entre eux avaient une dépendance à la drogue, d'où la qualification de la politique comme constituant de la discrimination directe? [TRADUCTION] «Il est possible de considérer qu'une politique constitue de la discrimination directe ou de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, ou les deux à la fois, selon la façon dont l'arbitre définit la "neutralité" et le groupe touché»: Day et Brodsky, *loc. cit.*, à la p. 453. Étant donné que la taille du groupe touché est si manipulable, il est difficile d'en justifier l'utilisation comme fondement de toute l'analyse.

En troisième lieu, il n'est manifestement pas utile de mettre l'accent sur la question de savoir si le demandeur appartient à un groupe majoritaire ou à un groupe minoritaire lorsque le groupe touché est en fait composé de la majorité des employés: voir B. Etherington, «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311, aux pp. 324 et 325. Les arguments utilitaires selon lesquels la minorité doit se conformer aux pratiques de la majorité pour des raisons de sécurité ou d'efficacité économique perdent de leur

efficiency or safety fade in strength as the affected group nears the status of the majority.

At this point, which exists where women constitute the adversely affected group, the adverse effect analysis may serve to entrench the male norm as the "mainstream" into which women must integrate. Concerns about economic efficiency and safety, shorn of their utilitarian cloaks, may well operate to discriminate against women in a way that is direct in every way except that contemplated by the legal nomenclature. An analysis that does not acknowledge this reality fails to give full effect to the purpose of the human rights legislation at issue.

(d) *Difficulties in Practical Application of Employers' Defences*

The conventional analysis developed by this Court has also been criticized for drawing difficult distinctions between the elements an employer must establish to rebut a *prima facie* case of direct discrimination and the elements an employer must establish to rebut a *prima facie* case of adverse effect discrimination. For example, a distinction has been drawn between the obligation to explore "reasonable alternatives", applicable to direct discrimination, and the obligation to consider "individual accommodation", applicable to adverse effect discrimination: see *Large*, *supra*, at paras. 30-34, *per* Sopinka J.

In practice, however, there may be little difference between the two defences: see, for example, *Canada (Attorney General) v. Levac*, [1992] 3 F.C. 463 (C.A.); *Large v. Stratford (City)* (1992), 92 D.L.R. (4th) 565 (Ont. Div. Ct.), *per* Campbell J., at pp. 577-79; *Saran v. Delta Cedar Products Ltd.*, [1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL); *Grismer v. British Columbia (Attorney General)* (1994), 25 C.H.R.R. D/296 (B.C.C.H.R.). In *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R.

force lorsque le groupe touché est près de représenter la majorité.

36 À ce moment, qui survient lorsque des femmes constituent le groupe lésé, l'analyse de l'effet préjudiciable est susceptible de servir à consacrer la norme masculine comme étant le «courant dominant» auquel doivent adhérer les femmes. Dépouillés de leur apparence utilitaire, les soucis de sécurité et d'efficacité économique peuvent fort bien avoir un effet discriminatoire sur les femmes d'une manière on ne peut plus directe mais qui n'est pas prévue par la nomenclature juridique. Une analyse qui ne reconnaît pas cette réalité ne met pas complètement à exécution l'objet de la mesure législative sur les droits de la personne dont il est question.

d) *Les difficultés que pose l'application concrète des moyens de défense des employeurs*

37 L'analyse conventionnelle conçue par notre Cour a également été critiquée pour le motif qu'elle établissait des distinctions délicates entre les éléments qu'un employeur doit établir pour réfuter une preuve *prima facie* de discrimination directe et ceux qu'il doit établir pour réfuter une preuve *prima facie* de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Par exemple, une distinction a été établie entre l'obligation de chercher des «solutions de rechange raisonnables», applicable à la discrimination directe, et l'obligation d'examiner la possibilité de «tenir compte de la situation de chacun», applicable à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable: voir *Large*, précité, aux par. 30 à 34, le juge Sopinka.

38 En pratique, toutefois, il se peut que les deux moyens de défense ne diffère pas beaucoup: voir, par exemple, les décisions *Canada (Procureur général) c. Levac*, [1992] 3 C.F. 463 (C.A.); *Large c. Stratford (City)* (1992), 92 D.L.R. (4th) 565 (C. div. Ont.), le juge Campbell, aux pp. 577 à 579; *Saran c. Delta Cedar Products Ltd.*, [1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL); *Grismer c. British Columbia (Attorney General)* (1994), 25 C.H.R.R. D/296 (B.C.C.H.R.). Dans la décision *Thwaites c.*

D/259 (Can. H.R.T.), it was recognized, at p. D/282, that

> [t]he logical conclusion from this analysis is that there is very little, if any, meaningful distinction between what an employer must establish by way of a defence to an allegation of direct discrimination and a defence to an allegation of adverse effect discrimination. The only difference may be semantic. In both cases, the employer must have regard to the particular individual in question. In the case of direct discrimination, the employer must justify its rule or practice by demonstrating that there are no reasonable alternatives and that the rule or practice is proportional to the end being sought. In the case of adverse effect discrimination, the neutral rule is not attacked but the employer must still show that it could not otherwise reasonably accommodate the individual disparately affected by that rule. In both cases, whether the operative words are "reasonable alternative" or "proportionality" or "accommodation", the inquiry is essentially the same: the employer must show that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual.

Parties, tribunals and courts are therefore compelled to frame their arguments and decisions within the confines of definitions that are themselves blurred. The broad purpose of human rights legislation may be obscured in the process. If the ultimate practical question is common to both the direct and adverse effect discrimination analyses, it may fairly be argued that there is little reason to distinguish between either the two analyses or the available remedies.

Canada (Forces armées) (1993), 19 C.H.R.R. D/259 (T.D.P.C.), il a été reconnu, à la p. D/282, que

> [c]ette analyse nous conduit logiquement à conclure qu'on ne peut établir presque aucune distinction significative entre ce qu'un employeur doit prouver pour se défendre contre une allégation de discrimination directe et ce qu'il doit prouver pour répondre à une allégation de discrimination indirecte. La seule différence est peut-être d'ordre sémantique. Dans les deux cas, l'employeur doit tenir compte de l'individu en cause. Dans le cas de la discrimination directe, l'employeur doit justifier sa règle ou sa pratique en montrant qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable et que la règle ou la pratique est proportionnée au but visé. Dans le cas de la discrimination indirecte, la règle neutre n'est pas contestée, mais l'employeur doit tout de même montrer qu'il n'aurait pas pu composer autrement avec l'individu lésé particulièrement par cette règle. Dans les deux cas, que les mots clefs soient «autre solution raisonnable», «proportionnalité» ou «accommodement», l'examen a le même objet: l'employeur doit montrer qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l'individu.

Les parties, les tribunaux administratifs et les cours de justice sont donc tenus de formuler leurs arguments et leurs décisions en fonction de définitions qui sont elles-mêmes ambiguës. L'objet général des lois sur les droits de la personne peut s'estomper dans le processus. Si la question pratique qui se pose en fin de compte est la même tant pour l'analyse de la discrimination directe que pour celle de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, on peut à bon droit soutenir qu'il y a peu de raisons d'établir une distinction entre soit les deux analyses soit les réparations possibles.

(e) *Legitimizing Systemic Discrimination*

e) *La légitimation de la discrimination systémique*

39 It has also been argued that the distinction drawn by the conventional analysis between direct and adverse effect discrimination may, in practice, serve to legitimize systemic discrimination, or "discrimination that results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination": *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian*

On a également prétendu que la distinction que l'analyse conventionnelle établit entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut, en pratique, contribuer à légitimer la discrimination systémique ou «la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour pro-

Human Rights Commission), [1987] 1 S.C.R. 1114 (hereinafter "*Action Travail*"), at p. 1139, *per* Dickson C.J. See generally I. B. McKenna, "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153, and P. Phillips and E. Phillips, *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market* (rev. ed. 1993), at pp. 45-95.

mouvoir la discrimination»: *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (ci-après «*Action Travail*»), à la p. 1139, le juge en chef Dickson. Voir, de manière générale, I. B. McKenna, «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98), 29 *R.D. Ottawa* 153, et P. Phillips et E. Phillips, *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market* (éd. rév. 1993), aux pp. 45 à 95.

Under the conventional analysis, if a standard is classified as being "neutral" at the threshold stage of the inquiry, its legitimacy is never questioned. The focus shifts to whether the individual claimant can be accommodated, and the formal standard itself always remains intact. The conventional analysis thus shifts attention away from the substantive norms underlying the standard, to how "different" individuals can fit into the "mainstream", represented by the standard.

Selon l'analyse conventionnelle, si une norme est qualifiée de «neutre» à l'étape préliminaire de l'examen, sa légitimité n'est jamais mise en doute. Il s'agit alors de savoir si on peut composer avec le demandeur, et la norme formelle elle-même demeure toujours intacte. L'analyse conventionnelle porte donc non plus sur les principes qui sous-tendent la norme, mais sur la façon dont des personnes «différentes» peuvent cadrer dans le «courant dominant» que représente la norme. 40

Although the practical result of the conventional analysis may be that individual claimants are accommodated and the particular discriminatory effect they experience may be alleviated, the larger import of the analysis cannot be ignored. It bars courts and tribunals from assessing the legitimacy of the standard itself. Referring to the distinction that the conventional analysis draws between the accepted neutral standard and the duty to accommodate those who are adversely affected by it, Day and Brodsky, *supra*, write at p. 462:

Même si l'analyse conventionnelle peut permettre concrètement de composer les demandeurs et d'atténuer l'effet discriminatoire particulier qu'ils subissent, on ne saurait passer sous silence la portée plus générale de l'analyse. Elle empêche les cours de justice et les tribunaux administratifs d'évaluer la légitimité de la norme elle-même. Au sujet de la distinction que l'analyse conventionnelle établit entre la norme neutre acceptée et l'obligation de composer avec ceux que cette norme lèse, Day et Brodsky, *loc. cit.*, écrivent, à la p. 462: 41

> The difficulty with this paradigm is that it does not challenge the imbalances of power, or the discourses of dominance, such as racism, ablebodyism and sexism, which result in a society being designed well for some and not for others. It allows those who consider themselves "normal" to continue to construct institutions and relations in their image, as long as others, when they challenge this construction are "accommodated".
>
> [TRADUCTION] La difficulté que pose ce paradigme est qu'il ne met en question ni l'inégalité du rapport de force ni les discours de domination, comme le racisme, la prétention de la supériorité des personnes non handicapées, le sexisme, qui font qu'une société est bien conçue pour certains mais pas pour d'autres. Il permet à ceux qui se considèrent «normaux» de continuer à établir des institutions et des rapports à leur image, pourvu qu'ils «composent» avec ceux qui en contestent l'établissement.

Accommodation, conceived this way, appears to be rooted in the formal model of equality. As a formula,

Sous cet angle, l'accommodement paraît ancré dans le modèle de l'égalité formelle. En tant que formule, le

different treatment for "different" people is merely the flip side of like treatment for likes. Accommodation does not go to the heart of the equality question, to the goal of transformation, to an examination of the way institutions and relations must be changed in order to make them available, accessible, meaningful and rewarding for the many diverse groups of which our society is composed. Accommodation seems to mean that we do not change procedures or services, we simply "accommodate" those who do not quite fit. We make some concessions to those who are "different", rather than abandoning the idea of "normal" and working for genuine inclusiveness.

In this way, accommodation seems to allow formal equality to be the dominant paradigm, as long as some adjustments can be made, sometimes, to deal with unequal effects. Accommodation, conceived of in this way does not challenge deep-seated beliefs about the intrinsic superiority of such characteristics as mobility and sightedness. In short, accommodation is assimilationist. Its goal is to try to make "different" people fit into existing systems.

I agree with the thrust of these observations. Interpreting human rights legislation primarily in terms of formal equality undermines its promise of substantive equality and prevents consideration of the effects of systemic discrimination, as this Court acknowledged in *Action Travail*, *supra*.

42 This case, where Ms. Meiorin seeks to keep her position in a male-dominated occupation, is a good example of how the conventional analysis shields systemic discrimination from scrutiny. This analysis prevents the Court from rigorously assessing a standard which, in the course of regulating entry to a male-dominated occupation, adversely affects women as a group. Although the Government may have a duty to accommodate an individual claimant, the practical result of the conventional analysis is that the complex web of seemingly neutral, systemic barriers to traditionally male-dominated occupations remains beyond the direct reach of the law. The right to be free from discrimination is reduced to a question of whether the "mainstream" can afford to confer proper treatment on those

traitement différent réservé à des personnes «différentes» ne constitue que l'inverse du traitement semblable réservé aux personnes semblables. L'accommodement ne touche pas le cœur de la question de l'égalité, le but de la transformation ni l'examen de la façon dont les institutions et les rapports doivent être modifiés pour les rendre disponibles, accessibles, significatifs et gratifiants pour la multitude de groupes qui composent notre société. L'accommodement semble signifier que nous ne modifions ni les procédures ni les services; nous nous contentons de «composer» avec ceux qui ne cadrent pas tout à fait. Nous faisons certaines concessions à ceux qui sont «différents», plutôt que d'abandonner l'idée de la «normalité» et d'œuvrer à la véritable inclusion.

De cette manière, l'accommodement semble permettre à l'égalité formelle d'être le paradigme dominant, pourvu que certaines adaptations puissent parfois être faites pour remédier à des effets inégaux. Sous cet angle, l'accommodement ne met pas en doute les croyances profondes relatives à la supériorité intrinsèque de caractéristiques comme la mobilité et la vue. Bref, l'accommodement favorise l'assimilation. Son objectif est de tenter de faire cadrer les personnes «différentes» dans les systèmes existants.

Je suis d'accord avec l'essentiel de ces observations. Interpréter les lois sur les droits de la personne principalement en fonction de l'égalité formelle mine la promesse d'égalité réelle qu'elles comportent et empêche l'examen des effets de la discrimination systémique, comme notre Cour l'a reconnu dans *Action Travail*, précité.

La présente affaire, où M^me^ Meiorin cherche à conserver son poste dans un métier à prédominance masculine, est un bon exemple de la manière dont l'analyse conventionnelle met la discrimination systémique à l'abri de tout examen. Cette analyse empêche la Cour d'évaluer rigoureusement une norme qui, en régissant l'accès à un emploi à prédominance masculine, lèse les femmes en tant que groupe. Bien que le gouvernement puisse avoir l'obligation de composer avec un demandeur, l'analyse conventionnelle fait concrètement en sorte que l'ensemble complexe d'obstacles systémiques et apparemment neutres aux emplois traditionnellement à prédominance masculine échappe à la portée directe de la loi. Le droit de ne pas faire l'objet de discrimination est ramené à la question

adversely affected, within the confines of its existing formal standard. If it cannot, the edifice of systemic discrimination receives the law's approval. This cannot be right.

(f) *Dissonance Between Conventional Analysis and Express Purpose and Terms of Human Rights Code*

Although the various human rights statutes have an elevated legal status (*Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321), they remain legislative pronouncements and, in the absence of a constitutional challenge, this Court must interpret them according to their terms, and in light of their purposes. As I suggested earlier, the conventional analysis may compromise both the broad purposes and the specific terms of the Code.

In British Columbia, the relevant purposes are stated in s. 3 of the Code:

3 . . .

(a) to foster a society in British Columbia in which there are no impediments to full and free participation in the economic, social, political and cultural life of British Columbia;

(b) to promote a climate of understanding and mutual respect where all are equal in dignity and rights;

(c) to prevent discrimination prohibited by this Code;

(d) to identify and eliminate persistent patterns of inequality associated with discrimination prohibited by this Code;

(e) to provide a means of redress for those persons who are discriminated against contrary to this Code. . . .

This Court has held that, because of their status as "fundamental law", human rights statutes must be interpreted liberally, so that they may better fulfill their objectives: *O'Malley*, *supra*, at p. 547, *per*

de savoir si le «courant dominant» peut, dans le cadre de sa norme formelle existante, se permettre d'accorder un traitement approprié aux personnes lésées. Dans la négative, l'institution de la discrimination systémique reçoit l'approbation de la loi. Cela n'est pas acceptable.

f) *La dissonance entre l'analyse conventionnelle et l'objet explicite, et le libellé du Human Rights Code*

Même si les différentes lois sur les droits de la personne occupent un rang juridique élevé (*Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321), il ne s'agit pas moins de déclarations législatives et, en l'absence de contestation fondée sur la Constitution, notre Cour doit les interpréter en fonction de leur libellé et de leurs objectifs. Comme je l'ai déjà indiqué, l'analyse conventionnelle risque de contrecarrer à la fois les objectifs généraux et le libellé particulier du Code. 43

En Colombie-Britannique, les objectifs pertinents sont énoncés à l'art. 3 du Code: 44

[TRADUCTION]

3 . . .

a) favoriser l'existence en Colombie-Britannique d'une société dépourvue d'obstacle à la participation pleine et libre à la vie économique, sociale, politique et culturelle de cette province;

b) favoriser un climat de compréhension et de respect mutuel où tous ont la même dignité et les mêmes droits;

c) prévenir la discrimination interdite par le présent code;

d) déceler et éliminer les formes d'inégalité persistantes liées à la discrimination interdite par le présent code;

e) fournir un recours aux personnes qui sont victimes de discrimination contrairement au présent code . . .

Notre Cour a conclu que, parce qu'elles constituent du «droit fondamental», les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées de façon libérale afin de leur permettre de mieux atteindre leurs

McIntyre J.; *Action Travail*, *supra*, at pp. 1134-36, *per* Dickson C.J.; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90, *per* La Forest J. An interpretation that allows the rule itself to be questioned only if the discrimination can be characterized as "direct" does not allow these statutes to accomplish their purposes as well as they might otherwise do.

45 Furthermore, the terms of the British Columbia Code do not contemplate one type of employment-related discrimination being treated differently from another. Section 13(1) generally prohibits discriminating "against a person regarding employment or any term or condition of employment". Section 13(4) states that the general rule does not apply "with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement". The BFOR defence thus applies to all types of discrimination. There is no presumption that an ostensibly neutral rule is not discriminatory in itself, nor is there any statement in the Code that a discriminatory rule can be allowed to stand as long as the group or individual against whom it discriminates constitutes a minority of the workforce and it would be prohibitively difficult to accommodate them.

46 Most of the other Canadian human rights statutes that refer to a BFOR do not confine it or the duty to accommodate to certain types of discrimination. Indeed, some statutes expressly foreclose such reasoning, as I will discuss below. Stated simply, there is no statutory imperative in this case to perpetuate different categories of discrimination and provide different remedies for their respective breaches.

(g) *Dissonance Between Human Rights Analysis and Charter Analysis*

47 The conventional analysis differs in substance from the approach this Court has taken to s. 15(1)

objectifs: *O'Malley*, précité, à la p. 547, le juge McIntyre; *Action Travail*, précité, aux pp. 1134 à 1136, le juge en chef Dickson; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux pp. 89 et 90, le juge La Forest. Une interprétation qui permet de mettre en question la règle elle-même seulement si la discrimination peut être qualifiée de «directe» ne permet pas à ces lois de réaliser leurs objectifs aussi bien qu'elles pourraient par ailleurs le faire.

De plus, le libellé du Code de la Colombie-Britannique n'envisage pas la possibilité qu'une forme de discrimination liée à l'emploi soit traitée différemment d'une autre. Le paragraphe 13(1) interdit de manière générale la discrimination envers «une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi». Le paragraphe 13(4) prévoit que la règle générale ne s'applique pas «à un refus, à une limite, à une spécification ou à une préférence fondés sur une exigence professionnelle justifiée». La défense d'EPJ s'applique donc à toutes les formes de discrimination. Il n'y a aucune présomption qu'une règle apparemment neutre n'est pas discriminatoire en soi, et le Code ne prévoit nullement qu'une règle discriminatoire peut être maintenue lorsque le groupe ou la personne qu'elle vise constitue une minorité des travailleurs avec qui il serait excessivement difficile de composer.

La plupart des autres lois canadiennes sur les droits de la personne qui font état d'une EPJ ne restreignent pas cette dernière, ni l'obligation d'accommodement, à certaines formes de discrimination. En fait, certaines lois écartent expressément ce genre de raisonnement, comme nous le verrons plus loin. Il n'y a simplement aucune obligation législative en l'espèce de perpétuer l'existence de différentes catégories de discrimination et d'accorder des réparations différentes selon chacune d'elles.

g) *La dissonance entre l'analyse fondée sur les droits de la personne et l'analyse fondée sur la Charte*

L'analyse conventionnelle diffère fondamentalement de la façon dont notre Cour a abordé le

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the *Charter* context, the distinction between direct and adverse effect discrimination may have some analytical significance but, because the principal concern is the effect of the impugned law, it has little legal importance. As Iacobucci J. noted at para. 80 of *Law*, *supra*:

> While it is well established that it is open to a s. 15(1) claimant to establish discrimination by demonstrating a discriminatory legislative purpose, proof of legislative intent is not required in order to found a s. 15(1) claim: *Andrews*, *supra*, at p. 174. What is required is that the claimant establish that either the purpose or the effect of the legislation infringes s. 15(1), such that the onus may be satisfied by showing only a discriminatory effect. [Emphasis in original.]

Where s. 15(1) of the *Charter* is concerned, therefore, this Court has recognized that the negative effect on the individual complainant's dignity does not substantially vary depending on whether the discrimination is overt or covert. Where it is possible to make a *Charter* claim in the course of an employment relationship, the employer cannot dictate the nature of what it must prove in justification simply by altering the method of discrimination. I see little reason for adopting a different approach when the claim is brought under human rights legislation which, while it may have a different legal orientation, is aimed at the same general wrong as s. 15(1) of the *Charter*.

It has been suggested that the distinction between direct and adverse effect discrimination in human rights analysis may be attributable, at least in part, to a sense that "unintentional" discrimination occasioned by "neutral" rules is less deserving of legal censure: see Etherington, *supra*, at pp. 324-25. At p. 457, Day and Brodsky, *supra*, argue that:

par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le contexte de la *Charte*, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut avoir une certaine importance sur le plan analytique, mais, puisque la principale préoccupation est l'effet de la loi contestée, cette distinction a peu d'importance sur le plan juridique. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer au par. 80 de l'arrêt *Law*, précité:

> Bien qu'il soit bien établi qu'il est loisible à la personne qui invoque le par. 15(1) de faire la preuve de la discrimination en démontrant que la loi a un objet discriminatoire, la preuve de l'intention législative n'est pas nécessaire pour établir le bien-fondé d'une allégation fondée sur l'art. 15: *Andrews*, précité, à la p. 174. L'exigence faite au demandeur est d'établir que soit l'objet, soit l'effet de la disposition législative viole le par. 15(1), de sorte qu'il puisse satisfaire au fardeau qui lui incombe en faisant la preuve seulement d'un effet discriminatoire. [Souligné dans l'original.]

48 Lorsqu'il est question du par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour reconnaît donc que l'effet négatif sur la dignité du demandeur ne varie pas sensiblement selon que la discrimination est flagrante ou dissimulée. Lorsqu'il est possible de présenter une demande fondée sur la *Charte* dans le cadre d'une relation employeur-employé, l'employeur ne peut pas dicter la nature de ce qu'il doit prouver à titre de justification simplement en changeant le mode de discrimination. Je ne vois pas pourquoi une méthode différente devrait être adoptée lorsqu'une demande est fondée sur une loi concernant les droits de la personne qui, bien qu'elle puisse avoir une orientation juridique différente, vise le même mal général que le par. 15(1) de la *Charte*.

49 On a laissé entendre que la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, dans le cadre de l'analyse fondée sur les droits de la personne, peut être attribuable, du moins en partie, au sentiment que la discrimination «non intentionnelle» due à des règles «neutres» ne mérite pas autant la réprobation de la loi: voir Etherington, *loc. cit.*, aux pp. 324 et 325. À la page 457, Day et Brodsky, *loc. cit.*, soutiennent que:

It seems apparent that the distinction between direct and adverse effect discrimination is based on the need to maintain that there is a difference between intentional discrimination and unintentional discrimination, even though tribunals and courts, including the Supreme Court of Canada, have repeatedly ruled that unintentional discrimination is no less a violation of human rights laws, and that it is the effects of discrimination which matter. There remains a holdover sense that direct discrimination is more loathsome, morally more repugnant, because the perpetrator *intends* to discriminate or has discriminated *knowingly*. By contrast, adverse effect discrimination is viewed as "innocent", unwitting, accidental, and consequently not morally repugnant. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Il semble évident que la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable repose sur le besoin de maintenir qu'il existe une différence entre la discrimination intentionnelle et la discrimination non intentionnelle, même si les tribunaux administratifs et les cours de justice, y compris la Cour suprême du Canada, ont décidé à maintes reprises que la discrimination non intentionnelle ne constituait pas moins une violation des droits de la personne et que ce sont les effets de la discrimination qui importent. Il subsiste un sentiment que la discrimination directe est plus méprisable et plus répugnante sur le plan moral parce que son auteur *a l'intention* d'agir de manière discriminatoire ou qu'il l'a fait *en connaissance de cause*. Par contre, la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est perçue comme étant «innocente», involontaire, accidentelle et, par conséquent, non répugnante sur le plan moral. [En italique dans l'original.]

I acknowledge that there may in some cases be differences in the respective origins of directly discriminatory standards and neutral standards with adverse effects. However, this Court long ago held that the fact that a discriminatory effect was unintended is not determinative of its general *Charter* analysis and certainly does not determine the available remedy: *Law*, *supra*, at para. 80, *per* Iacobucci J.; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 174-75, *per* McIntyre J.; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 62, *per* La Forest J. In cases such as *O'Malley*, *supra*, and *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, this Court endeavoured to entrench the same principle in its analysis of human rights legislation. In my view, care should be taken to ensure that this goal is not compromised by a bifurcated method of analysing claims made pursuant to such legislation.

Je reconnais que, dans certains cas, des normes directement discriminatoires et des normes neutres ayant des effets préjudiciables peuvent avoir des origines différentes. Cependant, notre Cour a conclu depuis longtemps que le fait qu'un effet discriminatoire n'était pas voulu n'est pas déterminant pour les fins de son analyse générale fondée sur la *Charte* et que cela n'est sûrement pas décisif quant à la réparation possible: *Law*, précité, au par. 80, le juge Iacobucci; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 174 et 175, le juge McIntyre; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 62, le juge La Forest. Dans des arrêts comme *O'Malley*, précité, et *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, notre Cour s'est efforcée d'appliquer le même principe dans son analyse des lois sur les droits de la personne. À mon avis, il faut prendre soin de s'assurer que cet objectif n'est pas compromis par une méthode d'analyse à deux volets des demandes fondées sur de telles lois.

3. Toward a Unified Approach

50 Whatever may have once been the benefit of the conventional analysis of discrimination claims brought under human rights legislation, the difficulties discussed show that there is much to be said for now adopting a unified approach that (1) avoids the problematic distinction between

3. Vers une méthode unifiée

Quels que soient les avantages qu'ait pu offrir l'analyse conventionnelle des demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne, dans lesquelles l'existence de discrimination était alléguée, les difficultés analysées démontrent la force de l'argument que le moment est venu

direct and adverse effect discrimination, (2) requires employers to accommodate as much as reasonably possible the characteristics of individual employees when setting the workplace standard, and (3) takes a strict approach to exemptions from the duty not to discriminate, while permitting exemptions where they are reasonably necessary to the achievement of legitimate work-related objectives.

d'adopter une méthode unifiée (1) qui évite la distinction problématique entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, (2) qui exige de l'employeur qu'il compose autant qu'il est raisonnablement possible de le faire avec les caractéristiques de chacun de ses employés lorsqu'il établit la norme applicable au milieu de travail, et (3) qui aborde de manière restrictive les exceptions à l'obligation de ne pas faire preuve de discrimination tout en permettant des exceptions lorsqu'elles sont raisonnablement nécessaires à la réalisation d'objectifs légitimes liés au travail.

Many of those who have studied the issue and written on it have advocated such a unified approach: see W. Pentney, "Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96" (1996), 25 C.H.R.R. C/6; Day and Brodsky, *supra*, at pp. 459-60 and 472; Lepofsky, *supra*, at pp. 16-17; Crane, *supra*, at pp. 231-32; Molloy, *supra*, at pp. 36-37; Watkin, *supra*, at pp. 86-93; M. F. Yalden, "The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283, at pp. 286-93; Canadian Human Rights Commission, *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament* (1986).

51 Un bon nombre de ceux qui ont étudié la question et qui ont écrit à ce sujet préconisent le recours à une telle méthode unifiée: voir W. Pentney, «Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96» (1996), 25 C.H.R.R. C/6; Day et Brodsky, *loc. cit.*, aux pp. 459, 460 et 472; Lepofsky, *loc. cit.*, aux pp. 16 et 17; Crane, *loc. cit.*, aux pp. 231 et 232; Molloy, *loc. cit.*, aux pp. 36 et 37; Watkin, *loc. cit.*, aux pp. 86 à 93; M. F. Yalden, «The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283, aux pp. 286 à 293; Commission canadienne des droits de la personne, *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: Rapport spécial au Parlement* (1986).

Furthermore, some provinces have revised their human rights statutes so that courts are now required to adopt a unified approach: see s. 24(2) of the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19; s. 12 of the Manitoba *Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, and, in a more limited sense, s. 7 of the Yukon *Human Rights Act*, S.Y. 1987, c. 3. Most recently, the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, was amended (S.C. 1998, c. 9, s. 10) so that s. 15(2) of the Act now expressly provides that an otherwise discriminatory practice will only constitute a BFOR if the employer establishes that the needs of the

52 De plus, certaines provinces ont modifié leur législation sur les droits de la personne de sorte que les tribunaux doivent maintenant recourir à une méthode unifiée: voir le par. 24(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, l'art. 12 du *Code des droits de la personne* du Manitoba, L.M. 1987-88, ch. 45, et, de façon plus limitée, l'art. 7 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.Y. 1987, ch. 3. Tout récemment, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, a été modifiée (L.C. 1998, ch. 9, art. 10) de sorte que le par. 15(2) de cette loi prévoit désormais expressément qu'une pratique par ailleurs discriminatoire ne constitue une EPJ que si l'employeur démontre qu'il ne lui est pas possible de répondre aux

individual or class of individuals cannot be accommodated without imposing undue hardship.

53 Finally, judges of this Court have not infrequently written of the need to adopt a simpler, more common-sense approach to determining when an employer may be justified in applying a standard with discriminatory effects. See *Bhinder*, *supra*, at pp. 567-68, *per* Dickson C.J. (dissenting); *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at pp. 528-29, *per* Sopinka J.; *Large*, *supra*, at para. 56, *per* L'Heureux-Dubé J. It is noteworthy that even Wilson J., writing for the majority of this Court in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, arguably recognized that a form of accommodation — the search for proportionate, reasonable alternatives to a general rule — had a certain place within the BFOR analysis, then applicable only to cases of direct discrimination. See in particular her references, at pp. 518-19, to *Brossard*, *supra*, and *Saskatoon*, *supra*.

4. Elements of a Unified Approach

54 Having considered the various alternatives, I propose the following three-step test for determining whether a *prima facie* discriminatory standard is a BFOR. An employer may justify the impugned standard by establishing on the balance of probabilities:

(1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;

(2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and

(3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

besoins de la personne ou de la catégorie de personnes en cause sans subir une contrainte excessive.

Enfin, il n'est pas rare que les juges de notre Cour aient écrit sur la nécessité de recourir à une méthode plus simple et plus conforme au bon sens pour déterminer quand un employeur peut être justifié d'appliquer une norme qui a des effets discriminatoires. Voir *Bhinder*, précité, aux pp. 567 et 568, le juge en chef Dickson (dissident); *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux pp. 528 et 529, le juge Sopinka; *Large*, précité, au par. 56, le juge L'Heureux-Dubé. Il vaut la peine de souligner que l'on pourrait soutenir que même le juge Wilson, qui s'exprimait au nom de notre Cour à la majorité dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, a reconnu qu'une forme d'accommodement, soit la recherche de solutions de rechange raisonnables et proportionnelles à une règle générale, avait sa place dans l'analyse relative à l'EPJ, qui ne s'appliquait alors qu'aux cas de discrimination directe. Voir, en particulier, les renvois qu'elle fait, aux pp. 518 et 519, aux arrêts *Brossard* et *Saskatoon*, précités.

4. Les éléments d'une méthode unifiée

Après avoir examiné les diverses possibilités qui s'offrent, je propose d'adopter la méthode en trois étapes qui suit pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une EPJ. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités:

(1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;

(2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le

istics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

This approach is premised on the need to develop standards that accommodate the potential contributions of all employees in so far as this can be done without undue hardship to the employer. Standards may adversely affect members of a particular group, to be sure. But as Wilson J. noted in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at p. 518, "[i]f a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be [a BFOR]". It follows that a rule or standard must accommodate individual differences to the point of undue hardship if it is to be found reasonably necessary. Unless no further accommodation is possible without imposing undue hardship, the standard is not a BFOR in its existing form and the *prima facie* case of discrimination stands.

Having set out the test, I offer certain elaborations on its application.

Step One

The first step in assessing whether the employer has successfully established a BFOR defence is to identify the general purpose of the impugned standard and determine whether it is rationally connected to the performance of the job. The initial task is to determine what the impugned standard is generally designed to achieve. The ability to work safely and efficiently is the purpose most often mentioned in the cases but there may well be other reasons for imposing particular standards in the workplace. In *Brossard*, *supra*, for example, the general purpose of the town's anti-nepotism policy was to curb actual and apparent conflicts of interest among public employees. In *Caldwell*, *supra*, the Roman Catholic high school sought to maintain the religious integrity of its teaching environment and curriculum. In other circumstances, the employer may seek to ensure that qualified employees are present at certain times. There are innumerable possible reasons that an

demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

Cette méthode est fondée sur la nécessité d'établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. Il est évident que des normes peuvent léser les membres d'un groupe particulier. Mais, comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 518, «[s]'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme [une EPJ]». Il s'ensuit que la règle ou la norme jugée raisonnablement nécessaire doit composer avec les différences individuelles dans la mesure où cela ne cause aucune contrainte excessive. À moins qu'aucun accommodement ne soit possible sans imposer une contrainte excessive, la norme telle qu'elle existe n'est pas une EPJ, et la preuve *prima facie* de l'existence de discrimination n'est pas réfutée. 55

Après avoir énoncé le critère applicable, je fournis certaines précisions sur son application. 56

Première étape

La première étape à franchir pour évaluer si l'employeur a réussi à établir une défense d'EPJ consiste à identifier l'objet général de la norme contestée et à décider s'il est rationnellement lié à l'exécution du travail en cause. Il faut d'abord déterminer ce que vise à réaliser de manière générale la norme contestée. La capacité de travailler de manière sûre et efficace est l'objet le plus fréquemment mentionné dans la jurisprudence, mais il peut bien y avoir d'autres raisons d'imposer des normes particulières dans le milieu de travail. Par exemple, dans l'arrêt *Brossard*, précité, l'objet général de la politique de la ville interdisant le népotisme était de réprimer les conflits d'intérêts réels et apparents chez les fonctionnaires. Dans l'arrêt *Caldwell*, précité, l'école secondaire catholique cherchait à maintenir la présence de la religion dans le milieu et le programme scolaires. Dans d'autres cas, l'employeur peut vouloir assurer la présence d'employés compétents à certains 57

employer might seek to impose a standard on its employees.

58 The employer must demonstrate that there is a rational connection between the general purpose for which the impugned standard was introduced and the objective requirements of the job. For example, turning again to *Brossard*, *supra*, Beetz J. held, at p. 313, that because of the special character of public employment, "[i]t is appropriate and indeed necessary to adopt rules of conduct for public servants to inhibit conflicts of interest". Where the general purpose of the standard is to ensure the safe and efficient performance of the job — essential elements of all occupations — it will likely not be necessary to spend much time at this stage. Where the purpose is narrower, it may well be an important part of the analysis.

59 The focus at the first step is not on the validity of the particular standard that is at issue, but rather on the validity of its more general purpose. This inquiry is necessarily more general than determining whether there is a rational connection between the performance of the job and the particular standard that has been selected, as may have been the case on the conventional approach. The distinction is important. If there is no rational relationship between the general purpose of the standard and the tasks properly required of the employee, then there is of course no need to continue to assess the legitimacy of the particular standard itself. Without a legitimate general purpose underlying it, the standard cannot be a BFOR. In my view, it is helpful to keep the two levels of inquiry distinct.

Step Two

60 Once the legitimacy of the employer's more general purpose is established, the employer must take the second step of demonstrating that it adopted the particular standard with an honest and good faith belief that it was necessary to the accomplishment of its purpose, with no intention of discriminating against the claimant. This addresses the subjective element of the test which,

moments. Il existe une multitude de raisons susceptibles d'inciter un employeur à imposer une norme à ses employés.

L'employeur doit démontrer l'existence d'un lien rationnel entre l'objet général de la norme contestée et les exigences objectives du travail. Par exemple, si on revient à l'arrêt *Brossard*, précité, le juge Beetz a conclu, à la p. 313, qu'en raison de la nature particulière de l'emploi dans la fonction publique, «[i]l est approprié, voire nécessaire, d'adopter pour les fonctionnaires des règles de conduite destinées à prévenir les conflits d'intérêts». Lorsque l'objet général de la norme est d'assurer l'exécution sûre et efficace du travail — un élément essentiel de tout métier — il ne sera vraisemblablement pas nécessaire de consacrer beaucoup de temps à cette étape. Lorsque l'objet est plus restreint, une partie importante de l'analyse peut bien lui être consacrée.

À cette première étape, l'analyse porte non pas sur la validité de la norme particulière en cause, mais plutôt sur la validité de son objet plus général. Cet examen est nécessairement plus général que lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe un lien rationnel entre l'exécution du travail et la norme particulière qui a été choisie, comme cela peut avoir été le cas en vertu de la méthode conventionnelle. La distinction est importante. S'il n'y a aucun lien rationnel entre l'objet général de la norme et les tâches que l'employé est légitimement tenu d'accomplir, il n'est alors naturellement pas nécessaire de continuer d'évaluer la légitimité de la norme particulière elle-même. Sans objet général légitime sous-jacent, la norme ne saurait être une EPJ. À mon avis, il est utile de garder séparés les deux niveaux d'examen.

Deuxième étape

Une fois établie la légitimité de l'objet plus général visé par l'employeur, ce dernier doit franchir la deuxième étape qui consiste à démontrer qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire à la réalisation de son objet, et sans qu'il ait eu l'intention de faire de preuve de discrimination envers le demandeur. Il est alors question de l'élément subjectif du cri-

although not essential to a finding that the standard is not a BFOR, is one basis on which the standard may be struck down: see *O'Malley*, *supra*, at pp. 547-50, *per* McIntyre J.; *Etobicoke*, *supra*, at p. 209, *per* McIntyre J. If the imposition of the standard was not thought to be reasonably necessary or was motivated by discriminatory *animus*, then it cannot be a BFOR.

tère qui constitue un motif d'annulation de la norme même s'il n'est pas essentiel pour conclure que cette dernière n'est pas une EPJ: voir les arrêts *O'Malley*, précité, aux pp. 547 à 550, le juge McIntyre, et *Etobicoke*, précité, à la p. 209, le juge McIntyre. Si l'imposition de la norme n'était pas jugée raisonnablement nécessaire ou était motivée par une animosité discriminatoire, elle ne saurait alors constituer une EPJ.

It is important to note that the analysis shifts at this stage from the general purpose of the standard to the particular standard itself. It is not necessarily so that a particular standard will constitute a BFOR merely because its general purpose is rationally connected to the performance of the job: see *Brossard*, *supra*, at pp. 314-15, *per* Beetz J.

61 Il importe de noter qu'à cette étape l'analyse passe de l'objet général de la norme à la norme particulière elle-même. Il n'est pas nécessairement vrai qu'une norme particulière est une EPJ du seul fait que son objet général est rationnellement lié à l'exécution du travail: voir l'arrêt *Brossard*, précité, aux pp. 314 et 315, le juge Beetz.

Step Three

The employer's third and final hurdle is to demonstrate that the impugned standard is reasonably necessary for the employer to accomplish its purpose, which by this point has been demonstrated to be rationally connected to the performance of the job. The employer must establish that it cannot accommodate the claimant and others adversely affected by the standard without experiencing undue hardship. When referring to the concept of "undue hardship", it is important to recall the words of Sopinka J. who observed in *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at p. 984, that "[t]he use of the term 'undue' infers that some hardship is acceptable; it is only 'undue' hardship that satisfies this test". It may be ideal from the employer's perspective to choose a standard that is uncompromisingly stringent. Yet the standard, if it is to be justified under the human rights legislation, must accommodate factors relating to the unique capabilities and inherent worth and dignity of every individual, up to the point of undue hardship.

Troisième étape

62 Le troisième et dernier obstacle que doit franchir l'employeur consiste à démontrer que la norme contestée est raisonnablement nécessaire pour qu'il puisse atteindre l'objet qu'elle vise, dont le lien rationnel avec l'exécution du travail a été démontré à ce stade. L'employeur doit établir qu'il lui est impossible de composer avec le demandeur et les autres personnes lésées par la norme sans subir une contrainte excessive. Lorsqu'on parle de «contrainte excessive», il importe de se rappeler les propos du juge Sopinka, qui a fait remarquer dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, à la p. 984, que «[l]'utilisation de l'adjectif "excessive" suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte "excessive" répond à ce critère». Il peut être idéal, du point de vue de l'employeur, de choisir une norme d'une rigidité absolue. Encore est-il que, pour être justifiée en vertu de la législation sur les droits de la personne, cette norme doit tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques ainsi que la valeur et la dignité inhérentes de chaque personne, dans la mesure où cela n'impose aucune contrainte excessive.

When determining whether an existing standard is reasonably necessary for the employer to accomplish its purpose, it may be helpful to refer to the jurisprudence of this Court dealing both with the

63 Pour déterminer si une norme existante est raisonnablement nécessaire pour que l'employeur en réalise l'objet, il peut être utile de renvoyer aux arrêts de notre Cour qui portent sur la justification

justification of direct discrimination and the concept of accommodation within the adverse effect discrimination analysis. For example, dealing with adverse effect discrimination in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at pp. 520-21, Wilson J. addressed the factors that may be considered when assessing an employer's duty to accommodate an employee to the point of undue hardship. Among the relevant factors are the financial cost of the possible method of accommodation, the relative interchangeability of the workforce and facilities, and the prospect of substantial interference with the rights of other employees. See also *Renaud*, *supra*, at p. 984, *per* Sopinka J. The various factors are not entrenched, except to the extent that they are expressly included or excluded by statute. In all cases, as Cory J. noted in *Chambly*, *supra*, at p. 546, such considerations "should be applied with common sense and flexibility in the context of the factual situation presented in each case".

64 Courts and tribunals should be sensitive to the various ways in which individual capabilities may be accommodated. Apart from individual testing to determine whether the person has the aptitude or qualification that is necessary to perform the work, the possibility that there may be different ways to perform the job while still accomplishing the employer's legitimate work-related purpose should be considered in appropriate cases. The skills, capabilities and potential contributions of the individual claimant and others like him or her must be respected as much as possible. Employers, courts and tribunals should be innovative yet practical when considering how this may best be done in particular circumstances.

65 Some of the important questions that may be asked in the course of the analysis include:

(a) Has the employer investigated alternative approaches that do not have a discrimina-

de la discrimination directe et sur la notion d'accommodement dans le cadre de l'analyse de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Par exemple, en étudiant la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux pp. 520 et 521, le juge Wilson a abordé les facteurs qui peuvent être pris en considération en évaluant l'obligation d'un employeur de composer avec un employé tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive. Parmi les facteurs pertinents, il y a le coût de la méthode d'accommodement possible, l'interchangeabilité relative des employés et des installations, de même que la perspective d'atteinte réelle aux droits d'autres employés. Voir également l'arrêt *Renaud*, précité, à la p. 984, le juge Sopinka. Les divers facteurs ne sont pas consacrés, sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi. De toute manière, comme le juge Cory l'a souligné dans *Chambly*, précité, à la p. 546, «[i]l y a lieu de les appliquer d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas».

Les cours de justice et les tribunaux administratifs devraient tenir compte des diverses manières dont il est possible de composer avec les capacités d'un individu. Outre les évaluations individuelles visant à déterminer si la personne a les aptitudes ou les compétences requises pour exécuter le travail, il y a lieu de prendre en considération, lorsque cela est indiqué, la possibilité d'exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l'objet légitime lié à l'emploi que vise l'employeur. Les aptitudes, les capacités et l'apport potentiel du demandeur et de ceux qui sont dans la même situation que lui doivent être respectés autant qu'il est possible de le faire. Les employeurs, les cours de justice et les tribunaux administratifs devraient être innovateurs tout en étant pratiques lorsqu'ils étudient la meilleure façon de le faire dans les circonstances en cause.

Parmi les questions importantes qui peuvent être posées au cours de l'analyse, il y a les suivantes:

a) L'employeur a-t-il cherché à trouver des méthodes de rechange qui n'ont pas d'effet

tory effect, such as individual testing against a more individually sensitive standard?

(b) If alternative standards were investigated and found to be capable of fulfilling the employer's purpose, why were they not implemented?

(c) Is it necessary to have all employees meet the single standard for the employer to accomplish its legitimate purpose or could standards reflective of group or individual differences and capabilities be established?

(d) Is there a way to do the job that is less discriminatory while still accomplishing the employer's legitimate purpose?

(e) Is the standard properly designed to ensure that the desired qualification is met without placing an undue burden on those to whom the standard applies?

(f) Have other parties who are obliged to assist in the search for possible accommodation fulfilled their roles? As Sopinka J. noted in *Renaud*, *supra*, at pp. 992-96, the task of determining how to accommodate individual differences may also place burdens on the employee and, if there is a collective agreement, a union.

Notwithstanding the overlap between the two inquiries, it may often be useful as a practical matter to consider separately, first, the procedure, if any, which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer's reasons for not offering any such standard: see generally Lepofsky, *supra*.

If the *prima facie* discriminatory standard is not reasonably necessary for the employer to accomplish its legitimate purpose or, to put it another way, if individual differences may be accommodated without imposing undue hardship on the employer, then the standard is not a BFOR.

discriminatoire, comme les évaluations individuelles en fonction d'une norme qui tient davantage compte de l'individu?

b) Si des normes différentes ont été étudiées et jugées susceptibles de réaliser l'objet visé par l'employeur, pourquoi n'ont-elles pas été appliquées?

c) Est-il nécessaire que tous les employés satisfassent à la norme unique pour que l'employeur puisse réaliser l'objet légitime qu'il vise, ou est-il possible d'établir des normes qui reflètent les différences et les capacités collectives ou individuelles?

d) Y a-t-il une manière moins discriminatoire d'effectuer le travail tout en réalisant l'objet légitime de l'employeur?

e) La norme est-elle bien conçue pour que le niveau de compétence requis soit atteint sans qu'un fardeau excessif ne soit imposé à ceux qui sont visés par la norme?

f) Les autres parties qui sont tenues d'aider à la recherche de mesures d'accommodement possibles ont-elles joué leur rôle? Comme le juge Sopinka l'a fait remarquer dans *Renaud*, précité, aux pp. 992 à 996, la tâche de déterminer la manière de composer avec des différences individuelles peut aussi imposer un fardeau à l'employé et, dans les cas où il existe une convention collective, au syndicat.

66 Malgré le chevauchement des deux examens, il peut souvent se révéler utile, en pratique, d'examiner séparément, d'abord, la procédure, s'il en est, qui a été adoptée pour étudier la question de l'accommodement, et, ensuite, la teneur réelle d'une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme: voir, de manière générale, Lepofsky, *loc. cit.*

67 Si la norme discriminatoire à première vue n'est pas raisonnablement nécessaire pour que l'employeur en réalise l'objet légitime ou, autrement dit, s'il est possible de composer avec des différences individuelles sans que l'employeur subisse une contrainte excessive, la norme n'est pas alors

The employer has failed to establish a defence to the charge of discrimination. Although not at issue in this case, as it arose as a grievance before a labour arbitrator, when the standard is not a BFOR, the appropriate remedy will be chosen with reference to the remedies provided in the applicable human rights legislation. Conversely, if the general purpose of the standard is rationally connected to the performance of the particular job, the particular standard was imposed with an honest, good faith belief in its necessity, and its application in its existing form is reasonably necessary for the employer to accomplish its legitimate purpose without experiencing undue hardship, the standard is a BFOR. If all of these criteria are established, the employer has brought itself within an exception to the general prohibition of discrimination.

une EPJ. L'employeur n'a pas établi l'existence d'un moyen de défense contre l'accusation de discrimination. Bien que cette question ne soit pas en cause dans la présente affaire, qui résulte d'un grief déposé devant un arbitre en matière de relations du travail, lorsque la norme n'est pas une EPJ, la réparation appropriée sera choisie en fonction de celles prévues par la loi applicable en matière de droits de la personne. À l'inverse, si l'objet général de la norme est rationnellement lié à l'exécution du travail en cause, si la norme particulière a été imposée avec la conviction sincère qu'elle était nécessaire et si son application sous sa forme existante est raisonnablement nécessaire pour permettre à l'employeur d'en réaliser l'objet légitime sans subir une contrainte excessive, la norme est une EPJ. Si l'existence de tous ces critères est établie, l'employeur peut se prévaloir d'une exception à l'interdiction générale de la discrimination.

68 Employers designing workplace standards owe an obligation to be aware of both the differences between individuals, and differences that characterize groups of individuals. They must build conceptions of equality into workplace standards. By enacting human rights statutes and providing that they are applicable to the workplace, the legislatures have determined that the standards governing the performance of work should be designed to reflect all members of society, in so far as this is reasonably possible. Courts and tribunals must bear this in mind when confronted with a claim of employment-related discrimination. To the extent that a standard unnecessarily fails to reflect the differences among individuals, it runs afoul of the prohibitions contained in the various human rights statutes and must be replaced. The standard itself is required to provide for individual accommodation, if reasonably possible. A standard that allows for such accommodation may be only slightly different from the existing standard but it is a different standard nonetheless.

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu'elle constitue une norme différente.

B. *Application of the Reformed Approach to the Case on Appeal*

1. Introduction

Ms. Meiorin has discharged the burden of establishing that, *prima facie*, the aerobic standard discriminates against her as a woman. The arbitrator held that, because of their generally lower aerobic capacity, most women are adversely affected by the high aerobic standard. While the Government's expert witness testified that most women can achieve the aerobic standard with training, the arbitrator rejected this evidence as "anecdotal" and "not supported by scientific data". This Court has not been presented with any reason to revisit this characterization. Ms. Meiorin has therefore demonstrated that the aerobic standard is *prima facie* discriminatory, and has brought herself within s. 13(1) of the Code.

Ms. Meiorin having established a *prima facie* case of discrimination, the burden shifts to the Government to demonstrate that the aerobic standard is a BFOR. For the reasons below, I conclude that the Government has failed to discharge this burden and therefore cannot rely on the defence provided by s. 13(4) of the Code.

2. Steps One and Two

The first two elements of the proposed BFOR analysis, that is (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job; and (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose, have been fulfilled. The Government's general purpose in imposing the aerobic standard is not disputed. It is to enable the Government to identify those employees or applicants who are able to perform the job of a forest firefighter safely and efficiently. It is also clear that there is a rational connection between this general characteristic and the performance of the particularly strenuous tasks expected of a forest firefighter. All indications are

B. *L'application de la nouvelle méthode au présent pourvoi*

1. Introduction

Madame Meiorin s'est acquittée de l'obligation d'établir qu'à première vue la norme aérobique est discriminatoire envers elle en tant que femme. L'arbitre a conclu qu'en raison de leur capacité aérobique généralement moindre, la plupart des femmes sont lésées par la norme aérobique élevée. Bien que le témoin expert du gouvernement ait affirmé que l'entraînement peut permettre à la plupart des femmes de respecter la norme aérobique, l'arbitre a rejeté ce témoignage en disant qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'anecdotes» et qu'il n'était «pas appuyé par des données scientifiques». On n'a présenté à notre Cour aucun motif de revenir sur cette caractérisation. Madame Meiorin a donc démontré que la norme aérobique est discriminatoire à première vue, de sorte qu'elle peut se prévaloir du par. 13(1) du Code. 69

Étant donné que M^me^ Meiorin a établi une preuve *prima facie* de discrimination, il appartient au gouvernement de démontrer que la norme aérobique est une EPJ. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le gouvernement ne s'est pas acquitté de cette obligation et ne peut donc pas invoquer le moyen de défense prévu par le par. 13(4) du Code. 70

2. Première et deuxième étapes

Il a été satisfait aux deux premières étapes de l'analyse proposée relativement à l'EPJ, à savoir (1) que l'employeur a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause, et (2) que l'employeur a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. L'objet général que le gouvernement visait en imposant la norme aérobique n'est pas contesté. Cet objet est de permettre au gouvernement de déceler les employés ou les postulants qui sont en mesure d'effectuer le travail de pompier forestier de manière sûre et efficace. Il est également évident qu'il existe un lien rationnel entre cette caractéristique générale et l'exécution des tâches particulièrement ardues qu'un pompier forestier est 71

that the Government acted honestly and in a good faith belief that adopting the particular standard was necessary to the identification of those persons able to perform the job safely and efficiently. It did not intend to discriminate against Ms. Meiorin. To the contrary, one of the reasons the Government retained the researchers from the University of Victoria was that it sought to identify non-discriminatory standards.

censé accomplir. Tout indique que le gouvernement a agi honnêtement et en croyant sincèrement que l'adoption de la norme particulière était nécessaire pour déceler les personnes en mesure d'exécuter le travail de façon sûre et efficace. Il n'avait pas l'intention de faire preuve de discrimination envers M^me^ Meiorin. Au contraire, l'une des raisons pour lesquelles le gouvernement a retenu les services des chercheurs de l'Université de Victoria était sa volonté de trouver des normes non discriminatoires.

3. Step Three

72 Under the third element of the unified approach, the employer must establish that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer. In the case on appeal, the contentious issue is whether the Government has demonstrated that this particular aerobic standard is reasonably necessary in order to identify those persons who are able to perform the tasks of a forest firefighter safely and efficiently. As noted, the burden is on the government to demonstrate that, in the course of accomplishing this purpose, it cannot accommodate individual or group differences without experiencing undue hardship.

3. Troisième étape

La troisième étape de la méthode unifiée consiste pour l'employeur à établir que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. En l'espèce, la question en litige est de savoir si le gouvernement a démontré que cette norme aérobique particulière est raisonnablement nécessaire pour déceler les personnes en mesure d'exécuter de façon sûre et efficace les tâches de pompier forestier. Comme je l'ai mentionné, il incombe au gouvernement de démontrer que, pour réaliser cet objet, il ne peut pas composer avec des différences individuelles ou collectives sans subir une contrainte excessive.

73 The Government adopted the laudable course of retaining experts to devise a non-discriminatory test. However, because of significant problems with the way the researchers proceeded, passing the resulting aerobic standard has not been shown to be reasonably necessary to the safe and efficient performance of the work of a forest firefighter. The Government has not established that it would experience undue hardship if a different standard were used.

Le gouvernement a fait le choix louable de faire appel à des experts pour mettre au point une norme non discriminatoire. Toutefois, en raison des graves problèmes posés par la façon de procéder des chercheurs, il n'a pas été démontré qu'il était raisonnablement nécessaire de satisfaire à la norme aérobique qui en a résulté pour effectuer de manière sûre et efficace le travail de pompier forestier. Le gouvernement n'a pas prouvé qu'il subirait une contrainte excessive si une norme différente était utilisée.

74 The procedures adopted by the researchers are problematic on two levels. First, their approach seems to have been primarily a descriptive one: test subjects were observed completing the tasks,

La procédure adoptée par les chercheurs pose un problème à deux égards. Premièrement, leur méthode semble avoir été principalement de nature descriptive: les personnes testées ont été observées

the aerobic capacity of the test subjects was ascertained, and that capacity was established as the minimum standard required of every forest firefighter. However, merely describing the characteristics of a test subject does not necessarily allow one to identify the standard minimally necessary for the safe and efficient performance of the task. Second, these primarily descriptive studies failed to distinguish the female test subjects from the male test subjects, who constituted the vast majority of the sample groups. The record before this Court therefore does not permit us to say whether men and women require the same minimum level of aerobic capacity to perform safely and efficiently the tasks expected of a forest firefighter.

pendant leur exécution des tâches, leur capacité aérobique a été évaluée et cette capacité a été désignée comme étant la norme minimale requise de la part de chaque pompier forestier. Toutefois, le simple fait de décrire les caractéristiques d'une personne testée ne permet pas nécessairement d'identifier la norme minimale nécessaire à l'exécution sûre et efficace de la tâche en question. Deuxièmement, ces études, qui étaient principalement de nature descriptive, n'ont pas fait la distinction entre les femmes testées et les hommes testés qui composaient la grande majorité des groupes-échantillons. Le dossier dont notre Cour est saisie ne nous permet donc pas de dire si les femmes et les hommes ont besoin de la même capacité aérobique minimale pour exécuter de façon sûre et efficace les tâches qu'un pompier forestier est censé accomplir.

While the researchers' goal was admirable, their aerobic standard was developed through a process that failed to address the possibility that it may discriminate unnecessarily on one or more prohibited grounds, particularly sex. This phenomenon is not unique to the procedures taken towards identifying occupational qualifications in this case: see generally K. Messing and J. Stevenson, "Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace" (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156; K. Messing, *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers* (1998). Employers and researchers should be highly mindful of this serious problem.

75 Bien que l'objectif des chercheurs ait été admirable, leur norme aérobique a été conçue d'une manière qui ne tenait pas compte de la possibilité de discrimination inutile fondée sur un seul ou plusieurs motifs prohibés, notamment le sexe. Ce phénomène n'est pas spécifique à la procédure suivie en l'espèce pour identifier les qualifications requises pour le poste: voir, de manière générale, K. Messing et J. Stevenson, «Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace» (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156; K. Messing, *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers* (1998). Les employeurs et les chercheurs devraient être très attentifs à ce grave problème.

The expert who testified before the arbitrator on behalf of the Government defended the original researchers' decision not to analyse separately the aerobic performance of the male and female, experienced and inexperienced, test subjects as an attempt to reflect the actual conditions of firefighting. This misses the point. The polymorphous group's average aerobic performance is irrelevant to the question of whether the aerobic standard constitutes a minimum threshold that cannot be altered without causing undue hardship to the employer. Rather, the goal should have been to measure whether members of all groups require

76 L'expert qui a témoigné pour le compte du gouvernement devant l'arbitre a défendu la décision initiale des chercheurs de ne pas analyser séparément la performance aérobique des hommes et des femmes, avec ou sans expérience, qui étaient testés, dans le but de refléter les conditions réelles de la lutte contre les incendies de forêt. Là n'est pas la question. La performance aérobique moyenne du groupe polymorphe n'a rien à voir avec la question de savoir si la norme aérobique constitue un seuil minimal qui ne peut pas être modifié sans imposer une contrainte excessive à l'employeur. L'objectif visé aurait plutôt dû être

the same minimum aerobic capacity to perform the job safely and efficiently and, if not, to reflect that disparity in the employment qualifications. There is no evidence before us that any action was taken to further this goal before the aerobic standard was adopted.

77 Neither is there any evidence that the Government embarked upon a study of the discriminatory effects of the aerobic standard when the issue was raised by Ms. Meiorin. In fact, the expert reports filed by the Government in these proceedings content themselves with asserting that the aerobic standard set in 1992 and 1994 is a minimum standard that women can meet with appropriate training. No studies were conducted to substantiate the latter assertion and the arbitrator rejected it as unsupported by the evidence.

78 Assuming that the Government had properly addressed the question in a procedural sense, its response — that it would experience undue hardship if it had to accommodate Ms. Meiorin — is deficient from a substantive perspective. The Government has presented no evidence as to the cost of accommodation. Its primary argument is that, because the aerobic standard is necessary for the safety of the individual firefighter, the other members of the crew, and the public at large, it would experience undue hardship if compelled to deviate from that standard in any way.

79 Referring to the Government's arguments on this point, the arbitrator noted that, "other than anecdotal or 'impressionistic' evidence concerning the magnitude of risk involved in accommodating the adverse-effect discrimination suffered by the grievor, the employer has presented no cogent evidence . . . to support its position that it cannot accommodate Ms. Meiorin because of safety risks". The arbitrator held that the evidence fell short of establishing that Ms. Meiorin posed a serious safety risk to herself, her colleagues, or the general public. Accordingly, he held that the

d'évaluer si les membres de tous les groupes ont besoin de la même capacité aérobique minimale pour exécuter le travail de façon sûre et efficace, et, dans la négative, de refléter cette disparité dans les qualifications requises pour l'emploi. On ne nous a soumis aucune preuve que des mesures ont été prises pour favoriser la réalisation de cet objectif avant l'adoption de la norme aérobique.

De plus, il n'y a aucune preuve que le gouvernement a entrepris une étude des effets discriminatoires de la norme aérobique lorsque la question a été soulevée par M^me^ Meiorin. En fait, dans les rapports d'expert déposés en l'espèce par le gouvernement, on se contente d'affirmer que la norme aérobique établie en 1992 et en 1994 est une norme minimale à laquelle les femmes peuvent satisfaire grâce à un entraînement approprié. Aucune étude n'a été faite pour établir le bien-fondé de cette affirmation, et l'arbitre l'a rejetée pour le motif qu'elle n'était pas étayée par la preuve.

À supposer que le gouvernement ait bien examiné la question sur le plan procédural, sa réponse — qu'il subirait une contrainte excessive s'il devait composer avec M^me^ Meiorin — est déficiente sur le plan du fond. Le gouvernement n'a présenté aucune preuve concernant le coût de l'accommodement. Il soutient principalement que, parce que la norme aérobique est nécessaire pour assurer la sécurité de chaque pompier, celle des autres membres de l'équipe et celle du public en général, il subirait une contrainte excessive s'il était forcé de s'écarter un tant soit peu de cette norme.

L'arbitre a fait remarquer, au sujet des arguments du gouvernement sur ce point, que, [TRADUCTION] «outre les éléments de preuve constitués d'anecdotes ou d'impressions relativement à l'ampleur du risque que comporte la prise de mesures pour remédier à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable subie par l'auteur du grief, l'employeur n'a présenté aucun élément de preuve convaincant [. . .] à l'appui de son point de vue qu'il ne peut pas composer avec M^me^ Meiorin en raison de dangers pour la sécurité». L'arbitre a conclu que la preuve n'établissait pas que

Government had failed to accommodate her to the point of undue hardship. This Court has not been presented with any reason to interfere with his conclusion on this point, and I decline to do so. The Government did not discharge its burden of showing that the purpose for which it introduced the aerobic standard would be compromised to the point of undue hardship if a different standard were used.

Mme Meiorin présentait un risque grave pour sa propre sécurité, celle de ses collègues et celle du public en général. Par conséquent, il a conclu que le gouvernement n'avait pas composé avec elle jusqu'à ce qu'il en résulte pour lui une contrainte excessive. On n'a soumis à notre Cour aucune raison de modifier sa conclusion à ce sujet, et je refuse de le faire. Le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de démontrer que, sur le plan du but dans lequel il a adopté la norme aérobique, le recours à une norme différente l'obligerait à faire des concessions qui lui imposeraient une contrainte excessive.

This leaves the evidence of the Assistant Director of Protection Programs for the British Columbia Ministry of Forests, who testified that accommodating Ms. Meiorin would undermine the morale of the Initial Attack Crews. Again, this proposition is not supported by evidence. But even if it were, the attitudes of those who seek to maintain a discriminatory practice cannot be reconciled with the Code. These attitudes cannot therefore be determinative of whether the employer has accommodated the claimant to the point of undue hardship: see generally *Renaud*, *supra*, at pp. 984-85, *per* Sopinka J.; *Chambly*, *supra*, at pp. 545-46, *per* Cory J. Although serious consideration must of course be taken of the "objection of employees based on well-grounded concerns that their rights will be affected", discrimination on the basis of a prohibited ground cannot be justified by arguing that abandoning such a practice would threaten the morale of the workforce: *Renaud*, *supra*, at p. 988, *per* Sopinka J.; *R. v. Cranston*, [1997] C.H.R.D. No. 1 (QL). If it were possible to perform the tasks of a forest firefighter safely and efficiently without meeting the prescribed aerobic standard (and the Government has not established the contrary), I can see no right of other firefighters that would be affected by allowing Ms. Meiorin to continue performing her job.

80 Cela nous laisse le témoignage du directeur adjoint des programmes de protection du ministère des Forêts de la Colombie-Britannique, qui a affirmé que composer avec Mme Meiorin minerait le moral des équipes de choc. Là encore, cette proposition n'est pas appuyée par la preuve. Mais, même si elle l'était, l'attitude de ceux qui cherchent à maintenir une pratique discriminatoire ne saurait être conciliée avec le Code. Cette attitude ne saurait donc être déterminante quant à la question de savoir si l'employeur a composé avec le demandeur tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive: voir, de manière générale, l'arrêt *Renaud*, précité, aux pp. 984 et 985, le juge Sopinka; *Chambly*, précité, aux pp. 545 et 546, le juge Cory. Même s'il va sans dire qu'il faut examiner sérieusement «l'opposition des employés qui résulte de craintes légitimes que leurs droits soient lésés», on ne peut pas justifier la discrimination fondée sur un motif prohibé par l'argument que l'abandon de cette pratique minerait le moral des employés: *Renaud*, précité, à la p. 988, le juge Sopinka; *R. c. Cranston*, [1997] D.C.D.P. nº 1 (QL). S'il était possible d'exécuter les tâches d'un pompier forestier de manière sûre et efficace sans satisfaire à la norme aérobique prescrite (et le gouvernement n'a pas prouvé le contraire), je ne vois pas comment le fait de permettre à Mme Meiorin de continuer d'exécuter son travail porterait atteinte aux droits des autres pompiers forestiers.

81 The Court of Appeal suggested that accommodating women by permitting them to meet a lower aerobic standard than men would constitute "reverse discrimination". I respectfully disagree. As this Court has repeatedly held, the essence of equality is to be treated according to one's own merit, capabilities and circumstances. True equality requires that differences be accommodated: *Andrews*, *supra*, at pp. 167-69, *per* McIntyre J.; *Law*, *supra*, at para. 51, *per* Iacobucci J. A different aerobic standard capable of identifying women who could perform the job safely and efficiently therefore does not necessarily imply discrimination against men. "Reverse" discrimination would only result if, for example, an aerobic standard representing a minimum threshold for all forest firefighters was held to be inapplicable to men simply because they were men.

82 The Court of Appeal also suggested that the fact that Ms. Meiorin was tested individually immunized the Government from a finding of discrimination. However, individual testing, without more, does not negate discrimination. The individual must be tested against a realistic standard that reflects his or her capacities and potential contributions. Having failed to establish that the aerobic standard constitutes the minimum qualification required to perform the job safely and efficiently, the Government cannot rely on the mere fact of individual testing to rebut Ms. Meiorin's *prima facie* case of discrimination.

VII. Conclusion

83 I conclude that Ms. Meiorin has established that the aerobic standard is *prima facie* discriminatory, and the Government has not shown that it is reasonably necessary to the accomplishment of the Government's general purpose, which is to identify those forest firefighters who are able to work safely and efficiently. Because it has therefore not been established that the aerobic standard is a BFOR, the Government cannot avail itself of the defence in s. 13(4) of the Code and is bound by the

La Cour d'appel a indiqué que le fait de composer avec les femmes en leur permettant de satisfaire à une norme aérobique moindre que celle des hommes constituerait de la «discrimination à rebours». En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Comme notre Cour l'a conclu à maintes reprises, l'égalité consiste essentiellement à être traité en fonction de son propre mérite, de ses propres capacités et de sa propre situation. L'égalité véritable exige de tenir compte des différences: *Andrews*, précité, aux pp. 167 à 169, le juge McIntyre; *Law*, précité, au par. 51, le juge Iacobucci. Une norme aérobique différente qui permet de déceler les femmes qui pourraient exécuter le travail de manière sûre et efficace n'est donc pas nécessairement discriminatoire envers les hommes. Il n'y aurait discrimination «à rebours» que si, par exemple, il était conclu qu'une norme aérobique qui représente un seuil minimal pour tous les pompiers forestiers est inapplicable aux hommes uniquement en raison de leur sexe.

La Cour d'appel a aussi indiqué que le fait que M^me^ Meiorin a subi une évaluation individuelle permettait au gouvernement d'échapper à toute conclusion de discrimination. Toutefois, l'évaluation individuelle, sans plus, n'annule pas la discrimination. La personne doit être évaluée selon une norme réaliste qui reflète ses capacités et son apport potentiel. Vu qu'il n'a pas établi que la norme aérobique constitue la qualification minimale requise pour exécuter le travail de manière sûre et efficace, le gouvernement ne peut pas invoquer le seul fait qu'il y a eu évaluation individuelle pour réfuter la preuve *prima facie* de discrimination présentée par M^me^ Meiorin.

VII. Conclusion

Je conclus que M^me^ Meiorin a prouvé que la norme aérobique est discriminatoire à première vue et que le gouvernement n'a pas démontré qu'elle est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son objectif général qui est de déceler les pompiers forestiers qui sont en mesure de travailler de manière sûre et efficace. Puisqu'il n'a donc pas été établi que la norme aérobique est une EPJ, le gouvernement est incapable de se prévaloir du moyen de défense prévu par le par. 13(4) du Code,

prohibition of such a discriminatory standard in s. 13(1)(b). The Code accordingly prevents the Government from relying on the aerobic standard as the basis for Ms. Meiorin's dismissal. As this case arose as a grievance before a labour arbitrator, rather than as a claim before the Human Rights Tribunal or its predecessor, relief of a more general nature cannot be claimed. No challenge was made to the other components of the Government's Tests.

et est tenu de respecter l'interdiction d'adopter une telle norme discriminatoire, qui est contenue à l'al. 13(1)b). En conséquence, le Code empêche le gouvernement d'invoquer la norme aérobique pour justifier le congédiement de M^me^ Meiorin. Étant donné que la présente affaire résulte d'un grief déposé devant un arbitre en matière de relations du travail plutôt que d'une demande présentée devant le Tribunal des droits de la personne ou l'organisme qui l'a précédé, il n'est pas possible de demander une réparation de nature plus générale. Les autres éléments des tests gouvernementaux n'ont pas été contestés.

I would allow the appeal and restore the order of the arbitrator reinstating Ms. Meiorin to her former position and compensating her for lost wages and benefits. Ms. Meiorin's union, the appellant on this appeal, shall have its costs in this Court and in the court below.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de l'arbitre enjoignant de réintégrer M^me^ Meiorin dans ses anciennes fonctions et de l'indemniser de la perte de salaire et d'avantages qu'elle a subie. Le syndicat de M^me^ Meiorin, qui est l'appelant dans le présent pourvoi, a droit à ses dépens en notre Cour et en Cour d'appel. 84

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitor for the appellant: The British Columbia Government and Service Employees' Union, Burnaby.

Procureur de l'appelant: Le British Columbia Government and Service Employees' Union, Burnaby.

Solicitors for the respondent: Heenan, Blaikie, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Heenan, Blaikie, Vancouver.

Solicitor for the intervener the British Columbia Human Rights Commission: The British Columbia Human Rights Commission, Victoria.

Procureur de l'intervenante la British Columbia Human Rights Commission: La British Columbia Human Rights Commission, Victoria.

Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the DisAbled Women's Network of Canada and the Canadian Labour Congress: Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Congrès du travail du Canada: Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish, Toronto.

J.G. *Appellant*

v.

The Minister of Health and Community Services, the Law Society of New Brunswick, Legal Aid New Brunswick, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice *Respondents*

and

The Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Canadian Bar Association, the Charter Committee on Poverty Issues, the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, the Disabled Women's Network Canada, the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada *Interveners*

INDEXED AS: NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) *v.* G. (J.)

File No.: 26005.

1998: November 9; 1999: September 10.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Whether parent's right to security of person engaged in custody proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting

J.G. *Appelante*

c.

Le ministre de la Santé et des Services communautaires, le Barreau du Nouveau-Brunswick, l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice *Intimés*

et

Le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, l'Association du Barreau canadien, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit, le Réseau d'action des femmes handicapées et la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) *c.* G. (J.)

N° du greffe: 26005.

1998: 9 novembre; 1999: 10 septembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Le droit du parent à la sécurité de sa personne entre-t-il en jeu dans une instance concernant la garde d'enfants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communau-

him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether failure to provide parent with legal aid in custody proceedings infringing principles of fundamental justice — If so, whether infringement justified — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).

Family law — Children in care — Ministerial application for extension of custody order — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether parent has constitutional right to state-funded counsel in circumstances of case — Procedure to be followed when unrepresented parent in custody application seeks state-funded counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Appeals — Mootness — Legal issues raised in case moot — Whether Supreme Court should exercise its discretion to decide case.

Practice — Constitutional questions — Reformulation — Constitutional questions slightly modified to reflect prospective rather than retrospective nature of case — No prejudice to parties or potential interveners.

The New Brunswick Minister of Health and Community Services was granted custody of the appellant's three children for a six-month period. He later sought an extension of the custody order for a further period of up to six months. At the initial appearance of the appellant, duty counsel appointed by the Minister of Justice to act on her behalf advised the court that the appellant intended to challenge the application and required a full hearing of the matter. The appellant, who was indigent and receiving social assistance at the time, applied for legal aid in order to retain a lawyer to represent her at the custody hearing. Her application was denied because, at the time, custody applications were not covered under the legal aid guidelines. The appellant then

taires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — L'omission de fournir de l'aide juridique au parent à l'instance concernant la garde a-t-elle porté atteinte aux principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte était-elle justifiée? — Réparation appropriée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).

Droit de la famille — Enfants pris en charge — Demande du ministre visant à obtenir la prorogation d'une ordonnance de garde — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — Le parent a-t-il le droit constitutionnel d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État dans les circonstances de l'espèce? — Procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Appels — Caractère théorique — Questions juridiques soulevées dans une affaire devenue théorique — La Cour suprême doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire?

Pratique — Questions constitutionnelles — Reformulation — Questions constitutionnelles légèrement modifiées pour refléter la nature rétrospective plutôt que prospective de l'affaire — Absence de préjudice causé aux parties ou aux intervenants potentiels.

Le ministre de la Santé et des Services communautaires du Nouveau-Brunswick s'était fait confier la garde des trois enfants de l'appelante pour une période de six mois. Il a par la suite sollicité une prorogation de l'ordonnance de garde pour une période d'au plus six mois. Lors de la première comparution de l'appelante, l'avocat désigné par le ministre de la Justice pour la représenter a informé la cour que l'appelante avait l'intention de contester la demande et qu'elle demandait une audition complète de l'affaire. L'appelante, qui était sans ressources et touchait des prestations d'aide sociale à l'époque, s'est adressée au programme d'aide juridique de la province pour obtenir qu'un avocat la représente à l'audience relative à la garde. Sa demande a été

brought a motion for an order directing the Minister to provide her with sufficient funds to cover reasonable fees and disbursements of counsel for the purposes of preparing for and representing her in the custody proceedings or, in the alternative, that either Legal Aid New Brunswick or the provincial Attorney General provide her with counsel. She also sought a declaration that the rules and policies governing the distribution of Domestic Legal Aid violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The motions judge was unable to decide the issue prior to the date set for the custody application. The parties agreed that it would be in the best interests of the children to proceed with the application, and duty counsel for the appellant agreed to represent the appellant at the custody hearing *pro bono*. At the custody hearing, all the parties were represented by counsel, including the appellant. During a three-day period, the Minister called testimony and presented affidavit evidence from 15 witnesses, including expert psychological reports. The Minister was granted an extension of the custody order. Almost a year later, the appellant's motion to obtain state-funded counsel was dismissed. The motions judge concluded that the failure to provide the appellant with legal aid did not violate s. 7 of the *Charter*. The majority of the Court of Appeal affirmed the decision. This appeal is to determine whether indigent parents have a constitutional right to be provided with state-funded counsel when a government seeks a judicial order suspending such parents' custody of their children.

Held: The appeal should be allowed. The New Brunswick government was under a constitutional obligation to provide the appellant with state-funded counsel in the particular circumstances of this case.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Major and Binnie JJ.: While the legal issues that arise in this appeal are moot, the Court should exercise its discretion to decide the case. First, there was an appropriate adversarial context and the appeal was vigorously and fully argued on both sides by the parties and the interveners. Second, the question of whether a parent has a right to state-funded counsel at a custody hearing is of national importance and, although similar cases may arise in the future, they are by nature evasive of review. Lastly, the Court is not overstepping its institu-

rejetée, car à l'époque, les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde. L'appelante a alors demandé par requête une ordonnance enjoignant au ministre de lui accorder les fonds suffisants pour couvrir les honoraires et débours raisonnables d'un avocat pour la représenter dans l'instance concernant la garde, ou, subsidiairement, prescrivant que le programme d'aide juridique ou le procureur général du Nouveau-Brunswick lui fournisse un avocat. Elle a également demandé à la cour de déclarer que les règles et les lignes de conduite régissant le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille violent l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge des requêtes n'était pas en mesure de statuer sur la question avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde. Les parties ont convenu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants que la demande soit entendue à la date initialement fixée, et l'avocat de service a consenti à représenter bénévolement l'appelante à l'audience relative à la garde. À l'audience, toutes les parties, y compris l'appelante, ont été représentées par des avocats. Pendant trois jours, le ministre a présenté, sous forme de dépositions orales ou d'affidavits, 15 témoignages, comprenant des rapports psychologiques. Le ministre a obtenu une prorogation de l'ordonnance de garde. Presque un an plus tard, la requête de l'appelante en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État a été rejetée. Le juge des requêtes a conclu que le défaut d'octroyer de l'aide juridique à l'appelante ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la décision. Le présent pourvoi vise à déterminer si des parents sans ressources visés par une demande d'ordonnance judiciaire présentée par le gouvernement pour leur retirer la garde de leurs enfants ont le droit constitutionnel d'être représentés par un avocat rémunéré par l'État.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick avait, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'obligation constitutionnelle de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Major et Binnie: Bien que les questions juridiques que soulève le présent pourvoi aient un caractère théorique, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire. D'abord, il y a eu un débat contradictoire suffisant, et les deux parties ainsi que les intervenants ont débattu à fond et avec vigueur les questions soulevées. Ensuite, la question de savoir si le père ou la mère a droit aux services d'avocats rémunérés par l'État dans une instance relative à la garde d'enfants est d'une importance nationale et, bien que

tional role in deciding this appeal. While the issues are moot, they are not abstract. This case, however, must be approached as though a prospective breach of s. 7 of the *Charter* was at issue. The analysis must proceed on the assumption that the custody hearing had not yet taken place and that the appellant would not have been represented by counsel at the hearing. Given this approach, the constitutional questions, which are retrospective rather than prospective in nature, must be slightly modified. None of the parties are prejudiced by the reformulation of the questions, nor would any potential interveners have made a different decision about exercising their right to intervene.

The Minister's application to extend the original custody order threatened to restrict the appellant's right to security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*. This right protects both the physical and psychological integrity of the individual and this protection extends beyond the criminal law and can be engaged in child protection proceedings. For a restriction of security of the person to be made out, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety. State removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent. Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as "unfit" when relieved of custody. As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct. A combination of stigmatization, loss of privacy, and

des affaires semblables puissent survenir à nouveau, elles échappent par nature à l'examen des tribunaux. Finalement, la Cour n'outrepasse pas son rôle institutionnel en entendant le présent pourvoi. Si les questions soulevées en l'espèce sont théoriques, elles ne sont pas abstraites. La présente espèce, cependant, doit être abordée comme si elle portait sur une violation éventuelle de l'art. 7 de la *Charte*. Il convient de procéder à l'analyse comme si l'audience relative à la garde n'avait pas encore eu lieu et en présumant que l'appelante n'y aurait pas été représentée par avocat. Vu cette façon d'aborder l'analyse, les questions constitutionnelles, qui sont de nature rétrospective plutôt que prospective, doivent être légèrement modifiées. La reformulation des questions ne cause de préjudice à aucune partie, et aucun intervenant potentiel n'aurait pris non plus de décision différente quant à l'exercice du droit d'intervention.

La demande du ministre visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit protège à la fois l'intégrité physique et intégrité psychologique de la personne, et la protection qu'il accorde déborde le cadre du droit criminel et peut jouer dans les instances concernant la protection des enfants. Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires. Le retrait de la garde d'un enfant par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent. Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant «inaptes» quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État. La stigmatisation et l'atteinte à la vie privée combinées aux perturbations de la

disruption of family life are sufficient to constitute a restriction of security of the person.

This restriction would not have been in accordance with the principles of fundamental justice were the appellant unrepresented by counsel at the custody hearing. Section 7 guarantees every parent the right to a fair hearing when the state seeks to obtain custody of their children. For the hearing to be fair, the parent must have an opportunity to present his or her case effectively. Effective parental participation at the hearing is essential for determining the best interests of the child in circumstances where the parent seeks to maintain custody of the child. While a parent need not always be represented by counsel in order to ensure a fair custody hearing, in some circumstances, depending on the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent, the government may be required to provide an indigent parent with state-funded counsel. A consideration of these factors leads to the conclusion that, in the circumstances of this case, the appellant's right to a fair hearing required that she be represented by counsel. Without the benefit of counsel, the appellant would not have been able to participate effectively at the hearing, creating an unacceptable risk of error in determining the children's best interests and thereby threatening to violate both the appellant's and her children's s. 7 right to security of the person. Although all custody hearings engage serious interests, the seriousness varies according to the length of the proposed separation of parent from child and the length of any previous separation. Here, the state was seeking to extend a previous custody order by six months and the appellant had already been separated from her children for over a year. The custody hearing was sufficiently complex. Child custody proceedings are adversarial and the parties are responsible for planning and presenting their cases. While the rules of evidence are somewhat relaxed, difficult evidentiary issues are frequently raised. The parent must adduce evidence, cross-examine witnesses, make objections and present legal defences in the context of what is to many a foreign environment, and under significant emotional strain. In this case, all the other parties were represented by counsel. The hearing was scheduled to last three days, and counsel for the Minister planned to present 15 affidavits, including two expert reports. Finally, in proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the legal system in order to effectively present his or her case. There is no evidence here suggesting that the appellant possessed such

vie familiale suffisent pour constituer une restriction de la sécurité de la personne.

Cette restriction n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale si l'appelante n'avait pas été représentée par un avocat à l'audience relative à la garde. L'article 7 garantit aux parents le droit à une audience équitable lorsque l'État demande la garde de leurs enfants. Pour que l'audience soit équitable, il faut que le parent ait la possibilité de présenter efficacement sa cause. Lorsque le père ou la mère cherche à conserver la garde, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une participation parentale efficace à l'audience. Bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire qu'un parent soit représenté par avocat pour garantir l'équité de l'audience relative à la garde, dans certaines circonstances, selon la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent, il se peut que le gouvernement soit obligé de fournir à un parent sans ressources des services d'avocats rémunérés par l'État. L'examen de ces facteurs mène à la conclusion que, dans les circonstances de l'espèce, le droit de l'appelante à une audience équitable exigeait qu'elle soit représentée par un avocat. Sans avocat, l'appelante n'aurait pu participer efficacement à l'audience, ce qui aurait fait naître un risque inacceptable d'erreur dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants et, en conséquence, aurait menacé de violer le droit à la sécurité de la personne de l'appelante et de ses enfants que garantit l'art. 7. Bien que toutes les audiences en matière de garde d'enfants fassent entrer en jeu des intérêts importants, leur importance varie en fonction de la durée prévue de la séparation et de la durée de toute séparation antérieure. En l'espèce, l'État cherchait à prolonger de six mois la durée d'une ordonnance de garde et l'appelante avait déjà été séparée de ses enfants pendant plus d'un an. L'audience relative à la garde était suffisamment complexe. Les instances relatives à la garde d'enfants sont de nature contradictoire et les parties sont responsables de la préparation et de la présentation de leur cause. Bien que les règles de preuve soient quelque peu assouplies, des questions de preuve compliquées sont fréquemment formulées. Les parents, en proie à une tension émotive considérable, doivent soumettre des éléments de preuve, contre-interroger des témoins, formuler des objections et présenter des moyens de défense prévus par la loi dans un contexte qui, la plupart du temps, leur est inconnu. Dans la présente affaire, toutes les autres parties étaient représentées par avocat. L'audience devait durer trois jours, et l'avocat du ministre projetait de présenter 15 affidavits, incluant deux rapports d'experts. Enfin, dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non

capacities. The potential s. 7 violation in this case would have been the result of the failure of the New Brunswick government to provide the appellant with state-funded counsel under its Domestic Legal Aid program after initiating proceedings under Part IV of the *Family Services Act*.

Assuming without deciding that the policy of not providing state-funded counsel to respondents in custody applications was a limit prescribed by law, that the objective of this policy — controlling legal aid expenditures — is pressing and substantial, that the policy is rationally connected to that objective, and that it constitutes a minimal impairment of s. 7, the deleterious effects of the policy far outweigh the salutary effects of any potential budgetary savings. The proposed budgetary savings are minimal and the additional cost of providing state-funded counsel in these circumstances is insufficient to constitute a justification within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Moreover, the government's obligation to provide legal aid to a parent who cannot afford a lawyer only arises in circumstances where the representation of the parent is essential to ensure a fair hearing where the parent's life, liberty, or security is at stake.

In circumstances where the absence of counsel for a parent would result in an unfair custody hearing, the appropriate remedy under s. 24(1) is an order that the government provide the parent with state-funded counsel.

In the future, when an unrepresented parent in a custody application wants a lawyer but is unable to afford one, the judge should first inquire as to whether the parent applied for legal aid or any other form of state-funded legal assistance. If the parent has not exhausted all possible avenues for obtaining state-funded legal assistance, the proceedings should be adjourned to give the parent a reasonable time to make the appropriate

représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d'excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause. En l'espèce, aucun élément de preuve n'indique que l'appelante possédait de tels attributs. La contravention potentielle à l'art. 7, en l'espèce, aurait été attribuable à l'omission du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir à l'appelante l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État en vertu du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, après avoir entamé des procédures sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*.

En supposant, sans toutefois statuer sur la question, que la ligne de conduite consistant à ne pas fournir des services d'avocats rémunérés par l'État aux intimés visés par des demandes de garde est une restriction prévue par une règle de droit, que son objectif — la réduction des dépenses afférentes à l'aide juridique — constitue une préoccupation urgente et réelle, que la ligne de conduite est rationnellement liée à l'objectif et qu'elle porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 7, les effets nocifs de la ligne de conduite excèdent de beaucoup les effets bénéfiques pouvant résulter d'éventuelles économies budgétaires. Les économies budgétaires projetées sont minimales et les coûts supplémentaires qui résulteraient de la prestation de services d'avocats rémunérés par l'État dans ces circonstances ne sont pas suffisants pour constituer une justification au sens de l'article premier de la *Charte*. En outre, le gouvernement n'est tenu d'octroyer de l'aide juridique au parent qui n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat que si la représentation par avocat est essentielle à l'équité de l'audience, lorsque le droit du parent à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne est en cause.

Lorsque l'absence d'un avocat pour le père ou la mère donnerait lieu à une audience inéquitable, la réparation qu'il convient d'accorder sous le régime du par. 24(1) est une ordonnance enjoignant au gouvernement de fournir au parent les services d'un avocat rémunéré par l'État.

Dorénavant, lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde souhaite être représenté par avocat mais n'en a pas les moyens, le juge doit d'abord vérifier si le parent a présenté une demande d'aide juridique ou a demandé une autre forme d'assistance juridique rémunérée par l'État. Si le parent n'a pas épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir une aide juridique rémunérée par l'État, l'instance doit être ajournée pour lui

applications, provided the best interests of the child are not compromised. The judge should next consider whether the parent can receive a fair hearing if unrepresented by considering the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent. The judge should also bear in mind his or her ability to assist the parent within the limits of the judicial role. If, after considering these criteria, the judge is not satisfied that the parent can receive a fair hearing and there is no other way to provide the parent with a lawyer, the judge should order the government to provide the parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: In addition to s. 7 issues, this case raises issues of gender equality because women, and especially single mothers, are disproportionately and particularly affected by child protection proceedings. In considering the s. 7 issues, it is thus important to ensure that the analysis takes into account the principles and purposes of the equality guarantee in promoting the equal benefit of the law and ensuring that the law responds to the needs of those disadvantaged individuals and groups whose protection is at the heart of s. 15 of the *Charter*. The principles of equality, guaranteed by both ss. 15 and 28, are a significant influence on interpreting the scope of protection offered by s. 7.

For the reasons given by the Chief Justice, the appellant's security of the person was implicated when the government instituted proceedings to extend the existing custody order. However, the proceedings also triggered the appellant's liberty interest. The result of the proceedings may be that the parent is deprived of the right to make decisions on behalf of children and guide their upbringing. Parental decision-making and other attributes of custody are protected under the liberty interest in s. 7 of the *Charter*.

The appellant can only be deprived of her security and liberty interests in accordance with the principles of fundamental justice. These principles require that a parent be able to participate in the hearing adequately and effectively, and it is the obligation of the trial judge to exercise his or her discretion in determining when a lack of counsel will interfere with the ability of the parent to present his or her case. In determining whether a parent will be able to participate effectively in the hear-

donner suffisamment de temps pour présenter les demandes appropriées, pourvu que l'intérêt supérieur de l'enfant n'en souffre pas. Le juge doit ensuite déterminer si le parent peut faire l'objet d'une audience équitable s'il n'est pas représenté, compte tenu des facteurs suivants: la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent. Le juge doit également garder à l'esprit que, dans les limites de sa fonction juridictionnelle, il peut aider le parent. S'il estime, après l'examen de ces facteurs, que le parent n'aura pas une audience équitable et qu'il n'existe pas d'autres moyens de lui fournir un avocat, il doit ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de fournir au parent un avocat rémunéré par l'État.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: En plus de questions relatives à l'art. 7, la présente affaire soulève des questions relatives à l'égalité des sexes, car les femmes, notamment les mères célibataires, sont touchées, de façon disproportionnée et particulière, par les procédures relatives à la protection des enfants. Lorsqu'on examine les questions relatives à l'art. 7, il est donc important de s'assurer que l'analyse tienne compte des principes et des objets de la garantie d'égalité en favorisant le bénéfice égal de la protection de la loi et en s'assurant que la loi réponde aux besoins des personnes et des groupes défavorisés que l'art. 15 de la *Charte* vise à protéger. Les principes d'égalité, garantis tant par l'art. 15 que par l'art. 28, influencent grandement l'interprétation de l'étendue de la protection offerte par l'art. 7.

Pour les motifs exposés par le Juge en chef, la sécurité de l'appelante a été mise en cause lorsque le gouvernement a institué des procédures visant la prolongation de l'ordonnance de garde existante. Cependant, les procédures font également entrer en jeu le droit à la liberté de l'appelante. L'instance peut entraîner la perte du droit du parent de prendre des décisions au nom des enfants et de guider leur éducation. Le processus de prise de décisions des parents ainsi que les autres attributs de la garde sont protégés au nom du droit à la liberté que garantit l'art. 7 de la *Charte*.

L'appelante ne peut être privée de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ces principes exigent qu'un parent soit capable de participer de façon adéquate et efficace à l'audience, et le juge de première instance est tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quand l'absence d'avocat empêche le parent de présenter sa cause. Lorsqu'il détermine si un parent est capable de participer de façon efficace à

ing, the trial judge must consider the seriousness of the interests, the complexity of the proceedings, and the characteristics of the parent affected. Child protection hearings will have varying degrees of seriousness. While the seriousness of the order requested will play a role in balancing the interests involved, the fact that the application is temporary or permanent should not have a significant effect on whether the parent will be granted a right to counsel since temporary applications are often part of a process that leads to permanent ones. In considering the seriousness factor, the trial judge must take into account the overall context and the serious effects of losing the ability to care for and guide the development of one's children. With respect to the complexity factor, the more complex the proceedings are, the more difficult it will be for the parent to participate effectively without assistance. The length of the proceedings, the type of evidence that is presented, the number of witnesses and the complexity and technicality of the proceedings must be important considerations in evaluating this factor. In considering the characteristics of the parent affected, courts must avoid including considerations in the test for state-funded counsel that may make it more difficult for the parent when presenting his or her case on the merits. The focus must be on the parent's education level, linguistic abilities, facility in communicating, age, and similar indicators. When the three factors are taken into account, it is likely that the situations in which state-funded counsel is required will not necessarily be rare. Here, the trial judge did not exercise her discretion properly. She was in error in not adequately considering the values of meaningful participation in the hearing affecting the rights of the child or the complexity of this case and the difficulty the appellant would face in presenting her case.

l'audience, le juge de première instance doit examiner l'importance des intérêts, la complexité des procédures et les caractéristiques du parent qui est touché. Les instances concernant la protection des enfants n'ont pas toutes le même degré de gravité. Bien que la sévérité de l'ordonnance demandée jouera un rôle lorsque les intérêts en jeu seront soupesés, le fait que la demande vise une ordonnance temporaire ou permanente ne doit pas avoir d'effet important sur la question de savoir si le droit à un avocat sera accordé au parent, vu que les demandes d'ordonnances temporaires font souvent partie d'un processus qui mène à des ordonnances permanentes. En examinant le facteur de la gravité, le juge de première instance doit tenir compte du contexte global et des effets lourds de conséquences, pour une personne, de la perte de la possibilité de prendre soin de ses propres enfants et de guider leur développement. En ce qui concerne le facteur de la complexité, plus les procédures sont complexes, plus il sera difficile pour le parent de participer à l'audience de façon efficace sans aide. La durée de l'instance, le genre de preuve présentée, le nombre de témoins ainsi que la complexité et le caractère technique des procédures doivent constituer des considérations importantes dans le cadre de l'évaluation de ce facteur. En examinant les caractéristiques du parent qui est touché, les tribunaux doivent éviter d'inclure dans le critère appliqué pour déterminer si le parent a droit à un avocat rémunéré par l'État des considérations susceptibles de rendre plus ardue pour le parent la tâche de présenter sa cause au fond. Il faut mettre l'accent sur le niveau d'instruction du parent, ses aptitudes linguistiques, sa facilité de communication, son âge ainsi que d'autres indicateurs du même genre. Si on tient compte des trois facteurs, il est probable que les cas où la présence d'un avocat rémunéré par l'État sera requise ne seront pas nécessairement rares. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas correctement exercé son pouvoir discrétionnaire. Elle a commis une erreur en ne tenant pas suffisamment compte des valeurs relatives à la participation valable à l'audience touchant les droits de l'enfant ni de la complexité de la présente affaire et des problèmes que rencontrerait l'appelante dans la présentation de sa cause.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; **distinguished:** *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*,

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Singh c.*

[1985] 1 S.C.R. 177; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642; *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hepton v. Maat* [1957] S.C.R. 606; *R. v. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289; *R. v. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982); *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7, 10, 11(*d*), 15(1), 24(1), 28.

Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2 [am. 1983, c. 16, s. 1], ss. 1 "best interests of the child", 7(*b*), 53(2), Part IV.

Legal Aid Act, R.S.N.B. 1973, c. L-2, ss. 12(1) [am. 1979, c. 41, s. 73(2); am. 1983, c. 46, s. 6; am. 1987, c. 6, s. 51(10)], 12(14) [rep. & sub. 1983, c. 46, s. 6; am. 1987, c. 6, s. 51(10)], 24(1) [ad. 1993, c. 21, s. 20], Part II [ad. 1993, c. 21, s. 20].

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642; *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Renvoi relatif à l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *R. c. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289; *R. c. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Santosky c. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982); *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7, 10, 11*d*), 15(1), 24(1), 28.

Loi sur l'aide juridique, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, art. 12(1) [mod. 1979, ch. 41, art. 73(2); mod. 1983, ch. 46, art. 6; mod. 1987, ch. 6, art. 51(10)], 12(14) [abr. & rempl. 1983, ch. 46, art. 6; mod. 1987, ch. 6, art. 51(10)], 24(1) [aj. 1993, ch. 21, art. 20], Partie II [aj. 1993, ch. 21, art. 20].

Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 [mod. 1983, ch. 16, art. 1], art. 1 «intérêt supérieur de l'enfant», 7*b*), 53(2), Partie IV.

Authors Cited

Callahan, Marilyn. "Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare". In Brian Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada*. Toronto: McClelland & Stewart, 1993, 172.

Cossman, Brenda, and Carol Rogerson. "Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law". In *Report of the Ontario Legal Aid Review: A Blueprint of Publicly Funded Legal Services*. Toronto: Ontario Legal Aid Review, 1997, 773.

Hughes, Patricia. "New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*" (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240.

Thompson, D. A. Rollie. "Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings – Part I" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 11.

Thomson, George M. "Judging Judiciously in Child Protection Cases". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 213.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1997), 187 N.B.R. (2d) 81, 478 A.P.R. 81, 145 D.L.R. (4th) 349, [1997] N.B.J. No. 138 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of Athey J. (1995), 171 N.B.R. (2d) 185, 437 A.P.R. 185, 131 D.L.R. (4th) 273, [1995] N.B.J. No. 560 (QL), dismissing the appellant's motion asserting a right to a state-funded legal counsel. Appeal allowed.

E. Thomas Christie, for the appellant.

Bruce Judah, Q.C., for the respondents the Minister of Health and Community Services, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice.

Gary A. Miller, for the respondents the Law Society of New Brunswick and Legal Aid New Brunswick.

Heather Leonoff, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Doctrine citée

Callahan, Marilyn. «Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare». In Brian Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada*. Toronto: McClelland & Stewart, 1993, 172.

Cossman, Brenda, et Carol Rogerson. «Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law». Dans *Rapport de l'examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario: Plan d'action pour des services juridiques publics subventionnés*. Toronto: Examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario, 1997, 773.

Hughes, Patricia. «New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*» (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240.

Thompson, D. A. Rollie. «Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings – Part I» (1988), 7 *Rev. can. d. fam.* 11.

Thomson, George M. «Judging Judiciously in Child Protection Cases». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 213.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1997), 187 R.N.-B. (2e) 81, 478 A.P.R. 81, 145 D.L.R. (4th) 349, [1997] A.N.-B. nº 138 (QL), rejetant l'appel formé par l'appelante contre une décision du juge Athey (1995), 171 R.N.-B. (2e) 185, 437 A.P.R. 185, 131 D.L.R. (4th) 273, [1995] A.N.-B. nº 560 (QL), qui a rejeté la requête de l'appelante revendiquant le droit à des services d'avocats rémunérés par l'État. Pourvoi accueilli.

E. Thomas Christie, pour l'appelante.

Bruce Judah, c.r., pour les intimés le ministre de la Santé et des Services communautaires, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice.

Gary A. Miller, pour les intimés le Barreau du Nouveau-Brunswick et l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick.

Heather Leonoff, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

Barry L. Gorlick, Q.C., and *Greg Delbigio*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Arne Peltz and *Martha Jackman*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues.

Carole Curtis and *Anne Dugas-Horsman*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, and the Disabled Women's Network Canada.

W. Glenn How, Q.C., and *André Carbonneau*, for the intervener the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Major and Binnie JJ. was delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — This case raises for the first time the issue of whether indigent parents have a constitutional right to be provided with state-funded counsel when a government seeks a judicial order suspending such parents' custody of their children. It comes before the Court as a result of Legal Aid New Brunswick's decision not to provide legal aid to the appellant after the Minister of Health and Community Services of New Brunswick sought to extend an order granting the Minister custody of the appellant's three children for an additional six months. The decision not to provide the appellant with legal aid was made pursuant to a policy in force at the time of her application which stipulated that no legal aid certificates would be issued to respondents in custody applications made by the Minister of Health and Community Services.

2 I have concluded that the Government of New Brunswick was under a constitutional obligation to provide the appellant with state-funded counsel in the particular circumstances of this case. When government action triggers a hearing in which the

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

Barry L. Gorlick, c.r., et *Greg Delbigio*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Arne Peltz et *Martha Jackman*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

Carole Curtis et *Anne Dugas-Horsman*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit et le Réseau d'action des femmes handicapées.

W. Glenn How, c.r., et *André Carbonneau*, pour l'intervenante la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Major et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF — La présente affaire soulève pour la première fois la question de savoir si des parents sans ressources visés par une demande d'ordonnance judiciaire présentée par le gouvernement pour leur retirer la garde de leur enfant ont le droit constitutionnel d'être représentés par un avocat rémunéré par l'État. Notre Cour en est saisie par suite de la décision du programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick de ne pas accorder d'aide à l'appelante en rapport avec une demande visant à prolonger de six mois la durée de l'ordonnance conférant la garde de ses trois enfants au ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise en application d'une ligne de conduite en vigueur au moment où l'appelante a présenté sa demande d'aide, selon laquelle aucun certificat d'aide juridique n'était délivré aux intimés visés par des demandes de garde soumises par le ministre.

Dans les circonstances particulières de l'espèce, je conclus que le gouvernement du Nouveau-Brunswick avait l'obligation constitutionnelle de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État. Lorsque le gouvernement est à

interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are engaged, it is under an obligation to do whatever is required to ensure that the hearing be fair. In some circumstances, depending on the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent, the government may be required to provide an indigent parent with state-funded counsel. Where the government fails to discharge its constitutional obligation, a judge has the power to order the government to provide a parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter* through whatever means the government wishes, be it through the Attorney General's budget, the consolidated funds of the province, or the budget of the legal aid system, if one is in place.

I. Factual Background

The appellant's three young children were placed in the care of the Minister of Health and Community Services of New Brunswick on November 12, 1993. On April 28, 1994 the Minister obtained an order under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, granting him custody of the children for a period of up to six months. The appellant was not represented by counsel at the hearing, although she did have the assistance of a friend who did not have any legal training.

By notice of application served on the appellant on October 24, 1994, the Minister sought an extension of the order for a further period of up to six months. On October 27, 1994, at the initial appearance of the appellant, duty counsel appointed by the Minister of Justice to act on her behalf advised the court that the appellant intended to challenge the temporary custody application and therefore required a full hearing of the matter.

The appellant, who was indigent and receiving social assistance at the time, applied to Legal Aid New Brunswick for legal aid on November 1, 1994 and was advised the next day that her application was denied on the grounds that the proceeding

l'origine d'une audience visant les intérêts protégés par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'équité de l'audience. Dans certaines circonstances, selon la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent, il se peut que le gouvernement soit obligé de fournir à un parent sans ressources des services d'avocats rémunérés par l'État. Lorsqu'il ne s'acquitte pas de son obligation constitutionnelle, le juge a, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, le pouvoir d'ordonner au gouvernement de fournir au parent des services d'avocats rémunérés par l'État, de la façon que ce dernier déterminera, que ce soit sur le budget du procureur général, sur le Trésor de la province ou sur le budget du régime d'aide juridique si un tel régime existe.

I. Les faits

3 Le 12 novembre 1993, les trois jeunes enfants de l'appelante ont été confiés au ministre de la Santé et des Services communautaires. Le 28 avril 1994, le ministre a obtenu une ordonnance rendue sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, lui accordant la garde des enfants pour une période maximale de six mois. L'appelante n'était pas représentée par avocat à l'audience; elle était assistée d'un ami qui n'avait aucune formation juridique.

4 Par avis de requête signifié à l'appelante le 24 octobre 1994, le ministre a sollicité une prorogation de l'ordonnance pour une période d'au plus six mois. Le 27 octobre 1994, lors de la première comparution de l'appelante, l'avocat désigné par le ministre de la Justice pour la représenter a informé la cour que l'appelante avait l'intention de contester la demande de garde temporaire et qu'elle demandait par conséquent une audition complète de l'affaire.

5 L'appelante, qui était sans ressources et touchait des prestations d'aide sociale à l'époque, s'est adressée au programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick le 1er novembre 1994. L'organisme l'a informée le lendemain que sa

involved a custody application, as opposed to a guardianship application by the Minister. At that time, custody applications were not covered under the legal aid guidelines; legal aid certificates were available only for guardianship applications.

6 On November 2, 1994, the appellant brought a motion for an order directing the Minister to provide her with sufficient funds to cover reasonable fees and disbursements of counsel for the purposes of preparing for and representing her in the custody proceedings or in the alternative, that either Legal Aid New Brunswick or the Attorney General for New Brunswick provide her with counsel. She also sought a declaration that the rules and policies governing the distribution of Domestic Legal Aid, as they differentiated between applications for guardianship and applications for custody orders (or their extension), were contrary to s. 15(1) of the *Charter*. Subsequently, the motion was amended to include relief for a violation of s. 7 of the *Charter*.

7 November 3, 1994 was set aside to hear the motion. At the request of the Attorney General, an adjournment was granted until December 12, 1994. The motions judge, Athey J., also requested that the parties present their arguments by way of written brief.

8 In the week preceding the new hearing date, Athey J. advised counsel that she would be unable to determine the issue of the right to paid counsel prior to the date set for the custody application. It was agreed by counsel that the best interests of the children would be served by proceeding with the custody hearing on the originally scheduled date. Mr. Christie, who had been appointed duty counsel for the appellant and relieved of his role on November 8, 1994, agreed to represent the appellant at the custody hearing *pro bono*, in accordance with the highest standards of the profession. The parties also agreed that the motion would not be considered moot by virtue of Mr. Christie's representation of the appellant at the hearing.

demande d'aide juridique était rejetée parce qu'elle se rapportait à une demande de garde et non à une demande de tutelle présentée par le ministre. Les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas, alors, les demandes de garde. Les certificats d'aide juridique n'étaient délivrés que pour des demandes de tutelle.

Le 2 novembre 1994, l'appelante a demandé par requête une ordonnance enjoignant au ministre de lui accorder les fonds suffisants pour couvrir les honoraires et débours raisonnables d'un avocat pour la représenter dans l'instance concernant la garde, ou, subsidiairement, prescrivant que le programme d'aide juridique ou le procureur général du Nouveau-Brunswick lui fournisse un avocat. Elle a également demandé à la Cour de déclarer que les règles et les lignes de conduite régissant le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille sont contraires au par. 15(1) de la *Charte*, en tant qu'elles établissent une distinction entre les demandes de tutelle et les demandes de garde (ou leur prorogation). Par la suite, la requête a été modifiée pour inclure une demande de réparation pour violation de l'art. 7 de la *Charte*.

L'audition de la requête a été fixée au 3 novembre 1994, mais la Cour a accordé une remise au 12 décembre 1994 à la demande du procureur général. Le juge Athey, juge des requêtes, a également demandé que les parties présentent leur argumentation par écrit.

Dans la semaine qui a précédé la nouvelle date d'audience, le juge Athey a informé les avocats qu'elle ne serait pas en mesure de statuer, avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde, sur la question du droit à un avocat payé sur les deniers publics. Les avocats ont convenu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants que la demande soit entendue à la date initialement fixée. L'avocat de service, M^e^ Christie, qui avait été relevé de son mandat le 8 novembre 1994, a consenti à représenter bénévolement l'appelante à l'audience relative à la garde, selon les normes les plus élevées de la profession. Les parties ont également convenu que le fait que M^e^ Christie représente l'appelante à l'audience ne rendrait pas théorique la requête de cette dernière.

The custody hearing was held December 19, 20 and 21, 1994. Athey J. granted an extension of the custody order on January 3, 1995. At the hearing, the Minister of Health and Community Services called testimony and presented affidavit evidence from 15 witnesses, including expert psychological reports. The Minister of Justice provided counsel for the Minister of Health and Community Services and, at the request of the court pursuant to s. 7(*b*) of the *Family Services Act*, the Attorney General provided counsel for the appellant's children. Mr. Danny Vezina, the father of one of the children, hired counsel to represent him.

In June of 1995, the children were returned to the care of the appellant. On December 15, 1995, over a year after the appellant's motion was brought, it was dismissed by Athey J. The appellant was granted leave to appeal. Her appeal was dismissed by the New Brunswick Court of Appeal on March 14, 1997.

II. The Legislative Scheme

The relevant sections of the *Family Services Act* are as follows:

1. . . .

"best interests of the child" means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

(*a*) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;

(*b*) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;

(*c*) the effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity;

(*d*) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child;

(*e*) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;

L'audience en matière de garde s'est tenue les 19, 20 et 21 décembre 1994, et le juge Athey a accordé la prorogation le 3 janvier 1995. À l'audience, le ministre de la Santé et des Services communautaires a présenté, sous forme de dépositions orales ou d'affidavits, 15 témoignages, comprenant des rapports psychologiques. Le ministre de la Justice a fourni des services d'avocat au ministre de la Santé et des Services communautaires et, à la requête de la cour en vertu de l'al. 7*b*) de la *Loi sur les services à la famille*, le procureur général a fourni un avocat aux enfants de l'appelante. Le père de l'un des enfants, M. Danny Vezina, a retenu les services d'un avocat pour le représenter. 9

Au mois de juin 1995, les enfants ont été remis à l'appelante. Le 15 décembre 1995, plus d'un an après le dépôt de la requête de l'appelante, le juge Athey l'a rejetée. L'appelante a été autorisée à interjeter appel. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté son appel le 14 mars 1997. 10

II. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les services à la famille* sont les suivantes: 11

1. . . .

«intérêt supérieur de l'enfant» désigne l'intérêt supérieur de l'enfant dans les circonstances, compte tenu

a) de l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et du besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;

b) des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître;

c) de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;

d) de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou sœur de l'enfant;

e) des avantages de tout projet de prise en charge de l'enfant par le Ministre comparés à l'avantage pour l'enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;

(*f*) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and

(*g*) the child's cultural and religious heritage;

. . .

53(2) When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.

12 The relevant sections of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, are as follows:

12(1) Subject to the directions of the Provincial Director and policies established by the Law Society, an area director may issue legal aid certificates authorizing legal aid for proceedings and matters preliminary to anticipated proceedings

(*a*) in respect of an offence under an Act of the Parliament of Canada or in respect of the *Extradition Act*, chapter E-21 of the Revised Statutes of Canada, 1970 or the *Fugitive Offenders Act* chapter F-32 of the Revised Statutes of Canada, 1970,

(*b*) in respect of an offence under an Act of the Legislature,

(*c*) before an administrative tribunal established by an Act of the Legislature or of the Parliament of Canada,

(*d*) in bankruptcy,

(*e*) under the *Divorce Act*, chapter D-8 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or the *Divorce Act, 1985*, chapter 4 of the Statutes of Canada, 1986,

(*f*) other than those covered in paragraphs (a) to (e), in The Court of Queen's Bench of New Brunswick, the Court of Divorce and Matrimonial Causes, the Provincial Court, The Probate Court of New Brunswick, the Supreme Court of Canada or the Federal Court of Canada, and

(*g*) of an appellate nature in respect of matters and proceedings described in such of paragraphs (a) to (f) as are in force.

. . .

f) du besoin pour l'enfant d'être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et

g) du patrimoine culturel et religieux de l'enfant;

. . .

53(2) Lorsqu'elle statue sur une demande en application de la présente Partie, la cour doit à tout moment placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, sont les suivantes:

12(1) Sous réserve des directives du directeur provincial et des lignes de conduite établies par le Barreau, un directeur régional peut délivrer un certificat d'aide juridique permettant que le bénéfice de l'aide juridique soit accordé pour des procédures et des questions préalables qu'il est question d'intenter

a) relativement à une infraction prévue par une loi du Parlement du Canada, ou relativement à la *Loi sur l'extradition*, chapitre E-21 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou à la *Loi sur les criminels fugitifs*, chapitre F-32 des Statuts révisés du Canada de 1970,

b) relativement à une infraction prévue par une loi de la Législature,

c) devant un tribunal administratif institué par une loi de la Législature ou du Parlement du Canada,

d) en cas de faillite,

e) en application de la *Loi sur le divorce*, chapitre D-8 des Statuts révisés du Canada de 1970 ou de la *Loi de 1985 sur le divorce*, chapitre 4 des Statuts du Canada de 1986,

f) autres que celles visées aux alinéas a) à e), devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, la Cour des divorces et des causes matrimoniales, la Cour provinciale, la Cour des successions du Nouveau-Brunswick, la Cour suprême du Canada ou la Cour fédérale du Canada, et

g) en cas d'appel concernant les questions et procédures décrites aux alinéas a) à f) qui sont en vigueur.

. . .

12(14) Where the Law Society is of the opinion that the Legal Aid Fund is in danger of being depleted, it may, with the approval of the Minister, issue directions to the Provincial Director limiting the providing of legal aid in matters included in paragraphs (1)(c) to (g) and subsection (2).

. . .

24(1) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, the Minister may establish and administer a program to provide legal aid for persons for proceedings and matters preliminary to anticipated proceedings

(*a*) under the *Divorce Act*, (Canada),

(*b*) other than those covered in paragraphs 12(1)(a) to 12(1)(e), in The Court of Queen's Bench of New Brunswick, the Court of Divorce and Matrimonial Causes, the Supreme Court of Canada or the Federal Court of Canada, and

(*c*) of an appellate nature in respect of matters and proceedings described in paragraphs (a) and (b).

The relevant sections of the *Charter* are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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.

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

To better understand both the factual context and the issues raised in this appeal, it may prove helpful to briefly review the Domestic Legal Aid program in New Brunswick. The statutory scheme and development of domestic legal aid in New Brunswick was ably described by both Athey J. in her reasons and by the parties, and I borrow from their accounts in what follows.

12(14) Lorsque le Barreau est d'avis que le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, il peut, avec l'approbation du Ministre, émettre des directives au directeur provincial en vue de limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard des questions prévues aux alinéas (1)c) à g) et au paragraphe (2).

. . .

24(1) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi ou des règlements, le Ministre peut mettre sur pied et administrer un programme pour dispenser de l'aide juridique à des personnes pour les procédures et les questions préalables à des procédures qu'il est question d'intenter

a) en vertu de la *Loi sur le divorce*, (Canada),

b) autres que celles qui sont visées aux alinéas 12(1)a) à 12(1)e), devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, la Cour des divorces et des causes matrimoniales, la Cour suprême du Canada ou la Cour fédérale du Canada, et

c) en cas d'appel concernant les questions et procédures décrites aux alinéas a) et b).

Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes: 13

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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.

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

Afin de mieux comprendre aussi bien les faits du présent pourvoi que les questions qu'il soulève, il est utile de décrire brièvement le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille au Nouveau-Brunswick. Le juge Athey, dans ses motifs, et les parties ont bien décrit l'encadrement législatif de ce programme ainsi que son évolution. J'ai puisé dans leur texte pour ce qui suit. 14

A. *The Statutory Scheme*

15 Under the *Legal Aid Act*, the Law Society is authorized to establish a plan known as Legal Aid New Brunswick, funded by both the government and the Law Foundation of New Brunswick. This plan is administered by the Law Society through the Provincial Director, who is appointed by the Law Society and is subject to its directions in all matters of policy and administration. The Law Society is responsible for establishing policies and regulations governing the administration of the plan. The Provincial Director in turn administers the plan in accordance with the regulations and policies established by the Law Society and directs the Area Directors concerning the performance of their duties.

16 Section 12(1) of the *Legal Aid Act* sets out the various judicial and administrative proceedings, both civil and criminal, which are eligible to receive legal aid certificates issued under the Act, subject to policies established by the Law Society and the directions of the Provincial Director. Pursuant to s. 12(14), where the Law Society is of the opinion that the Legal Aid Fund is in danger of being depleted, it may, with the approval of the Minister of Justice, issue directions to the Provincial Director limiting the provision of legal aid in certain matters. Among the matters in respect of which the Law Society is authorized to limit the provision of services are custody applications.

17 In 1993, the *Legal Aid Act* was amended to allow the Minister of Justice to establish and administer a program to provide domestic legal aid through the addition of Part II of the Act. Prior to that time, the Law Society and Legal Aid New Brunswick had exclusive jurisdiction over the provision of domestic legal aid and provided a limited service pursuant to the authority conferred by s. 12. Under s. 24(1) the Minister of Justice was granted the authority to establish a legal aid program notwithstanding any other provision of the Act or regulations, although the scope of this program is limited to civil matters. The result is a situation in which there is concurrent jurisdiction under the *Legal Aid Act* over the provision of domestic legal aid. As a matter of practice,

A. *Le régime législatif*

La *Loi sur l'aide juridique* autorise le Barreau à établir un programme appelé Aide juridique du Nouveau-Brunswick, financé à la fois par le gouvernement et par la Fondation pour l'avancement du droit au Nouveau-Brunswick. Le Barreau administre le programme par l'intermédiaire du directeur provincial qui est nommé par le Barreau et soumis à ses directives pour ce qui concerne les lignes de conduite et l'administration. Le Barreau établit les règlements et les lignes de conduite régissant l'administration du programme. Le directeur provincial, quant à lui, administre le programme conformément à ces règles et donne des directives aux directeurs régionaux concernant l'exercice de leurs fonctions.

Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur l'aide juridique* énumère les diverses instances judiciaires et administratives, civiles et criminelles, pour lesquelles des certificats d'aide juridique peuvent être délivrés en vertu de la Loi, sous réserve des lignes de conduite établies par le Barreau et des directives du directeur provincial. Aux termes du par. 12(14), lorsque le Barreau est d'avis que le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, il est autorisé, avec l'approbation du ministre, à formuler des directives à l'intention du directeur provincial en vue de limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard de certaines questions, parmi lesquelles figurent les demandes de garde.

En 1993, la *Loi sur l'aide juridique* a été modifiée, par l'ajout de la partie II, de façon à permettre au ministre de la Justice d'établir et d'administrer un programme d'aide juridique en matière de droit de la famille. Auparavant, le Barreau et le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick exerçaient une compétence exclusive quant à l'aide juridique en cette matière, et appliquaient des restrictions en vertu du pouvoir conféré à l'art. 12. Le paragraphe 24(1) a conféré au ministre de la Justice le pouvoir d'établir un programme d'aide juridique, nonobstant toute autre disposition de la Loi ou des règlements; le programme est toutefois limité à des affaires civiles. Il en résulte une compétence concurrente en vertu de la *Loi sur l'aide juridique* sur la fourniture de services d'aide

however, domestic legal aid is provided almost exclusively by the Minister of Justice. One notable exception is guardianship applications, which are only covered by Legal Aid New Brunswick. Unlike Legal Aid New Brunswick, which uses a certificate system, the Minister of Justice operates a "staff model" of delivery whereby the Minister directly employs or enters into contracts with persons for the provision of legal aid.

B. *The Development of the Domestic Legal Aid Program*

In June 1988, the New Brunswick Law Foundation provided a grant to the Law Society to implement a domestic legal aid scheme and offer limited duty counsel service in Family Court. Certificates were only to be issued to applicants in cases where there were allegations against the applicant's spouse of spousal abuse, sexual abuse of the applicant's children, or "snatching" of children from the custodial parent. No certificates were to be issued to respondents to defend such allegations.

In December 1988, the Law Foundation agreed with the Law Society's request to expand the program to include parents subject to guardianship applications, but not custody applications by the Minister of Health and Community Services. In April 1989, the program was further expanded when the province of New Brunswick agreed to match the Law Foundation grant and double the budget of the Domestic Legal Aid program to $500,000.

Budgetary restraints necessitated a reduction in Domestic Legal Aid services in December 1991. On December 9, 1991, the Council of the Law Society, after having been made aware of the financial state of the program, decided that as of December 16, 1991 and until further notice certificates would only be issued for family violence and guardianship applications. In adopting this policy,

juridique en matière de droit de la famille. En pratique, toutefois, c'est presque exclusivement le ministre de la Justice qui fournit ces services, à l'importante exception près des demandes de tutelle qui sont uniquement visées par le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick. À l'opposé de ce dernier programme, qui délivre des certificats, le ministre de la Justice procède en fournissant les services, c'est-à-dire qu'il emploie directement ou engage des avocats sur une base contractuelle pour fournir l'aide juridique.

B. *L'établissement du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille*

18 En juin 1988, la Fondation pour l'avancement du droit au Nouveau-Brunswick a accordé au Barreau une subvention pour mettre en œuvre un régime d'aide juridique en matière de droit de la famille et un service limité d'avocats de service plaidant devant la Division de la famille. Seuls les demandeurs qui alléguaient la violence conjugale du conjoint, l'agression sexuelle de leurs enfants par le conjoint ou l'enlèvement d'enfants confiés à leur garde pouvaient obtenir un certificat. Aucun certificat n'était délivré à la partie intimée dans de tels cas.

19 En décembre 1988, la Fondation a acquiescé à la demande du Barreau d'étendre le programme aux parents visés par des demandes de tutelle — mais non aux parents visés par des demandes de garde — présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. En avril 1989, le programme a été à nouveau élargi lorsque la province du Nouveau-Brunswick a consenti à égaler la subvention de la Fondation et à doubler le budget du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, le portant à 500 000 $.

20 En décembre 1991, à la suite de restrictions budgétaires, il a fallu réduire les services d'aide juridique en matière de droit de la famille. Le 9 décembre 1991, le conseil du Barreau, après avoir pris connaissance de la situation financière du programme, a décidé qu'à compter du 16 décembre 1991 et jusqu'à nouvel ordre, des certificats ne seraient délivrés que pour les demandes

the Law Society purported to act under the authority of s. 12(14).

21 In April 1993, the Domestic Legal Aid program underwent a major overhaul which significantly reduced the Law Society's involvement in the provision of domestic legal aid. With the addition of Part II of the Act, the bulk of domestic legal aid came under the direction of the Minister of Justice, which expanded the Unified Family Court program to provide more comprehensive socio-legal services.

22 Under the program offered by the Minister of Justice, everyone who needs counsel for the purposes of support orders is provided with the services of the Family Solicitor, who is paid by the Minister of Justice to provide legal services offered by the program. If there are allegations of abuse, a party will be able to use the services of the Family Solicitor for all legal matters that may arise between the parties, including custody, support, and divorce proceedings. The Minister also provides a limited duty counsel service, available to respondents on the day of their first appearance in Family Court proceedings initiated by the Crown. Mr. Christie was appointed duty counsel for the appellant pursuant to this aspect of the plan.

23 The Minister of Justice's program does not cover either guardianship or custody applications initiated by the Minister of Health and Community Services. This decision was made in order to avoid any potential conflicts of interest for Family Solicitors, who would be forced to act against the government while being paid by the Minister of Justice. In circumstances where the Minister of Health and Community Services applies for a permanent order of guardianship the provision of legal assistance is shifted to Legal Aid New Brunswick, which provides a legal aid certificate covering representation up to a limit of $1,000 to a qualified applicant. Prior to September 22, 1997 and at the time this case was initially heard, no

concernant des affaires de violence familiale et les demandes de tutelle. Le Barreau a fondé sa décision sur le par. 12(14).

En avril 1993, une réforme en profondeur du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille a considérablement réduit le rôle du Barreau dans la fourniture des services. Par suite de l'ajout de la partie II à la Loi, le gros des services d'aide juridique en matière de droit de la famille est passé au ministre de la Justice, lequel a élargi le programme du Tribunal unifié de la famille pour offrir un ensemble plus complet de services socio-juridiques.

En vertu du programme offert par le ministre de la Justice, quiconque a besoin d'un avocat relativement à une ordonnance alimentaire a accès aux services d'un avocat plaidant en matière familiale, rémunéré par le ministre pour fournir les services juridiques prévus par le programme. Lorsqu'il y a allégation de violence, une partie peut avoir recours aux services de l'avocat plaidant en matière familiale pour toutes les questions juridiques survenant entre les parties, dont les questions de garde d'enfants, d'aliments et de divorce. Le ministre offre également un service limité d'avocats de service, dont peuvent se prévaloir les intimés le jour de leur première comparution devant le tribunal de la famille dans des instances introduites par l'État. C'est en application de cet aspect du régime que Me Christie a été désigné pour représenter l'appelante.

Le programme du ministre de la Justice ne couvre ni les demandes de tutelle ni les demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise pour éviter toute possibilité de conflits d'intérêts chez les avocats plaidant en matière familiale qui seraient obligés d'agir contre le gouvernement tout en étant rémunérés par le ministre de la Justice. Lorsque le ministre de la Santé et des Services communautaires présente une demande de tutelle permanente, la prestation des services d'aide juridique passe au programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick qui délivre au demandeur d'aide satisfaisant aux conditions un certificat couvrant les frais de la représentation par

legal aid was provided by either Legal Aid New Brunswick or the Minister of Justice to respondents in custody applications, except for the advice of duty counsel on the day of the first appearance. Since that time Legal Aid New Brunswick has adopted a new policy under which a legal aid certificate will be provided for the first custody hearing. Subsequent hearings for the extension of the original custody order, such as the one which is the subject of the present appeal, are still not eligible for a certificate, nor are they covered by the Minister of Justice's program.

avocat jusqu'à concurrence de 1 000 $. Jusqu'au 22 septembre 1997, et donc au moment où la présente affaire a commencé, ni le programme d'aide juridique du Nouveau Brunswick ni le ministre de la Justice ne fournissaient des services d'aide juridique aux parties intimées dans les demandes de garde, exception faite des conseils de l'avocat de service le jour de la première comparution. Depuis, le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick a adopté une nouvelle ligne de conduite autorisant la délivrance d'un certificat couvrant la première audition de la demande de garde. Les audiences ultérieures relatives à la prorogation de l'ordonnance initiale, comme celle qui fait l'objet du présent pourvoi, ne donnent toujours pas droit à un certificat, pas plus qu'elles ne sont couvertes par le programme du ministre de la Justice.

III. Judgments Below

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench* (1995), 171 N.B.R. (2d) 185

Although the Minister's application had been heard and a determination made, counsel had agreed prior to the custody application that the appellant's motion to obtain state-funded counsel would not be considered moot if Athey J. was unable to decide the issue prior to the date set for the custody application. She therefore exercised her discretion to decide the motion.

Athey J. dismissed the appellant's s. 15 claim. Although she found that the legal aid system in New Brunswick did not provide respondents to ministerial applications for custody orders or extensions of those orders the same benefits granted to respondents to applications for guardianship orders, she concluded that the distinction between these two groups of respondents was not based on irrelevant personal characteristics enumerated in s. 15 or on any analogous grounds.

Turning to s. 7, Athey J. found that the appellant's liberty interest was engaged by the state when it removed her children from her care. She based her conclusion on La Forest J.'s decision in

III. Les jugements antérieurs

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (1995), 171 R.N.-B. (2e) 185

24 Quoique la demande de garde présentée par le ministre ait été entendue et tranchée, les avocats avaient auparavant convenu que la requête de l'appelante en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État ne serait pas considérée théorique si le juge Athey était incapable de trancher la question avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde. Le juge a donc exercé son pouvoir discrétionnaire de statuer sur la requête.

25 Le juge Athey a rejeté la prétention de l'appelante fondée sur l'art. 15. Bien qu'elle ait constaté que le régime d'aide juridique du Nouveau-Brunswick n'accordait pas aux parties intimées dans les demandes de garde ou de prorogation de garde présentées par le ministre les mêmes avantages qu'aux parties intimées dans les demandes de tutelle, elle a conclu que la distinction créée entre ces deux groupes ne reposait pas sur les caractéristiques personnelles non pertinentes énoncées à l'art. 15 ni sur des caractéristiques analogues.

26 Relativement à l'art. 7, elle a jugé que le droit de l'appelante à la liberté était entré en jeu lorsque l'État lui avait retiré la garde de ses enfants. Elle a fondé sa conclusion sur les motifs du juge

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315, where, in writing for three other justices, he held at para. 83 that "the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent".

27 Athey J. then considered whether the appellant would have been deprived of her right to liberty in accordance with the principles of fundamental justice were she unrepresented at the custody hearing. She referred again to La Forest J.'s reasons in *B. (R.)* where he held at para. 88 that

> [t]he protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure.

She also cited Wilson J.'s judgment in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, for the proposition that fundamental justice includes the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917.

28 Applying these principles to the facts of this case, Athey J. concluded that there was no general right to paid counsel in a custody hearing because, in her opinion, it could not be said that parents can never adequately state their case in the absence of counsel, that any presumption to that effect should exist, or that the representation of parents by counsel is always essential to a fair trial. With respect to the appellant's case in particular, Athey J. held that there had been no suggestion that the appellant lacked the capacity to understand the allegations made by the Minister or to communicate her position to the Court. She found that provision of counsel to represent the appellant was not essential to a fair trial. Therefore, she concluded that the appel-

La Forest dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, qui disait, avec l'appui de trois autres juges, que «les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent» (par. 83).

Le juge Athey s'est ensuite demandé si l'appelante aurait été privée de son droit à la liberté conformément aux principes de justice fondamentale si elle n'avait pas été représentée par avocat à l'audition de la demande de garde. Elle a cité de nouveau le juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.)* qui déclare, au par. 88:

> La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable.

Elle a cité également les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, selon laquelle les principes de justice fondamentale englobaient la notion d'équité procédurale énoncée par le juge en chef Fauteux dans l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917.

En appliquant ces principes aux faits de la présente affaire, le juge Athey a conclu qu'il n'existait pas de droit général à des services d'avocats rémunérés par l'État pour les instances concernant la garde parce qu'on ne pouvait affirmer que, sans les services d'un avocat, les parents étaient toujours dans l'impossibilité de présenter adéquatement leur cause, qu'il y avait lieu d'appliquer une présomption à cet effet ni que la représentation par avocat des parents était toujours essentielle à un procès équitable. Concernant plus particulièrement la présente affaire, le juge Athey a estimé que rien n'indiquait que l'appelante n'était pas en mesure de comprendre les allégations faites par le ministre ou d'exposer sa position à la Cour. Estimant qu'il n'était pas essentiel que l'appelante soit représentée par avocat pour que l'audience soit équitable,

lant's liberty interest would not be violated by the lack of state-funded legal representation.

B. *Court of Appeal* (1997), 187 N.B.R. (2d) 81

(1) Hoyt C.J.N.B., Ayles and Turnbull JJ.A. for the majority

The majority of the Court of Appeal began by noting that the case was moot because the custody application had been determined. Nevertheless, following *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, they exercised their discretion to hear the case, given the importance of the issue.

The majority found that there could be no s. 7 violation in this case if the appellant were unrepresented at the custody hearing because parental liberty does not fall within the ambit of s. 7 of the *Charter*. In reaching this conclusion, the majority relied on my reasons in *B. (R.)* where I held at para. 22 that "s. 7 was not designed to protect even fundamental individual freedoms if those freedoms have no connection with the physical dimension of the concept of 'liberty'". Acknowledging the differing views in the Supreme Court in that case over the extent of the liberty interest protected by s. 7, they noted that only four members of the Court found a parental liberty interest, and that my reasons should be followed, at least until a majority of this Court rules to the contrary.

The majority also noted that the *Family Services Act* does not prohibit parents from retaining and instructing legal counsel. Parents are entitled to (1) be present at and participate in the hearing, with or without counsel, (2) hear all the evidence and cross-examine witnesses and, (3) present evidence and make other representations to the court. The majority found that the provisions of the Act, if

le juge a conclu que l'absence de services d'avocats rémunérés par l'État ne portait pas atteinte au droit de l'appelante à la liberté.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (1997), 187 R.N.-B. (2e) 81

(1) Le juge en chef Hoyt et les juges Ayles et Turnbull pour la majorité

29 Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont noté d'emblée que, vu le jugement rendu sur la garde, l'affaire était devenue théorique. Toutefois, appliquant l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, ils ont décidé d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de l'entendre, compte tenu de l'importance de la question soulevée.

30 Ils ont conclu que l'audition de la demande de garde sans que l'appelante soit représentée ne peut avoir enfreint l'art. 7, car la liberté parentale n'est pas protégée par cette disposition de la *Charte*. Pour parvenir à cette conclusion, ils se sont appuyés sur les motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *B. (R.)*, selon lesquels «l'art. 7 n'est pas conçu pour protéger les libertés individuelles, même fondamentales, si celles-ci n'ont aucun lien avec la dimension physique du concept de "liberté"» (par. 22). Faisant état des opinions divergentes exprimées par les juges de la Cour suprême dans cette affaire, au sujet de la portée du droit à la liberté protégé par l'art. 7, ils ont noté que seulement quatre juges de notre Cour avaient conclu à l'existence d'un droit à la liberté parentale, et qu'il convenait de s'en remettre à mes motifs, du moins jusqu'à ce que la majorité de notre Cour rende une décision contraire.

31 Les juges majoritaires ont également souligné que la *Loi sur les services à la famille* n'interdit pas aux parents d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Les parents ont le droit (1) d'assister à l'audience et d'y prendre part, avec ou sans avocat, (2) d'entendre la totalité de la preuve et de contre-interroger les témoins et (3) de soumettre des éléments de preuve et de présenter des observations

complied with, ensure reasonable compliance with constitutional standards.

32 Finally, the majority held that the court would be exercising a legislative function if it allowed the appeal because it would be involving the courts in the task of both defining the scope of legal aid and administering it on an *ad hoc* basis. They found that the courts have heretofore refused to recognize an entitlement to state-funded counsel, citing in particular this Court's decision in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

33 The majority concurred with Bastarache J.A.'s (as he then was) reasons for finding that there was no s. 15 violation in this case.

(2) Bastarache J.A. in dissent (Ryan J.A. concurring)

34 Bastarache J.A. rejected the appellant's s. 15 argument. He held that it was clear that the distinction drawn between indigent persons facing custody applications and indigent persons facing guardianship applications was not based on any particular personal characteristics. Consequently, no discrimination contrary to s. 15 had been established.

35 With respect to s. 7, Bastarache J.A. noted that there was no clear majority opinion of the Supreme Court as to whether the right to liberty in s. 7 includes parental rights. Nevertheless, he agreed with La Forest J.'s reasons in *B. (R.)* that the historical and social context applicable to constitutional interpretation reinforces the recognition of a parental liberty interest.

36 In reviewing the case law on the requirements of fundamental justice, Bastarache J.A. found that the right to funded counsel had not been considered outside the larger question of the right to a fair trial in the criminal law context. After considering a

au tribunal. Ils ont conclu que les dispositions de la Loi, si elles sont observées, sont raisonnablement conformes aux normes constitutionnelles.

Finalement, les juges majoritaires ont statué que s'ils accueillaient l'appel, la cour exercerait une fonction législative car une telle décision constituerait une ingérence des tribunaux dans la définition de la portée du régime d'aide juridique et dans son application ponctuelle. Ils ont déclaré que les tribunaux ont refusé jusqu'à présent de reconnaître l'existence d'un droit à des services d'avocats rémunérés par l'État, citant en particulier la décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

Les juges majoritaires ont souscrit à la conclusion du juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour) selon laquelle l'art. 15 n'a pas été enfreint en l'espèce.

(2) Le juge Bastarache (dissident) avec l'appui du juge Ryan

Le juge Bastarache a rejeté l'argumentation de l'appelante fondée sur l'art. 15. Il est clair, selon lui, que la distinction faite entre les personnes sans ressources visées par une demande de garde et les personnes sans ressources visées par une demande de tutelle ne repose pas sur des caractéristiques personnelles particulières et que, par conséquent, l'appelante n'a pas établi l'existence de la discrimination interdite par l'art. 15.

Relativement à l'art. 7, le juge Bastarache a signalé que la Cour suprême n'a pas adopté de position majoritaire claire sur la question de savoir si le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 comprend les droits des parents. Il a toutefois souscrit aux motifs du juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.)*, selon lesquels le contexte historique et social applicable à l'interprétation constitutionnelle appuie la reconnaissance d'un droit à la liberté parentale.

L'examen de la jurisprudence portant sur les exigences de la justice fondamentale a amené le juge Bastarache à conclure que la question du droit à des services d'avocats rémunérés par l'État avait été analysée uniquement dans le contexte plus

number of cases, including *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), he concluded that s. 7 does not guarantee a general right to funded counsel, but requires the provision of paid counsel in order to guarantee a fair trial in serious and complex cases where the accused is impecunious and has been refused assistance by Legal Aid.

large du droit à un procès équitable en droit criminel. Après avoir examiné certaines décisions, dont *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), il a exprimé l'opinion que l'art. 7 ne garantit pas un droit général aux services d'avocats rémunérés par l'État, mais exige, lorsqu'un accusé sans ressources à qui l'aide juridique a été refusée est visé par une poursuite sérieuse et complexe, que celui-ci ait accès à un avocat payé sur les deniers publics pour garantir l'équité du procès.

Outside the area of criminal law, Bastarache J.A. considered *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.), a parole board case, which he relied upon for the proposition that the matter of providing counsel is not discretionary, but a matter of right where the circumstances are such that a fair trial cannot be held without legal representation. He then considered *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL) (Gen. Div.), a child custody case, in which Desmarais J. applied *Howard* and concluded that an absence of counsel had rendered the trial ineffectual because a parent had difficulty presenting her case, did not understand the rules of evidence and had offered self-incriminating evidence.

37 Hors du domaine du droit criminel, le juge Bastarache a examiné l'arrêt *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.), une décision en matière de libération conditionnelle, sur laquelle il s'est appuyé pour conclure que lorsque les circonstances font en sorte qu'il ne pourrait y avoir de procès équitable sans représentation, la fourniture des services d'un avocat ne relève pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire mais constitue un droit. Il a ensuite examiné la décision *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL) (Div. gén.), une affaire de garde d'enfants dans laquelle le juge Desmarais a appliqué l'arrêt *Howard* pour statuer que le procès avait été privé d'effets en raison de l'absence d'avocat parce qu'un parent avait de la difficulté à faire valoir ses prétentions, ne comprenait pas les règles de preuve et avait soumis des éléments de preuve auto-incriminants.

In light of his review of the case law, Bastarache J.A. concluded that "the trial judge erred in finding that Ms. G could assume her own defense in the given proceedings without sacrificing her right to a fair trial" (p. 139). In reaching this conclusion, he noted that the proceedings were adversarial in nature, that the appellant's conduct was being examined and the findings of the court would create a stigma similar to that of a finding of guilt in some criminal prosecutions. The appellant was destitute, receiving welfare, and "not seen to be very rational" (p. 139). All other parties were represented by counsel. The proceedings were long and complex, and the matter was very emotional. Moreover, it was important that the appellant's views and explanations be well understood by the

38 Après cette recension de la jurisprudence, le juge Bastarache a exprimé l'opinion que le juge de première instance [TRADUCTION] «a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que M^me^ G. pouvait se charger de sa propre défense en l'instance sans sacrifier son droit à un procès équitable» (p. 139). À l'appui de cette conclusion, il a indiqué que l'instance était de nature contradictoire, que le tribunal avait examiné la conduite de l'appelante et que les conclusions qu'il prononcerait auraient des conséquences stigmatisantes analogues à celles d'un verdict de culpabilité dans certaines poursuites criminelles. L'appelante était dans le dénuement, elle recevait des prestations d'aide sociale et [TRADUCTION] «ne pass[ait] pas pour très rationnelle» (p. 139). Toutes les autres parties étaient

court in order to determine the best interests of the children.

39 Bastarache J.A. held that the failure to provide the appellant with legal aid could not be saved by s. 1. He would have allowed the appeal and awarded the appellant her fees and disbursements, determined by the Registrar of the court according to the Legal Aid Tariff, and payable by the Minister of Justice.

IV. Issues

40 On April 9, 1998 the following constitutional questions were stated:

Question 1: In the circumstances of this case, did the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, constitute an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Question 2: If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Mootness*

41 As a preliminary matter, I will address the issue of mootness. A moot case is one in which a decision of the court "will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties": see *Borowski*, *supra*, at p. 353. As a general rule, the Court will not decide

représentées par avocat. L'instance était longue et complexe, et les questions en jeu touchaient une corde très sensible. De plus, il importait que le tribunal comprenne bien les points de vue et les explications de l'appelante pour déterminer l'intérêt supérieur des enfants.

Le juge Bastarache a conclu que le défaut d'octroyer l'aide juridique à l'appelante ne pouvait être sauvé par application de l'article premier. Il aurait accueilli l'appel et aurait adjugé à l'appelante les frais et débours, taxés par le registraire conformément au tarif de l'aide juridique et payables par le ministre de la Justice.

IV. Les questions en litige

Le 9 avril 1998, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

Question 1: Dans les circonstances de l'espèce, est-ce qu'a constitué une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d'aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Le caractère théorique*

Je traite d'abord de la question préliminaire du caractère théorique. Une affaire devient théorique lorsque la décision du tribunal «n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties» (voir *Borowski*, précité, à la p. 353). En règle générale,

moot cases. However, the Court may exercise its discretion to decide a moot case in certain circumstances. In *Borowski*, Sopinka J. set out the following test at p. 353:

> The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case.

There can be little doubt that the present appeal is moot, and that the response to the first question is affirmative. At issue is whether the Government of New Brunswick was under an obligation to provide state-funded counsel to the appellant in the circumstances of this case. The appellant, though, was in fact represented by counsel at the custody hearing, the custody order has expired, and she has since regained custody of her children. Consequently, there is no "live controversy" in this appeal. The tangible and concrete dispute has disappeared, and the issue has become academic.

Nevertheless, the Court has decided to exercise its discretion to decide this case. In *Borowski*, Sopinka J. identified three criteria relevant to the Court's exercise of discretion: the presence of an adversarial context, the concern for judicial economy, and the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

Applying these criteria to this appeal, I am satisfied that there was an appropriate adversarial context. The appeal was vigorously and fully argued on both sides by the parties and the interveners.

Turning to the second factor, this Court has held on a number of occasions that an expenditure of judicial resources is warranted in cases which raise important issues but are evasive of review: see *Borowski*, *supra*, at p. 360; *International Brother-*

la Cour ne statue pas sur des questions théoriques, mais elle a le pouvoir discrétionnaire de le faire et elle peut l'exercer dans certaines circonstances. Dans l'arrêt *Borowski*, le juge Sopinka a formulé le critère suivant, à la p. 353:

> La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire.

42 Il fait peu de doute que le présent pourvoi a perdu tout caractère pratique et que la réponse à la première question est affirmative. La question est de savoir si le gouvernement du Nouveau-Brunswick était tenu, dans les circonstances de l'espèce, de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État. Or, à l'audition de la demande de garde, l'appelante était effectivement représentée par un avocat, l'ordonnance de garde a pris fin depuis et l'appelante a recouvré la garde de ses enfants. Par conséquent, le pourvoi ne porte pas sur un «litige actuel». Le différend concret et tangible a disparu, et la question est devenue théorique.

43 La Cour a toutefois résolu d'exercer son pouvoir discrétionnaire de statuer sur l'affaire. Dans l'arrêt *Borowski*, précité, le juge Sopinka a énoncé trois critères applicables à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire: l'existence d'un débat contradictoire, le souci d'économie des ressources judiciaires et la nécessité pour la Cour de se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

44 Si j'applique ces critères au présent pourvoi, je suis convaincu qu'il existe un débat contradictoire. Les deux parties ainsi que les intervenants ont débattu à fond et avec vigueur les questions soulevées.

45 Relativement au deuxième facteur, la Cour a statué à plusieurs reprises qu'il était justifié de consacrer des ressources judiciaires dans des cas où d'importantes questions pouvaient échapper à l'examen judiciaire: voir *Borowski*, précité, à la

hood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange, [1967] S.C.R. 628; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806.

46 The present appeal is a case in point. The question of whether a parent has a right to state-funded counsel at a custody hearing is undoubtedly of national importance. Similar cases may arise in the future, and the Court has an opportunity to clarify the law and provide guidance to the courts below. This is a particularly important factor, as evidenced by the facts of this case. Although the appellant's motion to be provided with state-funded counsel was brought well over a month before the custody hearing, Athey J. did not have the opportunity to determine the issue prior to the date set for the application, given the difficult constitutional questions raised and the need to quickly decide the custody hearing concerning the best interests of the children. A pre-hearing resolution of this issue is essential, for if no determination can be made prior to the hearing, the moving party is no better off than he or she would have been had the motion not been brought to begin with — he or she will almost invariably have to proceed without the assistance of counsel.

47 While similar cases may arise in the future, they are by nature evasive of review. This is so for two reasons. First, the custody order will ordinarily have expired by the time the matter comes to this Court, rendering the controversy moot. The Court will therefore likely have to decide a moot case if it ever wants to address this issue. An analogy can be drawn to the situation in *Winnipeg Builders' Exchange*, *supra*, where the issue was the validity of an interlocutory injunction prohibiting certain strike action. By the time the case reached this Court, the strike had been settled. Second, it is unlikely that appellants will be able to retain counsel for an appeal if they were unable to retain counsel at the initial hearing. As a result, few cases will ever be appealed to this Court, since the assis-

p. 360, *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628, et *Renvoi relatif à l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806.

Le présent pourvoi illustre bien cette situation. Le droit du père ou de la mère aux services d'avocats rémunérés par l'État dans une instance relative à la garde des enfants est incontestablement une question d'importance nationale. Des affaires semblables peuvent survenir à nouveau, et la Cour a l'occasion de préciser le droit applicable et de guider les tribunaux. C'est un facteur particulièrement important, comme le démontrent les faits de la présente espèce. Bien que l'appelante ait présenté sa requête visant l'obtention des services d'un avocat rémunéré par l'État plus d'un mois avant l'audition de la demande de garde, le juge Athey n'a pas été en mesure de statuer avant la date fixée pour l'audience, en raison des épineuses questions constitutionnelles soulevées et de la nécessité de trancher rapidement la demande de garde qui concernait l'intérêt supérieur des enfants. Il est essentiel qu'une telle requête soit tranchée avant l'audience, car autrement c'est comme si elle n'avait jamais été présentée, et la partie requérante devra presque invariablement procéder sans l'aide d'un avocat.

Bien que de telles situations puissent se présenter à l'avenir, elles échappent par nature à l'examen des tribunaux. Il y a deux raisons à cela. Premièrement, l'ordonnance de garde aura habituellement pris fin au moment où notre Cour sera saisie de l'affaire, rendant la question théorique. Il faudra donc vraisemblablement que notre Cour se prononce sur une affaire théorique si elle veut statuer un jour sur cette question. On peut faire une analogie avec l'affaire *Winnipeg Builders' Exchange*, précitée, où se posait la question de la validité d'une injonction interlocutoire interdisant certains actes de grève. Quand l'affaire est parvenue devant notre Cour, la grève avait été réglée. Deuxièmement, il est peu probable que les personnes qui n'ont pas les moyens de retenir les services d'un avocat pour l'audience initiale puissent le faire en appel. Il y aura donc très peu d'affaires

tance of counsel is almost invariably required in negotiating the appeal process.

Finally, the Court is not overstepping its institutional role in deciding this case. Unlike *Borowski*, the appellant is not requesting a legal opinion on the interpretation of the *Charter* in the absence of legislation or other governmental action which would otherwise bring the *Charter* into play. While the issue in this case is moot, it is not abstract: see *Borowski*, *supra*, at p. 365.

In light of my conclusion that the Court should address the legal issues that arise in this case notwithstanding its mootness, I will proceed with my analysis on the assumption that the custody hearing had not yet taken place and that the appellant would not have been represented by counsel at the hearing. This is the same approach taken by both the motions judge and the Court of Appeal. I am proceeding in this fashion in order to review the lower court decisions and to determine whether the appellant had a right to state-funded counsel in the circumstances of this case.

In her motion, the appellant sought relief for a prospective s. 7 violation. She argued that the custody hearing would have been unfair were she not represented by counsel, infringing s. 7. She therefore requested that the court order the government to provide her with state-funded counsel pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

This Court has held on a number of occasions that remedies can be ordered in anticipation of future *Charter* violations, notwithstanding the retrospective language of s. 24(1): *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562. In *Harrer*, McLachlin J., concurring in the result, held at para. 42 that "[s]ection 24(1) applies to prospective breaches, although its wording refers to 'infringe' and 'deny' in the past tense". In *Operation Dismantle*, Dickson J. (as he then was) held at p. 450 that an applicant requesting a remedy for a prospective breach "must at

qui pourront parvenir jusqu'à notre Cour étant donné que le processus d'appel exige presque toujours le concours d'un avocat.

48 Finalement, la Cour n'outrepasse pas son rôle institutionnel en entendant ce pourvoi. Contrairement à l'affaire *Borowski*, l'appelante ne demande pas une opinion juridique sur l'interprétation de la *Charte* en l'absence de loi ou d'acte gouvernemental qui donnerait lieu à l'application de la *Charte*. Si la question en l'espèce est théorique, elle n'est pas abstraite (voir *Borowski*, précité, à la p. 365).

49 Ayant conclu que la Cour doit examiner les questions juridiques posées même si le pourvoi est devenu théorique, je procède à l'analyse comme si l'audience relative à la garde n'avait pas encore eu lieu et en présumant que l'appelante n'y aurait pas été représentée par avocat. C'est de cette façon que le juge des requêtes et la Cour d'appel ont abordé l'affaire, et je fais de même pour examiner leurs décisions et déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'appelante avait droit à des services d'avocats rémunérés par l'État.

50 Par sa requête, l'appelante demande réparation d'une violation éventuelle de l'art. 7. Elle soutient que l'audience relative à la garde aurait été inéquitable si elle n'avait pas été représentée par avocat et donc contraire à l'art. 7. Par conséquent, elle demande à la cour d'ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de lui fournir des services d'avocats rémunérés par l'État.

51 Notre Cour a statué à quelques reprises qu'il est possible d'ordonner des mesures de réparation en prévision de violations à venir de la *Charte*, malgré la formulation rétrospective du par. 24(1): *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562. Dans l'arrêt *Harrer*, le juge McLachlin, qui souscrit au dispositif, statue, au par. 42, que: «[l]e paragraphe 24(1) s'applique aux violations éventuelles, même si son texte parle au passé de «violation» et de «négation»». Dans l'arrêt *Operation Dismantle*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme, à la

least be able to establish a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under the *Charter*". He also found at p. 458 that courts require proof of "probable future harm" before ordering such a remedy.

52 In disposing of this appeal, the Court must determine whether s. 7 would likely have been infringed had the custody hearing proceeded with the appellant unrepresented and, if so, what the appropriate remedy should have been. Given the approach I will be taking, the constitutional questions must be slightly modified. As they are currently stated, the constitutional questions are retrospective rather than prospective in nature. The first question asks whether, in the circumstances of this case, the failure to provide the appellant with legal aid constituted an infringement of s. 7. Assuming the answer to the first question is yes, the second question asks if the infringement can be saved by s. 1.

53 Since the appellant is arguing that s. 7 would have been violated, not that it had been violated, the constitutional questions should be reformulated as follows:

Question 1: In the circumstances of this case, would the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, have constituted an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the appellant had not been represented by counsel at the custody hearing?

Question 2: If the answer to question 1 is yes, would the infringement have been demonstrably justified in a free and democratic society

p. 450, que ceux qui demandent réparation d'une violation éventuelle «doivent à tout le moins être à même de démontrer qu'il y a menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits garantis par la *Charte*», ajoutant plus loin que les tribunaux exigent la preuve de la «probabilité du dommage à venir» (p. 458) avant d'accorder une telle réparation.

Pour statuer sur le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la tenue de l'audience relative à la garde sans que l'appelante soit représentée par avocat aurait probablement eu pour effet d'enfreindre l'art. 7 et, le cas échéant, quelle aurait été la réparation appropriée. Ma façon d'aborder l'analyse m'oblige à modifier légèrement les questions constitutionnelles. En effet, leur libellé actuel, dans la version anglaise, leur confère une nature rétrospective plutôt que prospective. La première question demande si, dans les circonstances de l'espèce, l'omission de fournir de l'aide juridique à l'appelante a constitué une atteinte à l'art. 7. Pour le cas où cette question appellerait une réponse affirmative, la seconde question demande si l'atteinte peut se justifier au sens de l'article premier.

Comme l'appelante soutient que l'art. 7 aurait été enfreint, non qu'il l'a été, les questions doivent être reformulées de la façon suivante:

Question 1: Dans les circonstances de l'espèce, est-ce qu'aurait constitué une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d'aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, se serait-il agi d'une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d'une

pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

This Court has recently held in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 50, that constitutional questions can be restated provided that there is no "substantive prejudice . . . caused to attorneys general or anyone else by the wording of the question, or that they would reasonably have made a different decision about exercising their right to intervene". In my opinion, none of the parties are prejudiced by the reformulation of the question, nor would any potential interveners have made a different decision about exercising their right to intervene. As I have already mentioned, both the motions judge and the Court of Appeal approached this case as though a prospective breach of s. 7 was at issue. Consequently, the parties' written and oral arguments in this appeal are equally applicable to the restated constitutional questions as they are to the original questions.

Having explained the approach I will be taking in this appeal, I will state my conclusions at the outset. The Minister's application to extend the original custody order pursuant to Part IV of the *Family Services Act* threatened to restrict the appellant's right to security of the person. This restriction would not have been in accordance with the principles of fundamental justice were the appellant unrepresented by counsel at the custody hearing. Section 7 guarantees every parent the right to a fair hearing when the state seeks to obtain custody of their children. In certain circumstances, which obtain in this case, the parent's right to a fair hearing requires the government to provide the parent with state-funded counsel. To avoid a prospective breach of s. 7, the motions judge, who was under a duty to ensure the fairness of the hearing, should have ordered the government to provide the appellant with state-funded counsel under s. 24(1). I will not be addressing

société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Notre Cour a récemment statué dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, au par. 50, qu'il est possible de reformuler des questions constitutionnelles pourvu que: «les procureurs généraux ou quelque autre intéressé [n']aient subi [aucun] préjudice concret en raison du texte de la question, ou qu'ils [n']auraient raisonnablement [pas] pris une décision différente en ce qui concerne leur droit d'intervenir». À mon avis, la reformulation ne cause de préjudice à aucune partie, et aucun intervenant potentiel n'aurait pris non plus de décision différente quant à l'exercice du droit d'intervention. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, le juge des requêtes et la Cour d'appel ont l'une et l'autre abordé la présente espèce comme si elle portait sur une violation éventuelle de l'art. 7. Par conséquent, l'argumentation écrite et orale des parties s'applique aux questions reformulées tout autant qu'aux questions originales. 54

Ayant expliqué dans quelle optique j'entreprends l'examen du présent pourvoi, j'expose tout de suite ma conclusion. La demande du ministre visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale rendue sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille* menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne. Cette restriction n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale si l'appelante n'avait pas été représentée par un avocat à l'audience relative à la garde. L'article 7 garantit aux parents le droit à une audience équitable lorsque l'État demande la garde de leurs enfants. Dans certaines circonstances, que l'on retrouve dans la présente affaire, le droit des parents à une audience équitable exige que le gouvernement leur fournisse les services d'un avocat rémunéré par l'État. Pour éviter une violation éventuelle de l'art. 7, le juge des requêtes, qui avait l'obligation de veiller à ce que l'audience soit équitable, aurait dû ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1), de fournir à l'appelante les services d'un avocat rémunéré par l'État. Il ne sera pas question de 55

s. 15 of the *Charter*, as it was not argued by either the appellant or the respondents in this Court.

B. *Security of the Person*

56 The appellant argued that the Minister of Health and Community Services' application to extend the order granting the Minister custody of her three children threatened to deprive her of both her s. 7 rights to liberty and security of the person. I believe it is possible to dispose of this appeal by focussing on the appellant's right to security of the person. Since the appeal can be disposed of on this basis and there have been differing views expressed about the scope of the right to liberty in the Court's previous judgments, I will not address the issue of whether the appellant's right to liberty was also engaged in this case.

57 Were the Minister successful in his application, the appellant would have been separated from her children for up to an additional six months. There would also be no guarantee that she would regain custody of her children at the expiry of the order. The separation of parent and child contemplated by the Minister's application would unquestionably have profound effects on both parent and child. For the purposes of this appeal, however, what must be determined is whether relieving a parent of custody of his or her child restricts a parent's right to security of the person.

58 This Court has held on a number of occasions that the right to security of the person protects "both the physical and psychological integrity of the individual": see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 173 (*per* Wilson J.); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 587-88. Although these cases considered the right to security of the person in a criminal law context, I believe that the protection accorded by this right extends beyond the criminal law and can be engaged in child protection proceedings. Before addressing this issue, I will first make some general comments about the nature of

l'art. 15 de la *Charte*, puisque ni l'appelante ni les intimés n'ont abordé ce point devant notre Cour.

B. *La sécurité de la personne*

L'appelante soutient que la demande du ministre de la Santé et des Services communautaires visant la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de ses trois enfants menaçait de la priver de son droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7. Je crois qu'un examen centré sur le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne permet de statuer sur le présent pourvoi. Étant donné que le pourvoi peut être tranché sur ce fondement et que des avis différents ont été émis en ce qui concerne la portée du droit à la liberté dans nos jugements, je n'aborde pas la question de savoir si le droit de l'appelante à la liberté entre également en jeu dans la présente affaire.

Si la demande du ministre avait été accueillie, l'appelante aurait été séparée de ses enfants pour une période additionnelle pouvant aller jusqu'à six mois. De plus, il n'y aurait eu aucune garantie de recouvrer la garde des enfants à l'expiration de l'ordonnance. La séparation du parent d'avec son enfant que visait la demande du ministre aurait sans aucun doute eu des répercussions profondes sur l'enfant comme sur le parent. Toutefois, aux fins du présent pourvoi, ce qu'il faut déterminer c'est si le fait de retirer au parent la garde de son enfant restreint le droit du parent à la sécurité de sa personne.

Notre Cour a conclu à plusieurs reprises que le droit à la sécurité de la personne protège «à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne»: voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 173, (le juge Wilson); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 587 et 588. Bien que ces arrêts examinent le droit à la sécurité de la personne dans le contexte du droit criminel, je crois que la protection accordée par ce droit déborde le cadre du droit criminel et peut jouer dans les instances concernant la protection des enfants. Avant d'aborder la question, je formule quelques

the protection of "psychological integrity" included in the right to security of the person.

commentaires généraux sur la nature de la protection de «l'intégrité psychologique» faisant partie du droit à la sécurité de la personne.

Delineating the boundaries protecting the individual's psychological integrity from state interference is an inexact science. Dickson C.J. in *Morgentaler*, *supra*, at p. 56, suggested that security of the person would be restricted through "serious state-imposed psychological stress" (emphasis added). Dickson C.J. was trying to convey something qualitative about the type of state interference that would rise to the level of an infringement of this right. It is clear that the right to security of the person does not protect the individual from the ordinary stresses and anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of government action. If the right were interpreted with such broad sweep, countless government initiatives could be challenged on the ground that they infringe the right to security of the person, massively expanding the scope of judicial review, and, in the process, trivializing what it means for a right to be constitutionally protected. Nor will every violation of a fundamental freedom guaranteed in s. 2 of the *Charter* amount to a restriction of security of the person. I do not believe it can be seriously argued that a law prohibiting certain kinds of commercial expression in violation of s. 2(*b*), for example, will necessarily result in a violation of the psychological integrity of the person. This is not to say, though, that there will never be cases where a violation of s. 2 will also deprive an individual of security of the person.

59 Tracer les limites de la protection de l'intégrité psychologique de l'individu contre l'ingérence de l'État n'est pas une science exacte. Le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 56, explique que la sécurité de la personne serait restreinte par une «tension psychologique grave causée par l'État» (je souligne). Le juge en chef Dickson tentait d'exprimer en termes qualitatifs le type d'ingérence de l'État susceptible de constituer une atteinte à ce droit. Il est manifeste que le droit à la sécurité de la personne ne protège pas l'individu contre les tensions et les angoisses ordinaires qu'une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d'un acte gouvernemental. Si le droit était interprété de manière aussi large, d'innombrables initiatives gouvernementales pourraient être contestées au motif qu'elles violent le droit à la sécurité de la personne, ce qui élargirait considérablement l'étendue du contrôle judiciaire, et partant, banaliserait la protection constitutionnelle des droits. Les atteintes portées à une liberté fondamentale garantie par l'art. 2 de la *Charte* ne donneront pas non plus toutes lieu à une restriction de la sécurité de la personne. Je ne crois pas qu'il soit possible de soutenir sérieusement qu'une loi interdisant un certain genre d'expression commerciale en contravention de l'al. 2*b*), par exemple, entraînera inévitablement une violation de l'intégrité psychologique de la personne. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'il n'arrivera jamais qu'une violation de l'art. 2 porte également atteinte à la sécurité de la personne.

For a restriction of security of the person to be made out, then, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric

60 Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut donc que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une

illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires.

61 I have little doubt that state removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent. The parental interest in raising and caring for a child is, as La Forest J. held in *B. (R.)*, *supra*, at para. 83, "an individual interest of fundamental importance in our society". Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as "unfit" when relieved of custody. As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct.

Je ne doute aucunement que le retrait de la garde par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci ne porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent. Le droit des parents d'élever l'enfant et d'en prendre soin est, comme le juge La Forest l'a conclu dans *B. (R.)*, précité, au par. 83, «un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société». Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant «inaptes» quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État.

62 In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20, a case dealing with the s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time, I found that the combination of stigmatization, loss of privacy, and disruption of family life were sufficient to constitute a restriction of security of the person:

> . . . security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation". . . These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

Dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, qui porte sur le droit garanti à l'al. 11*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable, je conclus que la stigmatisation et l'atteinte à la vie privée combinée aux perturbations de la vie familiale suffisent pour constituer une restriction de la sécurité de la personne:

> . . . la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» [. . .] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

As I have noted, these are precisely the same consequences arising from the state's conduct in this case.

Comme je l'ai signalé, il s'agit précisément des conséquences qu'entraîne la conduite de l'État dans la présente affaire.

Not every state action which interferes with the parent-child relationship will restrict a parent's right to security of the person. For example, a parent's security of the person is not restricted when, without more, his or her child is sentenced to jail or conscripted into the army. Nor is it restricted when the child is negligently shot and killed by a police officer: see *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268.

While the parent may suffer significant stress and anxiety as a result of the interference with the relationship occasioned by these actions, the quality of the "injury" to the parent is distinguishable from that in the present case. In the aforementioned examples, the state is making no pronouncement as to the parent's fitness or parental status, nor is it usurping the parental role or prying into the intimacies of the relationship. In short, the state is not directly interfering with the psychological integrity of the parent *qua* parent. The different effect on the psychological integrity of the parent in the above examples leads me to the conclusion that no constitutional rights of the parent are engaged.

I now turn to the question of whether the right to security of the person extends beyond the criminal law context. In both *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*, and *B. (R.)*, *supra*, I held that the restrictions on liberty and security of the person that s. 7 is concerned with are those that occur as a result of an individual's interaction with the justice system and its administration. In other words, the subject matter of s. 7 is the state's conduct in the course of enforcing and securing compliance with the law, where the state's conduct deprives an individual of his or her right to life, liberty, or security of the person. I hastened to add, however, that s. 7 is not limited solely to purely criminal or penal matters. There are other ways in which the government, in the course of the administration of justice, can deprive a person of their s. 7 rights to liberty and

Les actes par lesquels l'État s'ingère dans le lien parent-enfant ne restreignent pas tous le droit d'un parent à la sécurité de sa personne. Par exemple, ce droit n'est pas restreint du seul fait que l'enfant est condamné à la prison ou enrôlé dans l'armée par conscription. Pas plus qu'il ne l'est lorsque l'enfant est abattu par négligence par un agent de police: *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268. 63

Bien que l'ingérence de l'État puisse constituer une source de tension et d'angoisse importantes pour le parent, la nature du «préjudice» causé au parent par ces actes peut être distinguée de celle qui est visée dans la présente affaire. Dans les exemples susmentionnés, l'État ne se prononce pas sur l'aptitude du père ou de la mère ni sur sa qualité de parent, il n'usurpe pas non plus sur le rôle parental ni ne cherche à s'ingérer dans l'intimité du lien parent-enfant. En résumé, l'État ne porte pas directement atteinte à l'intégrité psychologique du parent en tant que parent. La répercussion différente sur l'intégrité psychologique des parents dans les exemples susmentionnés m'amène à conclure que les droits constitutionnels des parents n'entrent pas en jeu. 64

Je passe maintenant à la question de savoir si le droit à la sécurité de la personne peut s'appliquer hors du contexte du droit criminel. Tant dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel* que dans l'arrêt *B. (R.)*, précités, j'ai statué que les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne qui font jouer l'art. 7 sont celles qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice. Autrement dit, l'objet de l'art. 7 est le comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi, lorsque ce comportement prive un individu de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Je m'empresse d'ajouter toutefois, que l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, par exemple l'internement dans 65

security of the person, i.e., civil committal to a mental institution: see *B. (R.)*, *supra*, at para. 22.

66 A child custody application is an example of state action which directly engages the justice system and its administration. The *Family Services Act* provides that a judicial hearing must be held in order to determine whether a parent should be relieved of custody of his or her child.

67 I therefore conclude that the Minister of Health and Community Services' application to extend the original custody order threatened to restrict the appellant's right to security of the person. I note that this conclusion is not inconsistent with the position I adopted in *B. (R.)*, where I limited my comments to the issue of the scope of the right to liberty under s. 7 and in particular, whether the right to liberty includes the right of parents to choose medical treatment for their child.

C. *Principles of Fundamental Justice*

68 I now turn to consider whether the potential restriction of the appellant's right to security of the person would have been in accordance with the principles of fundamental justice were she not represented by counsel at the custody hearing.

69 While relieving a parent of custody of his or her child restricts the parent's right to security of the person, this restriction may nevertheless be in accordance with the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice "are to be found in the basic tenets of our legal system": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. It is a time-honoured principle that the state may relieve a parent of custody when necessary to protect a child's health and safety. Rand J.'s judgment in *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, is the classic statement of this principle in Canadian law. At pp. 607-8, he wrote:

un établissement psychiatrique: voir *B. (R.)*, précité, au par. 22.

Les demandes de garde d'enfants sont un exemple d'acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice. La *Loi sur les services à la famille* prévoit qu'une audience doit être tenue afin de décider s'il faut retirer à un parent la garde de son enfant.

Par conséquent, je conclus que la demande du ministre de la Santé et des Services communautaires visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne. Je fais remarquer que cette conclusion n'est pas incompatible avec le point de vue que j'ai adopté dans l'arrêt *B. (R.)*, dans lequel j'ai limité mes commentaires à la question de la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7 et notamment, à la question de savoir si le droit à la liberté englobait le droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant.

C. *Les principes de justice fondamentale*

J'aborde à présent la question de savoir si la restriction potentielle du droit de l'appelante à la sécurité de sa personne aurait été conforme aux principes de justice fondamentale si elle n'avait pas été représentée par un avocat à l'audience relative à la garde.

Même si le fait de retirer au père ou à la mère la garde de son enfant restreint le droit du parent à la sécurité de sa personne, cette restriction peut néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale. Les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique»: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503. Le principe que l'État peut retirer à un parent la garde lorsque cela s'avère nécessaire pour protéger la santé et la sécurité d'un enfant est consacré. Dans l'arrêt *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, le juge Rand fait l'exposé classique de ce principe en droit canadien, aux pp. 607 et 608:

It is, I think, of the utmost importance that questions involving the custody of infants be approached with a clear view of the governing considerations. That view cannot be less than this: *prima facie* the natural parents are entitled to custody unless by reason of some act, condition or circumstance affecting them it is evident that the welfare of the child requires that that fundamental natural relation be severed. . . .

The view of the child's welfare conceives it to lie, first, within the warmth and security of the home provided by his parents; when through a failure, with or without parental fault, to furnish that protection, that welfare is threatened, the community, represented by the Sovereign, is, on the broadest social and national grounds, justified in displacing the parents and assuming their duties.

This, in substance, is the rule of law established for centuries and in the light of which the common law Courts and the Court of Chancery, following their differing rules, dealt with custody.

More recently, La Forest J., writing for three others in *B. (R.)* held at para. 88 that

the common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Hepton v. Maat*, *supra*; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure.

Thus, the principles of fundamental justice in child protection proceedings are both substantive and procedural. The state may only relieve a parent of custody when it is necessary to protect the best interests of the child, provided that there is a fair procedure for making this determination.

The appellant did not contest the legitimacy of the principle that the state may relieve a parent of

[TRADUCTION] J'estime primordial d'aborder les questions relatives à la garde des jeunes enfants en ayant clairement à l'esprit les principes applicables. Il faut minimalement tenir compte de ce qui suit: à première vue, les parents naturels ont droit à la garde de leurs enfants à moins que des agissements, des conditions ou des circonstances auxquelles ils sont assujettis ne démontrent clairement que le bien-être de l'enfant exige la rupture de ce lien naturel fondamental . . .

Selon ce point de vue, le bien-être de l'enfant repose d'abord dans la chaleur et la sécurité du foyer que lui fournissent ses parents; si, en raison de l'omission de fournir cette protection, avec ou sans faute de la part des parents, ce bien-être est menacé, la collectivité, représentée par le Souverain, est, pour les motifs sociaux et nationaux les plus généraux, justifiée d'évincer les parents et d'assumer leurs obligations.

C'est en substance la règle de droit établie depuis des siècles que les tribunaux de common law et les tribunaux d'*equity* ont appliquée, suivant leurs règles distinctes, en matière de garde.

Plus récemment dans l'arrêt *B. (R.)*, le juge La Forest, avec l'appui de trois autres juges, conclut, au par. 88: 70

[L]a common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (M^me^) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable.

En conséquence, les principes de justice fondamentale dans les instances concernant la protection des enfants intéressent autant le fond que la procédure. L'État ne peut retirer au parent la garde de son enfant que si cela s'avère nécessaire pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, pourvu que cette décision soit prise selon une procédure équitable.

L'appelante n'a pas mis en doute la légitimité du principe voulant que l'État puisse retirer la garde 71

custody to protect the child's health and safety. Rather, she took issue with the fairness of the procedure in this case.

72 A fair procedure for determining whether a custody order should be extended requires a fair hearing before a neutral and impartial arbiter. The paramount consideration at the hearing should be the child's best interests. This is recognized in s. 53(2) of the *Family Services Act*, which provides:

> When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.

73 For the hearing to be fair, the parent must have an opportunity to present his or her case effectively. Effective parental participation at the hearing is essential for determining the best interests of the child in circumstances where the parent seeks to maintain custody of the child. The best interests of the child are presumed to lie within the parental home. However, when the state makes an application for custody, it does so because there are grounds to believe that is not the case. A judge must then determine whether the parent should retain custody. In order to make this determination, the judge must be presented with evidence of the child's home life and the quality of parenting it has been receiving and is expected to receive. The parent is in a unique position to provide this information to the court. If denied the opportunity to participate effectively at the hearing, the judge may be unable to make an accurate determination of the child's best interests. There is a risk that the parent will lose custody of the child when in actual fact it might have been in the child's best interests to remain in his or her care.

74 The *Family Services Act* allows parents to be present at and participate in the hearing, with or without counsel, hear all the evidence and cross-examine witnesses, and present evidence and make other representations to the court. However, it does not provide for the payment of legal fees incurred by parents with respect to an application by the Minister. Indigent parents must resort to the legal

au père ou à la mère en vue de protéger la santé et la sécurité de l'enfant. Elle a plutôt contesté le caractère équitable de la procédure en l'espèce.

Lorsqu'il s'agit d'une demande de prorogation d'une ordonnance de garde, l'équité procédurale exige une audience équitable devant un arbitre neutre et impartial. À l'audience, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale. La *Loi sur les services à la famille* reconnaît ce principe au par. 53(2):

> Lorsqu'elle statue sur une demande en application de la présente Partie, la cour doit à tout moment placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération.

Pour que l'audience soit équitable, il faut que le parent ait la possibilité de présenter efficacement sa cause. Lorsque le père ou la mère cherche à conserver la garde, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une participation parentale efficace à l'audience. L'intérêt supérieur de l'enfant est réputé avoir pour site le foyer parental. Toutefois, lorsque l'État demande la garde, il le fait parce qu'il a des motifs de croire que ce n'est pas le cas. Le juge doit alors décider si le parent devrait conserver la garde. Pour statuer, il doit disposer d'éléments de preuve relatifs à la vie que l'enfant mène au foyer ainsi qu'à la qualité de l'attention parentale qu'il reçoit et qu'il est en droit de recevoir. Or, le parent est le mieux placé pour fournir ces renseignements au tribunal. Si on refuse au parent la possibilité de participer efficacement à l'audience, le juge peut se trouver dans l'impossibilité de déterminer avec précision l'intérêt supérieur de l'enfant. Le parent risque de perdre la garde de l'enfant alors qu'en réalité il aurait peut-être mieux valu pour l'enfant qu'il continue à s'en occuper.

La *Loi sur les services à la famille* permet aux parents d'être présents à l'audience, d'y participer, avec ou sans avocat, d'entendre toute la preuve, de contre-interroger les témoins, de présenter des éléments de preuve et de soumettre toute autre observation à la cour. Toutefois, elle ne pourvoit pas au paiement des frais de justice que la demande du ministre occasionne aux parents. Les parents sans

aid scheme, if there is one, as is the case in New Brunswick. If no legal aid is available, as in this case, the parent is forced to participate in the proceedings without the benefit of counsel. The majority of the Court of Appeal nevertheless held that the procedural rights provided by the *Family Services Act*, if complied with, would have been sufficient to "ensure reasonable compliance with constitutional standards" (p. 98).

ressources doivent avoir recours au régime d'aide juridique, s'il en existe un, comme c'est le cas au Nouveau-Brunswick. Si aucune forme d'aide juridique n'est offerte, comme en l'espèce, ils sont forcés de prendre part à l'instance sans l'assistance d'un avocat. La Cour d'appel, à la majorité, a néanmoins conclu que les droits procéduraux prévus par la *Loi sur les services à la famille*, pour peu qu'on les respecte, seraient suffisants pour [TRADUCTION] «se conforme[r] raisonnablement aux normes constitutionnelles» (p. 98).

I respectfully disagree. In the circumstances of this case, the appellant's right to a fair hearing required that she be represented by counsel. I have reached this conclusion through a consideration of the following factors: the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the appellant. I will consider each in turn.

75 En toute déférence, je ne puis partager cette opinion. Dans les circonstances de l'espèce, le droit de l'appelante à une audience équitable exigeait qu'elle soit représentée par un avocat. Les facteurs suivants m'ont amené à une telle conclusion: l'importance des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités de l'appelante. Je les examine tour à tour.

The interests at stake in the custody hearing are unquestionably of the highest order. Few state actions can have a more profound effect on the lives of both parent and child. Not only is the parent's right to security of the person at stake, the child's is as well. Since the best interests of the child are presumed to lie with the parent, the child's psychological integrity and well-being may be seriously affected by the interference with the parent-child relationship.

76 Les droits en jeu à l'audience relative à la garde sont sans aucun doute de la plus haute importance. Peu d'actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l'enfant. Il n'y a pas que le droit du parent à la sécurité de sa personne qui soit en jeu, il y a aussi celui de l'enfant. Comme l'intérêt supérieur de l'enfant est censé reposer sur les parents, l'intégrité psychologique et le bien-être de l'enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant.

Of particular importance is the fact that the state was seeking to extend a previous custody order by six months. A six-month separation of a parent from three young children is a significant period of time. It is even more significant when considered in light of the fact that the appellant had already been separated from her children for over a year and that generally speaking, the longer the separation of parent from child, the less likely it is that the parent will ever regain custody.

77 Le fait que l'État cherchait à prolonger de six mois la durée d'une ordonnance de garde revêt une importance particulière. Pour un parent et ses trois jeunes enfants, une séparation de six mois, c'est très long. Ça l'est encore plus si l'on tient compte du fait que l'appelante avait déjà été séparée de ses enfants pendant plus d'un an et qu'en général, plus la séparation est longue, moins il est probable que le parent recouvrera la garde un jour.

There is some debate between the parties as to whether child custody proceedings under the *Family Services Act* are more properly classified as adversarial or administrative in nature. In my view, a formalistic classification of the nature of

78 Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir s'il faut qualifier de contradictoires ou d'administratives les instances concernant la garde engagées en vertu de la *Loi sur les services à la famille*. À mon avis, il n'est pas utile de ranger

the proceedings is not helpful in resolving the issue at hand. Child protection proceedings do not admit of easy classification. As Professor Thompson argues, the "unique amalgam of elements — criminal, civil, family, administrative — makes child protection proceedings so hard to characterize": D. A. Rollie Thompson, "Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings — Part I" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 12.

79 At issue in this appeal is whether the custody hearing would have been sufficiently complex, in light of the other two factors, that the assistance of a lawyer would have been necessary to ensure the appellant her right to a fair hearing. I believe that it would have been. Although perhaps more administrative in nature than criminal proceedings, child custody proceedings are effectively adversarial proceedings which occur in a court of law. The parties are responsible for planning and presenting their cases. While the rules of evidence are somewhat relaxed, difficult evidentiary issues are frequently raised. The parent must adduce evidence, cross-examine witnesses, make objections and present legal defences in the context of what is to many a foreign environment, and under significant emotional strain. In this case, all other parties were represented by counsel. The hearing was scheduled to last three days, and counsel for the Minister planned to present 15 affidavits, including two expert reports.

80 In proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the legal system in order to effectively present his or her case. There is no evidence in Athey J.'s decision or the record to suggest that the appellant possessed such capacities.

81 In light of these factors, I find that the appellant needed to be represented by counsel for there to

l'instance dans une catégorie formaliste pour trancher le litige en l'espèce. Les instances en matière de protection des enfants ne sont pas faciles à classer. Comme le professeur Thompson le souligne, [TRADUCTION] «l'amalgame unique d'éléments — criminels, civils, familiaux, administratifs — rend les instances en matière de protection des enfants très difficiles à qualifier»: D. A. Rollie Thompson, «Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings — Part I» (1988), 7 *Rev. can. d. fam.* 11, à la p. 12.

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l'audience relative à la garde aurait été suffisamment complexe, compte tenu des deux autres facteurs, pour nécessiter l'assistance d'un avocat afin d'assurer le respect du droit de l'appelante à une audience équitable. Je crois que oui. Bien qu'elles soient peut-être de nature plus administrative que les instances criminelles, les instances relatives à la garde des enfants sont réellement des instances contradictoires ayant lieu devant un tribunal. Les parties sont responsables de la préparation et de la présentation de leur cause. Bien que les règles de preuve soient quelque peu assouplies, des questions de preuve compliquées sont fréquemment soulevées. Les parents, en proie à une tension émotive considérable, doivent soumettre des éléments de preuve, contre-interroger des témoins, formuler des objections et présenter des moyens de défense prévus par la loi dans un contexte qui, la plupart du temps, leur est inconnu. Dans la présente affaire, toutes les autres parties étaient représentées par avocat. L'audience devait durer trois jours, et l'avocat du ministre projetait de présenter 15 affidavits, incluant deux rapports d'experts.

Dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d'excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause. Ni la décision du juge Athey ni le dossier ne font état d'éléments de preuve indiquant que l'appelante possédait ces attributs.

Compte tenu de ces facteurs, j'estime que la représentation de l'appelante était nécessaire à la

have been a fair determination of the children's best interests. Without the benefit of counsel, the appellant would not have been able to participate effectively at the hearing, creating an unacceptable risk of error in determining the children's best interests and thereby threatening to violate both the appellant's and her children's s. 7 right to security of the person. I say this despite the motions judge's finding to the contrary.

Athey J., in concluding that representation of the appellant by counsel was not essential to a fair hearing, said at p. 205:

> There has been no suggestion that J.G. lacks the capacity to understand the allegations made by the Minister or that she is unable to communicate her position to the court. In these circumstances I am not convinced that she is not able to adequately state her case or that provision of counsel to represent her is essential to a fair trial.

When a trial judge decides that an indigent parent does not need legal representation for there to be a fair custody hearing, the judge's finding should ordinarily be accorded deference by a reviewing court if the reviewing court becomes seized of the matter prior to the commencement of the hearing pursuant to an interlocutory appeal. This is because whether counsel for the parent is necessary to ensure the fairness of the hearing depends on a consideration of the factors I outlined above, and a trial judge is generally better positioned than a reviewing court to make this determination. He or she is better situated to make an accurate assessment of the complexity of the proceedings and, in particular, the parent's capacities. Moreover, the trial judge is under a duty to ensure a fair hearing, and has the ability to assist the parent in the proceedings, within the limits of his or her judicial role. Even if the parent is in need of some assistance, the judge may feel that he or she can intervene sufficiently to ensure the fairness of the hearing. Therefore, an appellate court should be wary of overturning a trial judge's decision, assuming that the appropriate factors are considered.

détermination équitable de l'intérêt supérieur des enfants. Sans avocat, l'appelante n'aurait pu participer efficacement à l'audience, ce qui aurait fait naître un risque inacceptable d'erreur dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants et, en conséquence, aurait menacé de violer le droit à la sécurité de la personne de l'appelante et de ses enfants que garantit l'art. 7, quoi qu'en ait conclu le juge des requêtes.

Le juge Athey a conclu, à la p. 205, qu'il n'était pas essentiel à l'équité de l'audience que l'appelante soit représentée par avocat car 82

> [TRADUCTION] [p]ersonne n'a laissé entendre que [M^me^ G.] n'avait pas la capacité de comprendre les allégations faites par le Ministre ou qu'elle était incapable de communiquer son point de vue à la cour. Dans les présentes circonstances, je ne suis pas convaincue qu'elle soit incapable d'exposer adéquatement sa cause ou que sa représentation par un avocat soit essentielle à la tenue d'un procès équitable.

Le tribunal qui examine la conclusion d'un juge de première instance selon laquelle il n'est pas nécessaire à la tenue d'une audience équitable en matière de garde d'enfants qu'un parent sans ressources soit représenté par avocat, doit normalement faire preuve de retenue s'il est saisi de la question avant le début de l'audience, dans le cadre d'un appel interlocutoire. En effet, la question de savoir s'il faut que le parent ait l'assistance d'un avocat pour que l'audience soit équitable dépend des facteurs que j'ai énumérés plus haut, et le juge de première instance est généralement mieux placé que le tribunal siégeant en révision pour trancher cette question car il est plus à même d'évaluer précisément la complexité de l'instance et, en particulier, les capacités du parent. En outre, le juge de première instance a l'obligation de veiller à l'équité de l'audience de même que la capacité d'aider le parent pendant le déroulement de l'instance, dans la limite de sa fonction juridictionnelle. Même si le parent a besoin d'assistance, le juge peut estimer qu'il est en mesure d'intervenir suffisamment pour préserver le caractère équitable de l'audience. C'est pourquoi le tribunal d'appel doit exercer une grande prudence avant d'infirmer la décision d'un juge de première instance, si les facteurs appropriés ont été pris en considération.

83 In the unusual circumstances of this case, however, I find that little deference should be accorded to the motions judge's conclusion that the appellant was capable of adequately representing herself. First, Athey J., who did not have the benefit of these reasons, referred to the appellant's "capacity to understand the allegations" and ability to "communicate her position to the court" (p. 205). This creates the impression that Athey J. may have assessed whether counsel was necessary for a fair hearing according to the same standard used to determine competence to stand trial on criminal charges. Competence is a necessary but not sufficient condition for determining whether an unrepresented parent will receive a fair custody hearing. Although competent, the parent must be able to participate meaningfully at the hearing, which goes beyond mere ability to understand the case and communicate.

Dans les circonstances inhabituelles de la présente espèce, toutefois, j'estime que la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'appelante était capable de bien se représenter seule n'appelle pas une grande retenue. Premièrement, le juge Athey, qui n'a pas eu l'avantage de pouvoir s'appuyer sur les présents motifs, a mentionné la capacité de l'appelante [TRADUCTION] «de comprendre les allégations» et [TRADUCTION] «de communiquer son point de vue à la cour» (p. 205). Ces mots suggèrent que le juge Athey a pu évaluer la nécessité de la représentation par avocat pour une audience équitable en fonction des normes appliquées pour déterminer si, en matière criminelle, un accusé est apte à subir son procès. Cette aptitude est un élément nécessaire mais non suffisant pour juger de l'équité d'une audience en matière de garde lorsque le parent n'est pas représenté par avocat. Son aptitude reconnue, le parent doit être en mesure de participer efficacement à l'audience, une exigence qui dépasse la simple capacité de comprendre et de communiquer.

84 Second, even assuming that Athey J. applied the correct test and considered the appropriate factors, she decided the motion on the appellant's right to counsel nearly a full year after the custody hearing. More importantly, the appellant was in fact represented by counsel at the hearing. Ordinarily a judge would determine whether representation by counsel is essential for a fair hearing prior to the commencement of the hearing. The fact that the motions judge made her determination after a hearing in which the appellant's case was presented through the assistance of counsel may have had an unduly influential effect on her conclusion. For example, the smoothness with which the proceeding was conducted may well have caused the motions judge to discount its complexity, as well as any limitations in the appellant's ability to communicate effectively in a court of law.

Deuxièmement, même en supposant que le juge Athey a appliqué les critères appropriés et tenu compte des bons facteurs, elle a statué sur la requête concernant le droit de l'appelante à un avocat presque un an après l'audition de la demande de garde et, ce qui est encore plus important, alors que l'appelante avait en fait été représentée par avocat. Ordinairement, c'est avant le commencement de l'audience que le juge détermine s'il est essentiel à l'équité de l'audience qu'une partie soit représentée par avocat. Le fait que le juge des requêtes a rendu sa décision après une audience où l'appelante était représentée par avocat a pu influer indûment sur la conclusion tirée. Par exemple, il est fort possible que le déroulement sans incident de l'instance ait occulté sa complexité aux yeux du juge de même que les limites de la capacité de communication de l'appelante devant une cour de justice.

85 Therefore, attempting to put myself in the position of the motions judge prior to the hearing, when considering the seriousness and complexity of the proceedings and the capacities of the appellant, I disagree with her finding that the appellant

Par conséquent, si je me mets à la place du juge des requêtes avant l'audience et que je prends en considération l'importance et la complexité de l'instance ainsi que les capacités de l'appelante, je ne puis faire mienne sa conclusion selon laquelle

could communicate effectively enough without the assistance of counsel to ensure a fair hearing. I believe this Court may justifiably overturn her decision.

I would like to make it clear that the right to a fair hearing will not always require an individual to be represented by counsel when a decision is made affecting that individual's right to life, liberty, or security of the person. In particular, a parent need not always be represented by counsel in order to ensure a fair custody hearing. The seriousness and complexity of a hearing and the capacities of the parent will vary from case to case. Whether it is necessary for the parent to be represented by counsel is directly proportional to the seriousness and complexity of the proceedings, and inversely proportional to the capacities of the parent.

Although all custody hearings engage serious interests, the seriousness of the interests at stake varies according to the length of the proposed separation of parent from child. For instance, permanent guardianship applications are more serious than temporary custody applications. Therefore, counsel will more likely be necessary in guardianship applications than custody applications. The difference in seriousness between these two types of applications is currently recognized by Legal Aid New Brunswick, which provides legal aid certificates to financially eligible applicants in all guardianship applications but not in all custody applications. There is also a difference in the seriousness of the interests at stake in custody hearings depending on the length of any previous separation.

The complexity of the hearing can vary dramatically from case to case. Some hearings may be very short, involve relatively simple questions of fact and credibility, and have no expert reports. Others might take days and involve complicated evidentiary questions, troublesome points of law, and multiple experts. In the former cases, the assistance of counsel will make little difference to the

l'appelante disposait de capacités de communication suffisantes pour que l'audience soit équitable sans l'assistance d'un avocat. Je crois que notre Cour est justifiée d'infirmer sa décision.

86 Je tiens à souligner que le droit à une audience équitable ne nécessitera pas toujours qu'une personne soit représentée par un avocat lorsque la décision porte sur son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. En particulier, il n'est pas toujours nécessaire qu'un parent soit représenté par avocat pour garantir l'équité d'une audience relative à la garde. L'importance et la complexité de l'audience ainsi que les capacités du parent varient d'une affaire à l'autre. La nécessité de la représentation du parent par avocat est directement proportionnelle à l'importance et à la complexité de l'instance et inversement proportionnelle aux capacités du parent.

87 Bien qu'une audience en matière de garde d'enfants fasse toujours entrer en jeu des intérêts importants, leur importance varie en fonction de la durée prévue de la séparation. Par exemple, les demandes de tutelle permanente sont plus importantes que les demandes de garde temporaire. Vraisemblablement, la nécessité de l'assistance d'un avocat se fera donc davantage sentir à l'égard des demandes de tutelle que des demandes de garde. Le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick reconnaît actuellement la différence de gravité entre les deux types de demandes puisque des certificats d'aide juridique sont délivrés aux personnes satisfaisant aux conditions financières d'admissibilité à l'égard de toutes les demandes de tutelle, alors que ce n'est pas le cas pour toutes les demandes de garde. La durée de toute séparation antérieure influe également sur le degré de gravité des intérêts en jeu dans une audience en matière de garde.

88 Selon les affaires, la complexité des audiences peut varier énormément. Certaines audiences peuvent être très courtes, soulever des questions de fait ou de crédibilité relativement simples et ne pas comporter de rapports d'experts, tandis que d'autres peuvent s'étirer sur plusieurs jours et mettre en cause des questions de preuve compliquées, des points de droit épineux et faire intervenir de

parent's ability to present his or her view of the child's best interests, whereas in the latter cases, the representation of counsel may be essential to ensure a fair hearing.

89 The parent's capacities are also variable. Some parents may be well educated, familiar with the legal system, and possess above-average communication skills and the composure to advocate effectively in an emotional setting. At the other extreme, some parents may have little education and difficulty communicating, particularly in a court of law. It is unfortunately the case that this is true of a disproportionate number of parents involved in child custody proceedings, who often are members of the least advantaged groups in society. The more serious and complex the proceedings, the more likely it will be that the parent will need to possess exceptional capacities for there to be a fair hearing if the parent is unrepresented.

90 Without commenting on their correctness, I note that there are a number of appellate court cases in Canada which have found that legal representation of an accused may be necessary to ensure a fair trial, pursuant to ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. These cases are noteworthy because the criteria employed by the courts to determine whether counsel was warranted included the seriousness of the interests at stake and the complexity of the proceedings: see *Rowbotham*, *supra*; *R. v. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289 (Alta. C.A.); *R. v. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167 (Alta. C.A.).

91 I therefore conclude that the potential restriction of the appellant's right to security of the person would not have been in accordance with the principles of fundamental justice had the custody hearing proceeded with the appellant unrepresented by counsel. The potential s. 7 violation in this case would have been the result of the failure of the Government of New Brunswick to provide the

nombreux experts. Dans le premier cas, l'assistance d'un avocat comptera pour peu dans la capacité du parent de faire valoir son point de vue concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, alors que dans le second, il pourra être essentiel que le parent soit représenté par avocat pour que l'audience soit équitable.

Les capacités des parents diffèrent également. Certains auront une solide instruction, connaîtront bien le système judiciaire et posséderont des capacités de communication supérieures ainsi que le sang-froid nécessaire pour faire valoir leurs arguments dans un contexte émotivement chargé, tandis que d'autres pourront être très peu instruits et éprouver des difficultés de communication, en particulier devant une cour de justice. Malheureusement, la deuxième hypothèse se vérifie à l'égard d'un nombre disproportionné de parents parties à des instances en matière de garde d'enfants, lesquels appartiennent souvent aux groupes les plus défavorisés de notre société. Plus une instance est importante et complexe, plus il est probable que le parent devra être doué de capacités exceptionnelles pour que l'audience soit équitable s'il n'est pas représenté par avocat.

Je remarque, sans me prononcer sur le bien-fondé de telles conclusions, que plusieurs cours d'appel au Canada ont conclu qu'il pouvait être nécessaire qu'un accusé soit représenté par avocat pour que le procès soit équitable aux termes de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Ces décisions sont dignes de mention car les critères appliqués par les cours d'appel pour déterminer si la représentation par avocat s'impose comprennent la gravité des intérêts en jeu et la complexité de l'instance: voir *Rowbotham*, précité; *R. c. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289 (C.A. Alb.); *R. c. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167 (C.A. Alb.).

Je conclus donc que si l'audience en matière de garde s'était tenue sans que l'appelante soit représentée par avocat, la restriction potentielle du droit de l'appelante à la sécurité de sa personne n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale. La contravention potentielle à l'art. 7, en l'espèce, aurait été attribuable à l'omission du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir à

appellant with state-funded counsel under its Domestic Legal Aid program after initiating proceedings under Part IV of the *Family Services Act*.

In attributing the failure to provide state-funded counsel to the government's administration of the Domestic Legal Aid program, I do not mean to suggest that the Domestic Legal Aid program as it stands is the only way the government could have fulfilled its constitutional obligation in this case. The government has wide latitude in discharging its constitutional duty to provide state-funded counsel in proceedings where that duty arises. It could have done so in any number of ways — under the *Legal Aid Act*, the *Family Services Act*, or a myriad of other legislation or programs. This Court need not and should not tell the Government of New Brunswick what specific delivery system should have been employed.

Nevertheless, notwithstanding the variety of potential delivery options, the government chose to enact a general legal aid scheme with a scope of application encompassing the proceeding at issue in this appeal. It also adopted a specific policy of not providing legal aid to respondents in custody applications. Most importantly, the Attorney General and Ministers of Justice and Health and Community Services' s. 1 arguments seeking to justify the infringement (if one were to be found) of the appellant's s. 7 rights attribute it to the administration of the legal aid scheme. Therefore, it is not unreasonable to find the Domestic Legal Aid program to be the locus of the constitutional violation in this case.

D. *Section 1*

Although this case involves a prospective violation of s. 7, it is still necessary to engage in a s. 1

l'appelante l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État en vertu du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, après avoir entamé des procédures sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*.

92 J'ai attribué l'omission de fournir un avocat rémunéré par l'État à l'administration gouvernementale du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, mais cela ne signifie pas que c'est uniquement au moyen de ce programme, dans son état actuel, que le gouvernement aurait pu s'acquitter de son obligation constitutionnelle en l'espèce. Le gouvernement jouit d'une très grande latitude pour ce qui est de s'acquitter de son obligation constitutionnelle de fournir un avocat rémunéré par l'État dans les instances où cette obligation prend naissance, et il aurait pu le faire de plusieurs façons — en vertu de la *Loi sur l'aide juridique*, de la *Loi sur les services à la famille* ou d'une multitude d'autres lois ou programmes. Notre Cour n'a pas besoin de dicter au gouvernement du Nouveau-Brunswick le mécanisme de prestation de services auquel il aurait fallu recourir, et elle ne doit pas le faire.

93 En dépit de l'arsenal des mécanismes de prestation possibles, le gouvernement a choisi d'établir un régime général d'aide juridique dont le champ d'application englobe l'instance visée par le présent pourvoi. Il a également adopté une ligne de conduite particulière prescrivant de ne pas fournir d'aide juridique aux intimés visés par des demandes de garde. De façon plus importante, les arguments que le procureur général de même que le ministre de la Justice et le ministre de la Santé et des Services communautaires ont avancés pour justifier, en vertu de l'article premier, l'atteinte (si atteinte il y a) aux garanties prévues à l'art. 7 l'attribuent à l'administration du régime d'aide juridique. Il n'est donc pas déraisonnable de conclure que la violation constitutionnelle en l'espèce réside dans le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille.

D. *L'article premier*

94 Même si le présent pourvoi porte sur une violation éventuelle de l'art. 7, il demeure nécessaire de

analysis. For if the prospective s. 7 violation would otherwise have been saved by s. 1, then there would be no need to order a remedy.

95 Section 1 of the *Charter* provides:

1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court set out the analytical framework for determining whether a law constitutes a reasonable limit on a *Charter* right. Iacobucci J. summarized this framework in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

96 The appellant quite rightly is not directly challenging the *Legal Aid Act*, but rather administrative decisions made pursuant to it. The *Legal Aid Act* does not expressly or by necessary implication deny state-funded counsel to respondents in custody applications. On the contrary, both Legal Aid New Brunswick, pursuant to s. 12 of the *Legal Aid Act*, and the Minister of Justice, pursuant to s. 24 may provide state-funded counsel in these circumstances.

97 Despite the fact that state-funded legal assistance could have been provided in cases of custody

procéder à une analyse fondée sur l'article premier, car si cette violation peut se justifier sous le régime de l'article premier, il ne sera pas nécessaire de statuer sur la réparation.

L'article premier de la *Charte* est ainsi conçu:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour établit le cadre analytique permettant de déterminer si une loi constitue une limite raisonnable à un droit garanti par la *Charte*. Le juge Iacobucci présente ce cadre sous forme résumée dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

L'appelante, à juste titre, ne conteste pas directement la *Loi sur l'aide juridique*, mais plutôt les décisions administratives prises sous son régime. Cette loi ne refuse pas expressément ni par implication nécessaire les services d'un avocat rémunéré par l'État aux intimés visés par des demandes de garde. Au contraire, tant le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick, en application de l'art. 12 de la *Loi sur l'aide juridique*, que le ministre de la Justice, en application de l'art. 24, peuvent fournir un avocat rémunéré par l'État dans un tel cas.

Même si les art. 12 et 24 permettaient d'accorder de l'aide juridique sur les deniers publics à

applications pursuant to ss. 12 and 24, it was not. The Minister of Justice's program did not cover either guardianship or custody applications initiated by the Minister of Health and Community Services. This decision was made in order to avoid any potential conflicts of interest for Family Solicitors, who would be forced to act against the government while being paid by the Minister of Justice. As a result, Legal Aid New Brunswick agreed to continue providing legal aid certificates in cases of guardianship applications, but expressly refused to do so for custody applications. This had been Legal Aid New Brunswick's policy prior to 1993, when the Minister of Justice's program was first introduced. In December of 1991, the Council of the Law Society adopted a policy of limiting the provision of legal aid certificates to victims of family violence involved in private family litigation and to respondents to guardianship applications by the Minister of Health and Community Services. This policy was adopted pursuant to s. 12(14) of the Act, which provides that the Law Society may limit the provision of legal aid in certain matters when the Legal Aid Fund is in danger of being depleted. Consequently, the *Charter* infringement in this case is not caused "by the legislation itself, but by the actions of a delegated decision-maker in applying it": see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 20. See also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.

l'égard des demandes d'ordonnance de garde, cette aide n'a pas été fournie. Le programme appliqué par le ministre de la Justice ne couvrait ni les demandes de garde ni les demandes de tutelle présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise pour éviter toute possibilité de conflits d'intérêts chez les avocats plaidant en matière familiale car, sinon, ces avocats seraient obligés d'agir contre le gouvernement tout en étant rémunérés par le ministre de la Justice. Le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick a donc accepté de continuer à délivrer des certificats d'aide juridique pour les demandes de tutelle, mais a expressément refusé de le faire pour les demandes de garde. C'était la ligne de conduite appliquée avant 1993, année où le programme du ministre de la Justice a été introduit. En décembre 1991, le conseil du Barreau a adopté une ligne directrice limitant la délivrance des certificats d'aide juridique aux victimes de violence familiale parties à une instance en matière familiale concernant des particuliers et aux intimés visés par des demandes de tutelle présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette ligne de conduite avait été adoptée initialement sous le régime du par. 12(14) de la *Loi sur l'aide juridique*, lequel prévoit que lorsque le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, le Barreau peut limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard de certaines questions. Par conséquent, la contravention à la *Charte*, en l'espèce, ne découle pas de «la loi elle-même, mais [des] actes d'un décideur à qui on a délégué son application»: voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 20. Voir également *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.

Assuming without deciding that the policy of not providing state-funded counsel to respondents in custody applications was a limit prescribed by law, that the objective of this policy — controlling legal aid expenditures — is pressing and substantial, that the policy is rationally connected to that objective, and that it constitutes a minimal impairment of s. 7, I find that the deleterious effects of

98 En supposant, sans toutefois statuer sur la question, que la ligne de conduite consistant à ne pas fournir des services d'avocats rémunérés par l'État aux intimés visés par des demandes de garde est une restriction prévue par une règle de droit, que son objectif — la réduction des dépenses afférentes à l'aide juridique — constitue une préoccupation urgente et réelle, que la ligne de conduite est rationnellement liée à l'objectif et qu'elle porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 7,

the policy far outweigh the salutary effects of any potential budgetary savings.

99 Section 7 violations are not easily saved by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518, I said:

> Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like.

This is so for two reasons. First, the rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are very significant and cannot ordinarily be overridden by competing social interests. Second, rarely will a violation of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, be upheld as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

100 In the circumstances of this case, the Government of New Brunswick argues that the objective of limiting legal aid expenditures is of sufficient importance to deny the appellant a fair hearing. The proposed budgetary savings, however, are minimal. In their factum, Legal Aid New Brunswick and the Law Society of New Brunswick report that the projected annual cost of their new policy, effective September 22, 1997, of issuing legal aid certificates to respondents in custody applications for their first hearing would be under $100,000. Although the present appeal concerns the right to state-funded counsel at a hearing to extend an original custody order, the additional cost of providing state-funded counsel in these circumstances is insufficient to constitute a justification within the meaning of s. 1. Moreover, the government is not under an obligation to provide legal aid to every parent who cannot afford a lawyer. Rather, the obligation only arises in circumstances where the representation of the parent is

je conclus que les effets nocifs de la ligne de conduite excèdent de beaucoup les effets bénéfiques pouvant résulter d'éventuelles économies budgétaires.

Il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, j'écris à la p. 518:

> L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite.

Deux raisons expliquent ceci. D'abord, les intérêts protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — revêtent une grande importance et généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux. Ensuite, le non-respect des principes de justice fondamentale — et, en particulier, du droit à une audience équitable — sera rarement reconnu comme une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En l'espèce, le gouvernement du Nouveau-Brunswick soutient que l'objectif de réduction des dépenses relatives à l'aide juridique est suffisamment important pour priver l'appelante d'une audience équitable. Les économies budgétaires projetées, toutefois, sont minimales. Dans leur mémoire, le programme d'aide juridique et le Barreau du Nouveau-Brunswick déclarent que le coût annuel prévu pour la nouvelle ligne de conduite entrée en vigueur le 22 septembre 1997 et consistant à délivrer des certificats d'aide juridique aux intimés visés par des demandes de garde, à l'égard de la première instruction de la demande, est inférieur à 100 000 $. Bien que le présent pourvoi porte sur le droit à des services d'avocats rémunérés par l'État pour une audience relative à la prorogation d'une ordonnance de garde, les coûts supplémentaires qui résulteraient de la prestation de tels services dans ces circonstances ne sont pas suffisants pour constituer une justification au sens de l'article premier. En outre, le gouverne-

essential to ensure a fair hearing where the parent's life, liberty, or security is at stake. In my view, a parent's right to a fair hearing when the state seeks to suspend such parent's custody of his or her child outweighs the relatively modest sums, when considered in light of the government's entire budget, at issue in this appeal.

ment n'est nullement tenu d'octroyer de l'aide juridique à tout parent qui n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat. L'obligation ne prend naissance que pour les affaires où la représentation du parent par avocat est essentielle à l'équité de l'audience, lorsque le droit de ce dernier à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est en cause. À mon avis, lorsque l'État cherche à retirer un parent la garde de son enfant, le droit du parent à une audience équitable l'emporte sur les sommes, relativement modestes en comparaison du budget total du gouvernement, qui sont en jeu en l'espèce.

E. *Remedy*

E. *La réparation*

There are only two possible remedies a judge can order under s. 24(1) to avoid a prospective s. 7 breach in circumstances where the absence of counsel for one of the parties would result in an unfair hearing: an order that the government provide the unrepresented party with state-funded counsel, or a stay of proceedings. A stay of proceedings is clearly inappropriate in this case, as it would result in the return of the children to the appellant's custody. Children should not be returned to their parent's care when there is reason to suspect that they are in need of protection. Indeed, this would run contrary to the purposes of Part IV of the *Family Services Act*. The government must, therefore, provide the appellant with state-funded counsel.

101 Pour éviter une violation éventuelle de l'art. 7 lorsque l'absence d'un avocat pour l'une des parties donnerait lieu à une audience inéquitable, seules deux formes de réparation sont possibles sous le régime du par. 24(1): une ordonnance enjoignant au gouvernement de fournir à la partie non représentée les services d'un avocat rémunéré par l'État ou la suspension de l'instance. La suspension ne convient manifestement pas en l'espèce puisqu'elle entraînerait le retour des enfants à la garde de l'appelante. Or, lorsqu'il y a des raisons de croire que les enfants ont besoin de protection, il ne faut pas les retourner à la garde de leur parent. Cela irait en fait à l'encontre des objectifs poursuivis par la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*. Le gouvernement doit donc fournir à l'appelante les services d'un avocat rémunéré par l'État.

It is unnecessary, however, to direct the Government of New Brunswick to rectify the policy's constitutional infirmities through the adoption of a new policy. Directing the government to design a new policy would run contrary to Sopinka J.'s admonition in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104, to "refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary" in fashioning remedies for *Charter* violations. It is not clear how often the operation of the policy will lead to an unconstitutional hearing. It may be only in rare cases. Accordingly, the least intrusive remedy would be to leave the policy intact, subject to a discretion

102 Il n'est pas nécessaire, toutefois, d'enjoindre au gouvernement du Nouveau-Brunswick d'adopter une nouvelle ligne de conduite pour corriger les lacunes constitutionnelles de celle qu'il applique actuellement. Si la Cour ordonnait au gouvernement d'élaborer une nouvelle ligne de conduite, elle irait à l'encontre de l'admonestation du juge Sopinka, dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, de «ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire» (à la p. 104) dans l'élaboration des mesures de réparation par suite de contravention à la *Charte*. On ne sait pas si l'application de la ligne de conduite entraînera souvent des audiences

vested in the trial judge to order state-funded counsel on a case-by-case basis when necessary to ensure the fairness of the custody hearing. That having been said, there is nothing preventing the government from amending the policy — for example reading in a discretion — or providing respondents to custody applications with state-funded counsel through means other than the Domestic Legal Aid program.

103 As similar cases may arise in the future, I will briefly outline the procedure that should be followed when an unrepresented parent in a custody application seeks state-funded counsel. The judge at the hearing should first inquire as to whether the parent applied for legal aid or any other form of state-funded legal assistance offered by the province. If the parent has not exhausted all possible avenues for obtaining state-funded legal assistance, the proceedings should be adjourned to give the parent a reasonable time to make the appropriate applications, provided the best interests of the children are not compromised. It goes without saying that if the parent, whether or not he or she is able to pay for a lawyer, chooses not to have one that there will be no entitlement to state-funded legal assistance: see *Rowbotham*, *supra*, at p. 64. This is because the parent voluntarily assumes the risk of ineffective representation, for which the government cannot be held responsible.

104 If the parent wants a lawyer but is unable to afford one, the judge should next consider whether the parent can receive a fair hearing through a consideration of the following criteria: the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent. The judge should also bear in mind his or her ability to assist the parent within the limits of the judicial

inconstitutionnelles. Il est possible que cela n'arrive que rarement. La réparation qui empiète le moins consisterait donc à ne pas modifier la ligne de conduite, sous réserve du pouvoir discrétionnaire dévolu au juge de première instance d'ordonner de façon ponctuelle la fourniture des services d'un avocat rémunéré par l'État lorsque cette mesure est nécessaire pour assurer l'équité d'une audience en matière de garde d'enfants. Cela dit, rien n'empêche le gouvernement de modifier la ligne de conduite — en y intégrant, par exemple, un pouvoir discrétionnaire — ou de fournir aux intimés visés par une demande de garde un avocat rémunéré par l'État par d'autres moyens que le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille.

Des affaires semblables pouvant survenir à l'avenir, je souligne brièvement la procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État. À l'audience, le juge doit d'abord vérifier si le parent a présenté une demande d'aide juridique ou a demandé une autre forme d'assistance juridique payée par l'État et offerte par la province. Si le parent n'a pas épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir une aide juridique rémunérée par l'État, l'instance devrait être ajournée pour donner au parent suffisamment de temps pour présenter les demandes appropriées, pourvu que l'intérêt supérieur de l'enfant n'en souffre pas. Il va sans dire que si le parent décide de ne pas être représenté par avocat, il n'aura pas droit à l'aide juridique rémunérée par l'État, qu'il ait ou non les moyens de retenir un avocat: voir *Rowbotham*, précité, à la p. 64. En effet, il assume alors volontairement le risque de ne pas être bien représenté et le gouvernement ne peut en être tenu responsable.

Lorsque le parent souhaite être représenté par avocat, mais n'en a pas les moyens, le juge doit ensuite déterminer si le parent peut faire l'objet d'une audience équitable, compte tenu des facteurs suivants: la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent. Le juge doit également garder à l'esprit qu'il peut aider le parent, dans les limites de sa fonction

role. If, after considering these criteria, the judge is not satisfied that the parent can receive a fair hearing and there is no other way to provide the parent with a lawyer (i.e., pursuant to a statutory power to appoint counsel), the judge should order the government to provide the parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter*. I hasten to add that I am limiting my comments here to child protection proceedings, and need not and should not comment as to other kinds of proceedings.

juridictionnelle. S'il estime, après l'examen de ces facteurs, que le parent n'aura pas une audience équitable et qu'il n'existe pas d'autres moyens de lui fournir un avocat (c'est-à-dire en application d'un pouvoir prévu par la loi), il doit ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de fournir au parent un avocat rémunéré par l'État. Je m'empresse d'ajouter que je limite mes commentaires ici aux instances concernant la protection des enfants, et qu'il n'est pas nécessaire ni souhaitable que j'aborde d'autres types d'instance.

Having now decided that the government was under a constitutional obligation to provide state-funded counsel to the appellant to ensure the fairness of the custody hearing in this case, I turn to consider a passage from my judgment in *Prosper*, *supra*, which may appear to be in tension with this conclusion.

105 Ayant maintenant conclu que le gouvernement avait l'obligation constitutionnelle de fournir un avocat rémunéré par l'État à l'appelante pour assurer, en l'espèce, une audience équitable en matière de garde, je passe à l'examen d'un extrait des motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Prosper*, précité, qui peut paraître contradictoire avec la présente conclusion.

At issue in *Prosper* was whether s. 10(*b*) of the *Charter* imposed a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or detention to provide free and immediate preliminary legal advice upon request. The Court was unanimous in concluding that it did not. In my reasons, I held at pp. 266-67 that:

106 L'affaire *Prosper* porte sur la question de savoir si l'al. 10*b*) de la *Charte* impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de s'assurer qu'en cas d'arrestation ou de détention, un avocat commis d'office peut fournir, immédiatement et sans frais, des conseils juridiques préliminaires sur demande. La Cour conclut unanimement que non. J'exprime l'opinion suivante dans mes motifs (aux pp. 266 et 267):

[T]here is evidence which shows that the framers of the *Charter* consciously chose not to constitutionalize a right to state-funded counsel under s. 10 of the *Charter*: *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (January 27, 1981). Specifically, a proposed amendment, which would have added the following clause to what is now s. 10 of the *Charter* was considered and rejected (p. 46:127):

> (d) if without sufficient means to pay for counsel and if the interests of justice so require, to be provided with counsel;
>
> . . .

In my opinion, it would be imprudent for this Court not to attribute any significance to the fact that this clause was not adopted. In light of the language of s. 10 of the

[D]es éléments de preuve montrent que les rédacteurs de la *Charte* ont intentionnellement choisi de ne pas constitutionnaliser un droit à des services d'avocats rémunérés par l'État sous le régime de l'art. 10 de la *Charte*: *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (27 janvier 1981). Plus précisément, le Comité a examiné puis rejeté un projet de modification qui aurait ajouté la disposition suivante à ce qui est maintenant l'art. 10 de la *Charte* (p. 46:127):

> d) d'avoir l'assistance d'un avocat s'il n'a pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige;
>
> . . .

À mon avis, il serait imprudent de n'accorder aucune importance au fait que cette disposition n'a pas été adoptée. Compte tenu de la formulation de l'art. 10 de la

Charter, which on its face does not guarantee any substantive right to legal advice, and the legislative history of s. 10, which reveals that the framers of the *Charter* decided not to incorporate into s. 10 even a relatively limited substantive right to legal assistance (i.e., for those "without sufficient means" and "if the interests of justice so require"), it would be a very big step for this Court to interpret the *Charter* in a manner which imposes a positive constitutional obligation on governments. The fact that such an obligation would almost certainly interfere with governments' allocation of limited resources by requiring them to expend public funds on the provision of a service is, I might add, a further consideration which weighs against this interpretation. [Emphasis in original.]

Charte, qui à première vue ne garantit aucun droit substantiel à des conseils juridiques, et de l'historique législatif de l'art. 10, qui révèle que les rédacteurs de la *Charte* ont choisi de ne pas y incorporer un droit substantiel à l'assistance d'un avocat même relativement limité (c'est-à-dire pour ceux qui n'ont «pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige»), notre Cour franchirait un grand pas si elle interprétait la *Charte* d'une façon qui impose une obligation constitutionnelle positive aux gouvernements. Le fait qu'une telle obligation risque presque certainement d'entrer en conflit avec la répartition des ressources limitées des gouvernements en obligeant ces derniers à affecter des fonds publics à la prestation d'un service constitue, devrais-je ajouter, une considération supplémentaire à l'encontre de cette interprétation. [Souligné dans l'original.]

107 The omission of a positive right to state-funded counsel in s. 10, which, as I said in *Prosper*, should be accorded some significance, does not preclude an interpretation of s. 7 that imposes a positive constitutional obligation on governments to provide counsel in those cases when it is necessary to ensure a fair hearing. To hold otherwise would be to suggest that the principles of fundamental justice do not guarantee the right to a fair hearing or, alternatively, that under no circumstances would the requirements of a fair hearing obligate governments to pay for an individual to be represented by counsel. Both of these positions are untenable. In my view, the significance of the omission of a positive right to state-funded counsel under s. 10 is that s. 7 should not be interpreted as providing an absolute right to state-funded counsel at all hearings where an individual's life, liberty, and security is at stake and the individual cannot afford a lawyer. Accordingly, while a blanket right to state-funded counsel does not exist under s. 10, a limited right to state-funded counsel arises under s. 7 to ensure a fair hearing in the circumstances I have outlined above.

L'absence de mention d'un droit positif à des services d'avocats rémunérés par l'État à l'art. 10, à laquelle il convient d'accorder une certaine importance ainsi que je l'ai dit dans l'arrêt *Prosper*, n'écarte pas la possibilité d'interpréter l'art. 7 comme imposant aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de fournir des services d'avocats dans les cas où cela est nécessaire à l'équité de l'audience. Autrement, on se trouverait à affirmer que les principes de justice fondamentale ne garantissent pas le droit à une audience équitable ou bien qu'en aucun cas, ce droit n'oblige les gouvernements à puiser dans leurs fonds pour qu'une personne soit représentée par avocat. Ces positions sont toutes deux indéfendables. À mon avis, l'omission d'inclure un droit positif à des services d'avocats rémunérés par l'État, à l'art. 10, signifie qu'il ne faut pas interpréter l'art. 7 comme prévoyant un droit absolu à ces services dans toutes les audiences où la vie, la liberté et la sécurité d'une personne sont en jeu et que la personne n'a pas les moyens de se payer un avocat. Par conséquent, même si on ne peut conclure à l'existence d'un droit général à des services d'avocats rémunérés par l'État en vertu de l'art. 10, l'art. 7 comprend un droit limité à de tels services pour assurer l'équité de l'audience dans les circonstances décrites plus haut.

108 With respect to the concern in *Prosper* that a positive constitutional obligation to provide state-funded counsel would interfere with governments'

Relativement à la préoccupation soulevée dans l'affaire *Prosper* selon laquelle l'obligation constitutionnelle positive de fournir les services d'un

allocation of limited resources, I note that these fiscal concerns have been addressed under s. 1.

VI. Disposition

The appeal is allowed. The Government of New Brunswick shall pay the appellant her solicitor-client costs, both in this Court and in the courts below, to be determined by the Registrar according to the Legal Aid Tariff in New Brunswick or the tariff applicable to non-governmental lawyers hired by the Government of New Brunswick to handle certain matters in the manner of these proceedings.

I would answer the restated constitutional questions as follows:

Question 1: In the circumstances of this case, would the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, have constituted an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the appellant had not been represented by counsel at the custody hearing?

Answer: Yes, in the circumstances of this case.

Question 2: If the answer to question 1 is yes, would the infringement have been demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

avocat rémunéré par l'État risque de faire obstacle à la répartition des ressources limitées des gouvernements, je rappelle que ces préoccupations d'ordre fiscal ont été examinées au regard de l'article premier.

VI. Dispositif

Le pourvoi est accueilli. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick paiera les dépens de l'appelante, établis par le registraire sur la base procureur-client, devant toutes les cours suivant le tarif de l'aide juridique au Nouveau-Brunswick ou le tarif applicable aux avocats qui ne font pas partie de la fonction publique et dont le gouvernement du Nouveau-Brunswick retient les services pour s'occuper de certaines affaires comme la présente instance. 109

Je suis d'avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles reformulées: 110

Question 1: Dans les circonstances de l'espèce, est-ce qu'aurait constitué une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d'aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Réponse: Oui, dans les circonstances de la présente espèce.

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, se serait-il agi d'une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

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

111 L'HEUREUX-DUBÉ J. — The appellant is the mother of three children. At the time of the hearing that is the subject of this appeal, the Minister of Health and Community Services had been granted custody of the children for six months, and was seeking to extend the custody order for a further six months. The legal aid programmes in place in the province of New Brunswick at the time did not provide funding for temporary custody applications or extensions of existing orders, but only for permanent guardianship applications. Ms. G. was therefore not able to receive funded counsel at the hearing where the Minister sought the extension of the custody order, and was unable to afford to hire her own counsel. The hearing took place over three days, and the Minister, along with all other interested parties, was represented by counsel. Fifteen witnesses were called, including expert witnesses, and several expert reports were presented. Although Ms. G. received the voluntary assistance of counsel, this appeal requires the Court to decide whether the appellant's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were engaged, and, if so, whether the procedures adopted would have complied with the principles of fundamental justice had she not received counsel. I have read the reasons of the Chief Justice and I agree with him that this child protection hearing implicated the appellant's right to security of the person, and that in this case the procedure that threatened to deprive her of that right would not have been in accordance with the principles of fundamental justice because of the lack of funded counsel. However, I wish to set out my own views on the constitutional rights implicated and the appropriate test for determining when the failure to accord counsel to a parent would result in a procedure that is not in accordance with fundamental justice.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'appelante est mère de trois enfants. Au moment de l'audience qui fait l'objet du présent pourvoi, le ministre de la Santé et des Services communautaires s'était fait confier leur garde pour une période de six mois et il demandait la prolongation de l'ordonnance de garde pour une période supplémentaire de six mois. Les programmes d'aide juridique en place à l'époque dans la province du Nouveau-Brunswick ne prévoyaient aucun soutien financier pour les demandes de garde temporaire ni pour la prolongation des ordonnances existantes, mais seulement pour les demandes de garde permanente. Madame G. n'a donc pas pu bénéficier des services d'un avocat rémunéré par l'État lors de l'audition de la demande de prolongation de l'ordonnance de garde présentée par le ministre, et elle ne pouvait se permettre d'engager son propre avocat. L'audience a duré trois jours, et le ministre, comme toutes les autres parties intéressées, était représenté par avocat. Quinze témoins ont été appelés à la barre, notamment des témoins-experts, et plusieurs rapports d'experts ont été déposés. Bien que M^me^ G. ait reçu l'aide bénévole d'un avocat, le présent pourvoi oblige notre Cour à décider si les droits garantis à l'appelante par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et des libertés* entraient en jeu et, dans l'affirmative, si les procédures adoptées pouvaient alors être conformes aux principes de justice fondamentale si M^me^ G. ne bénéficiait pas des services d'un avocat. J'ai lu les motifs du Juge en chef et je partage son avis que cette audition en matière de protection des enfants mettait en cause le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne et, qu'en l'espèce, la procédure qui menaçait de la priver de ce droit n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale vu l'absence d'un avocat rémunéré par l'État. Je souhaite, toutefois, exposer mon point de vue quant aux droits constitutionnels en cause et au test approprié pour déterminer quand l'omission de procurer un avocat à un parent peut donner lieu à une procédure non conforme à la justice fondamentale.

I. The *Charter* Rights Implicated

A. *Equality*

Before turning to the analysis of the s. 7 rights implicated and the principles of fundamental justice, I would emphasize that this case also implicates issues of equality, guaranteed by s. 15 of the *Charter*. These equality interests should be considered in interpreting the scope and content of the interpretation of the rights guaranteed by s. 7. This Court has recognized the important influence of the equality guarantee on the other rights in the *Charter*. As McIntyre J. wrote in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 185:

> The section 15(1) guarantee is the broadest of all guarantees. It applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*.

All *Charter* rights strengthen and support each other (see, for example, *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 976) and s. 15 plays a particularly important role in that process. The interpretive lens of the equality guarantee should therefore influence the interpretation of other constitutional rights where applicable, and in my opinion, principles of equality, guaranteed by both s. 15 and s. 28, are a significant influence on interpreting the scope of protection offered by s. 7.

This case raises issues of gender equality because women, and especially single mothers, are disproportionately and particularly affected by child protection proceedings: see, for example, M. Callahan, "Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare", in B. Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada* (1993), 172. The fact that this appeal relates to legal representation in the family context for those whose economic circumstances are such that they are unable to afford such representation is significant. As I wrote in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 853, "In Canada, the feminization of poverty is an entrenched social phenomenon." The patterns of relationships within marriage disproportionately lead to women taking

I. Les droits garantis par la *Charte* mis en cause

A. *L'égalité*

Avant d'aborder l'analyse des droits garantis par l'art. 7 mis en cause ainsi que les principes de justice fondamentale, j'aimerais souligner que la présente affaire comporte également des questions relatives à l'égalité garantie par l'art. 15 de la *Charte*. Il faut tenir compte de ces droits en matière d'égalité dans le cadre de l'interprétation de la portée et du contenu des droits garantis par l'art. 7. Notre Cour a reconnu la grande influence de la garantie d'égalité sur les autres droits visés par la *Charte*. Comme le juge McIntyre l'a écrit dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 185: 112

> La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la *Charte*.

Tous les droits garantis par la *Charte* se renforcent et s'appuient mutuellement (voir, par exemple, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, à la p. 976), et l'art. 15 joue un rôle particulièrement important dans ce processus. Le prisme interprétatif que constitue la garantie d'égalité doit donc guider l'interprétation des autres droits garantis par la Constitution, s'il y a lieu, et j'estime que les principes d'égalité, garantis tant par l'art. 15 que par l'art. 28, influencent l'interprétation de la portée de la protection offerte par l'art. 7.

La présente affaire soulève des questions relatives à l'égalité des sexes, car les femmes, notamment les mères célibataires, sont touchées, de façon disproportionnée et particulière, par les procédures relatives à la protection des enfants: voir, par exemple, M. Callahan, «Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare», dans B. Wharf, éd., *Rethinking Child Welfare in Canada* (1993), 172. Le présent pourvoi traite de la question importante de la représentation par avocat dans le contexte familial pour ceux et celles qui n'ont pas les ressources financières suffisantes pour se permettre cette représentation. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 853, «Au Canada, la féminisation de la 113

responsibility for child care, foregoing economic opportunities in the workforce, and suffering economic deprivation as a result: *Moge*, *supra*, at p. 861. Issues involving parents who are poor necessarily disproportionately affect women and therefore raise equality concerns and the need to consider women's perspectives.

pauvreté est un phénomène social bien établi.» La tendance des relations vécues dans le cadre des liens du mariage veut que les femmes assument, de façon disproportionnée, le soin des enfants, qu'elles renoncent à des possibilités d'avancement, sur le plan financier, dans le marché du travail et qu'elles souffrent de dénuement économique, par voie de conséquence: *Moge*, précité, à la p. 861. Les questions qui concernent les parents pauvres touchent nécessairement les femmes de façon disproportionnée, de sorte qu'elles soulèvent des soucis d'égalité et la nécessité d'examiner leur point de vue.

114 As well as affecting women in particular, issues of fairness in child protection hearings also have particular importance for the interests of women and men who are members of other disadvantaged and vulnerable groups, particularly visible minorities, Aboriginal people, and the disabled. As noted by the United States Supreme Court in *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982), at p. 763:

Outre le fait qu'elles touchent davantage les femmes, les questions relatives à l'équité dans le cadre des audiences en matière de protection des enfants revêtent également une importance particulière quant aux droits des femmes et des hommes qui sont membres d'autres groupes défavorisés et vulnérables, notamment les minorités visibles, les Autochtones et les personnes handicapées. Comme l'a souligné la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Santosky c. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982), à la p. 763:

> Because parents subject to termination proceedings are often poor, uneducated, or members of minority groups. . . such proceedings are often vulnerable to judgments based on cultural or class bias.

> [TRADUCTION] Parce que les parents qui font l'objet de procédures visant à leur retirer l'autorité parentale sont souvent pauvres, non instruits ou membres d'une minorité [. . .] ces procédures sont souvent susceptibles de donner lieu à des jugements fondés sur des préjugés culturels ou de classe.

Similarly, Professors Cossman and Rogerson note that "The parents in child protection cases are typically the most disadvantaged and vulnerable within the family law system . . . .": "Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law", in *Report of the Ontario Legal Aid Review: A Blueprint of Publicly Funded Legal Services* (1997), 773, at p. 787.

De la même manière, les professeurs Cossman et Rogerson font remarquer que: [TRADUCTION] «Dans les affaires portant sur la protection des enfants, les parents sont, de façon générale, les plus défavorisés et les plus vulnérables dans le cadre du système de droit de la famille . . .»: «Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law», dans *Rapport de l'examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario: Plan d'action pour des services juridiques publics subventionnés* (1997), 773, à la 787.

115 Thus, in considering the s. 7 rights at issue, and the principles of fundamental justice that apply in this situation, it is important to ensure that the analysis takes into account the principles and purposes of the equality guarantee in promoting the

Par conséquent, lorsqu'on examine les droits garantis par l'art. 7 en cause ainsi que les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans ce cas, il est important de s'assurer que l'analyse tienne compte des principes et des objets de la

equal benefit of the law and ensuring that the law responds to the needs of those disadvantaged individuals and groups whose protection is at the heart of s. 15. The rights in s. 7 must be interpreted through the lens of ss. 15 and 28, to recognize the importance of ensuring that our interpretation of the Constitution responds to the realities and needs of all members of society.

B. *Security of the Person*

Turning to the s. 7 rights engaged, I agree with the Chief Justice, for the reasons that he states, that the appellant's security of the person was implicated when the government instituted proceedings to extend the existing custody order. As he discusses, the importance of one's identity as a parent, and the serious stigma and psychological stress that will occur if the child is removed from the home because of the removal of the parent's power to care for him or her mean that the parent's security of the person will be violated if the child is removed from the home.

C. *Liberty*

I also agree with Bastarache J.A. (as he then was), who dissented in the Court of Appeal, that the right to liberty within s. 7 is triggered. In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, La Forest J., writing on behalf of four members of the Court, held that the liberty interest must be interpreted broadly, in accordance with the principles and values of the *Charter* as a whole. He wrote, at para. 80:

On the one hand, liberty does not mean unconstrained freedom. . . . Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or

garantie d'égalité en favorisant le bénéfice égal de la protection de la loi et en s'assurant que la loi réponde aux besoins des personnes et des groupes défavorisés que l'art. 15 vise à protéger. Les droits garantis par l'art. 7 doivent être interprétés à travers le prisme des art. 15 et 28 afin que l'importance d'une interprétation de la Constitution qui tienne compte des réalités et des besoins de tous les membres de la société soit reconnue.

B. *La sécurité de la personne*

116 Concernant l'application des droits garantis par l'art. 7, je partage l'avis du Juge en chef, pour les motifs qu'il expose, que la sécurité de l'appelante a été mise en cause lorsque le gouvernement a institué des procédures visant la prolongation de l'ordonnance de garde existante. Comme il le mentionne, l'importance de l'identité d'une personne en tant que parent et le stigmate ainsi que le stress psychologique grave causés par le retrait de l'enfant du domicile en raison de l'élimination du pouvoir du parent d'en prendre soin font qu'il sera porté atteinte à la sécurité du parent si l'enfant est retiré du domicile.

C. *La liberté*

117 Je suis également d'accord avec le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour), dissident en Cour d'appel, que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 entre en jeu. Dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest, au nom de quatre membres de notre Cour, a conclu que le droit à la liberté devait être interprété de façon large, conformément aux principes et aux valeurs que contient la *Charte* dans son ensemble. Il écrit, au par. 80:

D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte [. . .] La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocra-

her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. [Emphasis added.]

tique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. [Je souligne.]

Similar principles were articulated in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, *per* Wilson J.; and *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66, *per* La Forest J. I continue to agree with these statements, and I note that they were not rejected by a majority of the Court in either of the above cases.

Des principes semblables ont été formulés dans les arrêts *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 166, le juge Wilson; et *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, au par. 66, le juge La Forest. Je suis toujours d'accord avec ces principes, et je souligne qu'ils n'ont pas été rejetés par notre Cour, à la majorité, dans les deux arrêts susmentionnés.

118 Applying these principles to the context of the family in *B. (R.)*, La Forest J. held that parental decision-making and other attributes of custody are protected under the liberty interest. He wrote, at paras. 83 and 85:

Appliquant ces principes au contexte de la famille dans l'arrêt *B. (R.)*, le juge La Forest a conclu que le processus de prise de décisions des parents ainsi que les autres attributs de la garde étaient protégés au nom du droit à la liberté. Il écrit, aux par. 83 et 85:

. . . I would have thought it plain that the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent.

. . . j'aurais cru qu'il serait évident que les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent.

. . .

. . .

[The parental] role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. Moreover, individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children. This is not to say that the state cannot intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health. But such intervention must be justified. In other words, parental decision-making must receive the protection of the *Charter* in order for state interference to be properly monitored by the courts, and be permitted only when it conforms to the values underlying the *Charter*. [Emphasis added.]

Ce rôle [parental] se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la *Charte* afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*. [Je souligne.]

Wardship proceedings, in my view, implicate these fundamental liberty interests of parents. The result of the proceeding may be that the parent is deprived of the right to make decisions on behalf of children and guide their upbringing, which is protected by s. 7. Though the state may intervene

J'estime que les procédures en matière de garde d'enfants mettent en cause ces libertés fondamentales des parents. L'instance peut entraîner la perte du droit de prendre des décisions au nom des enfants et de guider leur éducation, lequel est protégé par l'art. 7. Bien que l'État puisse intervenir

when necessary, liberty interests are engaged of which the parent can only be deprived in accordance with the principles of fundamental justice. Interpreting the interests here as protected under s. 7 also reflects the equality values set out above.

II. The Principles of Fundamental Justice

I agree with the Chief Justice, for the reasons he sets out, that the principles of fundamental justice require that a parent be able to participate in the hearing adequately and effectively, and that it is the obligation of the trial judge to exercise his or her discretion in determining when a lack of counsel will interfere with the ability of the parent to present his or her case. I also agree with him that this discretion was not properly exercised here. The trial judge was in error in not adequately considering the values of meaningful participation in the hearing affecting the rights of the child or the complexity of this case and the difficulty the appellant would face in presenting her case.

As to the criteria for determining when the provision of counsel will be necessary to ensure a fair hearing if the parent cannot otherwise afford a lawyer, first, I agree with the Chief Justice that a trial judge, in determining whether a parent will be able to participate effectively in the hearing, must consider the seriousness of the interests, the complexity of the proceedings, and the characteristics of the parent affected. I would view these interests broadly, and would therefore find that the right to funded counsel in child protection hearings, when a parent cannot afford a lawyer and the parent is not covered by the legal aid scheme, will not infrequently be invoked.

On the issue of the seriousness of the interests at stake, I agree with my colleague that child protection hearings will have varying degrees of seriousness. Under the legislation of different provinces, varying types of orders may be made, including

lorsque c'est nécessaire, le droit à la liberté dont le parent ne peut être privé qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale entre en jeu. Interpréter les droits visés en l'espèce comme étant protégés en vertu de l'art. 7 reflète également les valeurs d'égalité susmentionnées.

II. Les principes de justice fondamentale

Je suis d'accord avec le Juge en chef, pour les motifs qu'il expose, que les principes de justice fondamentale exigent qu'un parent soit capable de participer de façon adéquate et efficace à l'audience, et que le juge de première instance est tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quand l'absence d'avocat empêche le parent de présenter sa cause. Je partage également son avis que ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé correctement en l'espèce. Le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas suffisamment compte des valeurs relatives à la participation valable à l'audience touchant les droits de l'enfant ni de la complexité de la présente affaire et des problèmes que rencontrerait l'appelante dans la présentation de sa cause. 119

Relativement au test visant à déterminer dans quels cas il sera nécessaire de fournir un avocat à un parent pour assurer le caractère équitable de l'audience lorsque ce parent n'a pas les moyens d'en engager un, premièrement, je suis d'accord avec le Juge en chef que lorsqu'il détermine si un parent est capable de participer de façon efficace à l'audience, le juge de première instance doit examiner l'importance des droits, la complexité des procédures et les caractéristiques du parent qui est touché. J'interpréterais ces droits de façon large, et en conséquence, dans les cas où un parent ne peut pas se permettre d'engager un avocat et n'est pas couvert par le régime d'aide juridique, le droit à un avocat rémunéré par l'État lors d'auditions relatives à la protection des enfants ne sera pas que rarement invoqué. 120

En ce qui a trait à l'importance des intérêts en jeu, je partage l'avis de mon collègue que les instances en matière de garde n'ont pas toutes le même caractère de gravité. En vertu des lois des différentes provinces, divers types d'ordonnances 121

orders that the child be placed with the parent subject to supervision, or temporary or permanent orders depriving the parent of custody. The seriousness of the order requested will play a role in the balancing of interests that takes place when determining whether counsel is necessary to ensure effective participation in the proceedings. However, in my view, whether the application is temporary or permanent should not have a significant effect on whether the parent will be granted a right to counsel. When considering this factor, trial judges should be attentive to the fact that temporary applications are often part of a process that leads to permanent ones, and it is necessary to consider the seriousness of the proceeding in relation to both the short-term and long-term interests of the parents affected. As noted by George Thomson (then a judge of the Ontario Provincial Court (Family Division)):

> Yet [the judge] must deal with the realization that a temporary order is often the first step in a fairly inexorable march to permanent wardship, and that there is a fairly unequal relationship between the protection agency and those parents with whom it works. [Emphasis added.]

(G. M. Thomson, "Judging Judiciously in Child Protection Cases", in R. S. Abella and C. L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 213, at p. 233.)

Judges must be cognizant of this reality when evaluating this factor in the circumstances of each particular case. Determining the seriousness of the matter must take into account the overall context and the serious effects of losing the ability to care for and guide the development of one's children.

122 Second, as my colleague points out, the complexity of the proceedings is also an important factor in evaluating whether a hearing without counsel proceeded in accordance with the principles of fundamental justice. The more complex the pro-

peuvent être rendues, y compris des ordonnances prévoyant que l'enfant soit confié au parent sous supervision ainsi que des ordonnances temporaires ou permanentes retirant la garde au parent. La sévérité de l'ordonnance demandée jouera un rôle lorsque ces intérêts seront soupesés afin de déterminer si la présence d'un avocat est nécessaire pour assurer une participation efficace aux procédures. J'estime, cependant, que le fait que la demande vise une ordonnance temporaire ou permanente ne doit pas avoir d'effet important sur la question de savoir si le droit à un avocat sera accordé au parent. Lorsqu'il examine ce facteur, le juge de première instance doit tenir compte du fait que les demandes d'ordonnances temporaires font souvent partie d'un processus qui mène à des ordonnances permanentes, de sorte qu'il faut examiner l'importance de l'instance tant en ce qui a trait aux droits à court terme du parent touché qu'en ce qui a trait à ses droits à long terme. Comme l'a souligné George Thomson (alors juge de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille)):

> [TRADUCTION] Cela n'empêche pas que [le juge] doive reconnaître qu'une ordonnance temporaire est souvent le premier pas d'une marche relativement inexorable vers la tutelle permanente, et qu'il existe un rapport relativement inégal entre l'organisme de protection et les parents visés par son action. [Je souligne.]

(G. M. Thomson, «Judging Judiciously in Child Protection Cases», dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, éd., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 213, à la p. 233.)

Les juges doivent être au courant de cette réalité lorsqu'ils évaluent ce facteur au regard des faits de chaque affaire particulière. La détermination de la gravité de l'affaire doit être faite à la lumière du contexte global et des effets lourds de conséquences, pour une personne, de la perte de la possibilité de prendre soin de ses propres enfants et d'en guider le développement.

Deuxièmement, comme mon collègue le souligne, la complexité des procédures constitue également un facteur important pour les fins de la question de savoir si une audience en l'absence d'avocat a eu lieu conformément aux principes de

ceedings are, the more difficult it will be for the parent to participate effectively without assistance. As eloquently noted by Bastarache J.A., the complexity of the proceedings in the present case placed the appellant at a significant disadvantage:

All other parties are represented. Ms. G. must be able to adduce evidence and cross-examine witnesses. There were 15 witnesses. Proceedings consumed three days. The interpretation of the legislation and of the powers of the Minister were in issue. The rules of evidence were at play.

((1997), 187 N.B.R. (2d) 81, at p. 139)

The length of the proceedings, the type of evidence that is presented, the number of witnesses and the complexity and technicality of the proceedings must be important considerations in evaluating this factor.

As regards the third factor discussed by the Chief Justice, in articulating and interpreting this criterion, courts must be particularly careful to avoid including factors in the test for funded counsel that may make it more difficult for the parent when presenting her case on the merits: see P. Hughes, "New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*" (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240, at p. 250. The parent should not be placed in the Catch-22 situation of having to present himself or herself, in order to be granted the right to funded counsel, in a manner that makes it more likely that decisions will be made against him or her at the hearing itself. Nor should the parent face the disadvantage of the trial judge having already made findings of fact, at the right to counsel stage, that will be adverse to her or his interests at the stage of determining the best interests of the child. I agree with the Chief Justice that: "In proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the

justice fondamentale. Plus les procédures sont complexes, plus il sera difficile pour le parent de participer à l'audience de façon efficace sans aide. Comme l'a fait remarquer de façon éloquente le juge Bastarache, la complexité des procédures en l'espèce a mis l'appelante dans une situation fortement défavorisée:

[TRADUCTION] Toutes les autres parties sont représentées. Madame G. doit pouvoir introduire une preuve et contre-interroger des témoins. Quinze témoins ont comparu. Les procédures ont pris trois jours entiers. Le litige appelait une interprétation de la loi et des pouvoirs du Ministre. Les règles de preuve entraient en jeu.

((1997), 187 R.N.-B. (2e) 81, à la p. 139)

La durée de l'instance, le genre de preuve présentée, le nombre de témoins ainsi que la complexité et le caractère technique des procédures doivent constituer des considérations importantes dans le cadre de l'évaluation de ce facteur.

123 Relativement au troisième facteur mentionné par le Juge en chef, les tribunaux doivent prendre un soin particulier, lorsqu'ils le formulent et l'interprètent afin d'éviter d'inclure dans le test des facteurs susceptibles de rendre plus ardue la tâche du parent de présenter sa cause au fond: voir P. Hughes, «New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*» (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240, à la p. 250. Le parent ne doit pas être mis dans la situation sans issue où, pour obtenir le droit à un avocat rémunéré par l'État, il doive se représenter lui-même d'une manière qui rende plus probable la prise de décision défavorable à l'audience même. Le parent ne doit pas non plus se retrouver dans la position désavantageuse où, à l'étape de l'examen du droit à un avocat, le juge de première instance ait déjà tiré des conclusions de fait qui nuiront au parent lorsque viendra le temps de déterminer ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant. Je suis d'accord avec le Juge en chef que: «Dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d'excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid

legal system in order to effectively present his or her case" (para. 80).

124 In considering this factor, the focus should be on the parent's education level, linguistic abilities, facility in communicating, age, and similar indicators. These characteristics will vary among those whose liberty and security interests are affected by child protection proceedings, but none of them will have considerable effects on the determination of the ultimate result of the Minister's application.

125 Taking into account all these factors, it is likely that the situations in which counsel will be required will not necessarily be rare. Proceedings will in many cases be complex, and the consequences, when the child may be removed from the home, are generally serious. Funded counsel must be ordered whenever a fair hearing will not take place without representation. The determination of this question must take into account the important value of meaningful participation in the hearing, taking into account the rights affected, and the powerlessness that a reasonable person in the position of the claimant may legitimately feel when faced with the formal procedures and practices of the justice system. The trial judge's duty to ensure a fair trial may therefore, when necessary, involve an order that the parent be provided with legal counsel, and trial judges should not, in my view, consider the issue from the starting point that counsel will be necessary to ensure a fair hearing only in rare cases.

126 In the result, I would dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Christie & Associates, Fredericton.

et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause» (par. 80).

Dans le cadre de l'examen de ce facteur, il faut mettre l'accent sur le niveau d'instruction du parent, ses aptitudes linguistiques, sa facilité de communication, son âge ainsi que d'autres indicateurs du même genre. Ces caractéristiques varieront selon les personnes dont le droit à la liberté et à la sécurité est touché par les procédures en matière de protection des enfants, mais aucune d'elles n'aura d'effets importants sur le résultat ultime de la demande du ministre.

Si on tient compte de tous ces facteurs, il est probable que les cas où la présence d'un avocat sera requise ne seront pas nécessairement rares. Les procédures sont complexes dans plusieurs cas, et, dans celles où l'enfant est susceptible d'être retiré du domicile, les conséquences sont généralement importantes. Il y aura lieu d'ordonner la présence d'un avocat rémunéré par l'État chaque fois qu'une audition équitable n'est pas possible sans représentation. Pour trancher cette question, il faut tenir compte de la grande valeur d'une participation valable à l'audience à la lumière des droits touchés et du sentiment d'impuissance que peut légitimement ressentir une personne raisonnable se trouvant dans la situation d'un demandeur et faisant face aux procédures et aux pratiques formelles du système judiciaire. L'obligation du juge de première instance d'assurer le caractère équitable du procès comporte donc, lorsque cela est nécessaire, le prononcé d'une ordonnance prévoyant que les services d'un avocat soient fournis au parent, et j'estime que le juge de première instance ne doit pas examiner cette question en tenant pour acquis, dès le départ, que la présence d'un avocat ne sera nécessaire pour assurer le caractère équitable du procès que dans de rares cas.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Christie & Associates, Fredericton.

Solicitor for the respondents the Minister of Health and Community Services, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice: The Department of Justice, Fredericton.

Solicitors for the respondents the Law Society of New Brunswick and Legal Aid New Brunswick: Cox, Hanson, O'Reilly, Matheson, 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 Ministry of the Attorney General, Victoria.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: The Public Interest Centre, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, and the Disabled Women's Network Canada: Carole Curtis, Toronto; Fowler & Fowler, Moncton.

Solicitors for the intervener the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

Procureur des intimés le ministre de la Santé et des Services communautaires, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice: Le ministère de la Justice, Fredericton.

Procureurs des intimés le Barreau du Nouveau-Brunswick et l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick: Cox, Hanson, O'Reilly, Matheson, 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 ministère du Procureur général, Victoria.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Le Public Interest Centre, Winnipeg.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit et le Réseau d'action des femmes handicapées: Carole Curtis, Toronto; Fowler & Fowler, Moncton.

Procureurs de l'intervenante la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

Fraser River Pile & Dredge Ltd. *Appellant*

v.

Can-Dive Services Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: FRASER RIVER PILE & DREDGE LTD. *v.* CAN-DIVE SERVICES LTD.

File No.: 26415.

1999: February 25; 1999: September 10.

Present: Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Contracts — Privity of Contract — Insurance policy — Doctrine of principled exception to privity of contract — Insurance policy including waiver of subrogation — Coverage extending to charterers — Charterer negligent in sinking of barge — Barge owner recovering for loss and agreeing to sue charterer — Whether charterer can rely on waiver of subrogation clause to defend against subrogated action initiated by barge owner's insurers on basis of principled exception to the privity of contract doctrine.

A barge owned by the appellant sank while chartered to the respondent. The appellant's insurance policy included clauses waiving subrogation and extending coverage to affiliated companies and charterers. The insurers paid the appellant the fixed amount stipulated in the policy for the loss of the barge. The appellant made a further agreement with the insurers to pursue a negligence action against the respondent and to waive any right to the waiver of subrogation clause. The negligence action against the respondent was allowed at trial, and dismissed on appeal. At issue here is whether a third-party beneficiary can rely on a waiver of subrogation clause to defend against a subrogated action on the basis of a principled exception to the privity of contract doctrine.

Fraser River Pile & Dredge Ltd. *Appelante*

c.

Can-Dive Services Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: FRASER RIVER PILE & DREDGE LTD. *c.* CAN-DIVE SERVICES LTD.

N° du greffe: 26415.

1999: 25 février; 1999: 10 septembre.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Contrats — Lien contractuel — Police d'assurance — Théorie de l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel — Police d'assurance comportant une clause de renonciation à la subrogation — Assurance protégeant les affréteurs — Négligence de la part de l'affréteur dans le naufrage d'une barge — Propriétaire de la barge indemnisé de la perte subie et acceptant de poursuivre l'affréteur — L'affréteur peut-il invoquer une clause de renonciation à la subrogation pour se défendre contre une action subrogatoire intentée par les assureurs du propriétaire de la barge en vertu d'une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel?

Une barge appartenant à l'appelante a coulé alors qu'elle était affrétée à l'intimée. La police d'assurance de l'appelante comportait des clauses de renonciation à la subrogation et protégeait les sociétés affiliées et les affréteurs. Les assureurs ont versé à l'appelante le montant forfaitaire prévu par la police pour la perte de la barge. L'appelante a conclu une autre entente avec les assureurs en vue d'intenter une action fondée sur la négligence contre l'intimée et de renoncer à tout droit susceptible de découler de la clause de renonciation à la subrogation. L'action pour négligence contre l'intimée a été accueillie en première instance, mais rejetée en appel. Il s'agit en l'espèce de savoir si un tiers bénéficiaire peut invoquer une clause de renonciation à la subrogation pour se défendre contre une action subrogatoire intentée en vertu d'une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel.

Held: The appeal should be dismissed.

As a general rule the doctrine of privity provides that a contract can neither confer rights nor impose obligations on third parties. Consequently, a third-party beneficiary would normally be precluded from relying on the terms of the insurance policy between the barge owner and its insurers. Given the circumstances of this appeal, however, a principled exception to the privity doctrine applies. A new exception is dependent upon the intention of the contracting parties. This intention is determined on the basis of two critical and cumulative factors: (a) the parties to the contract must intend to extend the benefit to the third party seeking to rely on the contractual provision; and (b) the activities performed by the third party seeking to rely on the contractual provision must be the very activities contemplated as coming within the scope of the contract in general, or the provision in particular, as determined by reference to the intentions of the parties.

The first condition for the requisite intention was met, given that the waiver of subrogation clause expressly referred to a class of intended beneficiaries whose membership included the respondent. That clause was not conditional on the appellant's initiative in favour of any particular third-party beneficiary and can be enforced by the respondent acting independently. The appellant's agreement with the insurers to pursue legal action against the respondent did not effectively delete the third-party benefit from the contract. The parties' freedom of contract was not restricted because the agreement between the appellant and the insurers was concluded after the respondent's inchoate right crystallized into an actual benefit. At that point, the respondent became a party to the initial contract for the limited purpose of relying on the waiver of subrogation clause, and the appellant and the insurers cannot unilaterally revoke the respondent's crystallized rights. The second requirement for relaxing the doctrine of privity was also met. The relevant activities arose in the context of the very activity anticipated in the policy pursuant to the waiver of subrogation clause. That clause was not contained in an unrelated contract that did not pertain to the charter contract.

Sound policy reasons exist for relaxing the doctrine of privity in these circumstances. Such an exception establishes a default rule that closely corresponds to commercial reality. When sophisticated commercial parties enter into a contract of insurance which expressly

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En règle générale, la règle du lien contractuel prévoit qu'un contrat ne peut ni conférer des droits ni imposer des obligations à des tiers. Par conséquent, un tiers bénéficiaire serait normalement dans l'impossibilité d'invoquer les stipulations de la police d'assurance en vigueur entre le propriétaire de la barge et ses assureurs. Toutefois, une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel s'applique dans les circonstances du présent pourvoi. Une nouvelle exception est subordonnée à l'intention des parties contractantes. Cette intention peut être établie en fonction de deux facteurs cruciaux et cumulatifs: a) les parties au contrat doivent avoir l'intention d'accorder le bénéfice au tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle, et b) les activités exercées par le tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle doivent être les activités mêmes qu'est censé viser le contrat en général, ou la disposition en particulier, compte tenu des intentions des parties.

La première condition relative à l'intention requise a été remplie, puisque la clause de renonciation à la subrogation mentionnait expressément une catégorie de bénéficiaires visés qui comprenait l'intimée. L'application de cette clause ne dépendait pas de l'adoption par l'appelante d'une mesure en faveur d'un tiers bénéficiaire en particulier, de sorte que l'intimée peut la faire exécuter de façon indépendante. L'entente dans laquelle l'appelante a convenu avec les assureurs d'intenter une action contre l'intimée n'a pas eu pour effet de supprimer du contrat l'avantage conféré à des tiers. La liberté contractuelle des parties n'a fait l'objet d'aucune restriction puisque l'entente entre l'appelante et les assureurs est survenue après que le droit virtuel de l'intimée se fut cristallisé en un avantage réel. À ce moment, l'intimée est devenue une partie au contrat initial dans le but limité d'invoquer la clause de renonciation à la subrogation, et l'appelante et les assureurs ne peuvent pas supprimer unilatéralement les droits cristallisés de l'intimée. La deuxième condition applicable à l'assouplissement de la règle du lien contractuel a également été remplie. Les activités pertinentes s'inscrivaient dans le contexte de l'activité même prévue par la police selon la clause de renonciation à la subrogation. Cette clause ne figurait pas dans un contrat n'ayant rien à voir avec le contrat d'affrètement.

Il existe des raisons de principe valables en faveur de l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans les présentes circonstances. Une telle exception crée une règle par défaut qui correspond étroitement à la réalité commerciale. Lorsque des parties commerciales averties

extends the benefit of a waiver of subrogation clause to an ascertainable class of third-party beneficiaries, any conditions purporting to limit the extent of the benefit must be clearly expressed. Relaxing the doctrine of privity here would not introduce significant change to the law which would be better left to the legislature. The factors supporting the incremental nature of the exception were present. The appellant's concerns regarding the potential for double recovery were unfounded as the respondent cannot rely on any provision in the policy to establish a separate claim.

concluent un contrat d'assurance qui étend expressément l'application d'une clause de renonciation à la subrogation à une catégorie vérifiable de tiers bénéficiaires, toute condition censée limiter l'étendue de cette application doit être clairement exprimée. L'assouplissement de la règle du lien contractuel en l'espèce n'entraînerait pas une modification importante du droit, qu'il vaudrait mieux laisser au législateur le soin d'apporter. Les facteurs étayant la nature progressive de l'exception étaient présents. Les préoccupations de l'appelante concernant le risque de double indemnisation étaient dénuées de fondement puisque l'intimée ne peut invoquer aucune disposition de la police pour établir la validité d'une réclamation distincte.

Cases Cited

Applied: *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; **disapproved:** *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, [1933] A.C. 70; **considered:** *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317; **referred to:** *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445; *Thomas & Co. v. Brown* (1899), 4 Com. Cas. 186; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; **arrêt critiqué:** *Vandepitte c. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, [1933] A.C. 70; **arrêt examiné:** *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317; **arrêts mentionnés:** *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445; *Thomas & Co. c. Brown* (1899), 4 Com. Cas. 186; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 187, 98 B.C.A.C. 138, 161 W.A.C. 138, 47 C.C.L.I. (2d) 111, [1998] 3 W.W.R. 177, [1997] B.C.J. No. 2355 (QL), allowing an appeal from a judgment of Warren J. (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 260, 33 C.C.L.I. (2d) 9, [1995] 9 W.W.R. 376, [1995] B.C.J. No. 1611 (QL). Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 187, 98 B.C.A.C. 138, 161 W.A.C. 138, 47 C.C.L.I. (2d) 111, [1998] 3 W.W.R. 177, [1997] B.C.J. No. 2355 (QL), qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Warren (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 260, 33 C.C.L.I. (2d) 9, [1995] 9 W.W.R. 376, [1995] B.C.J. No. 1611 (QL). Pourvoi rejeté.

David F. McEwen, for the appellant.

David F. McEwen, pour l'appelante.

D. Barry Kirkham, Q.C., and *Gregory J. Tucker*, for the respondent.

D. Barry Kirkham, c.r., et *Gregory J. Tucker*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 IACOBUCCI J. — This appeal concerns the application of the doctrine of privity of contract to a waiver of subrogation clause in a contract of insurance.

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi concerne l'application du principe ou de la règle du lien contractuel à une clause de renonciation à la subrogation contenue dans un contrat d'assurance.

I. Facts

This action arose subsequent to the sinking of the derrick barge "Sceptre Squamish", owned by the appellant, Fraser River Pile & Dredge Ltd. ("Fraser River") and, at the time of loss, under charter to the respondent, Can-Dive Services Ltd. ("Can-Dive"). Can-Dive was held liable at trial for damages in the amount of $949,503. In appealing the trial decision, Can-Dive does not dispute that the loss resulted from its negligence, but contends that it cannot be held liable in what is in effect a subrogated action by the underwriters of Fraser River's insurance policy.

Fraser River carries on business as a provider of dredging, pile-driving and related services. It owns approximately 50 vessels which it uses for these purposes. Occasionally, Fraser River charters vessels for which it has no immediate use to others. In 1990, Can-Dive undertook work as a sub-contractor on a natural gas pipeline under construction between Vancouver Island and the mainland of British Columbia. In order to carry out the work required, Can-Dive contracted with Fraser River to charter the "Sceptre Squamish", and arranged for Fraser River's personnel to operate the crane and winches on board. The charter contract also included a flat scow. Can-Dive assumed full responsibility for towing the barge to and from the work site, and for maintaining the safety and condition of the barge. The "Sceptre Squamish" was towed to the work site on October 30, 1990, where it remained until sinking in stormy weather on the night of November 16, 1990.

At all material times during the charter of the "Sceptre Squamish" and its subsequent loss, Fraser River was insured under a Hull Subscription Policy (the "policy"), dated June 28, 1990. Following the loss of the vessel and its equipment, Fraser River recovered from the insurers the sum of $1,128,365.57, being the fixed amount stipulated in the policy to cover such loss. On June 4, 1991, Fraser River and the insurers entered into a further

I. Les faits

La présente action fait suite au naufrage de la barge-grue «Sceptre Squamish» dont l'appelante, Fraser River Pile & Dredge Ltd. («Fraser River»), était propriétaire et dont l'intimée, Can-Dive Services Ltd. («Can-Dive»), était l'affréteur au moment du sinistre. En première instance, Can-Dive a été condamnée à verser la somme de 949 503 $ à titre de dommages-intérêts. En interjetant appel contre la décision de première instance, Can-Dive ne conteste pas que le sinistre a résulté de sa négligence, mais elle fait valoir qu'elle ne saurait être tenue responsable dans ce qui est, en réalité, une action subrogatoire intentée par les assureurs de Fraser River. 2

Fraser River est un fournisseur de services de dragage et de battage de pieux, et de services connexes. Elle possède une cinquantaine de navires qu'elle utilise à ces fins. Elle frète parfois des navires dont elle n'a pas besoin dans l'immédiat. En 1990, Can-Dive a entrepris des travaux de sous-traitance sur un gazoduc en construction entre l'île de Vancouver et la partie continentale de la Colombie-Britannique. Pour exécuter les travaux requis, Can-Dive a passé avec Fraser River un contrat d'affrètement du «Sceptre Squamish» et s'est arrangée pour que le personnel de Fraser River fasse fonctionner la grue et les treuils qui se trouvaient sur le navire. Le contrat d'affrètement visait également une péniche à fond plat. Can-Dive assumait l'entière responsabilité du remorquage de la barge pour l'amener au chantier et pour l'en ramener, ainsi que de la sécurité et du maintien en bon état de celle-ci. Le «Sceptre Squamish» a été remorqué jusqu'au chantier le 30 octobre 1990 et il y est demeuré jusqu'à son naufrage lors d'une tempête pendant la nuit du 16 novembre 1990. 3

Au cours de l'affrètement du «Sceptre Squamish» et au moment du sinistre qui est survenu, Fraser River était, en tout temps pertinent, titulaire d'une police de coassurance sur corps de navire (la «police») datée du 28 juin 1990. À la suite de la perte du navire et de son équipement, les assureurs ont versé à Fraser River la somme de 1 128 365,57 $, qui représentait le montant forfaitaire prévu par la police en cas de sinistre 4

agreement, setting out their joint intention to pursue a legal action against Can-Dive in negligence for the sinking of the "Sceptre Squamish". The preamble of the agreement included the following terms:

C) The Underwriters have agreed to pay the claims (the claims) of F.R.P.D. for the loss of the barge and crane and the Underwriters wish to proceed with legal action against Can-Dive Services Ltd. and possibly others to recover part or all of their payments;

D) F.R.P.D. has agreed to waive any right it may have pursuant to the waiver of subrogation clause in the aforesaid policy with respect to Can-Dive Services Ltd. . . .

5 Fraser River subsequently commenced this action in June 1991 to recover damages for its losses arising from the sinking of the derrick barge. Can-Dive not only denied that it was negligent, but argued as well that the action was a subrogated action conducted by and for the sole benefit of the insurers, i.e., that as Fraser River had received payment from the insurers in the amount specified in the policy (which exceeded the actual value of the loss by a little over $300,000), the claim was wholly subrogated, notwithstanding that it was initiated by Fraser River. Accordingly, the insurers were precluded from proceeding against Can-Dive on the basis that the company was included within the category of "Additional Insureds" as defined in the terms of the policy as follows:

GENERAL CONDITIONS

1. ADDITIONAL INSUREDS CLAUSE

It is agreed that this policy also covers the Insured, associated and affiliated companies of the Insured, be they owners, subsidiaries or interrelated companies and as bareboat charterers and/or charterers and/or sub-charterers and/or operators and/or in whatever capacity and shall so continue to cover notwithstanding any provisions of this Policy with respect to change of ownership or management. Provided, however, that in the event of any claim being made by

semblable. Le 4 juin 1991, Fraser River et les assureurs ont conclu une autre entente dans laquelle ils exprimaient leur intention commune d'intenter une action fondée sur la négligence contre Can-Dive pour le naufrage du «Sceptre Squamish». Le préambule de cette entente se lisait notamment ainsi:

[TRADUCTION]

C) Les assureurs ont accepté de payer les réclamations (les réclamations) de F.R.P.D. pour la perte de la barge et de la grue, et ils souhaitent intenter une action contre Can-Dive Services Ltd. et possiblement contre d'autres personnes ou entités dans le but de recouvrer la totalité ou une partie des sommes qu'ils ont versées;

D) F.R.P.D. a accepté de renoncer à tout droit que peut lui conférer, relativement à Can-Dive Services Ltd., la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police susmentionnée . . .

Fraser River a par la suite intenté, en juin 1991, la présente action en dommages-intérêts pour ses pertes résultant du naufrage de la barge-grue. Non seulement Can-Dive a-t-elle nié avoir fait preuve de négligence, mais encore elle a fait valoir que l'action en cause était une action subrogatoire intentée par les assureurs exclusivement à leur profit, en ce sens que, puisque les assureurs avaient versé à Fraser River le montant prévu par la police (qui excédait d'un peu plus de 300 000 $ le montant réel de la perte subie), l'action était entièrement subrogatoire malgré le fait qu'elle avait été intentée par Fraser River. Par conséquent, les assureurs étaient dans l'impossibilité de poursuivre Can-Dive pour le motif que cette compagnie était incluse dans la catégorie des [TRADUCTION] «autres assurés», qui est ainsi définie dans la police:

[TRADUCTION]

CONDITIONS GÉNÉRALES

1. CLAUSE DES AUTRES ASSURÉS

Il est entendu que la présente police protège également l'assuré et ses sociétés apparentées, peu importe qu'il s'agisse de propriétaires, de filiales ou de sociétés étroitement liées, en tant qu'affréteurs en coque nue, affréteurs, sous-affréteurs, exploitants ou à quelque titre que ce soit, et continue de les protéger malgré toute disposition de la présente police concernant un transfert de propriétaire ou un changement au sein de la direction. Toutefois, si une réclamation est

associated, affiliated, subsidiary or interrelated companies under this clause, it shall not be entitled to recover in respect of any liability to which it would be subject if it were the owner, nor to a greater extent than an owner would be entitled in such event to recover.

. . .

Notwithstanding anything contained in the Additional Insureds Clause above, it is hereby understood and agreed that permission is hereby granted for these vessels to be chartered and the charterer to be considered an Additional Insured hereunder.

. . .

Trustee Clause

It is understood and agreed that the Named Insured who obtained this Policy did so on his own behalf and as agent for the others insured hereby including those referred to by general description.

In the alternative, Can-Dive claimed that, assuming it was not included in the policy under the category of "Additional Insureds", the insurers had nonetheless expressly waived any right of subrogation it may have held against the defendant, pursuant to the waiver of subrogation clause which read as follows:

17. SUBROGATION AND WAIVER OF SUBROGATION CLAUSE

In the event of any payment under this Policy, the Insurers shall be subrogated to all the Insured's rights of recovery therefor, and the Insured shall execute all papers required and shall do everything that may be necessary to secure such rights, but it is agreed that the Insurers waive any right of subrogation against:

. . .

(b) any charterer(s) and/or operator(s) and/or lessee(s) and/or mortgagee(s). . . .

présentée par des sociétés apparentées, des filiales ou des sociétés étroitement liées au sens de la présente clause, l'auteur de la réclamation n'a ni le droit d'être indemnisé à l'égard d'une responsabilité à laquelle il serait exposé s'il était le propriétaire, ni le droit de toucher une indemnité supérieure à celle à laquelle un propriétaire aurait droit dans un tel cas.

. . .

Nonobstant le contenu de la clause des autres assurés ci-dessus, il est par les présentes entendu et convenu qu'il est permis d'affréter ces navires et que l'affréteur est considéré comme un autre assuré au sens des présentes.

. . .

Clause de fiducie

Il est entendu et convenu que la présente police est contractée par l'assuré en son nom personnel et en sa qualité de mandataire des autres assurés qui, en vertu des présentes, comprennent ceux visés par la description générale.

À titre subsidiaire, Can-Dive a prétendu qu'à supposer qu'elle ne soit pas incluse dans la catégorie des «autres assurés» de la police, il n'en demeure pas moins que les assureurs ont expressément renoncé à tout droit de subrogation qu'ils auraient pu opposer à la défenderesse, selon la clause de renonciation à la subrogation qui était ainsi libellée: 6

[TRADUCTION]

17. CLAUSE DE SUBROGATION ET DE RENONCIATION À LA SUBROGATION

En cas de paiement effectué en vertu de la présente police, les assureurs seront subrogés dans tous les droits de recouvrement de l'assuré à cet égard, et l'assuré signera tous les documents requis et fera toute chose qui pourra être nécessaire pour garantir ces droits, mais il est convenu que les assureurs renoncent à tout droit de subrogation contre:

. . .

b) un ou des affréteurs, exploitants, preneurs à bail ou créanciers hypothécaires. . .

II. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 260

Warren J.

7 Having found that Fraser River's loss was owing to Can-Dive's negligence, Warren J. nonetheless agreed with Can-Dive that the action amounted to a subrogated claim, and went on to consider Can-Dive's defences based on the provisions of the policy. Can-Dive raised three defences: (a) that in agreeing to charter the "Sceptre Squamish" to Can-Dive, Fraser River agreed as well to extend its own insurance coverage under the policy to cover Can-Dive for the duration of the charter agreement; (b) that it came within the class of "Additional Insureds" as specified in the terms of the policy, thereby precluding the insurers from proceeding in a subrogated action against their own insured; and (c) that the insurers expressly waived a right of subrogation against Can-Dive as a "charterer" pursuant to a waiver of subrogation clause contained in the policy.

8 As to Can-Dive's claim that insurance coverage under Fraser River's policy was a term of the charter agreement, Warren J. held that there was insufficient clear and cogent evidence to enable him to conclude on a balance of probabilities that Fraser River agreed to extend its own insurance to cover any risk of loss by Can-Dive during the charter period. Warren J. also rejected Can-Dive's claim that the insurers were precluded from bringing a subrogated action against the company on the basis that Can-Dive, as a "charterer", came within the contractual definition of "Additional Insureds". Warren J. noted that, for this argument to succeed, Can-Dive would have to rely on a contractual term in the policy, and therefore must first overcome the doctrine of privity of contract which generally

II. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 260

Le juge Warren

Après avoir conclu que la perte subie par Fraser River était imputable à la négligence de Can-Dive, le juge Warren a néanmoins convenu avec Can-Dive que l'action équivalait à une action subrogatoire et il a ensuite examiné les moyens de défense, fondés sur les dispositions de la police, qui étaient invoqués par Can-Dive. Cette dernière invoquait trois moyens de défense: a) en acceptant de fréter le «Sceptre Squamish» à Can-Dive, Fraser River avait également accepté d'accorder à Can-Dive, pendant la durée du contrat d'affrètement, la protection dont elle bénéficiait en vertu de sa propre police d'assurance, b) Can-Dive relevait de la catégorie des «autres assurés» mentionnée dans la police, ce qui empêchait les assureurs d'intenter une action subrogatoire contre leur propre assuré, et c) les assureurs avaient expressément renoncé à tout droit de subrogation contre Can-Dive en sa qualité d'«affréteur», conformément à la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police.

En ce qui concerne l'argument de Can-Dive selon lequel la protection conférée par la police d'assurance de Fraser River était une condition du contrat d'affrètement, le juge Warren a décidé qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve clairs et convaincants pour qu'il puisse conclure, selon la prépondérance des probabilités, que Fraser River avait accepté d'étendre sa propre assurance à tout risque de perte par Can-Dive durant la période d'affrètement. Le juge Warren a également rejeté l'argument de Can-Dive selon lequel les assureurs étaient dans l'impossibilité d'intenter une action subrogatoire contre elle pour le motif que Can-Dive, en tant qu'«affréteur», relevait de la définition contractuelle des «autres assurés». Le juge Warren a fait remarquer que, pour que cet argument soit retenu, Can-Dive devrait invoquer une stipulation de la police et donc commencer par surmonter la règle du lien contractuel qui prévoit

provides that a stranger to a contract may neither enforce nor rely on its terms.

Warren J. next considered Can-Dive's submission that, notwithstanding its status as a third party to the contract, the insurers were bound by the waiver of subrogation clause contained therein as the doctrine of privity of contract does not apply in circumstances where a third-party beneficiary relies on the waiver to defend against an action initiated by the insurers. Having reviewed the existing jurisprudence purporting to deal with privity of contract in this context, and relying in particular on the decision of the Privy Council in *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, [1933] A.C. 70, Warren J. concluded that the doctrine was still applicable except to the extent it was incrementally abrogated through the creation of specific judicial exceptions, or more substantively, through legislative reform, as has generally been the case with automobile insurance legislation. He held that the Court's decision in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, was controlling on this issue; a waiver of subrogation clause, as with any other contractual provision, is subject to the doctrine of privity unless a traditional exception applies, or sufficient reason exists to relax the doctrine in the given circumstances. Warren J. held that relaxing the doctrine of privity of contract in the present circumstances would alter the doctrine in excess of the incremental changes contemplated by the reasoning in *London Drugs*.

Finally, Warren J. considered whether Can-Dive could avail itself of the principles of either trust or agency established in the case law as potential exceptions to the doctrine of privity of contract. He quickly dismissed the application of trust principles, concluding that the policy did not reveal any intention that Fraser River was acting as trustee on Can-Dive's behalf in contracting for insurance coverage. As to the agency exception, Warren J. first noted that Fraser River, as the purported agent for Can-Dive, must have intended to act on behalf of Can-Dive as the principal or as a member of an

généralement qu'un étranger à un contrat ne peut ni faire exécuter ce contrat ni en invoquer les clauses.

9 Le juge Warren a ensuite examiné l'argument de Can-Dive voulant que, malgré qu'elle fût un tiers au contrat, les assureurs étaient liés par la clause de renonciation à la subrogation contenue dans le contrat puisque la règle du lien contractuel ne s'applique pas lorsqu'un tiers bénéficiaire invoque la renonciation pour se défendre contre une action intentée par les assureurs. Après avoir examiné la jurisprudence censée porter sur la règle du lien contractuel dans ce contexte et après avoir invoqué notamment l'arrêt du Conseil privé *Vandepitte c. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, [1933] A.C. 70, le juge Warren a conclu que cette règle était toujours applicable, sauf dans la mesure où elle avait été progressivement abrogée par la création d'exceptions judiciaires précises ou, plus fondamentalement, par voie de réforme législative, comme c'est généralement le cas dans le domaine de l'assurance automobile. Il a jugé que l'arrêt de notre Cour *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, était déterminant à cet égard; la clause de renonciation à la subrogation, à l'instar de toute autre disposition contractuelle, est assujettie à la règle du lien contractuel, sauf si une exception traditionnelle s'applique ou s'il existe un motif suffisant de l'assouplir dans certaines circonstances. Le juge Warren a décidé que, dans les présentes circonstances, assouplir la règle du lien contractuel excéderait les modifications progressives envisagées par le raisonnement de l'arrêt *London Drugs*.

10 Enfin, le juge Warren a examiné la question de savoir si Can-Dive pouvait invoquer les principes de la fiducie ou du mandat, que la jurisprudence reconnaît comme des exceptions possibles à la règle du lien contractuel. Il a vite rejeté l'application des principes de la fiducie en concluant que la police ne révélait l'existence d'aucune intention que Fraser River agisse comme fiduciaire de Can-Dive en souscrivant l'assurance en question. Quant à l'exception du mandat, le juge Warren a d'abord mentionné que, à titre de mandataire apparent de Can-Dive, Fraser River devait avoir eu l'intention

ascertainable class of principals. As he was of the opinion that the case could be decided on other grounds, Warren J. was prepared to assume for the purposes of argument that the requisite intention was present.

11 The more significant obstacle in applying principles of agency, however, was the requirement of ratification. Warren J. held that to gain the benefit of the policy, Can-Dive as principal would have to ratify the actions taken by Fraser River in acting on its behalf to arrange for the policy to cover Can-Dive as within the class of "Additional Insureds". Subsequent ratification involves three initial requirements: (a) the purported agent must have represented to the third party that he or she was acting on behalf of the purported principal; (b) the purported principal must have been competent at the time the act was done; and (c) the purported principal must be legally capable of completing the act at the time of ratification. Warren J. concluded that the three initial requirements were met in these circumstances. The first criterion was satisfied by the inclusion of the "Trustee Clause", indicating to the insurers that Fraser River may be acting as agent on behalf of certain unnamed parties who might later ratify the act and become "Additional Insureds" under the policy. Both the second and third criteria were satisfied by the status of Fraser River and Can-Dive as capable, juridical persons at all material times.

12 Assuming that these initial hurdles were overcome, there still remained, however, as a final requirement an actual act of ratification, whether express or by implication. Warren J. concluded that Can-Dive's only act of ratification was amending its Statement of Defence upon learning of the existence of the policy and its potential scope of coverage. While Warren J. did not find that Can-Dive was precluded from ratifying its inclusion as an "Additional Insureds" under the terms of the policy subsequent to the time at which the loss occurred, he held that the opportunity for ratification was extinguished when Fraser River

d'agir au nom de Can-Dive, en sa qualité de mandant ou de membre d'une catégorie vérifiable de mandants. Comme il était d'avis que l'affaire pouvait être tranchée en fonction d'autres moyens, le juge Warren était disposé à présumer, pour les fins du débat, l'existence de l'intention requise.

Toutefois, l'obstacle plus important à l'application des principes du mandat était l'exigence de ratification. Le juge Warren a conclu que pour bénéficier de la police, Can-Dive, en sa qualité de mandant, devrait ratifier les mesures prises en son nom par Fraser River pour que la police protège Can-Dive en tant que membre de la catégorie des «autres assurés». Pour qu'il y ait ratification subséquente, trois conditions initiales doivent être remplies: a) le mandataire apparent doit avoir déclaré au tiers qu'il agissait au nom du mandant apparent, b) le mandant apparent devait avoir la capacité d'agir au moment où l'acte a été accompli, et c) le mandant apparent doit avoir la capacité juridique d'accomplir l'acte au moment de la ratification. Le juge Warren a conclu que ces trois conditions initiales étaient remplies dans les circonstances. La première condition était remplie par l'inclusion de la «Clause de fiducie», qui indiquait aux assureurs que Fraser River pourrait agir comme mandataire de certaines parties non désignées nommément qui pourraient ultérieurement ratifier l'acte et devenir d'«autres assurés» au sens de la police. Les deuxième et troisième conditions étaient remplies du fait que Fraser River et Can-Dive étaient des personnes morales dotées de la capacité d'agir pendant toute la période pertinente.

Cependant, à supposer que tous ces obstacles initiaux aient été surmontés, il restait à accomplir comme dernière condition un acte véritable de ratification expresse ou implicite. Le juge Warren a décidé que le seul acte de ratification de Can-Dive avait consisté à modifier sa défense en apprenant l'existence de la police et l'étendue possible de la protection qu'elle offrait. Sans avoir conclu que Can-Dive ne pouvait pas, après le sinistre, ratifier son inclusion dans la catégorie des «autres assurés» au sens de la police, le juge Warren a décidé que la possibilité d'une ratification s'était dissipée lorsque Fraser River et les assureurs

and the insurers entered into an agreement in June 1991 to pursue a claim against Can-Dive for damages. The effect of this agreement was to change the terms of the policy, given that an action against Can-Dive would have been fundamentally incompatible with the existing scope of the "Additional Insureds" clause. Accordingly, no effective ratification of the policy could have occurred subsequent to this date.

Also fatal to Can-Dive's claim was Warren J.'s finding that, even assuming that the requirements of ratification had been met, no consideration flowed from Can-Dive to the insurers; the mere act of chartering Fraser River's vessel was insufficient to amount to consideration for the purposes of concluding that agency principles applied to deem Can-Dive a legal party to the contract between Fraser River and the insurers. In the result, Fraser River's action in negligence was allowed.

avaient convenu, dans l'entente de juin 1991, d'intenter une action en dommages-intérêts contre Can-Dive. Cette entente avait eu pour effet de modifier les stipulations de la police, étant donné qu'une action contre Can-Dive aurait été fondamentalement incompatible avec la portée existante de la clause des «autres assurés». Par conséquent, aucune ratification valide de la police n'aurait été possible après cette date.

13 L'argument de Can-Dive a également reçu un coup fatal en raison de la conclusion du juge Warren que, même à supposer que les conditions d'une ratification aient été remplies, Can-Dive n'avait fourni aucune contrepartie aux assureurs; le simple affrètement du navire de Fraser River était insuffisant pour constituer une contrepartie qui permettrait de considérer que Can-Dive était, en application des principes du mandat, légalement partie au contrat intervenu entre Fraser River et les assureurs. En définitive, le juge Warren a fait droit à l'action pour négligence intentée par Fraser River.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 187

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 187

Esson, Huddart and Proudfoot JJ.A.

Les juges Esson, Huddart et Proudfoot

Esson J.A., writing for the court, agreed that the claim was wholly subrogated, noting that Fraser River had already received from the insurers the amount fixed in the policy, a sum which exceeded Fraser River's actual losses by over $300,000. He rejected Can-Dive's submission, however, that the trial judge was in error in finding that Fraser River did not covenant to insure Can-Dive as a term of the charter agreement. Instead, Esson J.A. chose to decide the appeal on the basis of the waiver of subrogation clause contained in the policy and the principles of the doctrine of privity of contract.

14 Le juge Esson, qui a rédigé les motifs de la cour, a convenu que l'action était entièrement subrogatoire puisque Fraser River avait déjà reçu des assureurs le montant fixé dans la police, lequel excédait de plus de 300 000 $ la perte réelle de Fraser River. Il a toutefois rejeté l'argument de Can-Dive selon lequel le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que Fraser River n'avait pas convenu, comme condition du contrat d'affrètement, d'assurer Can-Dive. Le juge Esson a plutôt décidé de trancher l'appel en fonction de la règle du lien contractuel et de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police.

Esson J.A. first considered whether Can-Dive, as a stranger to the contract of insurance between Fraser River and the insurers, could rely on the waiver of subrogation clause to defend against the subrogated action. He disagreed with the trial

15 Le juge Esson s'est d'abord demandé si Can-Dive, en tant qu'étranger au contrat d'assurance intervenu entre Fraser River et les assureurs, pouvait invoquer la clause de renonciation à la subrogation pour se défendre contre l'action

judge's conclusion on this point, holding instead that *Vandepitte*, *supra*, had been impliedly overruled by the Supreme Court of Canada on the basis that the precedent had been ignored in cases where it might well have applied: see, for example, *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, where the Court held, without any reference to the doctrine of privity of contract, that the named insured's son came within the class of "Insured" as defined in the homeowner's policy. Esson J.A. also noted that soon after *Vandepitte* had been decided, its potential impact on contracts for automobile insurance was abrogated in every relevant jurisdiction. In his opinion, the decision was not good law, as it had either been overtaken by legislation, as in the case of automobile insurance, or largely ignored in favour of reasoning which better reflected commercial reality.

subrogatoire. Il a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge de première instance sur ce point, préférant statuer que l'arrêt *Vandepitte*, précité, avait été implicitement renversé par la Cour suprême du Canada qui ne l'avait pas pris en considération dans des affaires où il aurait bien pu s'appliquer: voir, par exemple, l'arrêt *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, où la Cour a statué, sans mentionner la règle du lien contractuel, que le fils de l'assuré désigné nommément relevait de la catégorie des [TRADUCTION] «Assurés» définie dans la police du propriétaire occupant. Le juge Esson a également fait remarquer que peu après le prononcé de l'arrêt *Vandepitte*, son incidence possible sur les contrats d'assurance automobile avait été supprimée dans chaque ressort pertinent. Selon lui, cet arrêt n'était pas valable en droit soit parce qu'il avait été supplanté par une mesure législative, comme dans le cas de l'assurance automobile, soit parce qu'il avait été largement laissé de côté au profit d'un raisonnement qui reflétait mieux la réalité commerciale.

16 Apart from referring to the implicit overruling of *Vandepitte*, Esson J.A. also concluded that judicial authority supported Can-Dive's submission that "waiver of subrogation" clauses in contracts of insurance constituted an exception to the doctrine of privity of contract in circumstances where the third-party beneficiary is not a party to the policy, but nonetheless falls within the contractual definition of those to whom coverage is extended. In *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317, for example, subcontractors who were not parties to a builder's risk policy, but who met the definition of a "Contractor" for the purposes of coverage, were able to overcome the doctrine of privity of contract. In holding that subrogation was not available against the subcontractor, de Grandpré J. relied upon the nature of the relationship amongst the various contractors on a construction site, i.e., that the parties were involved in a joint effort towards a common goal. To give effect to the doctrine of privity of contract would be commercially unreasonable in these circumstances, in that any loss on the construction site caused by one of the parties would

En plus de mentionner le renversement implicite de l'arrêt *Vandepitte*, le juge Esson a également conclu que la jurisprudence étayait l'argument de Can-Dive selon lequel les clauses de «renonciation à la subrogation» contenues dans des contrats d'assurance constituent une exception à la règle du lien contractuel dans le cas où le tiers bénéficiaire n'est pas partie à la police, mais est néanmoins visé par la définition contractuelle des personnes auxquelles la protection est accordée. Par exemple, dans *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317, des sous-traitants qui n'étaient pas parties à une assurance des risques de l'entrepreneur de construction, mais qui répondaient à la définition d'«entrepreneur» pour les fins d'application de la protection, ont été en mesure de surmonter la règle du lien contractuel. Pour statuer que la subrogation n'était pas opposable au sous-traitant, le juge de Grandpré s'est fondé sur la nature de la relation entre les divers entrepreneurs sur un chantier de construction: par leurs efforts conjoints, les parties contribuaient à la réalisation d'un objectif commun. Il aurait été commercialement déraisonnable d'appliquer la

necessarily lead to litigation between the parties, contrary to the interest of the common enterprise. In addition to the builder's risk cases, Esson J.A. also identified an existing exception to the doctrine of privity of contract in insurance law more generally, originating in a line of authority dating back to a decision of Mathew J. in *Thomas & Co. v. Brown* (1899), 4 Com. Cas. 186.

règle du lien contractuel dans ces circonstances puisque toute perte qui aurait pu être causée par l'une des parties sur le chantier de construction aurait forcément donné naissance à un litige entre les parties, contrairement aux intérêts de l'entreprise commune. En plus de la jurisprudence relative aux risques de l'entrepreneur, le juge Esson a également relevé de façon plus générale une exception à la règle du lien contractuel dans le domaine du droit des assurances, laquelle exception avait son origine dans un courant jurisprudentiel remontant à la décision du juge Mathew dans l'affaire *Thomas & Co. c. Brown* (1899), 4 Com. Cas. 186.

Esson J.A. next considered whether this established exception, available in circumstances where a purported third-party beneficiary comes within the class of those to whom insurance coverage is extended, has nonetheless been overtaken by the Court's decision in *London Drugs*, *supra*. In other words, the exception in favour of waiver of subrogation clauses remains good law only to the extent that it does not contradict the legal principles or analytical framework set out in *London Drugs*. Esson J.A. held that an exception of this nature was entirely consistent on the basis that, if an insurer were to seek to avoid liability on the same grounds as were relied upon in *Vandepitte*, *supra*, under the more recent *London Drugs* analysis, it would fail. Many of the same considerations relevant to the disposition of *London Drugs* were applicable in the instant case, e.g., the third party or stranger to the contract was seeking to rely on a contractual provision to defend against an action, rather than seeking to enforce the terms of the contract on its own initiative against one of the original parties. Furthermore, it was expressly stated in *London Drugs* that nothing in the reasons should be taken as affecting in any way existing exceptions to the doctrine of privity of contract such as principles of trust or agency. Accordingly, as the jurisprudence in support of an exception to privity in favour of third-party beneficiaries falling within the contractual definition of the insured class for the purposes of the insurance policy had not been overtaken by the Court's decision in *London Drugs*, Esson J.A. concluded that Can-Dive could

17 Le juge Esson a ensuite examiné la question de savoir si cette exception reconnue, qui peut être invoquée dans le cas où un tiers bénéficiaire apparent relève de la catégorie des personnes auxquelles la protection est accordée, a néanmoins été supplantée par l'arrêt *London Drugs*, précité, de notre Cour. En d'autres termes, l'exception en faveur des clauses de renonciation à la subrogation ne demeure valable en droit que dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec les principes juridiques ou le cadre analytique exposés dans l'arrêt *London Drugs*. Le juge Esson a décidé qu'une exception de cette nature était tout à fait compatible du fait que, si un assuré cherchait à échapper à la responsabilité pour des motifs identiques à ceux invoqués dans l'arrêt *Vandepitte*, précité, il n'y parviendrait pas en vertu de l'analyse plus récente faite dans l'arrêt *London Drugs*. Bien des facteurs utiles pour trancher l'affaire *London Drugs* s'appliquaient à la présente affaire: par exemple, le tiers ou l'étranger au contrat cherchait à invoquer une disposition contractuelle pour se défendre contre une action au lieu de chercher de sa propre initiative à opposer les clauses contractuelles à l'une des parties initiales au contrat. En outre, il était expressément mentionné dans *London Drugs* que les motifs prononcés dans cette affaire ne devraient pas être interprétés comme touchant de quelque manière les exceptions existantes à la règle du lien contractuel, comme les principes de la fiducie ou du mandat. Par conséquent, étant donné que l'arrêt *London Drugs* de notre Cour n'avait pas supplanté la jurisprudence étayant l'existence d'une

rely on the waiver of subrogation clause in the policy.

18 Esson J.A. was also of the view that Can-Dive could succeed on the basis of the agency exception. He found that the trial judge erred in failing to find a clear act of ratification by Can-Dive. Specifically, he did not agree with the trial judge's conclusion that Can-Dive's amendment to the pleadings in February 1994 could not amount to ratification on the basis that Fraser River and its insurers, by virtue of their agreement in June 1991 to proceed against Can-Dive, had effectively revised the terms of the policy so as to delete the provision granting third-party rights to Can-Dive. Esson J.A. held that while parties to a contract may subsequently delete provisions in favour of third-party beneficiaries, contractual terms providing protection against loss to third parties cannot be varied to the detriment of the third party after the occurrence of the very loss contemplated in the policy.

19 Accordingly, Esson J.A. allowed the appeal and dismissed the action against Can-Dive.

III. Issues

20 As noted above, this appeal concerns the question of whether a third-party beneficiary can rely on a waiver of subrogation clause contained in a contract of insurance to defend against a subrogated action initiated by the insurer. In the context of this appeal, this question raises the following issues:

a. Is Can-Dive, as a third-party beneficiary under the insurance policy pursuant to the waiver of subrogation clause, entitled to rely on that clause to defend against the insurer's subro-

exception à la règle du lien contractuel en faveur de tiers bénéficiaires visés par la définition contractuelle de la catégorie des assurés pour les fins de la police d'assurance, le juge Esson a conclu que Can-Dive pouvait invoquer la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police.

Le juge Esson était également d'avis que Can-Dive pourrait avoir gain de cause en invoquant l'exception du mandat. Il a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en ne concluant pas à l'existence d'un acte clair de ratification de la part de Can-Dive. Plus particulièrement, il ne partageait pas la conclusion du juge de première instance que la modification des actes de procédure de Can-Dive en février 1994 ne pouvait constituer une ratification parce que, en raison de l'entente dans laquelle ils avaient convenu, en juin 1991, de poursuivre Can-Dive, Fraser River et ses assureurs avaient en réalité modifié les stipulations de la police de manière à supprimer la disposition accordant les droits d'un tiers à Can-Dive. Le juge Esson a conclu que, bien que les parties à un contrat puissent subséquemment supprimer des dispositions en faveur de tiers bénéficiaires, les clauses contractuelles qui protègent les tiers en cas de sinistre ne peuvent pas être modifiées au détriment de ces tiers une fois survenu le sinistre même prévu par la police.

Par conséquent, le juge Esson a accueilli l'appel et rejeté l'action intentée contre Can-Dive.

III. Les questions en litige

Comme nous l'avons vu, le présent pourvoi concerne la question de savoir si un tiers bénéficiaire peut invoquer la clause de renonciation à la subrogation contenue dans un contrat d'assurance pour se défendre contre une action subrogatoire intentée par l'assureur. Dans le contexte du présent pourvoi, cette question soulève les questions suivantes:

a. En tant que tiers bénéficiaire au sens de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police d'assurance, Can-Dive a-t-elle le droit d'invoquer cette clause pour se défendre contre l'action subrogatoire intentée par l'assureur, compte tenu de l'exception

gated action on the basis of the agency exception to the doctrine of privity of contract?

b. Is Can-Dive, as a third-party beneficiary under the insurance policy pursuant to the waiver of subrogation clause, entitled to rely on that clause to defend against the insurer's subrogated action on the basis of the principled exception to the privity of contract doctrine established by the Court's decision in *London Drugs*?

IV. Analysis

A. *Is Can-Dive, as a third-party beneficiary under the insurance policy pursuant to the waiver of subrogation clause, entitled to rely on that clause to defend against the insurer's subrogated action on the basis of the agency exception to the doctrine of privity of contract?*

The entirety of the dispute between the parties concerns the legal effect to be given to the waiver of subrogation contained in Clause 17 of the appellant Fraser River's contract of insurance, which reads as follows:

17. SUBROGATION AND WAIVER OF SUBROGATION CLAUSE

In the event of any payment under this Policy, the Insurers shall be subrogated to all the Insured's rights of recovery therefor, and the Insured shall execute all papers required and shall do everything that may be necessary to secure such rights, but it is agreed that the Insurers waive any right of subrogation against:

. . .

(b) any charterer(s) and/or operator(s) and/or lessee(s) and/or mortgagee(s). . . .

The respondent Can-Dive is seeking to rely on the waiver of subrogation clause contained in the policy to defend against this subrogated action in negligence. As a general rule, however, the doctrine of privity provides that a contract can neither

fondée sur le mandat à la règle du lien contractuel?

b. En tant que tiers bénéficiaire au sens de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police d'assurance, Can-Dive a-t-elle le droit d'invoquer cette clause pour se défendre contre l'action subrogatoire intentée par l'assureur, compte tenu de l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel, que notre Cour a établie dans l'arrêt *London Drugs*?

IV. Analyse

A. *En tant que tiers bénéficiaire au sens de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police d'assurance, Can-Dive a-t-elle le droit d'invoquer cette clause pour se défendre contre l'action subrogatoire intentée par l'assureur, compte tenu de l'exception fondée sur le mandat à la règle du lien contractuel?*

21 Le différend qui oppose les parties porte entièrement sur l'effet juridique qui doit être donné à la renonciation à la subrogation contenue dans la clause 17 du contrat d'assurance de l'appelante Fraser River, dont voici le libellé:

[TRADUCTION]

17. CLAUSE DE SUBROGATION ET DE RENONCIATION À LA SUBROGATION

En cas de paiement effectué en vertu de la présente police, les assureurs seront subrogés dans tous les droits de recouvrement de l'assuré à cet égard, et l'assuré signera tous les documents requis et fera toute chose qui pourra être nécessaire pour garantir ces droits, mais il est convenu que les assureurs renoncent à tout droit de subrogation contre:

. . .

b) un ou des affréteurs, exploitants, preneurs à bail ou créanciers hypothécaires. . .

22 L'intimée Can-Dive cherche à invoquer la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police pour se défendre contre la présente action subrogatoire fondée sur la négligence. En règle générale, toutefois, la règle du lien contrac-

confer rights nor impose obligations on third parties. This appeal is concerned only with the former situation, namely, circumstances in which a third party is seeking to obtain a benefit or right established in its favour pursuant to the terms of the contract. The Court is not called on to address the situation in which a contract imposes obligations on a third party, and I stress that nothing in these reasons should be taken as applicable to the law in this area.

23 Although the doctrine of privity would normally be fatal to its case, Can-Dive submits that the principle of agency applies to deem Can-Dive a party to the contract in law, if not in fact, such that privity is no longer a concern. Because of the approach I intend to take to this case, I do not find it necessary to deal with the argument that Can-Dive may rely on the waiver of subrogation clause on this basis. In so stating, I do not wish to be taken as either agreeing or disagreeing with Esson J.A.'s conclusions on this issue. Instead, I prefer to adopt the approach set out in *London Drugs*, *supra*, and consider whether the doctrine of privity should be relaxed in these circumstances.

B. *Is Can-Dive, as a third-party beneficiary under the insurance policy pursuant to the waiver of subrogation clause, entitled to rely on that clause to defend against the insurer's subrogated action on the basis of the principled exception to the privity of contract doctrine established by the Court's decision in London Drugs?*

1. *London Drugs* and a Principled Exception to the Doctrine of Privity of Contract

24 As stated above, Can-Dive's position is that of a third-party beneficiary who normally would be precluded from enforcing or relying on the terms of the policy in effect between Fraser River and its insurers. Accordingly, it is necessary to consider the legal status of the waiver of subrogation clause in light of the Court's decision in *London Drugs*.

tuel prévoit qu'un contrat ne peut ni conférer des droits ni imposer des obligations à des tiers. Le présent pourvoi vise uniquement la première situation, c'est-à-dire celle où un tiers cherche à obtenir un avantage ou un droit établi en sa faveur conformément au contrat. La Cour n'est pas invitée à examiner le cas du contrat qui impose des obligations à un tiers, et je souligne que rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme s'appliquant au droit dans ce domaine.

Quoique la règle du lien contractuel lui serait normalement fatale, Can-Dive soutient que le principe du mandat permet de la considérer comme étant une partie au contrat en droit, voire dans les faits, de sorte que le lien contractuel n'est plus un problème. En raison de la façon dont j'entends aborder la présente affaire, je juge inutile d'examiner l'argument selon lequel Can-Dive peut invoquer la clause de renonciation à la subrogation pour ce motif. En affirmant cela, je ne veux pas que l'on croie que j'approuve ou que je rejette les conclusions du juge Esson sur ce point. Je préfère plutôt adopter la méthode énoncée dans l'arrêt *London Drugs*, précité, et examiner s'il y a lieu d'assouplir la règle du lien contractuel dans les circonstances.

B. *En tant que tiers bénéficiaire au sens de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police d'assurance, Can-Dive a-t-elle le droit d'invoquer cette clause pour se défendre contre l'action subrogatoire intentée par l'assureur, compte tenu de l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel, que notre Cour a établie dans l'arrêt London Drugs?*

1. L'arrêt *London Drugs* et l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel

Comme nous l'avons vu, la position de Can-Dive est celle d'un tiers bénéficiaire qui serait normalement dans l'impossibilité de faire exécuter ou d'invoquer les stipulations de la police en vigueur entre Fraser River et ses assureurs. Il est donc nécessaire d'examiner le statut juridique de la clause de renonciation à la subrogation compte

In that case, the Court introduced what was intended as a principled exception to the common law doctrine of privity of contract.

At issue was the status of a limitation of liability clause in the standard form contract between the appellant and the respondent for storage of the appellant's transformer. The clause limited a "warehouseman's" liability on any one package to $40. While in storage, a transformer was damaged owing to negligence on the part of the respondent's employees. The appellant sued both the warehouse company and its employees, and the trial judge found the employees personally liable for the full amount of the damages. On appeal, the majority allowed the employees to rely on the limitation of liability clause in the employer's contract with the appellant, notwithstanding that the employees were not parties to this contract. The majority of the Court upheld the result on appeal, concluding that in circumstances where the traditional exceptions to privity of contract such as agency or trust do not apply, courts may nonetheless undertake the appropriate analysis, bounded by both common sense and commercial reality, in order to determine whether the doctrine of privity with respect to third-party beneficiaries should be relaxed in the given circumstances.

The Court devoted a great deal of attention to the judicial history and application of the doctrine of privity of contract as it relates to third-party beneficiaries, noting the extent of judicial discontent, legislative override, and a significant body of academic criticism. While acknowledging that privity of contract is an established doctrine of contract law, the Court concluded, at p. 423, that the concerns expressed regarding the application of the doctrine to third-party beneficiaries indicated that the time for judicial consideration in this particular context had arrived:

These comments and others reveal many concerns about the doctrine of privity as it relates to third party

tenu de l'arrêt *London Drugs* de notre Cour. Dans cette affaire, la Cour a énoncé ce qui se voulait une exception fondée sur des principes à la règle de common law du lien contractuel.

Le débat portait sur le statut d'une clause de limitation de responsabilité contenue dans le contrat type que l'appelante et l'intimée avaient conclu relativement à l'entreposage du transformateur de l'appelante. La clause limitait la responsabilité de [TRADUCTION] «l'entreposeur» à 40 $ par colis. Pendant l'entreposage, le transformateur a été endommagé à cause de la négligence des employés de l'intimée. L'appelante a poursuivi à la fois la compagnie d'entreposage et ses employés, et le juge de première instance a tenu les employés personnellement responsables du montant intégral des dommages. En appel, les juges majoritaires ont permis aux employés d'invoquer la clause de limitation de responsabilité contenue dans le contrat liant leur employeur à l'appelante, même si ceux-ci n'étaient pas parties au contrat. Les juges majoritaires de notre Cour ont confirmé la décision de la Cour d'appel en concluant que, lorsque les exceptions traditionnelles à la règle du lien contractuel comme le mandat ou la fiducie ne s'appliquent pas, les tribunaux peuvent néanmoins procéder à l'analyse voulue, en s'appuyant sur le bon sens et la réalité commerciale, pour décider si, dans les circonstances, il y a lieu d'assouplir la règle du lien contractuel en ce qui concerne les tiers bénéficiaires. 25

La Cour s'est longuement attardée à l'historique des procédures judiciaires et à l'application de la règle du lien contractuel en ce qui concerne les tiers bénéficiaires, soulignant l'ampleur du mécontentement de la magistrature, les dérogations législatives et les nombreuses critiques formulées par des auteurs de doctrine. Tout en reconnaissant que la règle du lien contractuel est un principe reconnu du droit des contrats, la Cour a conclu, à la p. 423, que les craintes exprimées au sujet de l'application de ce principe à des tiers bénéficiaires indiquaient que le temps était venu de procéder à un examen judiciaire dans ce contexte particulier: 26

Il ressort de ces commentaires, notamment, que le principe du lien contractuel soulève de nombreuses

beneficiaries. For our purposes, I think it sufficient to make the following observations. Many have noted that an application of the doctrine so as to prevent a third party from relying on a limitation of liability clause which was intended to benefit him or her frustrates sound commercial practice and justice. It does not respect allocations and assumptions of risk made by the parties to the contract and it ignores the practical realities of insurance coverage. In essence, it permits one party to make a unilateral modification to the contract by circumventing its provisions and the express or implied intention of the parties. In addition, it is inconsistent with the reasonable expectations of all the parties to the transaction, including the third party beneficiary who is made to support the entire burden of liability. The doctrine has also been criticized for creating uncertainty in the law. While most commentators welcome, at least in principle, the various judicial exceptions to privity of contract, concerns about the predictability of their use have been raised. Moreover, it is said, in cases where the recognized exceptions do not appear to apply, the underlying concerns of commercial reality and justice still militate for the recognition of a third party beneficiary right.

préoccupations dans la mesure où il concerne des tiers bénéficiaires. Aux fins du présent pourvoi, je crois qu'il suffit de formuler les observations suivantes. Bien des personnes ont souligné que l'application du principe aux fins d'empêcher un tiers d'invoquer une clause de limitation de la responsabilité qui était destinée à lui profiter est contraire à la pratique commerciale et à la justice. Elle ne respecte pas la répartition et l'acceptation des risques par les parties au contrat et elle fait fi des réalités pratiques de la garantie d'assurance. Elle permet essentiellement à une partie de modifier unilatéralement le contrat en contournant ses dispositions et l'intention expresse ou implicite des parties. En outre, elle est incompatible avec les attentes raisonnables de chacune des parties à l'opération, y compris le tiers bénéficiaire qui doit alors assumer l'entière responsabilité. On a également reproché au principe de rendre le droit incertain. Bien que la plupart des commentateurs soient favorables, du moins en principe, aux diverses exceptions reconnues par les tribunaux à l'égard du principe du lien contractuel, on s'est interrogé sur la prévisibilité de leur utilisation. De plus, on affirme que, dans les cas où les exceptions reconnues ne semblent pas s'appliquer, les intérêts sous-jacents de la réalité commerciale et de la justice militent encore en faveur de la reconnaissance d'un droit aux tiers bénéficiaires.

27 The respondent employees in *London Drugs* were unable to rely on existing principles of trust or agency. Rather than adapting these established principles to accommodate yet another *ad hoc* exception to the doctrine of privity, it was decided to adopt a more direct approach as a matter of principle. The Court held that, in circumstances where the traditional exceptions do not apply, the relevant functional inquiry is whether the doctrine should be relaxed in the given circumstances.

Les employés intimés dans *London Drugs* n'étaient pas en mesure d'invoquer les principes existants de la fiducie ou du mandat. Au lieu d'adapter ces principes reconnus de manière à tenir compte d'une autre exception particulière à la règle du lien contractuel, il a été décidé d'adopter une méthode plus directe pour des raisons de principe. La Cour a statué que, lorsque les exceptions traditionnelles ne s'appliquent pas, la question pratique pertinente est de savoir s'il y a lieu d'assouplir la règle dans les circonstances en cause.

28 In order to distinguish mere strangers to a contract from those in the position of third-party beneficiaries, the Court first established a threshold requirement whereby the parties to the contract must have intended the relevant provision to confer a benefit on the third party. In other words, an employer and its customer may agree to extend, either expressly or by implication, the benefit of any limitation of liability clause to the employees. In the circumstances of *London Drugs*, the customer had full knowledge that the storage services contemplated by the contract would be provided

Pour établir une distinction entre de simples étrangers à un contrat et des tiers bénéficiaires, la Cour a d'abord fixé la condition préliminaire selon laquelle les parties au contrat doivent avoir voulu que la disposition pertinente confère un avantage au tiers. En d'autres termes, un employeur et son client peuvent convenir d'étendre expressément ou implicitement aux employés l'application d'une clause de limitation de responsabilité. Dans l'affaire *London Drugs*, le client savait parfaitement que les services d'entreposage prévus au contrat seraient fournis non seulement par l'employeur,

not only by the employer, but by the employees as well. In the absence of any clear indication to the contrary, the Court held that the necessary intention to include coverage for the employees was implied in the terms of the agreement. The employees, therefore, as third-party beneficiaries, could seek to rely on the limitation clause to avoid liability for the loss to the customer's property.

The Court further held, however, that the intention to extend the benefit of a contractual provision to the actions of a third-party beneficiary was irrelevant unless the actions in question came within the scope of agreement between the initial parties. Accordingly, the second aspect of the functional inquiry was whether the employees were acting in the course of their employment when the loss occurred, and whether in so acting they were performing the very services specified in the contract between their employer and its customer. Based on uncontested findings of fact, it was clear that the damage to the customer's transformer occurred when the employees were acting in the course of their employment to provide the very storage services specified in the contract.

Taking all of these circumstances into account, the Court interpreted the term "warehouseman" in the limitation of liability clause to include coverage for the employees, thereby absolving them of any liability in excess of $40 for the loss that occurred. The Court concluded that the departure from the traditional doctrine of privity was well within its jurisdiction representing, as it did, an incremental change to the common law rather than a wholesale abdication of existing principles. Given that the exception was dependent on the intention stipulated in the contract, relaxing the doctrine of privity in the given circumstances did not frustrate the expectations of the parties.

2. Application of the Principled Exception to the Circumstances of this Appeal

As a preliminary matter, I note that it was not our intention in *London Drugs*, *supra*, to limit

mais aussi par les employés. En l'absence d'indications contraires manifestes, la Cour a conclu que l'intention nécessaire d'inclure la protection des employés ressortait implicitement du texte de l'entente. Les employés pouvaient donc, en tant que tiers bénéficiaires, chercher à invoquer la clause de limitation de responsabilité en vue d'échapper à toute responsabilité pour la perte du bien du client.

La Cour a toutefois ajouté que l'intention d'étendre l'application d'une disposition contractuelle aux actes d'un tiers bénéficiaire n'était pertinente que si les actes en question étaient visés par l'entente intervenue entre les parties initiales. Par conséquent, le deuxième aspect de la question pratique était de savoir si les employés agissaient dans l'exercice de leurs fonctions au moment où la perte est survenue et si, ce faisant, ils fournissaient les services mêmes qui étaient mentionnés dans le contrat intervenu entre leur employeur et son client. Selon des conclusions de fait non contestées, il était clair que, au moment où le transformateur du client a été endommagé, les employés agissaient dans l'exercice de leurs fonctions consistant à fournir les services mêmes d'entreposage prévus au contrat. 29

Compte tenu de toutes ces circonstances, la Cour a considéré que le terme «entreposeur» utilisé dans la clause de limitation de responsabilité incluait les employés aux fins de l'application de cette clause, ce qui avait pour effet de limiter à 40 $ leur responsabilité pour la perte survenue. La Cour a conclu que cette dérogation à la règle traditionnelle du lien contractuel relevait bel et bien de sa compétence, puisqu'elle représentait une modification progressive de la common law et non pas un rejet systématique de principes existants. Comme cette exception était subordonnée à l'intention stipulée au contrat, l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans les circonstances en cause ne déjouait pas les attentes des parties. 30

2. Application de l'exception fondée sur des principes aux circonstances du présent pourvoi

Tout d'abord, je souligne que, dans l'arrêt *London Drugs*, précité, la Cour n'avait pas l'inten- 31

application of the principled approach to situations involving only an employer-employee relationship. That the discussion focussed on the nature of this relationship simply reflects the prudent jurisprudential principle that a case should not be decided beyond the scope of its immediate facts.

32 In terms of extending the principled approach to establishing a new exception to the doctrine of privity of contract relevant to the circumstances of the appeal, regard must be had to the emphasis in *London Drugs* that a new exception first and foremost must be dependent upon the intention of the contracting parties. Accordingly, extrapolating from the specific requirements as set out in *London Drugs*, the determination in general terms is made on the basis of two critical and cumulative factors: (a) Did the parties to the contract intend to extend the benefit in question to the third party seeking to rely on the contractual provision? and (b) Are the activities performed by the third party seeking to rely on the contractual provision the very activities contemplated as coming within the scope of the contract in general, or the provision in particular, again as determined by reference to the intentions of the parties?

(a) *Intentions of the Parties*

33 As to the first inquiry, Can-Dive has a very compelling case in favour of relaxing the doctrine of privity in these circumstances, given the express reference in the waiver of subrogation clause to "charterer(s)", a class of intended third-party beneficiaries that, on a plain reading of the contract, includes Can-Dive within the scope of the term. Indeed, there is no dispute between the parties as to the meaning of the term within the waiver of subrogation clause; disagreement exists only as to whether the clause has legal effect. Accordingly, there can be no question that the parties intended to extend the benefit in question to a class of third-party beneficiaries whose membership includes Can-Dive. Given the lack of ambiguity on the face of the provision, there is no need to resort to extrinsic evidence for the purposes of determining otherwise. If the parties did not intend the waiver of subrogation clause to be extended to third-party

tion de limiter l'application de la méthode fondée sur des principes aux cas où il n'est question que d'une relation employeur-employé. Le fait que l'analyse a porté sur la nature de cette relation traduit simplement le principe jurisprudentiel prudent qui veut qu'une affaire soit décidée strictement en fonction de son contexte factuel immédiat.

Pour ce qui est d'élargir la méthode fondée sur des principes de manière à créer une nouvelle exception à la règle du lien contractuel qui s'applique aux circonstances du pourvoi, il faut tenir compte de l'accent mis, dans *London Drugs*, sur le fait qu'une nouvelle exception doit d'abord et avant tout être subordonnée à l'intention des parties contractantes. Par conséquent, si on extrapole à partir des exigences particulières énoncées dans l'arrêt *London Drugs*, la décision générale repose sur deux facteurs cruciaux et cumulatifs: a) les parties au contrat avaient-elles l'intention d'accorder le bénéfice en question au tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle? et b) les activités exercées par le tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle sont-elles les activités mêmes qu'est censé viser le contrat en général, ou la disposition en particulier, là encore compte tenu des intentions des parties?

a) *Les intentions des parties*

En ce qui concerne la première question, Can-Dive dispose d'un argument très convaincant en faveur de l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire, en raison de la mention expresse des «affréteurs» dans la clause de renonciation à la subrogation, lesquels représentent une catégorie de tiers bénéficiaires visés qui, selon le sens clair du contrat, comprend Can-Dive. En fait, les parties ne contestent pas le sens de ce terme dans la clause de renonciation à la subrogation; il y a désaccord uniquement sur la question de savoir si cette clause a un effet juridique. Il est donc indubitable que les parties avaient l'intention d'accorder le bénéfice en question à une catégorie de tiers bénéficiaires comprenant Can-Dive. Comme cette disposition est sans équivoque à première vue, il n'est pas nécessaire de recourir à une preuve extrinsèque pour statuer autrement. Si les parties n'avaient pas

beneficiaries, they need not have included such language in their agreement.

In essence, Fraser River's argument in terms of the intention of the parties is not that the scope of the waiver of subrogation clause does not extend to third parties such as Can-Dive, but that the provision can only be enforced by Fraser River on Can-Dive's behalf, and not by Can-Dive acting independently. A plain reading of the provision, however, does not support this conclusion. There is no language in the clause indicating that the waiver of subrogation is intended to be conditional upon Fraser River's initiative in favour of any particular third-party beneficiary. It appears to me that Fraser River has conflated arguments concerning the intentions of the parties in drafting the provision and the legal effect to be given to the provision. In no uncertain terms, the waiver of subrogation clause indicates that the insurers are precluded from proceeding with an action against third-party beneficiaries coming within the class of "charterer(s)", and the relevant inquiry is whether to give effect to these intentions by enforcing the contractual term, notwithstanding the doctrine of privity of contract.

In my opinion, the case in favour of relaxing the doctrine of privity is even stronger in the circumstances of this appeal than was the case in *London Drugs*, *supra*, wherein the parties did not expressly extend the benefit of a limitation of liability clause covering a "warehouseman" to employees. Instead, it was necessary to support an implicit extension of the benefit on the basis of the relationship between the employers and its employees, that is to say, the identity of interest between the employer and its employees in terms of performing the contractual obligations. In contrast, given the express reference to "charterer(s)" in the waiver of subrogation clause in the policy, there is no need to look for any additional factors to justify characterizing

eu l'intention d'étendre à des tiers bénéficiaires l'application de la clause de renonciation à la subrogation, elles n'auraient pas eu à inclure ces mots dans leur entente.

34 En ce qui concerne l'intention des parties, Fraser River fait valoir essentiellement non pas que la clause de renonciation à la subrogation est inapplicable à des tiers comme Can-Dive, mais plutôt que c'est Fraser River au nom de Can-Dive, et non pas Can-Dive de façon indépendante, qui peut la faire exécuter. Toutefois, le sens clair de la disposition n'étaye pas cette conclusion. Le libellé de cette clause n'indique pas que la renonciation à la subrogation est censée dépendre de l'adoption par Fraser River d'une mesure en faveur d'un tiers bénéficiaire en particulier. Il me semble que Fraser River a confondu les arguments touchant les intentions des parties lorsqu'elles ont rédigé la disposition en cause et l'effet juridique qu'il faut lui donner. La clause de renonciation à la subrogation précise en termes non équivoques que les assureurs sont dans l'impossibilité d'intenter une action contre des tiers bénéficiaires qui relèvent de la catégorie des «affréteurs», et la question pertinente est de savoir s'il faut réaliser ces intentions en faisant exécuter la disposition contractuelle, en dépit de la règle du lien contractuel.

35 À mon avis, les arguments en faveur de l'assouplissement de la règle du lien contractuel sont, dans les circonstances du présent pourvoi, encore plus solides qu'ils ne l'étaient dans l'affaire *London Drugs*, précitée, où les parties n'avaient pas expressément étendu aux employés l'application d'une clause de limitation de la responsabilité visant un «entreposeur». Dans cette affaire, il a plutôt fallu, pour justifier l'application implicite de cette clause, s'appuyer sur la relation entre l'employeur et ses employés, c'est-à-dire la communauté d'intérêts de l'employeur et de ses employés sur le plan de l'exécution des obligations contractuelles. Par contre, vu la mention expresse du terme «affréteurs» dans la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police, il n'est pas nécessaire en l'espèce de chercher d'autres facteurs pour justifier la qualification de Can-Dive de

Can-Dive as a third-party beneficiary rather than a mere stranger to the contract.

36 Having concluded that the parties intended to extend the benefit of the waiver of subrogation clause to third parties such as Can-Dive, it is necessary to address Fraser River's argument that its agreement with the insurers to pursue legal action against Can-Dive nonetheless effectively deleted the third-party benefit from the contract. A significant concern with relaxing the doctrine of privity is the potential restrictions on freedom of contract which could result if the interests of a third-party beneficiary must be taken into account by the parties to the initial agreement before any adjustment to the contract could occur. It is important to note, however, that the agreement in question was concluded subsequent to the point at which what might be termed Can-Dive's inchoate right under the contract crystallized into an actual benefit in the form of a defence against an action in negligence by Fraser River's insurers. Having contracted in favour of Can-Dive as within the class of potential third-party beneficiaries, Fraser River and the insurers cannot revoke unilaterally Can-Dive's rights once they have developed into an actual benefit. At the point at which Can-Dive's rights crystallized, it became for all intents and purposes a party to the initial contract for the limited purposes of relying on the waiver of subrogation clause. Any subsequent alteration of the waiver provision is subject to further negotiation and agreement among all of the parties involved, including Can-Dive.

37 I am mindful, however, that the principle of freedom of contract must not be dismissed lightly. Accordingly, nothing in these reasons concerning the ability of the initial parties to amend contractual provisions subsequently should be taken as applying other than to the limited situation of a third-party's seeking to rely on a benefit conferred by the contract to defend against an action initiated by one of the parties, and only then in circumstances where the inchoate contractual right has

tiers bénéficiaire au lieu de simple étranger au contrat.

Ayant conclu que les parties avaient l'intention d'étendre à des tiers comme Can-Dive l'application de la clause de renonciation à la subrogation, il faut examiner l'argument de Fraser River voulant que l'entente dans laquelle elle a convenu avec les assureurs d'intenter une action contre Can-Dive ait néanmoins effectivement supprimé du contrat l'avantage conféré à des tiers. Une crainte importante que suscite l'assouplissement de la règle du lien contractuel est qu'il pourrait éventuellement résulter des restrictions à la liberté contractuelle si les parties à l'entente initiale devaient tenir compte des intérêts d'un tiers bénéficiaire avant de remanier le contrat. Toutefois, il importe de souligner que l'entente en question a été conclue après le moment auquel ce qu'on pourrait appeler le droit virtuel conféré à Can-Dive par le contrat s'est cristallisé en un avantage réel sous la forme d'un moyen de défense opposable dans une action pour négligence intentée par les assureurs de Fraser River. Puisqu'ils ont contracté en faveur de Can-Dive en tant que membre de la catégorie des tiers bénéficiaires éventuels, Fraser River et les assureurs ne peuvent pas supprimer unilatéralement les droits de Can-Dive une fois qu'ils se sont cristallisés sous la forme d'un avantage réel. Au moment où les droits de Can-Dive se sont cristallisés, celle-ci est devenue à tous égards une partie au contrat initial dans le but limité d'invoquer la clause de renonciation à la subrogation. Toute modification subséquente de la clause de renonciation doit faire l'objet de nouvelles négociations et d'un accord entre toutes les parties intéressées, y compris Can-Dive.

Toutefois, je suis conscient que le principe de la liberté contractuelle ne doit pas être écarté à la légère. Par conséquent, en ce qui concerne la capacité des parties initiales de modifier ultérieurement les dispositions contractuelles, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme s'appliquant à d'autres situations que celle du tiers qui cherche à invoquer un avantage conféré par le contrat pour se défendre contre une action intentée par l'une des parties, et ce, uniquement lorsque le droit

crystallized prior to any purported amendment. Within this narrow exception, however, the doctrine of privity presents no obstacle to contractual rights conferred on third-party beneficiaries.

contractuel virtuel s'est cristallisé avant toute prétendue modification. Dans le cadre de cette exception restreinte, la règle du lien contractuel ne fait toutefois pas obstacle à l'exercice de droits contractuels conférés à des tiers bénéficiaires.

(b) *Third-Party Beneficiary is Performing the Activities Contemplated in the Contract*

b) *Le tiers bénéficiaire exerce les activités prévues au contrat*

As to the second requirement that the intended third-party beneficiary must rely on a contractual provision in connection with the very activities contemplated by the contract in general, or by the relevant clause in particular, Fraser River has argued that a significant distinction exists between the situation in *London Drugs*, *supra*, and the circumstances of the present appeal. In *London Drugs*, the relationship between the contracting parties and the third-party beneficiary involved a single contract for the provision of services, whereas in the present circumstances, such a "contractual nexus", to use Fraser River's phrase, does not exist. In other words, the waiver of subrogation clause upon which Can-Dive seeks to rely is contained in an unrelated contract that does not pertain to the charter contract in effect between Fraser River and Can-Dive.

38 En ce qui concerne la deuxième condition, à savoir que le tiers bénéficiaire visé doit invoquer une disposition contractuelle relativement aux activités mêmes prévues au contrat en général, ou dans la clause pertinente en particulier, Fraser River a fait valoir qu'il y a une distinction importante entre la situation qui existait dans l'affaire *London Drugs*, précitée, et les circonstances du présent pourvoi. Dans *London Drugs*, la relation entre les parties contractantes et le tiers bénéficiaire était régie par un seul contrat de louage de services, tandis que, dans le présent pourvoi, il n'existe pas de tel [TRADUCTION] «lien contractuel», pour reprendre l'expression utilisée par Fraser River. En d'autres termes, la clause de renonciation à la subrogation que Can-Dive cherche à invoquer figure dans un contrat qui n'a rien à voir avec le contrat d'affrètement intervenu entre Fraser River et Can-Dive.

With respect, I do not find this argument compelling, given that a similar contractual relationship could be said to exist in *London Drugs*, in terms of the service contract between the parties and a contract of employment which presumably existed between the employer and employees. At issue is whether the purported third-party beneficiary is involved in the very activity contemplated by the contract containing the provision upon which he or she seeks to rely. In this case, the relevant activities arose in the context of the relationship of Can-Dive to Fraser River as a charterer, the very activity anticipated in the policy pursuant to the waiver of subrogation clause. Accordingly, I conclude that the second requirement for relaxing the doctrine of privity has been met.

39 En toute déférence, je ne juge pas cet argument convaincant puisqu'on pourrait affirmer qu'il existait une relation contractuelle similaire dans l'affaire *London Drugs*, vu le contrat de louage de services conclu par les parties et le contrat de travail qui liait vraisemblablement l'employeur et les employés. Il s'agit de savoir si le prétendu tiers bénéficiaire participe à l'activité même que prévoit le contrat contenant la disposition qu'il cherche à invoquer. Dans la présente affaire, les activités pertinentes s'inscrivaient dans le contexte de la relation entre Fraser River et Can-Dive en sa qualité d'affréteur, soit l'activité même prévue par la police selon la clause de renonciation à la subrogation. Je conclus donc que la deuxième condition applicable à l'assouplissement de la règle du lien contractuel est remplie.

(c) *Policy Reasons in Favour of an Exception in These Circumstances*

40 Having found that Can-Dive has satisfied both of the cumulative threshold requirements for the purposes of introducing a new, principled exception to the doctrine of privity of contract as it applies to third-party beneficiaries, I nonetheless wish to add that there are also sound policy reasons for relaxing the doctrine in these circumstances. In this respect, it is time to put to rest the unreasonable application of the doctrine of privity to contracts of insurance established by the Privy Council in *Vandepitte*, *supra*, a decision characterized since its inception by both legislatures and the judiciary as out of touch with commercial reality. As Esson J.A. noted, the decision in *Vandepitte* received little attention outside the field of automobile insurance, where it had been promptly overruled by legislative amendment in British Columbia and other provinces. In addition, Esson J.A. was correct in holding that *Vandepitte* has been impliedly overruled in the course of decisions by the Court, given that in cases where the rule of privity might have been applied, the decision was ignored: *Scott*, *supra*. Of particular interest is the Court's decision in *Commonwealth Construction Co.*, *supra*. The case concerned a general contractor's "builder's risk" policy that purported to extend coverage to subcontractors who were not parties to the original contract. In holding that subrogation was not available against the subcontractors, de Grandpré J., writing for the Court, made the following comments regarding the "Additional Insureds" and "Trustee" clauses, at p. 324:

> While these conditions may have been inserted to avoid the pitfalls that were the lot of the unnamed insured in *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corpn. of New York* [citations omitted], a precaution that in my view was not needed, they without doubt cover additional ground.

c) *Raisons de principe en faveur d'une exception dans les circonstances de la présente affaire*

Bien que j'aie conclu que Can-Dive a rempli les deux conditions préliminaires cumulatives aux fins de l'adoption d'une nouvelle exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel applicable aux tiers bénéficiaires, je tiens néanmoins à ajouter qu'il existe également des raisons de principe valables en faveur de l'assouplissement de cette règle dans les présentes circonstances. À cet égard, il est temps de mettre fin à l'application déraisonnable de la règle du lien contractuel aux contrats d'assurance que le Conseil privé a établie dans l'arrêt *Vandepitte*, précité, que les législatures et les juges considèrent, depuis le début, comme coupé de la réalité commerciale. Comme le juge Esson l'a souligné, on s'est peu attardé à l'arrêt *Vandepitte* en dehors du domaine de l'assurance automobile, où il a vite été renversé par voie de modification législative en Colombie-Britannique et dans d'autres provinces. De plus, le juge Esson a statué à bon droit que l'arrêt *Vandepitte* a été renversé implicitement dans des arrêts de la Cour, étant donné qu'elle n'en a pas tenu compte dans des affaires où la règle du lien contractuel aurait peut-être pu s'appliquer: *Scott*, précité. L'arrêt *Commonwealth Construction Co.*, précité, de notre Cour est particulièrement intéressant. Il y était question d'une assurance des «risques de l'entrepreneur de construction» qui avait été souscrite par un entrepreneur général et qui était censée s'appliquer à des sous-traitants qui n'étaient pas des parties au contrat initial. En statuant que la subrogation n'était pas opposable aux sous-traitants, le juge de Grandpré, qui a rédigé les motifs de la Cour, a fait les remarques suivantes concernant les clauses intitulées [TRADUCTION] «Autres assurés» et «fiducie», à la p. 324:

> Ces conditions peuvent avoir été introduites pour éviter les pièges dont ont été victimes les assurés non nommés dans *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corpn. of New York* [renvois omis], précaution superflue à mon avis, mais elles ont indubitablement une portée additionnelle.

When considered in light of the Court's discussion of the necessary interdependence of various contractors involved in a common construction enterprise, the comment reflects the Court's acknowledgment that the rule of privity set out in *Vandepitte* was inconsistent with commercial reality. In a similar fashion, Fraser River in the course of this appeal has been unable to provide any commercial reason for failing to enforce a bargain entered into by sophisticated commercial actors. In the absence of any indication to the contrary, I must conclude that relaxing the doctrine of privity in these circumstances establishes a default rule that most closely corresponds to commercial reality as is evidenced by the inclusion of the waiver of subrogation clause within the contract itself.

41 À la lumière de l'analyse par la Cour de l'interdépendance nécessaire des divers entrepreneurs qui participent à une entreprise de construction commune, ces remarques reflètent la reconnaissance par la Cour du fait que la règle du lien contractuel énoncée dans l'arrêt *Vandepitte* était incompatible avec la réalité commerciale. D'une façon similaire, Fraser River a été incapable, dans le cadre du présent pourvoi, de fournir quelque raison commerciale que ce soit de ne pas faire exécuter un marché conclu par des acteurs commerciaux avertis. En l'absence d'indication contraire, force m'est de conclure que l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans ces circonstances crée une règle par défaut qui correspond très étroitement à la réalité commerciale, comme l'atteste l'inclusion de la clause de renonciation à la subrogation dans le contrat même.

A plain reading of the waiver of subrogation clause indicates that the benefit accruing in favour of third parties is not subject to any qualifying language or limiting conditions. When sophisticated commercial parties enter into a contract of insurance which expressly extends the benefit of a waiver of subrogation clause to an ascertainable class of third-party beneficiary, any conditions purporting to limit the extent of the benefit or the terms under which the benefit is to be available must be clearly expressed. The rationale for this requirement is that the obligation to contract for exceptional terms most logically rests with those parties whose intentions do not accord with what I assume to be standard commercial practice. Otherwise, notwithstanding the doctrine of privity of contract, courts will enforce the bargain agreed to by the parties and will not undertake to rewrite the terms of the agreement.

42 D'après le sens clair de la clause de renonciation à la subrogation, l'avantage conféré à des tiers bénéficiaires n'est assujetti à aucune restriction ni à aucune condition limitative. Lorsque des parties commerciales averties concluent un contrat d'assurance qui étend expressément l'application d'une clause de renonciation à la subrogation à une catégorie vérifiable de tiers bénéficiaires, toute condition censée limiter l'étendue de cette application ou ses modalités doit être clairement exprimée. La raison d'être de cette exigence est que l'obligation d'inclure des clauses exceptionnelles dans un contrat incombe très logiquement aux parties dont les intentions sont incompatibles avec ce que je présume être la pratique commerciale normale. Sinon, malgré la règle du lien contractuel, les tribunaux feront exécuter le marché conclu par les parties et n'entreprendront pas de récrire les modalités de l'entente.

Fraser River has also argued that to relax the doctrine of privity of contract in the circumstances of this appeal would be to introduce a significant change to the law that is better left to the legislature. As was noted in *London Drugs*, *supra*, privity of contract is an established doctrine of contract law, and should not be lightly discarded through the process of judicial decree. Wholesale abolition of the doctrine would result in complex repercus-

43 Fraser River a également soutenu que l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans les circonstances du présent pourvoi entraînerait une modification importante du droit, qu'il vaut mieux laisser au législateur le soin d'apporter. Tel que souligné dans l'arrêt *London Drugs*, précité, la règle du lien contractuel est un principe reconnu du droit des contrats, et ne devrait pas être écartée à la légère par voie de décision judiciaire. L'abolition

sions that exceed the ability of the courts to anticipate and address. It is by now a well-established principle that courts will not undertake judicial reform of this magnitude, recognizing instead that the legislature is better placed to appreciate and accommodate the economic and policy issues involved in introducing sweeping legal reforms.

44 That being said, the corollary principle is equally compelling, which is that in appropriate circumstances, courts must not abdicate their judicial duty to decide on incremental changes to the common law necessary to address emerging needs and values in society: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 665-70. In this case, I do not accept Fraser River's submission that permitting third-party beneficiaries to rely on a waiver of subrogation clause represents other than an incremental development. To the contrary, the factors present in *London Drugs*, in support of the incremental nature of the exception, are present as well in the circumstances of this appeal. As in *London Drugs*, a third-party beneficiary is seeking to rely on a contractual provision in order to defend against an action initiated by one of the contracting parties. Fraser River's concerns regarding the potential for double recovery are unfounded, as relaxing the doctrine to the extent contemplated by these reasons does not permit Can-Dive to rely on any provision in the policy to establish a separate claim. In addition, the exception is dependent upon the express intentions of the parties, evident in the language of the waiver of subrogation clause, to extend the benefit of the provision to certain named classes of third-party beneficiaries.

V. Conclusion and Disposition

45 I conclude that the circumstances of this appeal nonetheless meet the requirements established in *London Drugs* for a third-party beneficiary to rely on the terms of a contract to defend against a claim

pure et simple de cette règle aurait des répercussions complexes que les tribunaux sont incapables de prévoir et d'examiner. Il existe un principe maintenant bien établi selon lequel les tribunaux n'entreprendront pas une réforme judiciaire de cette envergure, préférant reconnaître que le législateur est mieux placé pour évaluer et prendre en considération les questions économiques et de principe que soulève l'adoption de changements juridiques profonds.

Cela dit, le principe corollaire est tout aussi convaincant: dans les circonstances appropriées, les tribunaux ne doivent pas renoncer à leur devoir de décider d'apporter à la common law les modifications progressives nécessaires pour qu'elle reflète l'évolution des besoins et des valeurs dans la société: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pp. 665 à 670. En l'espèce, je n'accepte pas l'argument de Fraser River que permettre à des tiers bénéficiaires d'invoquer une clause de renonciation à la subrogation représente autre chose qu'un changement progressif. Au contraire, les facteurs qui, dans l'arrêt *London Drugs* étayaient la nature progressive de l'exception sont également présents dans le présent pourvoi. Comme c'était le cas dans *London Drugs*, un tiers bénéficiaire cherche à invoquer une disposition contractuelle pour se défendre contre une action intentée par l'une des parties contractantes. Les préoccupations de Fraser River concernant le risque de double indemnisation sont dénuées de fondement car l'assouplissement de la règle dans la mesure envisagée par les présents motifs ne permet pas à Can-Dive d'invoquer une disposition de la police pour établir la validité d'une réclamation distincte. De plus, cette exception est subordonnée à l'intention expresse des parties, qui ressort du libellé de la clause de renonciation à la subrogation, d'étendre l'application de la disposition à certaines catégories désignées de tiers bénéficiaires.

V. Conclusion et dispositif

Je conclus que les circonstances du présent pourvoi satisfont néanmoins aux conditions prescrites dans l'arrêt *London Drugs* pour qu'un tiers bénéficiaire puisse invoquer les clauses d'un con-

initiated by one of the parties to the contract. As a third-party beneficiary to the policy, Can-Dive is entitled to rely on the waiver of subrogation clause whereby the insurers expressly waived any right of subrogation against Can-Dive as a "charterer" of a vessel included within the policy's coverage.

Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McEwen, Schmitt & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Owen, Bird, Vancouver.

trat dans le but de se défendre contre une action intentée par l'une des parties contractantes. En tant que tiers bénéficiaire de la police, Can-Dive a le droit d'invoquer la clause de renonciation à la subrogation dans laquelle les assureurs ont expressément renoncé à tout droit de subrogation contre Can-Dive en tant qu'«affréteur» d'un navire visé par la police.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. 46

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: McEwen, Schmitt & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Owen, Bird, Vancouver.

Westbank First Nation *Appellant*

v.

British Columbia Hydro and Power Authority *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: WESTBANK FIRST NATION *v.* BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY

File No.: 26450.

Hearing and judgment: June 21, 1999.

Reasons delivered: September 10, 1999.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Crown — Immunity — Taxation — Exemption of public lands — Indian band passing assessment and taxation by-laws pursuant to the Indian Act — Whether by-laws impose taxes — Whether by-laws constitutionally inapplicable to provincial utility — Constitution Act, 1867, s. 125.

Indians — Taxation — Money by-laws — Indian band passing assessment and taxation by-laws pursuant to Indian Act — Whether by-laws constitutionally inapplicable to provincial utility — Constitution Act, 1867, s. 125 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 83(1)(a).

Between 1951 and 1978, the respondent hydroelectric utility was granted from Her Majesty the Queen in Right of Canada eight permits to use and occupy various lands located on two Indian reserves in order to build electric transmission and distribution lines and to provide electrical energy to the residents of the reserves. In 1990, the appellant passed the *Westbank Indian Band Assessment*

Première nation de Westbank *Appelante*

c.

British Columbia Hydro and Power Authority *Intimée*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION DE WESTBANK *c.* BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY

N° du greffe: 26450.

Audition et jugement: 21 juin 1999.

Motifs déposés: 10 septembre 1999.

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

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

Droit constitutionnel — Couronne — Immunité — Taxation — Exemption des terres publiques — Règlements d'imposition et de taxation édictés par une bande indienne en vertu de la Loi sur les Indiens — Ces règlements imposent-ils des taxes? — Ces règlements sont-ils constitutionnellement inapplicables à une entreprise de service public provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 125.

Indiens — Taxation — Règlements financiers — Règlements d'imposition et de taxation édictés par une bande indienne en vertu de la Loi sur les Indiens — Ces règlements sont-ils constitutionnellement inapplicables à une entreprise de service public provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 125 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 83(1)a).

Entre 1951 et 1978, l'entreprise hydroélectrique intimée a obtenu de Sa Majesté la Reine du chef du Canada huit permis d'utilisation et d'occupation de diverses terres situées dans deux réserves indiennes, en vue d'y construire des lignes de transmission et de distribution d'électricité destinées à alimenter en énergie électrique les résidants des réserves. En 1990, l'appelante a adopté

By-law and the *Westbank Indian Band Taxation By-law*, pursuant to its authority under s. 83(1)(*a*) of the *Indian Act*. The appellant passed additional by-laws from 1991 to 1995, under which the respondent was assessed $124,527.25 in taxes, penalties, and interest. The respondent refused to pay the assessed taxes, and did not appeal the assessment notices. The appellant brought an action to recover the unpaid amount. Summary judgment was granted to the respondent, which was upheld on appeal to the British Columbia Court of Appeal. The issue in this appeal is whether s. 125 of the *Constitution Act, 1867* prevents the appellant from applying its assessment and taxation by-laws to the respondent, an agent of the provincial Crown.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 125 of the *Constitution Act, 1867* renders the impugned by-laws constitutionally inapplicable to the respondent. The by-laws are designed for the singular purpose of generating revenue for "local purposes". They were enacted pursuant to s. 83(1)(*a*) of the *Indian Act*, which authorizes "taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve". The by-laws themselves state that their purpose is "for raising a revenue for local purposes".

Section 125 of the *Constitution Act, 1867* is one of the tools found in the Constitution that ensures the proper functioning of Canada's federal system. It advances the goals of federalism and democracy by according a degree of operational space to each level of government, free from interference by the other. It prohibits one level of government from taxing the property of the other. However, it does not prohibit the levying of user fees or other regulatory charges properly enacted within the government's sphere of jurisdiction.

Although in today's regulatory environment, many charges will have elements of taxation and elements of regulation, the central task for the court is to determine whether the levy's primary purpose is, in pith and substance: (1) to tax, i.e., to raise revenue for general purposes; (2) to finance or constitute a regulatory scheme, i.e., to be a regulatory charge or to be ancillary or adhesive to a regulatory scheme; or (3) to charge for services directly rendered, i.e., to be a user fee. In order to determine whether the impugned charge is a "tax" or a "regulatory charge" for the purposes of s. 125, several

le *Westbank Indian Band Assessment By-law* et le *Westbank Indian Band Taxation By-law*, en vertu du pouvoir que lui confère l'al. 83(1)*a*) de la *Loi sur les Indiens*. De 1991 à 1995, l'appelante a adopté des règlements supplémentaires en vertu desquels l'intimée a fait l'objet d'une cotisation de 124 527,25 $ à titre de taxes, de pénalités et d'intérêts. L'intimée a refusé de payer les taxes imposées et n'a pas fait appel des avis de cotisation. L'appelante a intenté une action en recouvrement du montant impayé. Le jugement sommaire rendu en faveur de l'intimée a été confirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il s'agit en l'espèce de savoir si l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche l'appelante d'appliquer ses règlements d'imposition et de taxation à l'intimée, un mandataire de la Couronne provinciale.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend les règlements contestés constitutionnellement inapplicables à l'intimée. Ces règlements ont pour seul objet de produire un revenu à des «fins locales». Ils ont été adoptés conformément à l'al. 83(1)*a*) de la *Loi sur les Indiens*, qui autorise «l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage». Les règlements eux-mêmes indiquent qu'ils visent à «prélever un revenu à des fins locales».

L'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est l'un des moyens prévus par la Constitution pour assurer le bon fonctionnement du système fédéral canadien. Il favorise les fins du fédéralisme et de la démocratie en accordant un certain espace opérationnel à chaque palier de gouvernement, libre de toute intervention de la part de l'autre. Il interdit à un palier de gouvernement de taxer les biens de l'autre. Il n'interdit toutefois pas la perception de frais d'utilisation ou autres redevances de nature réglementaire qui sont validement édictés à l'intérieur du champ de compétence du gouvernement.

Même si, dans le contexte réglementaire actuel, beaucoup de redevances comportent des éléments de taxation et des éléments de réglementation, le tribunal doit principalement déterminer si, de par son caractère véritable, l'objet premier du prélèvement est: (1) de taxer, c.-à-d. percevoir des revenus à des fins générales, (2) de financer ou de créer un régime de réglementation, c.-à-d. être une redevance de nature réglementaire ou être accessoire ou rattaché à un régime de réglementation, ou (3), de recevoir paiement pour des services directement rendus, c.-à-d. être des frais d'utilisation. Pour déterminer

key questions must be asked. Is the charge: (1) compulsory and enforceable by law; (2) imposed under the authority of the legislature; (3) levied by a public body; (4) intended for a public purpose; and (5) unconnected to any form of a regulatory scheme? If the answers to all of these questions are affirmative, then the levy in question will generally be described as a tax.

The levies are properly described as being, in pith and substance, taxation enacted under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. They are enforceable by law, imposed under the authority of the legislature, and levied by a public body for a public purpose. The appellant has not demonstrated that the levies are connected to a "regulatory scheme" which could preclude the application of s. 125. The charge does not form any part of a detailed code of regulation. No costs of the regulatory scheme have been identified, to which the revenues from these charges are tied. The appellant does not seek to influence the respondent's behaviour in any way with these charges. There is no relationship between the respondent and any regulation to which these charges adhere. Although the *Indian Act* is legislation in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians", this does not, in itself, create a "regulatory scheme" in the sense required by the Constitution.

As these taxes are imposed on the respondent, which it is conceded is an agent of the provincial Crown, s. 125 is engaged. The taxation and assessment by-laws are accordingly inapplicable to the respondent.

Cases Cited

Applied: *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1922), 64 S.C.R. 377, aff'd [1924] A.C. 222; **referred to:** *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; *Attorney General of Canada v. City of Toronto* (1892), 23 S.C.R. 514; *Attorney-General of Canada v. Registrar of Titles*, [1934] 4 D.L.R. 764; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (Dis-*

si la redevance contestée est une «taxe» ou un «prélèvement de nature réglementaire» pour les fins de l'art. 125, il faut poser plusieurs questions clés. La redevance est-elle: (1) obligatoire et exigible en vertu de la loi, (2) imposée sous l'autorité du législateur, (3) perçue par un organisme public, (4) pour une fin d'intérêt public, (5) sans aucun lien avec quelconque de régime de réglementation? Si la réponse à toutes ces questions est affirmative, le montant en question sera habituellement qualifié de taxe.

Les montants perçus sont, de par leur caractère véritable, qualifiés à juste titre de taxation en vertu du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils sont exigibles en vertu de la loi, imposés sous l'autorité du législateur et perçus par un organisme public à une fin d'intérêt public. L'appelante n'a pas démontré que les prélèvements étaient liés à un «régime de réglementation» susceptible d'empêcher l'application de l'art. 125. Les redevances ne font pas partie d'un code de réglementation détaillé. Il n'a été identifié aucun coût qui découlerait du régime de réglementation et auquel seraient liés les revenus tirés de ces redevances. L'appelante ne tente pas d'influencer le comportement de l'intimée de quelque façon au moyen de ces redevances. Il n'y a aucun lien entre l'intimée et quelque réglementation que ce soit à laquelle ces redevances se rattachent. Bien que la *Loi sur les Indiens* porte sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens», cela ne crée pas en soi un «régime de réglementation» au sens où l'entend la Constitution.

Étant donné que ces taxes sont imposées à l'intimée que l'on admet être un mandataire de la Couronne provinciale, l'art. 125 s'applique, ce qui a pour effet de soustraire l'intimée à l'application des règlements de taxation et d'imposition en cause.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada* (1922), 64 R.C.S. 377, conf. par [1924] A.C. 222; **arrêts mentionnés:** *M'Culloch c. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Attorney General of Canada c. City of Toronto* (1892), 23 R.C.S. 514; *Attorney-General of Canada c. Registrar of Titles*, [1934] 4 D.L.R. 764; *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357;

trict), [1993] 4 S.C.R. 371; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Re Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992*, [1996] O.M.B.D. No. 553 (QL); *Cape Breton Beverages Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 536, aff'd (1997), 151 D.L.R. (4th) 575, leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. vii; *Minister of Justice v. City of Levis*, [1919] A.C. 505; *Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City)* (1999), 43 O.R. (3d) 673; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 53, 91(3), (24), 92(2), (9), (13), 125.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 28(2), 83(1)(*a*) [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 10(1)].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.
Westbank Indian Band Assessment By-law (1990), s. 36(1).
Westbank Indian Band Property Taxation Bylaw (1994), ss. 2(1), 8(1), 28, 30, 35, 36.
Westbank Indian Band Taxation By-law (1990), ss. 2(1), 8(1), 41(1), 45, 46(1), 49.

Authors Cited

Browne, Gerald P. *Documents on the Confederation of British North America*. Toronto: McClelland and Stewart, 1969.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1997, release 2).
La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.
Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
Magnet, Joseph E. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 7th ed. Edmonton: Juriliber Limited, 1998.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 45 B.C.L.R. (3d) 98, 154 D.L.R. (4th) 93, 100 B.C.A.C. 92, [1998] 2 C.N.L.R. 284, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1996), 138 D.L.R. (4th) 362, [1997] 2 C.N.L.R. 229, granting summary judgment to the respondent. Appeal dismissed.

Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District), [1993] 4 R.C.S. 371; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Re Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-Law 234-1992*, [1996] O.M.B.D. No. 553 (QL); *Cape Breton Beverages Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 536, conf. par (1997), 151 D.L.R. (4th) 575, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. vii; *Minister of Justice c. City of Levis*, [1919] A.C. 505; *Urban Outdoor Trans Ad c. Scarborough (City)* (1999), 43 O.R. (3d) 673; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 91(3), (24), 92(2), (9), (13), 125.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 28(2), 83(1)*a*) [abr. & rempl. ch. 17 (4e suppl.), art. 10(1)].
Westbank Indian Band Assessment By-law (1990), art. 36(1).
Westbank Indian Band Property Taxation Bylaw (1994), art. 2(1), 8(1), 28, 30, 35, 36.
Westbank Indian Band Taxation By-law (1990), art. 2(1), 8(1), 41(1), 45, 46(1), 49.

Doctrine citée

Browne, Gerald P. *Documents on the Confederation of British North America*. Toronto: McClelland and Stewart, 1969.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1997, release 2).
La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.
Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
Magnet, Joseph E. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 7th ed. Edmonton: Juriliber Limited, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 45 B.C.L.R. (3d) 98, 154 D.L.R. (4th) 93, 100 B.C.A.C. 92, [1998] 2 C.N.L.R. 284, qui a confirmé un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1996), 138 D.L.R. (4th) 362, [1997] 2 C.N.L.R. 229, qui avait rendu un jugement sommaire en faveur de l'intimée. Pourvoi rejeté.

Jack Woodward, Robert J. M. Janes and *Patricia Hutchings*, for the appellant.

Peter D. Feldberg, Anne Dobson-Mack and *Cydney J. Elofson*, for the respondent.

Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Heather J. Leonoff, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, Q.C., and *Jeffrey M. Loenen*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I — Introduction

1 The issue in this appeal is whether s. 125 of the *Constitution Act, 1867* prevents Westbank First Nation from applying its assessment and taxation by-laws to B.C. Hydro, an agent of the provincial Crown. The answer to that question depends upon whether the by-laws enact a system of taxation, which is subject to s. 125, or some other form of regulation which is not subject to the application of s. 125. If the by-laws impose taxes, then they are constitutionally inapplicable to the provincial Crown or its agents. For the reasons that follow, it is my opinion that these by-laws are properly described as taxes, and as such, cannot be imposed on B.C. Hydro.

2 The proper approach to characterizing a governmental levy has been considered on numerous occasions by this Court in various contexts. The characterization is relevant when determining the constitutionality of a provincial levy that has indirect tendencies, for if it is a regulatory charge, or otherwise is a component of a regulatory scheme, then the provinces are constitutionally competent to impose such a charge. It is equally relevant

Jack Woodward, Robert J. M. Janes et *Patricia Hutchings*, pour l'appelante.

Peter D. Feldberg, Anne Dobson-Mack et *Cydney J. Elofson*, pour l'intimée.

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Heather J. Leonoff, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, c.r., et *Jeffrey M. Loenen*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I — Introduction

Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche la Première nation de Westbank d'appliquer ses règlements d'évaluation et de taxation à B.C. Hydro, un mandataire de la Couronne provinciale. Pour y répondre, il faut déterminer si les règlements édictent un régime de taxation, qui est assujetti à l'art. 125, ou une autre forme de réglementation, qui ne l'est pas. Si les règlements imposent des taxes, ils sont alors, du point de vue constitutionnel, inapplicables à la Couronne provinciale et à ses mandataires. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que ces règlements doivent être considérés comme imposant des taxes, et que, à ce titre, ils ne peuvent pas s'appliquer à B.C. Hydro.

Notre Cour a examiné à de nombreuses reprises et dans plusieurs contextes la façon de qualifier un prélèvement gouvernemental. Cette qualification est pertinente dans l'examen de la constitutionnalité d'un prélèvement provincial qui présente des aspects de taxation indirecte puisque, s'il s'agit d'une redevance de nature réglementaire ou d'une composante d'un régime de réglementation, les provinces ont compétence en vertu de la Constitu-

when considering s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, because if the levy is a tax, then it must be imposed by the legislature. And, as I discuss below, if the levy is characterized as a tax, then it is constitutionally inapplicable to the other level of government.

tion pour l'imposer. Elle est également pertinente pour l'examen de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce que, si le prélèvement est une taxe, il doit alors être imposé par le législateur. Et, comme je le mentionne plus loin, si le prélèvement est qualifié de taxe, il est inapplicable en vertu de la Constitution à l'autre palier de gouvernement.

The impugned by-laws are designed for the singular purpose of generating revenue for "local purposes". They were enacted pursuant to s. 83(1)(*a*) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, which authorizes "taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve". The by-laws themselves state that their purpose is "for raising a revenue for local purposes". There are no restrictions to the expenditure of these revenues; they are simply revenues for the discretionary spending of the Westbank First Nation. 3

Les règlements contestés ont pour seul but la production d'un revenu à des «fins locales». Ils ont été édictés en vertu de l'al. 83(1)*a*) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, qui autorise «l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage». Les règlements eux-mêmes indiquent qu'ils visent à [TRADUCTION] «prélever un revenu à des fins locales». Aucune restriction ne s'applique à la façon de dépenser ces revenus; il s'agit simplement de revenus relevant du pouvoir discrétionnaire de dépenser de la Première nation de Westbank.

The impugned charges bear all of the traditional hallmarks of a "tax". They are enforceable by law, imposed pursuant to the authority of Parliament, levied by a public body, and are imposed for a public purpose. There is no "nexus" between the revenues raised and the cost of any services provided. As such, they do not resemble a user fee, nor any other form of a regulatory charge. I disagree with the submissions of the appellant that they are attached to a regulatory scheme, as none of the indicia of a "regulatory scheme" recognized by this Court in constitutional law are present in this case. As such, these charges are properly characterized as being in pith and substance "taxation" levied under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, and as such, are rendered inapplicable to the provincial government by s. 125 of the *Constitution Act, 1867*. As it is my opinion that s. 125 prevents the application of the by-laws to the respondent, it is unnecessary to address the additional arguments 4

Les redevances contestées ont toutes les caractéristiques habituelles d'une «taxe». Elles sont exigibles en vertu de la loi, elles sont imposées sous l'autorité du Parlement, elles sont perçues par un organisme public et elles sont imposées pour une fin d'intérêt public. Il n'y a aucun «rapport» entre le revenu prélevé et le coût de services fournis. À ce titre, elles ne ressemblent pas à des frais d'utilisation ni à quelque autre forme de redevance de nature réglementaire. Je ne suis pas d'accord avec l'argument de l'appelante selon lequel elles sont rattachées à un régime de réglementation, parce qu'il n'existe aucun des indices retenus par notre Cour en droit constitutionnel pour reconnaître un «régime de réglementation». De ce fait, ces redevances doivent être considérées comme étant, de par leur caractère véritable, une «taxation» en vertu du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et donc inapplicables au gouvernement provincial en vertu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Puisque, à mon avis, l'art. 125 empêche l'application des règlements à l'intimée, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments supplémentaires qui ont été soulevés relativement

raised concerning s. 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.

II — Facts

5 The relevant facts of this appeal are not in dispute. Between 1951 and 1978, the respondent acquired eight permits from Her Majesty the Queen in Right of Canada to use and occupy various lands on the Tsinstikeptum Indian Reserves No. 9 and No. 10 in British Columbia. The permits were granted pursuant to s. 28(2) of the *Indian Act* with the consent of the appellant. The respondent held the permits in order to build electric transmission and distribution lines and to provide electrical energy to the residents of the Reserves. In 1990, the appellant passed the *Westbank Indian Band Assessment By-law* ("*1990 Assessment By-law*") and the *Westbank Indian Band Taxation By-law* ("*1990 Taxation By-law*"), pursuant to its authority under s. 83(1)(*a*) of the *Indian Act*. These by-laws were amended in subsequent years, but the relevant provisions remained the same. The appellant passed additional by-laws from 1991 to 1995, and under these by-laws the respondent was assessed $124,527.25 in taxes, penalties, and interest. The respondent refused to pay the assessed taxes, and did not appeal the assessment notices.

6 The appellant brought an action against the respondent to recover the unpaid amount. The respondent counterclaimed for declaratory relief stating that it was not subject to taxation under the by-laws. Both parties brought applications to the Supreme Court of British Columbia for summary judgment under Rule 18A of the *British Columbia Rules of Court*. Summary judgment was granted to the respondent, which was upheld on appeal to the British Columbia Court of Appeal.

à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

II — Les faits

Les faits pertinents du pourvoi ne sont pas contestés. Entre 1951 et 1978, l'intimée a obtenu de Sa Majesté la Reine du chef du Canada huit permis d'utilisation et d'occupation de diverses terres dans les réserves indiennes Tsinstikeptum nº 9 et nº 10 en Colombie-Britannique. Les permis ont été accordés en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* avec le consentement de l'appelante. L'intimée a obtenu les permis afin de construire des lignes de transmission et de distribution électriques pour fournir de l'électricité aux résidants des réserves. En 1990, l'appelante a adopté le *Westbank Indian Band Assessment By-law* («*Règlement d'imposition 1990*») et le *Westbank Indian Band Taxation By-law* («*Règlement de taxation 1990*»), en vertu du pouvoir que lui confère l'al. 83(1)*a*) de la *Loi sur les Indiens*. Ces règlements ont été modifiés au cours des années suivantes, mais les dispositions pertinentes sont demeurées les mêmes. L'appelante a adopté des règlements supplémentaires de 1991 à 1995, et l'intimée a fait l'objet de cotisations s'élevant à 124 527,25 $ en taxes, pénalités et intérêts en vertu de ces règlements. L'intimée a refusé de payer les taxes imposées et n'a pas fait appel des avis de cotisation.

L'appelante a intenté une action contre l'intimée pour recouvrer le montant impayé. L'intimée a présenté une demande reconventionnelle pour obtenir un jugement déclarant qu'elle n'était pas sujette à taxation en vertu des règlements. Les parties ont présenté une demande de jugement sommaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 18A des *British Columbia Rules of Court*. Le jugement sommaire rendu en faveur de l'intimée a été confirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

III — Relevant Constitutional and Statutory Provisions

A. *Constitution Act, 1867*

53. Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

3. The raising of Money by any Mode or System of Taxation.

. . .

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

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

. . .

2. Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes.

. . .

9. Shop, Saloon, Tavern, Auctioneer, and other Licences in order to the raising of a Revenue for Provincial, Local, or Municipal Purposes.

. . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

125. No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation.

III — Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

A. *Loi constitutionnelle de 1867*

53. Tout projet de loi ayant pour objet l'affectation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra prendre naissance à la Chambre des communes.

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

. . .

3. le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation;

. . .

24. les Indiens et les terres réservées aux Indiens;

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

. . .

2. la taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

. . .

9. les licences de boutiques, de cabarets, d'auberges, d'encanteurs et autres licences ou permis en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux, locaux ou municipaux;

. . .

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

125. Aucune terre ou propriété appartenant au Canada ou à une province ne sera sujette à taxation.

B. *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5

28. . . .

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(*a*) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

C. *Westbank Indian Band Taxation By-law* (1990)

2. (1) As provided in this by-law, and for raising revenue for local purposes,

(a) land and interests in land are subject to taxation;

(b) subject to any exemption contained in this by-law, every interest holder of land shall be assessed and taxed on his interest in such land;

D. *Westbank Indian Band Assessment By-law* (1990)

36. (1) Land held or occupied by a municipality or the Crown in Right of the Province of British Columbia, held or occupied by, or on behalf of, a municipality or the Crown in Right of the Province of British Columbia, is, with the improvements on it, liable to assessment under this section, subject to the Constitution Act, S.C.

IV — Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia* (1996), 138 D.L.R. (4th) 362

8 Downs J. held that s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, exempted B.C. Hydro from taxation imposed by the appellant. At trial, the parties agreed that the respondent is an agent of the provincial Crown and that s. 125 applies to agents of

B. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5

28. . . .

(2) Le ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période maximale d'un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

C. *Westbank Indian Band Taxation By-law* (1990)

[TRADUCTION]

2. (1) Comme le prévoit le présent règlement, et en vue de prélever un revenu à des fins locales:

a) les terres et les droits sur celles-ci sont sujets à taxation;

b) sous réserve de toute exemption contenue dans le présent règlement, tout droit sur une terre doit être imposé et taxé entre les mains de son détenteur;

D. *Westbank Indian Band Assessment By-law* (1990)

[TRADUCTION]

36. (1) Sous réserve de la Loi constitutionnelle, toute terre détenue ou occupée par une municipalité ou par la Couronne du chef de la Colombie-Britannique, ou en leur nom, ainsi que toute amélioration sur celle-ci, sont sujettes à imposition en vertu du présent article.

IV — Les instances antérieures

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1996), 138 D.L.R. (4th) 362

Le juge Downs conclut que l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exonère B.C. Hydro des taxes imposées par l'appelante. Au procès, les parties ont admis que l'intimée est un mandataire de la Couronne provinciale et que l'art. 125

the Crown. The appellant argued that s. 125 only confers immunity from taxation imposed under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, and the tax imposed in this case was founded on s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. This argument was also rejected by Downs J., who held that the legislation in pith and substance fell under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. Downs J. distinguished this type of tax from regulatory charges, which would not attract the scrutiny of s. 125.

s'applique aux mandataires de la Couronne. L'appelante soutenait que l'art. 125 ne conférait l'immunité qu'à l'égard des taxes imposées en vertu du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que la taxe imposée en l'espèce était fondée sur le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet argument est également rejeté par le juge Downs, qui conclut que, de par son caractère véritable, cet article relève du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Downs différencie ce genre de taxe des redevances de nature réglementaire, qui ne seraient pas assujetties à l'art. 125.

Downs J. further rejected the appellant's alternative argument that the Westbank by-laws bound the Crown because of s. 17 of the *Interpretation Act*. After reviewing s. 17 of the *Interpretation Act*, Downs J. held that s. 83(1)(*a*) of the *Indian Act* did not expressly bind the Crown, nor would the Band's taxation regime be "wholly frustrated" if the Crown were not bound. Therefore, she held that s. 83(1)(*a*) and the Westbank by-laws were not binding on the provincial Crown by implication.

9 Le juge Downs rejette également l'argument subsidiaire de l'appelante, selon lequel les règlements de Westbank lient la Couronne en raison de l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*. Après examen de cet article, le juge Downs conclut que l'al. 83(1)*a*) de la *Loi sur les Indiens* ne lie pas expressément la Couronne et que le régime de taxation imposé par la bande ne serait pas «privé de toute efficacité» si la Couronne n'était pas liée. Elle en conclut donc que l'al. 83(1)*a*) et les règlements de Westbank ne lient pas la Couronne provinciale.

Related to this issue was the argument that the respondent was bound to accept the burden of the assessment by-law because it accepted the benefit of the permits for the rights of way. Here, Downs J. held that there was no nexus between the permits and the taxes, given that the respondent held the permits long before s. 83 of the *Indian Act* was enacted. Further, the by-law itself expressly stated that it was subject to the *Constitution Act*, and as such, the "benefit/burden" principle did not apply.

10 Était lié à cette question l'argument que l'intimée était tenue d'accepter les obligations prévues par le règlement d'imposition parce qu'elle acceptait l'avantage du droit de passage conféré par les permis. À cet égard, le juge Downs conclut qu'il n'y a aucun lien entre les permis et les taxes, étant donné que l'intimée détenait les permis bien avant l'adoption de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*. De plus, le règlement lui-même indique expressément qu'il est assujetti à la *Loi constitutionnelle*, de sorte que le principe «des avantages et des obligations» ne s'applique pas.

Downs J. also rejected numerous other arguments advanced by the appellant, which either have not been appealed or have been conceded by the appellant before this Court. As such, Downs J. granted the respondent's application for summary judgment.

11 Le juge Downs rejette aussi plusieurs autres arguments de l'appelante que cette dernière n'a pas repris en appel ou auxquels elle a renoncé devant notre Cour. Cela étant, le juge Downs accorde le jugement sommaire demandé par l'intimée.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 154 D.L.R. (4th) 93

12 Writing for the Court, Goldie J.A. found that B.C. Hydro was clearly an agent of the Crown, and held that it "at no time acted in these proceedings other than as an agent of the Crown in right of the Province" (p. 101). As B.C. Hydro was an agent of the provincial Crown, Goldie J.A. then considered the application of s. 125 of the *Constitution Act, 1867*. Having regard to the by-laws' preambles and effects, Goldie J.A. agreed with the trial judge that the by-laws were properly characterized as by-laws to "raise revenue for local purposes". As such, the charges were imposed pursuant to s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, not s. 91(24). Section 91(24) could not allow the federal government "to do indirectly what it could not do directly, namely, tax the Province through its agent for the purpose of raising a revenue" (p. 103). He accordingly dismissed the appeal.

V — Issues

13 On December 1, 1998, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is the Province constitutionally competent to constitute the Respondent, British Columbia Hydro and Power Authority ("B.C. Hydro"), an agent of the Province for the purpose of acquiring and holding interests within exclusive federal jurisdiction, namely an interest in land on an Indian Reserve?

2. If the answer to question 1 is yes, is the interest of B.C. Hydro, an agent of Her Majesty the Queen in Right of British Columbia, in land and improvements located on the reserves ("Reserves") of the Appellant, Westbank First Nation ("Westbank") immune, as a result of the application of s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, from taxation imposed by Westbank pursuant to assessment and taxation by-laws ("By-law") promulgated pursuant to the authority of s. 83(1)(*a*) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5? If so, are such By-laws purporting to impose such taxation *ultra vires*, or inapplicable to B.C. Hydro?

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 154 D.L.R. (4th) 93

Le juge Goldie, au nom de la Cour, conclut que B.C. Hydro est manifestement un mandataire de la Couronne qui, [TRADUCTION] «à aucun moment, n'a agi dans la présente instance à un autre titre que celui de mandataire de la Couronne provinciale» (p. 101). Cela étant, le juge Goldie examine ensuite l'application de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Compte tenu du préambule et des effets des règlements, le juge Goldie, d'accord avec le juge de première instance, conclut qu'ils doivent être qualifiés de règlements visant à «prélever un revenu à des fins locales». En conséquence, les redevances ont été imposées en vertu du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et non pas du par. 91(24). Le paragraphe 91(24) ne pourrait permettre au gouvernement fédéral [TRADUCTION] «de faire indirectement ce qu'il ne pourrait pas faire directement, savoir, imposer une taxe à la province par l'entremise de son mandataire en vue de prélever un revenu» (p. 103). En conséquence, il rejette l'appel.

V — Les questions en litige

Le 1er décembre 1998, le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La province est-elle constitutionnellement habilitée à constituer l'intimée, British Columbia Hydro and Power Authority («B.C. Hydro»), mandataire de la province aux fins d'acquérir et de détenir des droits relevant de la compétence exclusive du fédéral, à savoir un droit immobilier dans une réserve indienne?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le droit de B.C. Hydro, mandataire de Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, sur les terres et les améliorations situées dans les réserves de l'appelante, la Première nation de Westbank («Westbank»), est-il, par application de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, exempté des taxes imposées par Westbank conformément au règlement sur l'évaluation et la taxation («Règlement») pris en application de l'al. 83(1)*a*) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5? Si oui, le Règlement censé imposer de telles taxes est-il *ultra vires* ou inapplicable à B.C. Hydro?

3. If the answer to question 2 is no, does the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, authorize the passing of by-laws imposing taxation on the interests of the Provincial Crown or its agents on Indian reserves? If not, are the By-laws *ultra vires* or inapplicable to the extent that they purport to impose taxation on the interests of B.C. Hydro on the Westbank Reserves?

3. Si la réponse à la deuxième question est négative, la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, autorise-t-elle la prise de règlements administratifs imposant des taxes sur les droits de la couronne provinciale ou de ses mandataires situés dans des réserves indiennes? Dans la négative, le Règlement est-il *ultra vires* ou inapplicable dans la mesure où il vise à imposer des taxes sur les droits de B.C. Hydro situés dans les réserves de Westbank?

At the outset of the hearing before this Court, counsel for the appellant stated that he was "abandoning" his arguments concerning the first constitutional question, and arguments relating to a "commercial activity" exception to s. 125. Although this Court is not bound by these concessions, in my view, it was quite proper for counsel to have abandoned these arguments, which were either not raised in the courts below, or are not necessary to be decided on this appeal. I therefore find it unnecessary to consider these arguments any further.

14 Au début de l'audience devant notre Cour, l'avocat de l'appelante a déclaré «renoncer» à ses arguments relatifs à la première question constitutionnelle et à l'exception de «l'activité commerciale» à l'art. 125. Notre Cour n'est pas liée par ces renonciations, mais j'estime que l'avocat avait raison de le faire puisque ces arguments n'avaient pas été soulevés devant les juridictions inférieures ou n'avaient pas à être tranchés dans le présent pourvoi. Il est inutile, en conséquence, de les examiner.

VI — Analysis

VI — Analyse

The only issue to be determined in this appeal is whether s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, precludes the Westbank First Nation from imposing its taxation and assessment by-laws on B.C. Hydro, an agent of the provincial Crown. To answer this question, it is useful to first understand the underlying purpose of s. 125. It is these constitutional values that inform the constitutional distinction between "taxes" and "regulatory charges", and which explain why s. 125 applies to the former but not the latter. As I explain in this section, the impugned charges are best characterized as taxation by-laws, which are constitutionally inapplicable to the respondent.

15 La seule question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche la Première nation de Westbank d'assujettir à ses règlements de taxation et d'imposition B.C. Hydro, un mandataire de la Couronne provinciale. Pour répondre à cette question, il est utile de comprendre d'abord l'objet sous-jacent de l'art. 125. Ce sont des valeurs constitutionnelles qui fondent la distinction constitutionnelle entre les «taxes» et les «redevances de nature réglementaire», et qui expliquent pourquoi l'art. 125 s'applique aux premières mais pas aux secondes. Comme je l'explique dans cette partie, il y a lieu de qualifier les redevances contestées de règlements de taxation, qui sont inapplicables à l'intimée en vertu de la Constitution.

A. *Section 125 of the Constitution Act, 1867*

A. *L'article 125 de la Loi constitutionnelle de 1867*

Section 125 of the *Constitution Act, 1867* was not originally considered at the Charlottetown Conference in September 1864. It was first tabled by the then Attorney General, Sir John A. Macdonald on October 26, 1864, at the Quebec

16 L'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas ses origines dans la Conférence de Charlottetown de septembre 1864. Il a été présenté pour la première fois par le procureur général de l'époque, sir John A. Macdonald, le 26 octobre 1864, à la

Conference (G. P. Browne, *Documents on the Confederation of British North America* (1969), at p. 88). The motion read: "That no lands or property belonging to the General or Local Governments shall be liable to taxation." Macdonald proposed the section along with a series of other miscellaneous clauses that dealt with the Crown prerogatives, and rights of Crown representatives. The motion was approved without any notable debate, and inserted into the "Miscellaneous" section of the Quebec resolutions, labelled as clause 47. The resolution attracted no scrutiny during the Confederation debates, although it was relocated several times before receiving its final designation of s. 125. The final text of s. 125 read: "No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation."

Conférence de Québec (G. P. Browne, *Documents on the Confederation of British North America* (1969), à la p. 88). La motion proposait: [TRADUCTION] «qu'aucune terre ou propriété appartenant au gouvernement général ou à un gouvernement local ne soit sujette à taxation». Macdonald a proposé cet article parmi une série de dispositions diverses relatives aux prérogatives de la Couronne et aux droits de ses représentants. La motion a été approuvée sans débat digne de mention et a été insérée dans la section «Divers» des résolutions de Québec, sous l'art. 47. La résolution n'a pas attiré l'attention pendant les débats sur la Confédération, bien qu'elle ait été déplacée plusieurs fois avant de recevoir sa désignation finale d'art. 125. Le texte définitif de l'art. 125 se lisait: «Aucune terre ou propriété appartenant au Canada ou à une province ne sera sujette à taxation.»

17 The section is one of the tools found in the Constitution that ensures the proper functioning of Canada's federal system. It grants to each level of government sufficient operational space to govern without interference. It is founded upon the concept that imposing a tax on a level of government may significantly harm the ability of that government to exercise its constitutionally mandated governmental functions. In *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), at p. 431, Marshall C.J. explained this concept as follows:

Cet article est un des moyens prévus par la Constitution pour assurer le bon fonctionnement du système fédéral canadien. Il donne à chaque palier de gouvernement suffisamment d'espace opérationnel pour gouverner sans intervention externe. Il est fondé sur l'idée que l'imposition d'une taxe à un palier de gouvernement peut nuire considérablement à la capacité de ce gouvernement d'exercer les fonctions que la Constitution lui confère. Dans *M'Culloch c. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), à la p. 431, le juge en chef Marshall a expliqué ainsi cette notion:

> That the power to tax involves the power to destroy; that the power to destroy may defeat and render useless the power to create; that there is plain repugnance, in conferring on one government a power to control the constitutional measures of another, which other, with respect to those very measures, is declared to be supreme over that which exerts the control, are propositions not to be denied.

> [TRADUCTION] Que le pouvoir de taxer comporte le pouvoir de détruire; que le pouvoir de détruire peut enrayer et annihiler le pouvoir de créer; qu'il y a une répugnance manifeste à conférer à un gouvernement un pouvoir de contrôle sur les mesures constitutionnelles d'un autre, cet autre qui, relativement à ces mesures mêmes, est déclaré suprême par rapport à celui qui exerce le contrôle; il s'agit de propositions qu'on ne peut écarter.

In *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, the majority of this Court referred to these statements at p. 1056, explaining at p. 1065 that "s. 125 is plainly intended to prevent inroads, by way of taxation, upon the property of one level of government, by another level of government".

Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, à la p. 1056, notre Cour, à la majorité, fait allusion à cet énoncé, et explique, à la p. 1065, que «l'art. 125 a manifestement pour objet d'empêcher un palier de gouvernement d'empiéter, par voie de taxation, sur les biens d'un autre palier de gouvernement».

While Canadian federalism requires some separation between each level of government, this rule is not absolute. Canada's federal system is a flexible one, and the Constitution does not create "enclaves" around federal or provincial actors. As Dickson C.J. explained in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18, "[t]he history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers" (see also Dickson C.J.'s comments in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 669). Flexible federalism demands protection from taxation, but not from all forms of charges, when the charges are levied in support of other regulatory objectives within the competence of the taxing authority.

Si le fédéralisme canadien exige une certaine séparation entre chaque palier de gouvernement, cette règle n'est pas absolue. Le système fédéral canadien est souple, et la Constitution ne crée pas d'«enclaves» autour des acteurs fédéraux et provinciaux. Comme l'expliquait le juge en chef Dickson dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 18, «[h]istoriquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux» (voir également les observations faites par le juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 669). Le fédéralisme souple requiert une protection contre la taxation, mais pas contre toutes les formes de redevances, lorsque les redevances sont prélevées pour d'autres fins de nature réglementaire relevant de la compétence de l'autorité taxatrice. 18

While the primary constitutional value served by s. 125 is federalism, it also secondarily advances the constitutional value of democracy. As this Court recently explained in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, at para. 30, the Canadian Constitution (through the operation of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*) demands that there should be no taxation without representation. In other words, individuals being taxed in a democracy have the right to have their elected representatives debate whether their money should be appropriated, and determine how it should be spent. Intergovernmental taxation is prohibited, in part, because one group of elected representatives should not be allowed to decide how taxes levied under and within the authority of another group of elected representatives should be spent. At the same time, governments are not immune from paying user fees, such as water rates, in part because the government can choose whether to use the service, and the money charged is spent solely on providing that service: *Attorney General of Canada v. City of Toronto* (1892), 23 S.C.R. 514; *Attorney-General of Canada v. Registrar of Titles*, [1934] 4 D.L.R. 764 (B.C.C.A.), at pp. 771-72. In this way, imposing a user fee is more like charging a fee for

Bien que la première valeur constitutionnelle soutenue par l'art. 125 soit le fédéralisme, cet article favorise aussi, de façon secondaire, la valeur constitutionnelle que constitue la démocratie. Notre Cour a expliqué récemment dans l'arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, au par. 30, que la Constitution canadienne (par l'application de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) exige qu'il n'y ait aucune taxation sans représentation. En d'autres termes, les personnes assujetties à la taxation dans une démocratie ont droit à ce que leurs représentants élus débattent des questions de savoir si cet argent devrait être prélevé et comment il devrait être dépensé. La taxation entre gouvernements est interdite en partie parce qu'il ne devrait pas être permis à un groupe de représentants élus de décider comment devraient être dépensées des taxes qu'un autre groupe de représentants élus a prélevées dans le cadre de son autorité. Par ailleurs, les gouvernements ne sont pas exonérés du paiement de frais d'utilisation, comme la taxe d'eau, en partie parce que le gouvernement peut choisir d'utiliser le service ou non, et parce que le montant prélevé est dépensé uniquement pour fournir ce service: *Attorney General of Canada c. City of Toronto* 19

a merchantable commodity than imposing any form of taxation.

20 These principles, and the guiding structure of the Constitution, are as applicable to Indian Band Councils exercising the right of taxation authorized by s. 83 of the *Indian Act* as they are to the federal and provincial levels of government. The exercise of governmental powers in Canada, by any level of government, must be done in accordance with the constitutional framework of the country. This constitutional framework includes the prohibition contained in s. 125 against taxing another level of government.

B. *Regulatory Charges Distinguished from Taxes*

21 The natural starting point for characterizing a governmental levy is this Court's decision in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, at pp. 362-63. In that case, Duff J., as he then was, explained that the impugned charges in that case were taxes because they were: (1) enforceable by law, (2) imposed under the authority of the legislature, (3) imposed by a public body, and (4) intended for a public purpose. Duff J. also noted that the charges there were compulsory, and affected a large number of people.

22 These indicia of "taxation" were recently adopted by this Court in *Eurig Estate*, *supra*, at para. 15. Major J., writing for the majority of this Court, added another possible factor to consider when characterizing a governmental levy, stating at para. 21 that "[a]nother factor that generally distinguishes a fee from a tax is that a nexus must exist between the quantum charged and the cost of the service provided". This was a useful development, as it helps to distinguish between taxes and user fees, a subset of "regulatory charges".

(1892), 23 R.C.S. 514; *Attorney-General of Canada c. Registrar of Titles*, [1934] 4 D.L.R. 764 (C.A.C.-B.), aux pp. 771 et 772. En ce sens, les frais d'utilisation ressemblent plutôt à un prix exigé pour des produits commercialisables qu'à une forme de taxation.

Ces principes et le cadre directeur de la Constitution s'appliquent autant aux conseils des bandes indiennes qui exercent leur droit de taxation que leur confère l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens* qu'aux paliers fédéral et provinciaux de gouvernement. Au Canada, les pouvoirs de tout palier de gouvernement doivent être exercés conformément au cadre constitutionnel du pays. Ce cadre constitutionnel comprend l'interdiction, prévue par l'art. 125, d'imposer des taxes à un autre palier de gouvernement.

B. *La distinction entre les taxes et les redevances de nature réglementaire*

Le point de départ naturel en matière de qualification des prélèvements gouvernementaux est l'arrêt de notre Cour *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357, aux pp. 362 et 363. Dans cet arrêt, le juge Duff, plus tard Juge en chef, a expliqué que les redevances contestées étaient des taxes parce qu'elles étaient: (1) exigibles en vertu de la loi, (2) imposées sous l'autorité de la législature, (3) imposées par un organisme public, (4) pour une fin d'intérêt public. Le juge Duff a également souligné que les redevances en cause étaient obligatoires et touchaient un grand nombre de personnes.

Ces indicateurs d'une «taxation» ont récemment été adoptés par notre Cour dans *Succession Eurig*, précité, au par. 15. Le juge Major, pour la majorité de la Cour, a ajouté un autre élément possible pour qualifier un prélèvement gouvernemental, disant au par. 21 qu'«[i]l est un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d'une taxe: il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni». Il s'agit d'une précision utile, car elle aide à faire la distinction entre les taxes et les frais d'utilisation qui sont un sous-ensemble des «redevances de nature réglementaire».

A distinction is made between simple "taxation" and "regulation", or what has elsewhere been described as "regulatory charges": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 30-28; J. E. Magnet, *Constitutional Law of Canada* (7th ed. 1998), vol. 1, at p. 481; G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981). The distinction between taxes, on the one hand, and regulatory charges, on the other, was highlighted by the majority of this Court in *Re Exported Natural Gas Tax*, *supra*, at pp. 1055, 1070, 1072 and 1075. In that case, the majority explained at p. 1070 that a tax is to be distinguished from a "levy [imposed] primarily for regulatory purposes, or as necessarily incidental to a broader regulatory scheme".

On fait une distinction entre la simple «taxation» et la «réglementation», ou ce qui a été décrit comme des «redevances de nature réglementaire»: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, à la p. 30-28; J. E. Magnet, *Constitutional Law of Canada* (7e éd. 1998), vol. 1, à la p. 481; G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2e éd. 1981). La distinction entre, d'une part, les taxes et, d'autre part, les redevances de nature réglementaire, a été mise en évidence par une majorité de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, aux pp. 1055, 1070, 1072 et 1075. Dans cette affaire, les juges majoritaires ont expliqué, à la p. 1070, qu'il fallait faire une distinction entre une taxe et une «taxe [imposée] essentiellement à des fins de réglementation ou [. . .] indissociable d'une réglementation plus générale». 23

It goes without saying that in order for charges to be imposed for regulatory purposes, or to otherwise be "necessarily incidental to a broader regulatory scheme", one must first identify a "regulatory scheme". Certain indicia have been present when this Court has found a "regulatory scheme". The factors to consider when identifying a regulatory scheme include the presence of: (1) a complete and detailed code of regulation; (2) a specific regulatory purpose which seeks to affect the behaviour of individuals; (3) actual or properly estimated costs of the regulation; and (4) a relationship between the regulation and the person being regulated, where the person being regulated either causes the need for the regulation, or benefits from it. This is only a list of factors to consider; not all of these factors must be present to find a regulatory scheme. Nor is this list of factors exhaustive.

Il va sans dire que, pour que des redevances soient imposées à des fins de réglementation ou qu'elles soient «indissociable[s] d'une réglementation plus générale», il faut d'abord identifier un «régime de réglementation». Lorsque notre Cour a conclu à l'existence d'un «régime de réglementation», certains indices étaient présents. Les facteurs à examiner pour identifier un régime de réglementation comportent: (1) l'existence d'un code de réglementation complet et détaillé; (2) un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels; (3) des coûts réels ou dûment estimés de la réglementation; (4) un lien entre la réglementation et la personne qui fait l'objet de la réglementation, cette personne bénéficiant de la réglementation ou en ayant créé le besoin. Il ne s'agit que d'une liste de facteurs à examiner; il n'est pas nécessaire qu'ils soient tous présents pour conclure à l'existence d'un régime de réglementation. La liste n'est pas exhaustive non plus. 24

The first factor to consider is the nature of the purported regulation itself. Regulatory schemes are usually characterized by their complexity and detail. In *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, at p. 409, the regulatory scheme there was described as a "complete and detailed code for the regulation of the gravel

Le premier facteur à examiner est la nature de la réglementation elle-même. Les régimes de réglementation sont habituellement caractérisés par leur complexité et leur niveau de détail. Dans l'arrêt *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, à la p. 409, le régime de réglementation avait été décrit comme un «code 25

and soil extraction and removal trade". In *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, at para. 28, the charge was described as part of a "complex regulatory framework governing land development". And, in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, *supra*, at p. 676, the *Combines Investigation Act* was described as "a complex scheme of economic regulation".

complet et détaillé de réglementation du commerce d'extraction et d'enlèvement de gravier et de terre». Dans *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, au par. 28, le prélèvement a été considéré comme faisant partie d'un «cadre complexe de réglementation de l'aménagement foncier». Et, dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, à la p. 676, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a été décrite comme «un système de réglementation économique complexe».

26 A regulatory scheme will have a defined regulatory purpose. A purpose statement contained in the legislation may provide assistance to the court in this regard. Professor Magnet, *supra*, at p. 459, correctly explains that a regulatory scheme usually "delineates certain required or prohibited conduct". For example, in *Re Exported Natural Gas Tax*, *supra*, at p. 1075, the levy there was held to not be a regulatory charge because "the tax belies any purpose of modifying or directing the allocation of gas to particular markets. Nor does the tax purport to regulate who distributes gas, how the distribution may occur, or where the transactions may occur". In sum, a regulatory scheme must "regulate" in some specific way and for some specific purpose.

Un régime de réglementation a un objet de réglementation précis. Un énoncé de l'objet contenu dans la loi peut aider la cour à cet égard. Dans son ouvrage précité, à la p. 459, le professeur Magnet explique avec raison que, de façon générale, un régime de réglementation [TRADUCTION] «circonscrit un mode de comportement précis qui est exigé ou interdit». Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, à la p. 1075, on a conclu que le prélèvement en cause n'était pas de nature réglementaire parce que «[l]a portée même de la taxe la rend incompatible avec toute intention de modifier ou de régir la distribution du gaz sur des marchés précis. La taxe n'a pas non plus pour effet de déterminer qui peut distribuer le gaz, comment la distribution peut s'effectuer ou l'endroit où les opérations peuvent avoir lieu». En somme, un régime de réglementation doit «réglementer» d'une certaine façon et dans un certain but.

27 Regulatory schemes usually involve expenditures of funds on costs which are either known, or properly estimated. In the indirect tax cases, evidence was provided demonstrating how the revenues would be used and how the regulatory costs of the scheme were estimated. In *Ontario Home Builders'*, *supra*, at para. 55, the charge levied was "meticulous in its detail" and "clearly operate[d] so as to limit recoupment to the actual costs". In *Allard*, *supra*, evidence was led by city officials demonstrating the actual costs of annual road repair, based on estimates from similar repairs in the municipality. In both cases, there was a fairly

Les régimes de réglementation comportent habituellement des dépenses fondées sur des coûts connus ou dûment évalués. Dans les affaires de taxation indirecte, la preuve produite montrait comment les revenus devaient être utilisés et comment les coûts du régime de réglementation étaient évalués. Dans *Ontario Home Builders*, précité, au par. 55, la redevance avait été établie «de façon méticuleuse» et «vis[ait] manifestement à limiter le recouvrement aux coûts réels». Dans *Allard*, précité, les fonctionnaires municipaux ont présenté des preuves relatives au coût annuel réel de la réfection des routes, qui avait été estimé à partir de

close "nexus" between the estimated costs and the revenues raised through the regulatory scheme.

Finally, the individual subject to the regulatory charge will usually either benefit from the regulation, or cause the need for the regulation: Magnet, *supra*, at p. 459. In *Allard*, *supra*, the gravel trucks caused the need for the repair to the roads; in *Ontario Home Builders'*, *supra*, the developers and the new home-owners caused the need for the new schools. In both cases the individuals being charged also benefited from the regulation.

A regulatory charge may exist to defray the expenses of the regulatory scheme, as was the case in *Allard* or *Ontario Home Builders'*, or the regulatory charges themselves may be the means of advancing a regulatory purpose. In *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1922), 64 S.C.R. 377 ("*Johnnie Walker*" case) (aff'd [1924] A.C. 222), this Court explained that customs duties were the method of advancing the regulatory purpose of encouraging the importation of certain products, and discouraging the importation of others. Anglin J., at p. 387, explained that customs duties "are, it seems to me, something more" than simple taxation. As with customs duties, other types of charges may proscribe, prohibit, or lend preferences to certain conduct with the view of changing individual behaviour. A per-tonne charge on landfill waste may be levied to discourage the production of waste: *Re Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992*, [1996] O.M.B.D. No. 553 (QL). A deposit-refund charge on bottles may encourage recycling of glass or plastic bottles: *Cape Breton Beverages Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 536 (N.S.S.C.) (aff'd (1997), 151 D.L.R. (4th) 575 (N.S.C.A.), leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. vii).

coût de réparations similaires effectuées dans la municipalité. Dans ces deux affaires, il y avait un «rapport» assez étroit entre les coûts estimés et les revenus produits au moyen du régime de réglementation.

Enfin, la personne assujettie à la redevance de nature réglementaire bénéficie généralement de la réglementation ou crée le besoin de réglementation: Magnet, *op. cit.*, à la p. 459. Dans *Allard*, précité, les camions de gravier avaient causé le besoin de réparer les routes; dans *Ontario Home Builders*, précité, les promoteurs et les nouveaux propriétaires de maison avaient causé le besoin de nouvelles écoles. Dans les deux cas, les personnes visées par la redevance bénéficiaient aussi de la réglementation. 28

Une redevance de nature réglementaire peut servir à couvrir les dépenses du régime de réglementation, comme dans les affaires *Allard* et *Ontario Home Builders*, ou les redevances de nature réglementaire elles-mêmes peuvent favoriser l'atteinte de l'objet de la réglementation. Dans *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada* (1922), 64 R.C.S. 377 (l'arrêt «*Johnnie Walker*») (conf. par [1924] A.C. 222), notre Cour a expliqué que les droits de douane étaient un moyen de réaliser l'objet de la réglementation, qui était de favoriser l'importation de certains produits et de défavoriser l'importation de certains autres. Le juge Anglin explique, à la p. 387, que les droits de douane [TRADUCTION] «sont, à mon avis, plus» qu'une simple taxation. Comme dans le cas des droits de douane, d'autres types de redevances peuvent proscrire, interdire ou favoriser certaines conduites en vue de modifier des comportements individuels. Une redevance par tonne de déchets pour les sites d'enfouissement peut servir à décourager la production de déchets: *Re Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992*, [1996] O.M.B.D. No. 553 (QL). Une consigne remboursable peut favoriser le recyclage de bouteilles de verre et de plastique: *Cape Breton Beverages Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 536 (C.S.N.-É.) (conf. par (1997), 151 D.L.R. (4th) 575 (C.A.N.-É.), autorisation d'appel rejetée, [1997] 3 R.C.S. vii). 29

30 In all cases, a court should identify the primary aspect of the impugned levy. This was the underlying current of the earlier cases on s. 125, which focussed on the "pith and substance" of the charge: "*Johnnie Walker*" case, *supra*; *Re Exported Natural Gas Tax*, *supra*. Although in today's regulatory environment, many charges will have elements of taxation and elements of regulation, the central task for the court is to determine whether the levy's primary purpose is, in pith and substance: (1) to tax, i.e., to raise revenue for general purposes; (2) to finance or constitute a regulatory scheme, i.e., to be a regulatory charge or to be ancillary or adhesive to a regulatory scheme; or (3) to charge for services directly rendered, i.e., to be a user fee.

Dans tous les cas, le tribunal doit identifier la caractéristique principale du prélèvement contesté. Tel était le raisonnement sous-jacent aux arrêts antérieurs portant sur l'art. 125, qui mettaient l'accent sur le «caractère véritable» de la redevance: arrêt «*Johnnie Walker*»; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précités. Même si, dans l'environnement réglementaire d'aujourd'hui, plusieurs redevances comportent des éléments de taxation et des éléments de réglementation, la tâche essentielle du tribunal est de déterminer si, de par son caractère véritable, l'objet principal du prélèvement est: (1) de taxer, c.-à-d., percevoir des revenus à des fins générales; (2) de financer ou de créer un régime de réglementation, c.-à-d., être une redevance de nature réglementaire ou être accessoire ou rattaché à un régime de réglementation; ou, (3) de recevoir paiement pour des services directement rendus, c.-à-d., être des frais d'utilisation.

C. *Section 125 Treatment of Taxes, User Fees, and Regulatory Charges*

C. *L'article 125 et les taxes, frais d'utilisation et redevances de nature réglementaire*

31 Section 125 applies only to taxes properly enacted under s. 91(3) or 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. As this Court explained in *Re Exported Natural Gas Tax*, at p. 1068, s. 125 does not purport to affect activities of government other than taxation. Consequently, the section will not usually apply to user fees, for they cannot be considered to be "taxation" in the constitutional meaning of the word, as developed above: *City of Toronto*, *supra*; *Minister of Justice v. City of Levis*, [1919] A.C. 505; *Registrar of Titles*, *supra*. In particular, it is difficult to say that payment of charges for such merchantable commodities are "compulsory" or are used for a "public purpose": *Registrar of Titles*, *supra*, at pp. 771-72; *Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City)* (1999), 43 O.R. (3d) 673 (Sup. Ct.), at p. 683. However, some services may be so essential that although in theory it is not compulsory to pay for the services, in reality it is: *City of Levis*, *supra*, at p. 513; *Eurig Estate*, *supra*, at para. 17.

L'article 125 s'applique uniquement aux taxes dûment édictées en vertu du par. 91(3) ou du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme notre Cour l'a expliqué dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, à la p. 1068, l'art. 125 ne vise pas d'activité gouvernementale autre que la taxation. Par conséquent, l'article ne s'applique généralement pas aux frais d'utilisation, car ils ne peuvent pas être considérés comme de la «taxation» au sens où l'entend la Constitution, comme je l'ai expliqué précédemment: *City of Toronto*, précité; *Minister of Justice c. City of Levis*, [1919] A.C. 505; *Registrar of Titles*, précité. En particulier, il est difficile de dire que le paiement de redevances pour de tels produits commercialisables, est «obligatoire» ou vise une «fin d'intérêt public»: *Registrar of Titles*, précité, aux pp. 771 et 772; *Urban Outdoor Trans Ad c. Scarborough (City)* (1999), 43 O.R. (3d) 673 (C.S.), à la p. 683. Toutefois, certains services peuvent être si essentiels que même si, en théorie, ces services ne sont pas obligatoires, ils le sont en fait: *City of Levis*, à la p. 513; *Succession Eurig*, précité, au par. 17.

Nor does s. 125 apply to other types of regulatory charges, as I have described them above. Where a charge itself is the mechanism for advancing a regulatory purpose, such as a charge that encourages or discourages certain types of behaviour, or where a charge is "ancillary or adhesive to a regulatory scheme" which may be used to defray the costs of that scheme, then they will usually be applicable to the other order of government. As the majority of the Court explained in *Re Exported Natural Gas Tax*, *supra*, at p. 1070:

If the primary purpose is the raising of revenue for general federal purposes then the legislation falls under s. 91(3) and the limitation in s. 125 is engaged. If, on the other hand, the federal government imposes a levy primarily for regulatory purposes, or as necessarily incidental to a broader regulatory scheme, such as the "adjustment levies" considered in *Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act, R.S.C. 1970, s. A-7 et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1198 or the unemployment insurance premiums in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, then the levy is not in pith and substance "taxation" and s. 125 does not apply.

By protecting each level of government from taxation, but not from other types of regulatory charges, the Constitution accords a degree of operational space to the governments in a manner which best advances the goals of Canada's flexible federalism. It is with these concepts in mind that I now turn to the governmental levy at issue in this case.

D. *Characterization of the Westbank First Nation Taxation By-laws*

There is no question that these levies apply to the "Lands or Property" of the Crown agent. However, the parties disagree as to whether the Court of Appeal was correct in describing these by-laws as "taxation", founded upon s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. In my view, the Court of Appeal and the trial court below were both correct in

L'article 125 ne s'applique pas non plus à d'autres types de redevances de nature réglementaire décrites précédemment. Lorsque le prélèvement lui-même est le mécanisme qui favorise l'objet de la réglementation, telle une redevance qui encourage ou décourage certains types de comportement, ou lorsque le prélèvement «accessoire ou rattaché à un régime de réglementation» peut être utilisé pour couvrir les coûts de ce régime, il sera alors généralement applicable à l'autre palier de gouvernement. Les juges majoritaires de notre Cour s'en expliquent dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, à la p. 1070: 32

Si elle a comme objet principal de produire des revenus à des fins fédérales générales, alors elle relève du par. 91(3) et la restriction de l'art. 125 s'applique. Si, par contre, le gouvernement fédéral établit une taxe essentiellement à des fins de réglementation ou si cette taxe est indissociable d'une réglementation plus générale, comme c'est le cas des «contributions d'ajustement» dont il est question dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-7 et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1198, ou des primes d'assurance-chômage dans l'affaire *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, il ne s'agit pas véritablement de «taxation» et l'art. 125 ne s'applique pas.

En protégeant chaque palier de gouvernement contre la taxation, mais pas contre les autres types de redevances de nature réglementaire, la Constitution leur confère un certain espace opérationnel d'une manière qui favorise le mieux les objectifs du fédéralisme souple au Canada. C'est en fonction de ces notions que j'examine maintenant le prélèvement gouvernemental en cause. 33

D. *La caractérisation des règlements de taxation de la Première nation de Westbank*

Il ne fait aucun doute que ces prélèvements s'appliquent à la «terre ou propriété» du mandataire de la Couronne. Toutefois, les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de qualifier ces règlements de règlements de «taxation» fondés sur le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis d'avis que la 34

describing these by-laws as imposing "taxation" within the meaning of s. 125.

35 The charges imposed by Westbank bear all of the hallmarks of "taxation". The charges here are enforceable by law. Failure to comply with the by-law can result in all services provided by the Band being cancelled (*1990 Taxation By-law*, s. 8(1); *Westbank Indian Band Property Taxation Bylaw* (1994) ("*1994 Property Taxation By-law*"), s. 8(1)). The taxes form a lien on the property (*1990 Taxation By-law*, s. 41(1); *1994 Property Taxation By-law*, s. 28). The Band can recover the taxes by distress (*1990 Taxation By-law*, s. 46(1); *1994 Property Taxation By-law*, s. 30), forfeiture (*1990 Taxation By-law*, s. 49; *1994 Property Taxation By-law*, s. 35), or by court action (*1990 Taxation By-law*, s. 45; *1994 Property Taxation By-law*, s. 36). The taxes are as compulsory as any municipal tax on land or interests in land.

36 The impugned charges are imposed under the authority of the legislature and levied by a public body. The by-laws are imposed pursuant to the power conferred by s. 83 of the *Indian Act*. The taxes are levied by the Band Council, under its conferred authority, and are approved by the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

37 The charges are levied for a public purpose. In this case, the public purpose is for general Band governance. Section 2(1) of the *1990 Taxation By-law* and the *1994 Property Taxation By-law* state that the levies are "for raising a revenue for local purposes". As Lamer C.J. explained in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 43, the purposes of these taxes are "to promote the interests of Aboriginal peoples and to further the aims of self-government". Thus, as the Chief Justice pointed out (at para. 43), the taxes here are "more ambitious" than simple taxation. However, the existence of this secondary purpose does not remove these taxes from the head of

Cour d'appel et le tribunal de première instance ont eu raison de considérer que ces règlements imposaient une «taxation» au sens de l'art. 125.

Les redevances imposées par Westbank ont toutes les caractéristiques de la «taxation». En l'espèce, les redevances sont exigées par la loi. Le non-respect des règlements peut mener à l'interruption de tous les services fournis par la bande (*Règlement de taxation 1990*, par. 8(1); *Westbank Indian Band Property Taxation Bylaw* (1994) («*Règlement de 1994 sur l'impôt foncier*»), par. 8(1)). Les taxes constituent une charge grevant l'immeuble (*Règlement de taxation 1990*, par. 41(1); *Règlement de 1994 sur l'impôt foncier*, art. 28). La bande peut recouvrer les taxes par saisie-gagerie (*Règlement de taxation 1990*, par. 46(1); *Règlement de 1994 sur l'impôt foncier*, art. 30), par déchéance (*Règlement de taxation 1990*, art. 49; *Règlement de 1994 sur l'impôt foncier*, art. 35), ou par voie d'action en justice (*Règlement de taxation 1990*, art. 45; *Règlement de 1994 sur l'impôt foncier*, art. 36). Les taxes sont aussi obligatoires que toute taxe municipale sur un immeuble ou sur un intérêt foncier.

Les redevances contestées sont imposées sous l'autorité du législateur et perçues par un organisme public. Les règlements sont pris en vertu de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*. Les taxes sont prélevées par le conseil de la bande, en vertu de ses pouvoirs attribués, et sont approuvées par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

Les redevances sont prélevées pour une fin d'intérêt public, en l'espèce, la gestion générale des affaires de la bande. Le paragraphe 2(1) du *Règlement de taxation 1990* et le *Règlement de 1994 sur l'impôt foncier* prévoient que les prélèvements visent à [TRADUCTION] «prélever un revenu à des fins locales». Comme le juge en chef Lamer l'explique dans *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au par. 43, ces taxes visent «à mieux servir les intérêts des peuples autochtones et à favoriser la réalisation de leur autonomie gouvernementale». Ainsi, comme le souligne le Juge en chef (au par. 43), les taxes en l'espèce sont «plus ambitieu[ses]» qu'un simple

power under which s. 83 is founded — s. 91(3). Indeed, while the intention of Parliament in enacting s. 83 may have been to advance self-government, that does not mean that this is the specific purpose of the taxes themselves. Here, the specific purpose of these taxes is to simply raise revenue, to be brought into the discretionary spending accounts of the Band. No evidence has been brought demonstrating that these charges have a secondary purpose of discouraging or encouraging any behaviour of the respondent, nor have any other regulatory purposes been demonstrated.

The appellant has also not demonstrated that these charges form a nexus with any regulatory costs such as to bring it into the type of charge contemplated by *Allard*, *supra*, and *Ontario Home Builders'*, *supra*. The charge forms no part of a regulatory scheme. Although the *Indian Act* is legislation in relation to Indian land, this is insufficient to meet the requirements for a "regulatory scheme" in the constitutional sense. There is insufficient evidence demonstrating that the charge is attached to any "complete and detailed code"; nor can it be said that this forms part of a "complex regulatory framework". There are no costs of a regulatory scheme identified. Westbank does not seek to alter B.C. Hydro's behaviour in any way. B.C. Hydro has not caused the need for any regulation, to which the charges adhere. Nor does it benefit from any regulation provided. In summary, these charges do not "regulate" in any sense of the word, and they are not attached to any scheme which does.

I am also not convinced that there is any significance that can be attached to the fact that the charges are levied "for local purposes", as opposed to charges which raise revenue for the federal Consolidated Revenue Fund. In *Eurig Estate*, *supra*, para. 20, the charge was directed to the "court administration in general", as opposed to the general expenses of the province, and yet this was still

régime de taxation. Toutefois, l'existence de cet objet secondaire n'exclut pas ces taxes du chef de compétence sur lequel l'art. 83 est fondé — le par. 91(3). En effet, si le Parlement avait l'intention de favoriser l'autonomie gouvernementale lorsqu'il a adopté l'art. 83, cela ne signifie pas pour autant que tel est l'objet précis des taxes elles-mêmes. En l'espèce, l'objet précis de ces taxes est simplement de produire un revenu qui sera versé dans les comptes de dépenses discrétionnaires de la bande. Rien dans la preuve soumise n'indique que ces redevances ont pour objet secondaire de décourager ou de favoriser quelque comportement que ce soit de la part de l'intimée, et aucun autre objet de réglementation n'a été établi.

38 L'appelante n'a pas démontré non plus que ces redevances se rattachent à des coûts de réglementation, comme dans le cas des redevances en question dans les arrêts *Allard* et *Ontario Home Builders*, précités. Les redevances ne font pas partie d'un régime de réglementation. Bien que la *Loi sur les Indiens* soit une loi relative aux terres des Indiens, cela ne suffit pas pour établir l'existence d'un «régime de réglementation» au sens constitutionnel. La preuve est insuffisante pour démontrer que les redevances sont rattachées à un «code complet et détaillé», ou qu'elles font partie d'un «cadre complexe de réglementation». Aucun coût lié à un régime de réglementation n'est identifié. La bande de Westbank ne cherche pas à modifier le comportement de B.C. Hydro de quelque façon que ce soit. B.C. Hydro n'a causé le besoin d'aucun des règlements auxquels les redevances sont rattachées. Elle ne bénéficie pas non plus de la réglementation. En bref, ces redevances ne «réglementent» pas, sous aucun sens de ce terme, et ne sont pas rattachées à un régime qui le fait.

39 Je ne suis pas convaincu non plus que l'on puisse accorder de l'importance au fait que les redevances sont prélevées «à des fins locales», par opposition à des redevances qui produisent un revenu pour le Fonds consolidé du revenu fédéral. Dans *Succession Eurig*, précité, au par. 20, les redevances étaient prélevées pour les fins de l'«administration des tribunaux en général», plutôt

held to be a tax. As in *Eurig Estate*, *supra*, at paras. 18-23, here there is only a loose, if any, relationship between the charge and any costs. I agree with the Attorney General of British Columbia's submissions that the Constitution demands more precision in order to oust the operation of s. 125.

40 None of the foregoing suggests that Westbank is constitutionally incapable of levying properly authorized regulatory charges or user fees on B.C. Hydro. In this regard, I note that the authorizing by-laws and the agreements entered into between B.C. Hydro and Westbank allow for the payment of regulatory charges in a manner which complies with the Constitution. Section 36(1) of the *1990 Assessment By-law* states that land held on behalf of the Crown shall be "liable to assessment under this section, subject to the Constitution Act, S.C." (emphasis added). Section 125 was thus contemplated. In addition, clause 2 of the July 22, 1960 agreement between B.C. Hydro and the Crown, for example, states that B.C. Hydro "shall pay all charges, taxes, rates and assessments whatsoever which shall during the continuance of the rights hereby granted be due and payable or be expressed to be due and payable in respect of the said lands". Although this clause refers to "taxes", these must be interpreted to refer to those taxes authorized under the Constitution, as explicitly provided by the by-law, such as provincial taxes, which the province can levy on one of its agents: La Forest, *supra*, at pp. 182-83; P. Lordon, *Crown Law* (1991), at pp. 487-88. The remainder of this clause provides for the payment of all charges and levies constitutionally applicable to B.C. Hydro. The impugned tax simply is not one of those types of charges. For these reasons, the appeal must fail.

41 As it is my opinion that s. 125 renders these taxation by-laws inapplicable to the respondent, it is

que pour celles des dépenses générales de la province, ce qui n'a pas empêché qu'elles soient considérées comme une taxe. Comme dans *Succession Eurig*, aux par. 18 à 23, il n'y a, en l'espèce, qu'une relation ténue, si relation il y a, entre les redevances et les coûts. Je suis d'accord avec le procureur général de la Colombie-Britannique que la Constitution exige plus de précision pour que soit écartée l'application de l'art. 125.

Rien dans ce qui précède n'indique que la bande de Westbank n'a pas le pouvoir, en vertu de la Constitution, d'imposer des redevances de nature réglementaire ou des frais d'utilisation valides à B.C. Hydro. À ce sujet, je remarque que les règlements habilitants et les conventions conclues entre B.C. Hydro et la bande de Westbank permettent le paiement de redevances de nature réglementaire d'une manière conforme à la Constitution. Le paragraphe 36(1) du *Règlement d'imposition 1990* prévoit que les terres détenues au nom de la Couronne sont [TRADUCTION] «sujettes à imposition en vertu du présent article, sous réserve de la Loi constitutionnelle» (je souligne). On a donc tenu compte de l'art. 125. En outre, la clause 2 de la convention du 22 juillet 1960 entre B.C. Hydro et la Couronne, par exemple, prévoit que B.C. Hydro [TRADUCTION] «paiera toute redevance, toute taxe, tout tarif et tout impôt foncier qui seront, pendant la durée des droits conférés par la présente, dus et payables ou indiqués comme étant dus et payables relativement à ces terres». Bien que cette disposition parle de «taxes», il faut l'interpréter comme visant les taxes autorisées par la Constitution, comme cela est expressément prévu dans le règlement, telles les taxes provinciales que la province peut imposer à l'un de ses mandataires: La Forest, *op. cit.*, aux pp. 182 et 183; P. Lordon, *Crown Law* (1991), aux pp. 487 et 488. Le restant de cette disposition prévoit le paiement des redevances et des prélèvements constitutionnellement imposables à B.C. Hydro. La taxe contestée n'est tout simplement pas une redevance de cette nature. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Comme je suis d'avis que l'art. 125 rend ces règlements de taxation inapplicables à l'intimée, il

unnecessary to answer the third question framed by the Chief Justice.

VII — Summary

Section 125 of the *Constitution Act, 1867*, advances the goals of federalism and democracy by according a degree of operational space to each level of government, free from interference by the other. It prohibits one level of government from taxing the property of the other. However, it does not prohibit the levying of user fees or other regulatory charges properly enacted within the government's sphere of jurisdiction.

In order to determine whether the impugned charge is a "tax" or a "regulatory charge" for the purposes of s. 125, several key questions must be asked. Is the charge: (1) compulsory and enforceable by law; (2) imposed under the authority of the legislature; (3) levied by a public body; (4) intended for a public purpose; and (5) unconnected to any form of a regulatory scheme? If the answers to all of these questions are affirmative, then the levy in question will generally be described as a tax.

As is evident from the fifth inquiry described above, the Court must identify the presence of a regulatory scheme in order to find a "regulatory charge". To find a regulatory scheme, a court should look for the presence of some or all of the following indicia of a regulatory scheme: (1) a complete, complex and detailed code of regulation; (2) a regulatory purpose which seeks to affect some behaviour; (3) the presence of actual or properly estimated costs of the regulation; (4) a relationship between the person being regulated and the regulation, where the person being regulated either benefits from, or causes the need for, the regulation. This list is not exhaustive. In order for a charge to be "connected" or "adhesive" to this regulatory scheme, the court must establish a relationship between the charge and the scheme itself. This will exist when the revenues are tied to the costs of the regulatory scheme, or where the

n'est pas nécessaire de répondre à la troisième question formulée par le Juge en chef.

VII — Résumé

L'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* favorise les fins du fédéralisme et de la démocratie en accordant un certain espace opérationnel à chaque palier de gouvernement, libre de toute intervention de la part de l'autre palier. Il interdit à un palier de gouvernement d'imposer des taxes sur les biens de l'autre. Il n'interdit toutefois pas l'imposition de frais d'utilisation ou autres redevances de nature réglementaire, qui sont validement édictés à l'intérieur du champ de compétence du gouvernement. 42

Pour déterminer si une redevance contestée est une «taxe» ou un «prélèvement de nature réglementaire» pour les fins de l'art. 125, il faut poser plusieurs questions clés. La redevance est-elle: (1) obligatoire et exigible en vertu d'une loi, (2) imposée sous l'autorité du législateur, (3) perçue par un organisme public, (4) pour une fin d'intérêt public, (5) sans aucun lien avec une forme de régime de réglementation? Si la réponse à toutes ces questions est affirmative, le prélèvement en question sera habituellement qualifié de taxe. 43

Il ressort de la cinquième question formulée ci-dessus que le tribunal doit constater la présence d'un régime de réglementation pour conclure à l'existence d'un «prélèvement de nature réglementaire». Pour conclure à l'existence d'un régime de réglementation, le tribunal doit rechercher la présence d'un ou de plusieurs des indices suivants: (1) un code de réglementation complet, complexe et détaillé; (2) un objet de réglementation qui cherche à influencer un comportement donné; (3) la présence de coûts réels ou estimés liés à la réglementation; (4) un rapport entre la réglementation et la personne visée qui en bénéficie ou qui en a causé le besoin. Cette énumération n'est pas exhaustive. Pour qu'une redevance soit «liée» ou «rattachée» à ce régime de réglementation, le tribunal doit pouvoir établir une relation entre la redevance et le régime lui-même. Il en est ainsi lorsque les revenus sont liés aux coûts du régime de réglementa- 44

charges themselves have a regulatory purpose, such as the regulation of certain behaviour.

45 In the case at bar, the levies are properly described as being, in pith and substance, taxation enacted under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. They are enforceable by law, imposed under the authority of the legislature, and are levied by a public body for a public purpose. The appellant has not demonstrated that the levies are connected to a "regulatory scheme" which could preclude the application of s. 125. The charge does not form any part of a detailed code of regulation. No costs of the regulatory scheme have been identified, to which the revenues from these charges are tied. The appellant does not seek to influence the respondent's behaviour in any way with these charges. There is no relationship between B.C. Hydro and any regulation to which these charges adhere. Although the *Indian Act* is legislation in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians", this does not, in itself, create a "regulatory scheme" in the sense required by the Constitution.

46 As these taxes are imposed on B.C. Hydro, which it is conceded is an agent of the provincial Crown, s. 125 is engaged. As such, the taxation and assessment by-laws are inapplicable to the respondent. As this appeal can be dismissed on the second constitutional question, I find it unnecessary to consider the third constitutional question. The respondent does not seek costs in this appeal. Accordingly, it is my opinion that the appeal must be dismissed, without costs. I would therefore answer the constitutional questions as follows:

1. Is the Province constitutionally competent to constitute the Respondent, British Columbia Hydro and Power Authority ("B.C. Hydro"), an agent of the Province for the purpose of acquiring and holding interests within exclusive federal jurisdiction, namely an interest in land on an Indian Reserve?

Answer: Conceded by the appellant.

tion ou lorsque les redevances elles-mêmes ont un objet de réglementation, comme la réglementation d'un comportement donné.

En l'espèce, les prélèvements doivent être considérés comme étant, de par leur caractère véritable, une taxation en vertu du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils sont exécutoires en vertu de la loi, imposés sous l'autorité du législateur et perçus par un organisme public à des fins publiques. L'appelante n'a pas démontré que les prélèvements étaient liés à un «régime de réglementation» susceptible d'empêcher l'application de l'art. 125. Les redevances ne font pas partie d'un code de réglementation détaillé. Il n'a été identifié aucun coût qui découlerait du régime de réglementation et auquel les revenus tirés de ces redevances seraient liés. L'appelante ne tente pas d'influencer le comportement de l'intimée de quelque façon au moyen de ces redevances. Il n'y a aucune relation entre B.C. Hydro et la réglementation à laquelle ces redevances sont rattachées. Bien que la *Loi sur les Indiens* porte sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens», cela ne crée pas, en soi, un «régime de réglementation» au sens où l'entend la Constitution.

Étant donné que ces taxes sont imposées à B.C. Hydro, que l'on admet être un mandataire de la Couronne provinciale, l'art. 125 s'applique. En conséquence, les règlements de taxation et d'évaluation sont inapplicables à l'intimée. Vu que le présent pourvoi peut être rejeté à l'égard de la deuxième question constitutionnelle, je conclus qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la troisième question constitutionnelle. L'intimée ne demande pas les dépens du présent pourvoi. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans frais et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. La province est-elle constitutionnellement habilitée à constituer l'intimée, British Columbia Hydro and Power Authority («B.C. Hydro»), mandataire de la province aux fins d'acquérir et de détenir des droits relevant de la compétence exclusive du fédéral, à savoir un droit immobilier dans une réserve indienne?

Réponse: Admis par l'appelante.

2. If the answer to question 1 is yes, is the interest of B.C. Hydro, an agent of Her Majesty the Queen in Right of British Columbia, in land and improvements located on the reserves ("Reserves") of the Appellant, Westbank First Nation ("Westbank") immune, as a result of the application of s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, from taxation imposed by Westbank pursuant to assessment and taxation by-laws ("By-law") promulgated pursuant to the authority of s. 83(1)(*a*) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5? If so, are such By-laws purporting to impose such taxation *ultra vires*, or inapplicable to B.C. Hydro?

Answer: Yes. The By-laws are constitutionally inapplicable to B.C. Hydro, an agent of Her Majesty the Queen in Right of British Columbia.

3. If the answer to question 2 is no, does the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, authorize the passing of by-laws imposing taxation on the interests of the Provincial Crown or its agents on Indian reserves? If not, are the By-laws *ultra vires* or inapplicable to the extent that they purport to impose taxation on the interests of B.C. Hydro on the Westbank Reserves?

Answer: Given the answer to question 2, it is unnecessary to answer this question.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the respondent: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

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 Ministry of the Attorney General, Victoria.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le droit de B.C. Hydro, mandataire de Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, sur les terres et les améliorations situées dans les réserves de l'appelante, la Première nation de Westbank («Westbank»), est-il, par application de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, exempté des taxes imposées par Westbank conformément au règlement sur l'évaluation et la taxation («Règlement») pris en application de l'al. 83(1)*a*) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5? Si oui, le Règlement censé imposer de telles taxes est-il *ultra vires* ou inapplicable à B.C. Hydro?

Réponse: Oui. Les règlements sont constitutionnellement inapplicables à B.C. Hydro, un mandataire de Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique.

3. Si la réponse à la deuxième question est négative, la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, autorise-t-elle la prise de règlements administratifs imposant des taxes sur les droits de la couronne provinciale ou des ses mandataires situés dans des réserves indiennes? Dans la négative, le Règlement est-il *ultra vires* ou inapplicable dans la mesure où il vise à imposer des taxes sur les droits de B.C. Hydro situés dans les réserves de Westbank?

Réponse: Étant donné la réponse à la question 2, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Woodward & Company, Victoria.

Procureurs de l'intimée: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

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 ministère du Procureur général, Victoria.

Arthur Robert Winters *Appellant*

v.

Legal Services Society and the Attorney General of British Columbia *Respondents*

INDEXED AS: WINTERS *v.* LEGAL SERVICES SOCIETY

File No.: 26180.

1998: December 3; 1999: September 15.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Prisons — Disciplinary hearings — Legal services — Solitary confinement imposed on inmate following alleged assault — Legal Services Society denying inmate legal services for disciplinary hearing — Whether inmate entitled to legal services under s. 3(2) of the Legal Services Society Act — If so, level of services to which he is entitled — Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, c. 227, s. 3(2)(b).

While serving a life sentence in a federal penitentiary, the appellant was charged with assaulting another person under the *Corrections and Conditional Release Act*. As a result of the serious disciplinary charge, the appellant faced the possibility of punishment by way of solitary confinement. Prior to being charged with the offence, he was placed in solitary confinement. He remained there for 38 days. The disciplinary hearing was repeatedly adjourned to await the decision on the appellant's eligibility for counsel. His request that counsel be provided by the respondent Legal Services Society was refused, and his appeal to the Society's head office was dismissed. The appellant brought a petition before the British Columbia Supreme Court for a declaration that the Society is required to provide him with counsel. The petition was dismissed and the Court of Appeal upheld that decision.

Held (Cory J. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Arthur Robert Winters *Appelant*

c.

Legal Services Society et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

RÉPERTORIÉ: WINTERS *c.* LEGAL SERVICES SOCIETY

N° du greffe: 26180.

1998: 3 décembre; 1999: 15 septembre.

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

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

Prisons — Audiences disciplinaires — Services juridiques — Isolement cellulaire infligé à un détenu accusé de s'être livré à des voies de fait — Refus de la Legal Services Society de fournir des services juridiques à l'audience disciplinaire — Le détenu a-t-il droit à des services juridiques en application de l'art. 3(2) de la Legal Services Society Act? — Dans l'affirmative, à quel niveau de services a-t-il droit? — Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, ch. 227, art. 3(2)b).

Alors qu'il purgeait une peine d'emprisonnement à perpétuité dans un pénitencier fédéral, l'appelant a été accusé de s'être livré à des voies de fait en violation des dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Vu l'accusation d'infraction disciplinaire grave portée contre lui, l'appelant risquait de se voir infliger une peine d'isolement cellulaire. Avant que les accusations ne soient portées contre lui, il avait été placé en isolement cellulaire où il était demeuré pendant 38 jours. L'audience disciplinaire a été ajournée à maintes reprises pour attendre la décision devant statuer sur l'admissibilité de l'appelant à des services d'avocat. Sa demande présentée à la Legal Services Society («la Société») en vue d'obtenir les services d'un avocat a été rejetée, tout comme l'appel qu'il a formé auprès du siège de la Société. L'appelant a saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'une requête visant à obtenir une ordonnance portant que la Société était tenue de lui fournir les services d'un avocat. La requête a été rejetée, et la Cour d'appel a maintenu cette décision.

Arrêt (le juge Cory est dissident en partie): Le pourvoi est accueilli.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: There was agreement with Cory J. that the appellant has established a statutory right to "legal services" in connection with his prison disciplinary hearing. However, the Legal Services Society retains a discretion to determine the level of legal services to which the appellant is entitled. In making its decision, the Society must consider all of the relevant circumstances of the application, including the nature of the charge, the procedure for its determination, the severity of the punishment of the applicant if convicted, and other potential indirect consequences such as loss of remission, or prejudice to a potential transfer to a lesser institution. As the Society incorrectly found that the appellant was not entitled to legal services, and as the Court does not have sufficient particulars of the offence to determine the appropriate level of legal services required by the appellant, the matter should be sent back for reconsideration.

In the case of mandatory services, the level of service is to be determined by the exigencies of the situation confronting the applicant, including the cost effectiveness of varying levels of service. The Society aims to provide legal services at least equivalent to that which a reasonable person of average means would expect to receive from a properly instructed competent member of the legal profession. These services would not necessarily amount to legal representation at the hearing even in cases where solitary confinement is an available method of discipline. In these circumstances, services ordinarily provided by a lawyer would include a preliminary investigation of the facts giving rise to the disciplinary charges, and advice about the range of potential outcomes, and the chances of success. This function could be performed by the Legal Services Society staff counsel or by a non-lawyer staff person well versed in prison matters and under the supervision of a lawyer. Although the appellant had served 38 days in solitary confinement, the issue is not moot because he still faces the prospect that a conviction will affect the application he intends to make for parole.

Per Cory J. (dissenting in part): To be eligible for counsel under s. 3(2) of the *Legal Services Society Act*, an applicant for legal aid assistance must meet a two-part test. First, the proceedings must be either criminal or civil in nature. If criminal, the proceedings must pos-

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Les juges majoritaires sont d'accord avec le juge Cory que l'appelant a établi que la loi prévoit le droit à des «services juridiques» en rapport avec l'audience disciplinaire en milieu carcéral dont il fait l'objet. Toutefois, la Société conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer le niveau de services juridiques auquel l'appelant a droit. En rendant sa décision, la Société doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes de la demande, dont la nature de l'accusation, la procédure suivie pour trancher l'affaire, la sévérité de la peine dont est passible le demandeur et d'autres conséquences indirectes éventuelles telles la perte d'une réduction de peine que le demandeur avait méritée ou le risque que celui-ci se voit nié un transfert éventuel à un établissement à sécurité moindre. Comme la Société a conclu à tort que l'appelant n'avait droit à aucun service juridique et que la Cour ne dispose pas des renseignements nécessaires pour déterminer le niveau de services juridiques qu'il convient de fournir à l'appelant, l'affaire doit être renvoyée aux fins de réexamen.

Pour ce qui est des services obligatoires, le niveau de service doit être déterminé par les exigences de la situation dans laquelle se trouve le demandeur et notamment par le rapport coût-efficacité des divers niveaux de service. La Société vise à fournir des services juridiques au moins équivalents à ceux qu'une personne raisonnable, moyennement nantie, s'attendrait à recevoir d'un membre compétent de la profession juridique, dûment mandaté. Cela ne veut pas nécessairement dire représentation par avocat à l'audience même dans les cas où l'isolement cellulaire peut être infligé à titre de mesure disciplinaire. Dans les circonstances, les services qui sont habituellement fournis par un avocat comprendraient un examen préliminaire des faits ayant donné lieu aux accusations d'infraction disciplinaire et un avis sur les résultats possibles ainsi que les chances d'avoir gain de cause. Cette tâche pourrait être accomplie par les avocats salariés de la Société, ou, sous la supervision d'un avocat, par des employés qui ne sont pas des avocats mais qui connaissent bien les questions carcérales. Bien que l'appelant ait été placé en isolement cellulaire pendant 38 jours, la question n'est pas théorique parce qu'il se pouvait qu'une déclaration de culpabilité ait une incidence sur la demande de libération conditionnelle qu'il entendait présenter.

Le juge Cory (dissident en partie): Pour être admissible en vertu du par. 3(2) de la *Legal Services Society Act*, le demandeur d'aide juridique doit satisfaire aux exigences d'un critère à deux volets. D'abord, les procédures doivent être soit de nature criminelle, soit de

sibly lead to imprisonment and, if civil, to imprisonment or confinement. Prison disciplinary hearings are not criminal proceedings; their purpose is to maintain internal institutional discipline. They are civil proceedings within the meaning of s. 3(2)(b) of the Act and solitary segregation amounts to confinement within the meaning of that section. This is because incarcerated persons possess the residual liberty interest enjoyed by the general penitentiary population and solitary confinement constitutes an additional and a severe restriction on that interest. As the appellant faced a prison disciplinary hearing which could result in the imposition of a term in solitary confinement, he is a "qualifying individual" within s. 3(2)(b) of the Act and is entitled to the requisite legal services for his disciplinary hearing.

In the circumstances of this case, the requisite legal services extend to the provision of legal counsel because the possible effects and consequences of solitary confinement require a fair hearing. Counsel is particularly important when solitary confinement is imposed as punishment because it can have a significant impact on the manner in which a prisoner is incarcerated, and may affect his right to earn remission. In addition, the Society provides counsel for post-suspension, post-revocation and detention hearings. There is no principled way to distinguish between those matters and prison disciplinary hearings.

Cases Cited

By Binnie J.

Distinguished: *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; **referred to:** *Gonzalez-Davi v. British Columbia (Legal Services Society)* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236; *Re Mountain and Legal Services Society* (1984), 5 D.L.R. (4th) 170; *Landry v. Legal Services Society* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602.

By Cory J. (dissenting in part)

Landry v. Legal Services Society (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98; *Gonzalez-Davi v. British Columbia (Legal Services Society)* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R.

nature civile. Ensuite, si les procédures sont de nature criminelle, elles doivent être susceptibles d'entraîner l'emprisonnement, et si elles sont de nature civile, l'emprisonnement ou l'internement. Les audiences disciplinaires en milieu carcéral ne sont pas des procédures de nature criminelle; elles visent à maintenir la discipline interne de l'établissement. Ce sont des procédures de nature civile au sens de l'al. 3(2)b) de la Loi, et l'isolement cellulaire constitue un internement au sens de cette disposition. C'est que la personne incarcérée conserve une liberté résiduelle accordée à la population carcérale générale et que l'isolement cellulaire constitue une restriction supplémentaire et grave de cette liberté. Comme l'appelant devait subir une audience disciplinaire en milieu carcéral susceptible d'entraîner l'isolement cellulaire, il est une «personne admissible» au sens de l'al. 3(2)b) de la Loi et il a droit aux services juridiques que requiert son audience disciplinaire.

Dans les circonstances de l'espèce, les services juridiques requis comprennent les services d'un avocat parce que les conséquences et les effets éventuels de l'isolement cellulaire exigent que l'audience soit équitable. L'assistance d'un avocat est particulièrement importante lorsque l'isolement cellulaire est infligé parce que cette peine peut avoir une grande incidence sur la façon dont le détenu est incarcéré et peut influer sur son droit de mériter une réduction de peine. Au surplus, la Société fournit les services d'un avocat aux détenus qui font l'objet d'une audience postsuspension, d'une audience postrévocation ou d'une audience relative à la détention. Il n'existe aucune méthode structurée pour distinguer ces instances des audiences disciplinaires en milieu carcéral.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Distinction faite d'avec l'arrêt: *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; **arrêts mentionnés:** *Gonzalez-Davi c. British Columbia (Legal Services Society)* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236; *Re Mountain and Legal Services Society* (1984), 5 D.L.R. (4th) 170; *Landry c. Legal Services Society* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602.

Citée par le juge Cory (dissident en partie)

Landry c. Legal Services Society (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98; *Gonzalez-Davi c. British Columbia (Legal Services Society)* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S.

541, aff'g (1984), 7 D.L.R. (4th) 361; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662; *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570; *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642; *Palachik v. Kiss*, [1983] 1 S.C.R. 623; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(*h*).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 38, 40, 44.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 31(2), 34.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 745.6 [ad. 1995, c. 22, s. 6; am. 1996, c. 34, s. 2].
Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 8.
Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, c. 227, ss. 3, 9, 10 [am. 1987, c. 25, s. 106].

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "civil", "civil action".
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Jackson, Michael. *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1983.
Legal Services Society of British Columbia. *White Paper: Core Services of the Legal Services Society of British Columbia*. Vancouver: Legal Services Society of British Columbia, April 15, 1994.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1998, release 5).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 92 B.C.A.C. 252, 39 B.C.L.R. (3d) 348, [1997] B.C.J. No. 1280 (QL), affirming a decision of the British Columbia Supreme Court, [1995] B.C.J. No. 1001 (QL), dismissing an application for a declaration that the Legal Services Society was required to provide the

541, conf. (1984), 7 D.L.R. (4th) 361; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662; *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570; *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642; *Palachik c. Kiss*, [1983] 1 R.C.S. 623; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*h*).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 745.6 [aj. 1995, ch. 22, art. 6; mod. 1996, ch. 34, art. 2].
Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 8.
Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, ch. 227, art. 3, 9, 10 [mod. 1987, ch. 25, art. 106].
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 38, 40, 44.
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 31(2), 34.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «civil», «civil action».
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Jackson, Michael. *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1983.
Legal Services Society of British Columbia. *White Paper: Core Services of the Legal Services Society of British Columbia*. Vancouver: Legal Services Society of British Columbia, April 15, 1994.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1998, release 5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 92 B.C.A.C. 252, 39 B.C.L.R. (3d) 348, [1997] B.C.J. No. 1280 (QL), confirmant une décision rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1995] B.C.J. No. 1001 (QL), qui a rejeté une demande en vue d'obtenir une ordonnance portant que la Legal

appellant with legal representation. Appeal allowed, Cory J. dissenting in part.

John W. Conroy, Q.C., and *Michael Jackson*, for the appellant.

Douglas MacAdams and *Mark Benton*, for the respondent the Legal Services Society.

Harvey Groberman and *Neena Sharma*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

1 BINNIE J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory and agree with much of what he has written. Although it was argued that the *Legal Services Society Act* is a complete code under which any proceedings not correctly characterized as criminal are necessarily civil, the issue can be resolved on the more narrow ground proposed by Cory J. at para. 62, with which I agree. We come apart at the final stage of his analysis. He concludes that the appellant has a statutory right to representation by counsel at the prison disciplinary hearing (paras. 76 to 78). In my view, the appellant has established a statutory right to "legal services" in connection with his prison disciplinary hearing, but the Legal Services Society retains a discretion to determine the level of "legal services" to which the appellant is entitled in the circumstances, and the order of this Court should so provide.

2 In his original petition, repeated in his Notice of Appeal to the British Columbia Court of Appeal dated May 26, 1995, the appellant sought an order in two parts, namely

Services Society était tenue de fournir à l'appelant les services d'un avocat pour le représenter. Pourvoi accueilli, le juge Cory est dissident en partie.

John W. Conroy, c.r., et *Michael Jackson*, pour l'appelant.

Douglas MacAdams et *Mark Benton*, pour l'intimée la Legal Services Society.

Harvey Groberman et *Neena Sharma*, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE BINNIE — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory et j'y souscris en grande partie. Même si l'on a soutenu que la *Legal Services Society Act* constituait un code complet sous le régime duquel toute procédure non correctement qualifiée de criminelle est nécessairement civile, le litige peut être tranché sur un fondement plus étroit, proposé par le juge Cory au par. 62, avec lequel je suis d'accord. Nos opinions divergent cependant à l'étape finale de son analyse. En effet, il conclut que la loi reconnaît à l'appelant le droit d'être représenté par avocat à l'audience disciplinaire en milieu carcéral (par. 76 à 78). À mon avis, l'appelant a établi que la loi prévoit le droit à des [TRADUCTION] «services juridiques» en rapport avec l'audience disciplinaire en milieu carcéral dont il fait l'objet, mais la Legal Services Society (la «Société») conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer le niveau de «services juridiques» auxquels l'appelant a droit dans les circonstances et l'ordonnance de notre Cour doit le préciser.

Dans sa requête initiale, qu'il a répétée dans l'avis d'appel du 26 mai 1995 déposé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'appelant sollicite une ordonnance comportant deux volets, soit:

An Order declaring that the Respondent is required by the provisions of Section 3 of the *Legal Services Society Act*, R.S.B.C. 1979, c. 227,

(i) to provide the appellant with legal representation at a hearing on a charge of a disciplinary offence pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 and regulations thereunder; and

(ii) requiring the respondent Legal Services Society of British Columbia to make legal services available to the appellant for his defence on a charge pursuant to Section 40(*h*) of the *Corrections and Conditional Release Act* of namely: fights with, assaults or threatens to assault another person, classified as a serious disciplinary offence, on the grounds that the appellant is a qualifying individual who may be imprisoned or confined through civil proceedings or in the alternative that he is a qualifying individual who is a defendant in criminal proceedings that could lead to his imprisonment. [Emphasis added.]

[TRADUCTION]

Une ordonnance portant que la Société intimée doit, en vertu des dispositions de l'art. 3 de la *Legal Services Society Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 227:

(i) fournir à l'appelant les services d'un avocat pour le représenter à l'audience tenue pour statuer sur l'accusation d'infraction disciplinaire au sens de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, et de son règlement d'application, portée contre lui;

(ii) offrir des services juridiques à l'appelant pour lui permettre de se défendre contre l'accusation d'avoir commis une infraction visée à l'al. 40*h*) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, soit de s'être livré ou d'avoir menacé de se livrer à des voies de fait ou d'avoir pris part à un combat, laquelle est considérée comme une infraction disciplinaire grave, au motif que l'appelant est une personne admissible, susceptible d'être emprisonnée ou internée à l'issue d'une procédure de nature civile ou, de façon subsidiaire, qu'il est une personne admissible, défenderesse dans le cadre d'une procédure de nature criminelle susceptible d'entraîner son emprisonnement. [Je souligne.]

My colleague would make an order granting both branches of the relief sought. With respect, I think the relief should be limited to the second branch, namely the provision of such legal services as the respondent Legal Services Society determines to be appropriate in the circumstances. The Society did not address this issue in the first instance, having erroneously concluded that the appellant was not entitled to mandatory legal services at all.

3 Mon collègue rendrait une ordonnance accordant à l'appelant les deux volets de la réparation qu'il demande. Avec égards, j'estime que seul le deuxième volet de la réparation doit être accordé, soit la prestation des services juridiques que la Société intimée estime appropriés dans les circonstances. La Société n'a pas abordé cette question en premier lieu, ayant conclu à tort que l'appelant n'était admis à recevoir aucun service juridique obligatoire.

Even if it were appropriate for the Court to impose its view of the proper level of legal services, we do not have the information to make a knowledgeable decision.

4 Même si la Cour pouvait à juste titre imposer son point de vue quant au niveau de services juridiques qu'il convient de fournir, nous ne disposons pas des renseignements nécessaires pour rendre une décision éclairée.

We know the charge, the nature of the hearing and the potential consequences of conviction to the appellant but beyond that we know nothing of the facts of the alleged offence and little about the issues, legal or factual, that will arise at the hearing. At the end of the day, it may be that counsel is

5 Nous connaissons l'accusation, la nature de l'audience et les conséquences éventuelles qu'une déclaration de culpabilité aurait sur l'appelant, mais nous ignorons les faits entourant l'infraction qu'il aurait commise et nous en savons peu à propos des questions, de droit ou de fait, qui seront

required at the hearing, but the Court has neither the mandate nor the information to make that decision.

6 It is important to state at the outset that the appellant does not rest his entitlement to publicly funded counsel on any constitutional ground, unlike *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.). His entitlement, if any, lies in the "mandatory services" provision of the provincial *Legal Services Society Act*, R.S.B.C. 1979, c. 227. He can claim no more than the statute promises to deliver. The only issue here is to what extent a prisoner who does not assert a constitutional right to publicly funded counsel can nevertheless require the Legal Services Society to provide such counsel by reason of s. 3(2) of its governing statute.

7 It is also important to note that the appellant's right to have counsel at the disciplinary hearing is not contested. It is assured by s. 31(2) of the regulations made under the federal *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. The issue is whether the provincial legal aid plan has to provide such counsel at public expense.

Background

8 The Legal Services Society, in common with legal aid plans across the country, has faced serious problems in meeting the rising demand for legal services in a period of severe government restraint. The Society is a statutory body separate from the provincial government but wholly funded by it through its annual grants. In the relevant year (1993-94) the initial grant amounted to $84.6 million. The Society overran its budget by $14.7 million, but was bailed out by a supplementary grant. In a document it circulated to "stakeholders" in the provincial legal aid field on January 10, 1994, less than a week after its letter of refusal in this case, the Society estimated that its caseload

soulevées à l'audience. En bout de ligne, il se peut bien que les services d'un avocat soient nécessaires à l'audience, mais la Cour n'a ni le mandat, ni les renseignements nécessaires pour trancher la question.

Il est important de noter d'emblée que l'appelant n'invoque pas de motif constitutionnel pour fonder son droit aux services d'un avocat rémunéré par les contribuables, contrairement à ce qui était le cas dans *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.). Son droit, s'il en est, se fonde sur la disposition relative aux «services obligatoires» de la loi provinciale, la *Legal Services Society Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 227. Il ne peut revendiquer plus que ce que la Loi prévoit. La seule question litigieuse que soulève la présente affaire est de savoir dans quelle mesure le détenu qui ne fait pas valoir un droit constitutionnel aux services d'un avocat rémunéré par les contribuables peut néanmoins exiger de la Société qu'elle lui fournisse de tels services en vertu du par. 3(2) de sa loi habilitante.

Il importe également de souligner que le droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat à l'audience disciplinaire n'est pas contesté. Ce droit est garanti par le par. 31(2) du règlement d'application de la loi fédérale, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. La question est de savoir si le régime d'aide juridique de la province doit lui fournir cet avocat aux frais des contribuables.

Le contexte

La Société, à l'instar des autres régimes d'aide juridique au pays, a grand peine à répondre à la demande croissante de services juridiques, à une époque d'importantes restrictions gouvernementales. Créée par une loi, la Société est un organisme distinct du gouvernement de la province, mais entièrement financé par ce dernier par l'entremise de subventions annuelles. Pour l'année pertinente (1993-1994), la subvention initiale était de 84,6 millions de dollars. La Société a dépassé de 14,7 millions de dollars son budget, mais elle a reçu une subvention supplémentaire qui a comblé l'écart. Dans un document destiné aux «intéressés» œuvrant dans le domaine de l'aide juridique dans

was increasing by approximately 5 percent per year. It advised stakeholders that, in order to balance its budget over the course of the next six years, its "eligible client base" (i.e. persons eligible for legal aid) would have to be cut by 43 percent on an accrued basis, assuming a constant funding of $90 million per year. Alternatively, the tariff paid to participating lawyers would have to be cut by 48 percent. In the further alternative, the shortfall could be over by some blend of reduced tariff and reduced client eligibility.

la province, diffusé le 10 janvier 1994, soit moins d'une semaine après la lettre de refus en cause dans la présente affaire, la Société estime que le nombre de cas qu'elle doit traiter augmente d'environ 5 pour 100 par année. Elle avise les intéressés que pour équilibrer son budget au cours des six prochaines années, elle devra réduire de 43 pour 100, sur une base accumulée, le nombre des clients admissibles aux services juridiques (c'est-à-dire admissibles à l'aide juridique), tenant pour acquis qu'elle continuera de recevoir un financement annuel de 90 millions de dollars. De façon subsidiaire, elle évoque la possibilité de réduire de 48 pour 100 les honoraires versés aux avocats participants, ou encore, de combler l'écart par une réduction simultanée des honoraires et du nombre des clients admissibles aux services.

The Legal Services Society points out that any judicial extension of legal services classified as mandatory under the Act can have severe budgetary consequences. It estimates, for example, that the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Gonzalez-Davi v. British Columbia (Legal Services Society)* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236, mandating the Society to provide legal representation at immigration hearings, costs the Society about $3.5 million per year. The British Columbia legislature, it should be added, has not thought it fit to amend the statute in light of that decision. 9

La Société souligne que toute extension judiciaire des services juridiques obligatoires au sens de la Loi peut avoir de graves conséquences budgétaires. Elle estime, par exemple, que l'arrêt *Gonzalez-Davi c. British Columbia (Legal Services Society)* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236, par lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique lui a ordonné de fournir les services d'un avocat aux personnes faisant l'objet d'audiences en matière d'immigration, l'amène à dépenser environ 3,5 millions de dollars par année. Il faut ajouter que le législateur de la Colombie-Britannique n'a pas jugé utile de modifier la loi à la suite de cet arrêt.

Nevertheless, when considering the appropriate level of legal services to be provided in any given case, the statutory mandate of the Society does not permit it to reduce services to stay within budget. Existence of these financial constraints cannot affect the Legal Services Society's obligation under the statute, if there is one, to provide "mandatory" legal services: *Re Mountain and Legal Services Society* (1984), 5 D.L.R. (4th) 170 (B.C.C.A.). It explains, however, why the legislature may have wished the Society to preserve some flexibility in the level of legal services provided. 10

Pourtant, lorsqu'il s'agit du niveau de services juridiques qu'il convient de fournir dans un cas donné, le mandat légal de la Société ne l'autorise pas à réduire les services pour respecter son budget. De telles contraintes financières ne sauraient avoir d'incidence sur l'obligation de fournir des services juridiques «obligatoires», s'il en est, qui incombe à la Société en vertu de la loi: *Re Mountain and Legal Services Society* (1984), 5 D.L.R. (4th) 170 (C.A.C.-B.). Cela explique, cependant, pourquoi le législateur peut avoir voulu que la Société conserve une certaine marge de manœuvre quant au niveau de services juridiques offerts.

The Statutory Entitlement

11 I accept my colleague's conclusion that the prison disciplinary proceedings in this case fall within s. 3(2) of the *Legal Services Society Act*. The decisions of the British Columbia Court of Appeal that have carved out and subsequently confirmed an exception to eligibility for "internal proceedings designed to foster order" should not be followed. Prison disciplinary proceedings can result in up to 30 days solitary confinement (up to 45 days in the case of multiple convictions) and, for the reasons given by my colleague, this brings the appellant within the entitlement to mandatory legal services provided under s. 3(2) of the *Legal Services Society Act*.

12 The Act, however, does not define the content of the "legal services" the Society has a duty to make available under s. 3(2). It merely provides that:

> **3.** . . .
>
> (2) The society shall ensure, for the purposes of subsection (1)(a), that legal services are available. . . [Emphasis added.]

with the text of subs. (1)(a) being:

> **3.** (1) The objects of the society are to ensure that
>
> (a) services ordinarily provided by a lawyer are afforded to individuals who would not otherwise receive them because of financial or other reasons; and. . . . [Emphasis added.]

13 Section 3 uses the expression "legal services" and s. 9 shows that the term "legal services" is used in a very broad sense to include services rendered not only by lawyers or articling students but by individuals who are not lawyers at all, provided they are supervised by a lawyer. The term "legal services" is not synonymous with "legal representation" and the Act nowhere specifies

Le droit prévu par la loi

J'accepte la conclusion de mon collègue que les procédures disciplinaires en milieu carcéral dont il est question en l'espèce sont visées par le par. 3(2) de la *Legal Services Society Act*. Les arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui ont créé et ultérieurement confirmé une exception en matière d'admissibilité à l'égard des [TRADUCTION] «procédures internes destinées à promouvoir le respect de l'ordre» ne doivent pas être suivis. Les procédures disciplinaires en milieu carcéral peuvent entraîner un isolement cellulaire d'une durée de 30 jours (isolement qui peut durer jusqu'à 45 jours en cas de déclarations de culpabilité multiples) et, pour les motifs exposés par mon collègue, il s'ensuit que l'appelant a droit aux services juridiques obligatoires prévus au par. 3(2) de la *Legal Services Society Act*.

La Loi, cependant, ne définit pas en quoi consistent les «services juridiques» que la Société est tenue d'offrir en vertu du par. 3(2). Ce paragraphe prévoit simplement:

[TRADUCTION]

> **3.** . . .
>
> (2) Pour l'application de l'alinéa (1)a), la Société veille à ce que des services juridiques soient offerts . . . [Je souligne.]

L'alinéa (1)a) est conçu ainsi:

[TRADUCTION]

> **3.** (1) La mission de la Société est de fournir:
>
> a) les services qui sont habituellement fournis par un avocat aux personnes qui, autrement, ne pourraient recevoir de tels services pour des raisons de nature financière ou autre . . . [Je souligne.]

L'expression «services juridiques» est utilisée à l'art. 3 et il ressort de l'art. 9 que cette expression a un sens très large, qui comprend les services fournis non seulement par des avocats ou des stagiaires en droit, mais également par des individus qui ne sont pas du tout des avocats, pourvu qu'ils soient supervisés par un avocat. L'expression «services juridiques» n'est pas synonyme de «représentation par avocat» et aucune des dispositions de la Loi ne prévoit un droit aux services d'un avocat rémunéré

a right to publicly funded legal counsel at a trial or hearing.

Reading the Act as a whole, it seems to me that the legislature intended the Society to have a discretion to determine when mandatory legal services under s. 3(2) ought to rise to the level of legal representation. The Court should also accept that the Society has some expertise, to which a measure of deference should be paid, in determining the exigencies of legal services in a particular case.

The Society's Decision

In making its decision, of course, the Society must consider all of the relevant circumstances of the application, including the nature of the charge, the procedure for its determination, the severity of the punishment of the applicant if convicted, and other potential indirect consequences such as loss of remission, or prejudice to a potential transfer to a lesser institution.

In this case the Legal Services Society itself did not in the first instance declare the appellant ineligible under s. 3(2) of the Act. The initial letter of referral of legal aid dated January 6, 1994, simply stated:

> Further to our telephone conversation of January 6, 1994, unfortunately I must refuse your application for legal aid to appoint counsel to represent you at your disciplinary hearing, set for the 26th of January, 1994 at Matsqui Institution. Your application has been refused because this is not the type of matter for which the Legal Services Society will pay a lawyer on tariff to represent you. [Emphasis added.]

The appeal decision of the head office of the Legal Services Society in Vancouver, however, was framed in terms of a broad exclusion from legal services based either on what has been found to be a misinterpretation of the law in *Landry v. Legal Services Society* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98 (C.A.), or a policy based on financial constraints

par les contribuables à l'occasion d'un procès ou d'une audience.

Si j'interprète la Loi dans son ensemble, il me semble que le législateur a voulu que la Société ait le pouvoir discrétionnaire de déterminer dans quelles circonstances les services juridiques obligatoires prévus au par. 3(2) doivent inclure la représentation par avocat. La Cour doit également accepter que la Société possède des connaissances spécialisées appelant une certaine retenue pour ce qui est des exigences des services juridiques à fournir dans un cas donné. 14

La décision de la Société

En rendant sa décision, la Société doit, bien entendu, tenir compte de toutes les circonstances pertinentes de la demande, dont la nature de l'accusation, la procédure suivie pour trancher l'affaire, la sévérité de la peine dont est passible le demandeur et d'autres conséquences indirectes éventuelles telles la perte d'une réduction de peine que le demandeur avait méritée ou le risque que celui-ci se voit nié un transfert éventuel à un établissement à sécurité moindre. 15

En l'espèce, la Société elle-même n'a pas, en premier lieu, déclaré l'appelant inadmissible en vertu du par. 3(2) de la Loi. La lettre initiale, datée du 6 janvier 1994, avisant l'appelant que l'aide juridique lui était refusée, disait simplement: 16

> [TRADUCTION] Suite à notre conversation téléphonique du 6 janvier 1994, je dois malheureusement rejeter votre demande d'aide juridique visant à obtenir qu'un avocat vous représente à l'audience disciplinaire dont vous ferez l'objet le 26 janvier 1994 à l'établissement de Matsqui. Votre demande a été rejetée parce que votre cause n'est pas le type d'affaire pour lequel la Société verserait des honoraires à un avocat pour vous représenter. [Je souligne.]

La décision statuant sur l'appel interjeté auprès du siège de la Société à Vancouver, cependant, renvoyait à une exclusion généralisée des services juridiques fondée soit sur ce qui a été considéré comme une interprétation erronée du droit dans l'arrêt *Landry c. Legal Services Society* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98 (C.A.), soit sur une politique 17

that "fettered" any consideration of individual circumstances. The relevant portion of the decision is contained in one sentence:

> Because of our limited resources, legal aid is not granted to persons facing disciplinary hearings.

The matter must therefore go back to the Legal Services Society for reconsideration. The remaining issue is whether, as my colleague suggests, the reconsideration *must* result in the provision of legal counsel at the disciplinary hearing. In my opinion it does not.

basée sur des contraintes financières qui «empêchait» de tenir compte de circonstances individuelles. Le passage pertinent de la décision tenait en une phrase:

> [TRADUCTION] Vu nos ressources limitées, aucune aide juridique n'est accordée aux personnes faisant l'objet d'audiences disciplinaires.

L'affaire doit donc être renvoyée à la Société pour qu'elle la réexamine. La question litigieuse qui reste à trancher est de savoir si, comme le suggère mon collègue, le réexamen *doit* entraîner la fourniture des services d'un avocat à l'audience disciplinaire. À mon avis, on doit répondre à cette question par la négative.

The Society's Discretion

Le pouvoir discrétionnaire de la Société

18 The expression "services ordinarily provided by a lawyer" in s. 3(1)(a) is broad enough to include everything from preliminary advice to counsel work at a hearing. Section 10 provides that the Society has the authority to determine the priorities and criteria for the services "it or a funded agency provides" under the Act. In the case of mandatory services, the level of service is essentially determined by the exigencies of the situation confronting the applicant, not the size of the Society's bank account. If the province considers the plan is too expensive, it will have to amend the legislation to cut back on the provision of mandatory services. Nevertheless, the Society, correctly in my view, recognizes that part of the ordinary services provided by a lawyer to a client is an assessment of the cost effectiveness of varying levels of service. Few clients of ordinary means are prepared to throw away private money on legal fees without regard to the merits or other circumstances of a case. It should be equally undesirable to throw away public money.

L'expression «services qui sont habituellement fournis par un avocat» que contient l'al. 3(1)a) est assez large pour inclure tout le travail de l'avocat, du conseil préliminaire qu'il prodigue à son client jusqu'à la représentation de celui-ci à l'audience. L'article 10 prévoit que la Société a le pouvoir de déterminer les priorités et critères relatifs aux services qu'[TRADUCTION] «elle ou un organisme qu'elle finance fournit» en vertu de la Loi. Pour ce qui est des services obligatoires, le niveau de service est essentiellement déterminé par les exigences de la situation dans laquelle se trouve le demandeur et non par l'état des finances de la Société. Si la province considère que le régime est trop coûteux, elle devra modifier la loi pour réduire la prestation des services obligatoires. Néanmoins, c'est avec raison selon moi que la Société reconnaît qu'une partie des services qu'un avocat fournit habituellement à son client consiste à apprécier l'efficacité des divers niveaux de service en fonction de leur coût. Peu de clients moyennement nantis sont prêts à gaspiller leur argent en honoraires d'avocat sans se préoccuper du bien-fondé de la cause ni des autres circonstances. Il n'est pas souhaitable non plus de gaspiller les deniers publics.

19 The Society has recognized this reality of lawyer-client relationships in its working definition of the appropriate level of legal services. It aims to provide legal services "at least equivalent

La Société a reconnu cet aspect des relations entre avocat et client dans sa définition de base du niveau des services juridiques qu'il convient de fournir. Elle vise à fournir des services juridiques

to that which a reasonable person of average means would expect to receive from a properly instructed competent member of the legal profession" (*White Paper: Core Services of the Legal Services Society of British Columbia* (1994)). This would not necessarily amount to legal representation at the hearing, although it might very well do so. When legal representation at the hearing is that which a reasonable person of average means expects to receive, the Society is under a statutory duty to provide counsel at the hearing, despite its understandable concern about budgetary limitations.

The Legal Services Society has in fact established with its discretionary funding a Prisoners' Legal Services staff counsel office at Abbottsford, British Columbia, in an area where a number of federal penal institutions have been established. Staff counsel specialize in prisoners' issues and could readily perform an evaluation function to determine the appropriate level of legal services in the circumstances.

Risk of Solitary Confinement

The legislature itself established risk of imprisonment as a trigger for mandatory legal services. Imprisonment includes, as my colleague demonstrates, solitary confinement as "a prison within a prison": *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 622.

I agree with my colleague that ordinarily the prospect of solitary confinement would persuade a reasonable person of average means to have counsel at the hearing. However, the task of the Legal Services Society is complicated by the fact that solitary confinement is theoretically available for a vast range of offences under the federal *Corrections and Conditional Release Act*. It may or may

[TRADUCTION] «au moins équivalents à ceux qu'une personne raisonnable, moyennement nantie, s'attendrait à recevoir d'un membre compétent de la profession juridique, dûment mandaté» (*White Paper: Core Services of the Legal Services Society of British Columbia* (1994)). Cela ne veut pas nécessairement dire représentation par avocat à l'audience, bien que cela soit fort possible. Lorsque la représentation par avocat à l'audience est ce à quoi s'attend la personne moyennement nantie, la Société est légalement tenue de fournir les services d'un avocat à l'audience malgré une préoccupation toute naturelle pour les restrictions budgétaires.

20 La Société a, de fait, établi, en exerçant son pouvoir discrétionnaire de financement, un bureau d'avocats salariés chargés de fournir des services juridiques aux détenus, à Abbottsford (Colombie-Britannique), dans une région où se trouvent un certain nombre d'établissements pénitentiaires fédéraux. Les avocats salariés de ce bureau se spécialisent dans les questions concernant les détenus et ils peuvent facilement procéder à une appréciation de cas pour déterminer le niveau de services juridiques qu'il convient de fournir dans les circonstances.

Le risque d'être placé en isolement cellulaire

21 Le législateur lui-même a établi que le risque d'emprisonnement entraînait la prestation de services juridiques obligatoires. Or, l'emprisonnement comprend, comme le démontre mon collègue, l'isolement cellulaire, qui représente une incarcération dans «une prison au sein d'une prison»: *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la p. 622.

22 Je suis d'accord avec mon collègue qu'en général, la perspective d'être placée en isolement cellulaire persuaderait la personne raisonnable, moyennement nantie, de la nécessité d'être représentée par avocat à l'audience. Cependant, la tâche de la Société est d'autant plus complexe que l'isolement cellulaire peut, en théorie, être imposé à l'égard de toute une gamme d'infractions prévues par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* fédérale. Dans certains cas, l'isole-

not be even a remote possibility in a particular case.

23 Section 40 of the *Corrections and Conditional Release Act* creates a list of possible charges, which runs the gamut from being "disrespectful or abusive toward a staff member in a manner that could undermine a staff member's authority" to refusing to work "without reasonable excuse", gambling, to attempted escape or participating in a disturbance. The Act does not differentiate between minor "types" of offences and serious "types" of offences.

24 The risk of solitary confinement, where it exists, flows from an administrative procedure by prison staff to allocate charges between two possible modes of trial — "minor" charges to be tried before prison staff personnel, and "serious" charges which are tried before a disciplinary court consisting of two staff members and an independent chairperson, who must be a qualified lawyer.

25 There are no guidelines or criteria spelled out in the act or regulations governing this allocation of cases to one mode of trial or the other, but it is accepted that "serious offences" are generally those which could be said to compromise the institution's security or the personal safety of its inhabitants.

26 Only the disciplinary court chaired by an independent chairperson can impose solitary confinement, but it can do so, theoretically, in every case that comes before it. There are approximately 1,000 hearings each year before disciplinary courts in British Columbia in federal institutions alone. There are no statistics to show the percentage of these cases that resulted in solitary confinement. We were provided with no reliable statistics on

ment cellulaire pourra éventuellement être imposé, alors que dans d'autres, il n'en sera même pas question.

L'article 40 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* constitue une liste qui comprend toute une gamme d'accusations, qui vont du fait d'«agi[r] de manière irrespectueuse ou outrageante envers un agent au point de compromettre l'autorité de celui-ci ou des agents en général» jusqu'à celui de refuser de travailler «sans excuse valable», en passant par le jeu ou les paris, la tentative d'évasion et la participation à des troubles. La Loi n'établit pas de distinction entre les «types» d'infractions mineures et les «types» d'infractions graves.

Le risque d'être placé en isolement cellulaire, lorsqu'il y en a un, découle d'une procédure administrative en vertu de laquelle le personnel de l'établissement classifie les infractions selon les deux modes d'instruction — les infractions «mineures», qui sont instruites par le personnel de l'établissement, et les infractions «graves», qui sont instruites par un tribunal disciplinaire composé de deux membres du personnel et d'un président impartial, qui doit obligatoirement être un avocat qualifié.

Ni la loi ni le règlement ne comportent de directives ou de critères régissant la classification des infractions selon le mode d'instruction, mais il est admis que les «infractions graves» sont, en général, celles dont on peut dire qu'elles mettent en jeu la sécurité de l'établissement ou la sécurité personnelle des individus qui s'y trouvent.

Seul le tribunal disciplinaire présidé par une personne impartiale peut infliger l'isolement cellulaire, mais il peut le faire, en théorie, dans toute affaire dont il est saisi. Dans les seuls établissements fédéraux, environ 1 000 audiences se tiennent chaque année devant des tribunaux disciplinaires en Colombie-Britannique. Aucune statistique ne donne le pourcentage de ces affaires qui ont pour résultat l'isolement cellulaire. Aucune statistique fiable ne nous a été fournie à l'égard de ces questions pour ce qui est du risque d'être placé

either issue with respect to the risk of solitary confinement in provincial institutions.

While the disciplinary court has the power to impose solitary confinement in all matters referred to it, it may also, depending on its view of the gravity of the offence, impose such lesser penalties as the loss of privileges, performance of extra duties or restitution of stolen property. Solitary confinement could last between a part of a day to a maximum of 30 days for a single offence.

Regulation 34 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, provides that the disciplinary court must impose the least restrictive sanction commensurate with the gravity of the offence.

Having regard to this rather elastic disciplinary structure, I do not think the intention can be attributed to the legislature of British Columbia to mandate legal representation for everything which the federal Parliament chooses to designate as an offence carrying the potential of solitary confinement.

Application to the Facts of This Case

The appellant is charged with assaulting a fellow prisoner. A prison staff person ticked a box labelled "serious". We have no other particulars about the nature or gravity of the assault. In these circumstances, "services ordinarily provided by a lawyer" would include a preliminary investigation of the facts giving rise to the disciplinary charges, and advice about the range of potential outcomes, and the chances of success. This is a function that could be performed by the Legal Services Society staff counsel, or even a non-lawyer staff person who is well versed in prison matters, provided that any advice given by that person is "under the supervision of a lawyer" (s. 9). It might be expected that in many cases the best advice would be to have a lawyer at the hearing. The prospect of

en isolement cellulaire dans les établissements provinciaux.

27 Bien que le tribunal disciplinaire ait le pouvoir d'infliger l'isolement cellulaire dans toutes les affaires dont il est saisi, il peut également, selon son appréciation de la gravité de l'infraction, prononcer des peines moins sévères, telles la perte de privilèges, l'exécution de tâches supplémentaires ou la restitution des biens volés. La durée de l'isolement cellulaire peut varier de quelques heures à un maximum de 30 jours pour une seule infraction.

28 L'article 34 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, prévoit que le tribunal disciplinaire doit infliger la peine la moins sévère qui soit proportionnelle à la gravité de l'infraction.

29 Compte tenu de cette structure disciplinaire plutôt élastique, je ne pense pas que l'on puisse dire que le législateur de la Colombie-Britannique a voulu rendre la représentation par avocat obligatoire à l'égard de toutes les infractions que le Parlement fédéral désigne comme étant susceptibles d'entraîner l'isolement cellulaire.

L'application aux faits de la présente affaire

30 L'appelant est accusé de s'être livré à des voies de fait sur un codétenu. Un membre du personnel de l'établissement a coché une case portant la mention «grave». Nous ne disposons pas d'autres renseignements sur la nature ou la gravité des voies de fait. Dans les circonstances, «les services qui sont habituellement fournis par un avocat» comprendraient un examen préliminaire des faits ayant donné lieu aux accusations d'infraction disciplinaire et un avis sur les résultats possibles ainsi que les chances d'avoir gain de cause. Il s'agit d'une tâche que pourraient accomplir les avocats salariés de la Société, voire les membres du personnel de cette dernière qui ne sont pas des avocats mais qui connaissent bien les questions carcérales, pourvu que de telles personnes donnent leur avis «sous la supervision d'un avocat» (art. 9). On pourrait s'attendre dans bien des cas à ce que le meilleur conseil qu'on puisse donner soit la représentation par avocat à l'audience. Le risque d'être placé en

solitary confinement, if a plausible risk in the circumstances, would argue for such an outcome.

31 In some circumstances, however, the best advice might be that there is no useful role for a lawyer. The facts may not be in dispute. It may be apparent that solitary confinement, while theoretically available, is not a realistic possibility and that legal counsel at the hearing is unnecessary. The Society should not be required to provide more than a reasonable person of average means would provide for himself or herself.

32 A rule that required the Society to provide counsel at any hearing where the prisoner was potentially at risk of solitary confinement would impose a wholly unjustified financial burden on the Society.

Disposition

33 The Legal Services Society clearly erred in law in deciding that it was not obliged, in the circumstances, to provide "legal services" to the appellant. While the appellant has in fact served 38 days in solitary confinement for the offence, the issue is not moot because he still faces the prospect that a conviction will affect the application he intends to make for parole after 15 years under the "faint hope" provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. It is for the Legal Services Society to decide, within the proper limits of its administrative discretion, the appropriate level of "legal services" mandated by s. 3(2) of the Act in the circumstances. I would accordingly allow the appeal with costs throughout on a party and party basis, set aside the judgment of the Court of Appeal, and refer the matter to the Legal Services Society for disposition in accordance with these reasons.

isolement cellulaire, s'il est plausible dans les circonstances, favoriserait un tel résultat.

Dans certaines circonstances, cependant, il se peut que le meilleur conseil qu'on puisse donner soit qu'un avocat ne pourrait jouer aucun rôle utile dans l'affaire. Il se peut que les faits ne soient pas contestés. Il peut s'avérer que l'isolement cellulaire, bien que pouvant théoriquement être infligé, ne soit pas une éventualité réaliste et que la présence d'un avocat à l'audience ne soit pas nécessaire. La Société ne devrait pas être tenue de fournir davantage de services que ne s'en procurerait une personne raisonnable moyennement nantie.

Une règle obligeant la Société à fournir les services d'un avocat à tout détenu faisant l'objet d'une audience à l'issue de laquelle l'isolement cellulaire pourrait éventuellement être infligé ferait peser sur la Société un fardeau financier totalement injustifié.

Dispositif

La Société a manifestement commis une erreur de droit lorsqu'elle a décidé qu'elle n'était pas tenue, dans les circonstances, de fournir des «services juridiques» à l'appelant. Même si l'appelant a déjà été placé en isolement cellulaire pour une période de 38 jours pour avoir commis l'infraction, la question n'est pas théorique, car une déclaration de culpabilité pourrait avoir une incidence sur la demande de libération conditionnelle après 15 années d'incarcération qu'il entend présenter en vertu de la disposition dite «du faible espoir» du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il revient à la Société de décider, en respectant les limites de son pouvoir discrétionnaire administratif, le niveau de «services juridiques» exigé par le par. 3(2) de la Loi qu'il convient de fournir dans les circonstances. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours sur la base des frais entre parties, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de renvoyer l'affaire devant la Société pour qu'elle statue conformément aux présents motifs.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting in part) — Solitary confinement may have severe consequences. Pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, an inmate charged with a serious disciplinary offence could face up to 30 days in solitary confinement if the offence is established. Should such an inmate be entitled, pursuant to the *Legal Services Society Act*, R.S.B.C. 1979, c. 227, to the provision of legal services at his hearing? That is the question raised in this appeal.

I. Factual Background

The appellant is serving a life sentence for aiding and abetting the commission of a first degree murder. On November 25, 1993, he was charged with assaulting another person contrary to the provisions of the *Corrections and Conditional Release Act*. This offence is very properly classified as serious. As a result, it was to be heard by an independent chairperson at a disciplinary hearing.

The appellant was charged with the offence and placed in solitary confinement in Matsqui Institution, a medium security penitentiary, until December 8, 1993. He was then transferred to Kent Institution, a maximum security facility, where he remained in solitary confinement until December 30, 1993, a total of 38 days.

A hearing scheduled for December 1, 1993, was adjourned when the appellant requested that he be represented by counsel. At that time, he had only a Grade 10 education. He possessed none of the skills required to conduct a trial. He had very little knowledge of the law, and was facing the prospect of spending a substantial amount of time in solitary confinement. He was also concerned that a conviction for this offence could be used as evidence against him at his parole eligibility hearing under s. 745.6 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. That hearing might result in the appellant

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident en partie) — L'isolement cellulaire peut avoir de graves conséquences. En vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, le détenu accusé d'avoir commis une infraction disciplinaire grave est passible de 30 jours d'isolement cellulaire, s'il est reconnu coupable. Le détenu a-t-il le droit d'obtenir des services juridiques à l'audience en application de la *Legal Services Society Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 227? C'est la question soulevée dans le présent pourvoi. 34

I. Les faits

L'appelant purge une peine d'emprisonnement à perpétuité pour avoir aidé et encouragé quelqu'un à commettre un meurtre au premier degré. Le 25 novembre 1993, il a été accusé de s'être livré à des voies de fait en violation des dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Cette infraction est considérée, à juste titre, comme une infraction grave. Elle devait donc faire l'objet d'une audience disciplinaire devant un président impartial. 35

L'appelant a été accusé de l'infraction et placé en isolement cellulaire à l'établissement de Matsqui, un pénitencier à sécurité moyenne, jusqu'au 8 décembre 1993. Il a ensuite été transféré à l'établissement de Kent, un établissement à sécurité maximale, où l'isolement cellulaire s'est poursuivi jusqu'au 30 décembre 1993. En tout, il a vécu 38 jours en isolement cellulaire. 36

L'audition qui devait avoir lieu le 1er décembre 1993 a été ajournée lorsque l'appelant a demandé d'être représenté par un avocat. À l'époque, l'appelant avait seulement complété 10 années de scolarité. Il n'avait pas les compétences requises pour mener un procès. Il connaissait très peu le droit et il risquait d'être placé en isolement cellulaire pendant une longue période. Il craignait également qu'une déclaration de culpabilité pour cette infraction puisse être utilisée en preuve contre lui à l'audience tenue en vertu de l'art. 745.6 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour décider s'il 37

being eligible for parole after 15 years rather than 25.

38 The appellant could not afford to hire a lawyer and his attempts to retain a lawyer *pro bono* were unsuccessful. The disciplinary hearing reconvened on December 8, 1993, but the appellant was granted a further adjournment to January 5, 1994, to contact an employee of Prisoners' Legal Services, a branch office of the respondent Legal Services Society. Subsequently, the hearing was adjourned again to January 26, 1994.

39 On January 6, 1994, a Legal Services Society lawyer advised the appellant that, although he was financially eligible to have counsel appointed to act on his behalf, prison disciplinary hearing charges were not covered by the *Legal Services Society Act*. He was also told that, had he been charged under the *Criminal Code*, it was likely that counsel would have been appointed to act for him. The appellant appealed the decision to the Legal Services Society's head office and the hearing of the charge was adjourned to March 9, 1994, to await the outcome of the appeal. His appeal was dismissed by the Legal Services Society.

40 The appellant brought a petition before the Supreme Court of British Columbia for a declaration that the Legal Services Society is required to provide him with counsel. The petition was dismissed. The court considered itself bound by the decision in *Landry v. Legal Services Society* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98 (C.A.). The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal, holding that it was also bound by *Landry*.

II. Relevant Statutory Provisions

41 *Legal Services Society Act*, R.S.B.C. 1979, c. 227

3. (1) The objects of the society are to ensure that

est admissible à la libération conditionnelle. Il se pouvait qu'à l'issue de cette audience l'appelant soit admissible à la libération conditionnelle après 15 années de détention, au lieu de 25.

L'appelant ne pouvait se payer les services d'un avocat et il n'a pas réussi à trouver un avocat pour le représenter gratuitement. L'audience disciplinaire a repris le 8 décembre 1993, mais l'appelant a obtenu que celle-ci soit ajournée jusqu'au 5 janvier 1994 afin qu'il puisse communiquer avec un employé du bureau local de la Legal Services Society intimée (la «Société») qui offre des services juridiques aux détenus. L'audience a été ultérieurement ajournée de nouveau, jusqu'au 26 janvier 1994.

Le 6 janvier 1994, un avocat de la Société a avisé l'appelant que même s'il remplissait les conditions requises sur le plan financier pour obtenir qu'un avocat soit désigné pour le représenter, les audiences disciplinaires en milieu carcéral n'étaient pas visées par la *Legal Services Society Act*. L'appelant a également été avisé que s'il avait été accusé en vertu du *Code criminel*, un avocat aurait probablement été désigné pour le représenter. L'appelant ayant interjeté appel de la décision en s'adressant au siège de la Société, l'audience a été ajournée jusqu'au 9 mars 1994 pour attendre le résultat de l'appel. L'appel a été rejeté par la Société.

L'appelant a saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'une requête visant à obtenir une ordonnance portant que la Société est tenue de lui fournir les services d'un avocat. La requête a été rejetée. La cour a considéré qu'elle était liée par l'arrêt *Landry c. Legal Services Society* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98 (C.A.). La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant pour le motif qu'elle était également liée par l'arrêt *Landry*.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, ch. 227

[TRADUCTION]

3. (1) La mission de la Société est de fournir:

(a) services ordinarily provided by a lawyer are afforded to individuals who would not otherwise receive them because of financial or other reasons; and

(b) education, advice and information about law are provided for the people of British Columbia.

(2) The society shall ensure, for the purposes of subsection (1)(a), that legal services are available for a qualifying individual who

(a) is a defendant in criminal proceedings that could lead to his imprisonment;

(b) may be imprisoned or confined through civil proceedings;

(c) is or may be a party to a proceeding respecting a domestic dispute that affects his physical or mental safety or health or that of his children; or

(d) has a legal problem that threatens

(i) his family's physical or mental safety or health;

(ii) his ability to feed, clothe and provide shelter for himself and his dependants; or

(iii) his livelihood.

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

38. The purpose of the disciplinary system established by sections 40 to 44 and the regulations is to encourage inmates to conduct themselves in a manner that promotes the good order of the penitentiary, through a process that contributes to the inmates' rehabilitation and successful reintegration into the community.

. . .

40. An inmate commits a disciplinary offence who

(*a*) disobeys a justifiable order of a staff member;

(*b*) is, without authorization, in an area prohibited to inmates;

(*c*) wilfully or recklessly damages or destroys property that is not the inmate's;

(*d*) commits theft;

a) les services qui sont habituellement fournis par un avocat aux personnes qui, autrement, ne pourraient recevoir de tels services pour des raisons de nature financière ou autre;

b) de l'information et des conseils juridiques à la population de la Colombie-Britannique.

(2) Pour l'application de l'alinéa (1)a), la Société veille à ce que des services juridiques soient offerts à toute personne admissible qui remplit l'une des conditions suivantes:

a) Elle est défenderesse dans le cadre d'une procédure de nature criminelle susceptible d'entraîner son emprisonnement;

b) Elle est susceptible d'être emprisonnée ou internée à l'issue d'une procédure de nature civile;

c) Elle est partie ou est susceptible d'être partie à une procédure relative à un conflit familial qui a une incidence sur sa sécurité ou sa santé physique ou mentale ou sur celles de ses enfants;

d) Elle a un problème juridique qui menace:

(i) la sécurité ou la santé physique ou mentale de sa famille;

(ii) sa capacité de se procurer des aliments, des vêtements et le gîte pour elle-même et pour les personnes à sa charge;

(iii) son gagne-pain.

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

38. Le régime disciplinaire établi par les articles 40 à 44 et les règlements vise à encourager chez les détenus un comportement favorisant l'ordre et la bonne marche du pénitencier, tout en contribuant à leur réadaptation et à leur réinsertion sociale.

. . .

40. Est coupable d'une infraction disciplinaire le détenu qui:

a) désobéit à l'ordre légitime d'un agent;

b) se trouve, sans autorisation, dans un secteur dont l'accès lui est interdit;

c) détruit ou endommage de manière délibérée ou irresponsable le bien d'autrui;

d) commet un vol;

(*e*) is in possession of stolen property;

(*f*) is disrespectful or abusive toward a staff member in a manner that could undermine a staff member's authority;

(*g*) is disrespectful or abusive toward any person in a manner that is likely to provoke a person to be violent;

(*h*) fights with, assaults or threatens to assault another person;

(*i*) is in possession of, or deals in, contraband;

(*j*) without prior authorization, is in possession of, or deals in, an item that is not authorized by a Commissioner's Directive or by a written order of the institutional head;

(*k*) takes an intoxicant into the inmate's body;

(*l*) fails or refuses to provide a urine sample when demanded pursuant to section 54 or 55;

(*m*) creates or participates in
(i) a disturbance, or
(ii) any other activity
that is likely to jeopardize the security of the penitentiary;

(*n*) does anything for the purpose of escaping or assisting another inmate to escape;

(*o*) offers, gives or accepts a bribe or reward;

(*p*) without reasonable excuse, refuses to work or leaves work;

(*q*) engages in gambling;

(*r*) wilfully disobeys a written rule governing the conduct of inmates; or

(*s*) attempts to do, or assists another person to do, anything referred to in paragraphs (*a*) to (*r*).

. . .

44. (1) An inmate who is found guilty of a disciplinary offence is liable, in accordance with the regulations made under paragraphs 96(*i*) and (*j*), to one or more of the following:

(*a*) a warning or reprimand;

(*b*) a loss of privileges;

(*c*) an order to make restitution;

(*d*) a fine;

(*e*) performance of extra duties; and

e) a en sa possession un bien volé;

f) agit de manière irrespectueuse ou outrageante envers un agent au point de compromettre l'autorité de celui-ci ou des agents en général;

g) agit de manière irrespectueuse ou outrageante envers toute personne au point d'inciter à la violence;

h) se livre ou menace de se livrer à des voies de fait ou prend part à un combat;

i) est en possession d'un objet interdit ou en fait le trafic;

j) sans autorisation préalable, a en sa possession un objet en violation des directives du commissaire ou de l'ordre écrit du directeur du pénitencier ou en fait le trafic;

k) introduit dans son corps une substance intoxicante;

l) refuse ou omet de fournir l'échantillon d'urine qui peut être exigé au titre des articles 54 ou 55;

m) crée des troubles ou toute autre situation susceptible de mettre en danger la sécurité du pénitencier, ou y participe;

n) commet un acte dans l'intention de s'évader ou de faciliter une évasion;

o) offre, donne ou accepte un pot-de-vin ou une récompense;

p) sans excuse valable, refuse de travailler ou s'absente de son travail;

q) se livre au jeu ou aux paris;

r) contrevient délibérément à une règle écrite régissant la conduite des détenus;

s) tente de commettre l'une des infractions mentionnées aux alinéas *a*) à *r*) ou participe à sa perpétration.

. . .

44. (1) Le détenu déclaré coupable d'une infraction disciplinaire est, conformément aux règlements pris en vertu des alinéas 96*i*) et *j*), passible d'une ou de plusieurs des peines suivantes:

a) avertissement ou réprimande;

b) perte de privilèges;

c) ordre de restitution;

d) amende;

e) travaux supplémentaires;

(*f*) in the case of a serious disciplinary offence, segregation from other inmates for a maximum of thirty days.

III. Prior Judgments

A. *British Columbia Supreme Court*, [1995] B.C.J. No. 1001 (QL)

Fraser J. noted that the British Columbia Court of Appeal in *Landry*, *supra*, had held that prison disciplinary proceedings do not fall within s. 3(2) of the *Legal Services Society Act* and that there was no obligation on the Legal Services Society to provide counsel for those proceedings. However, in *Gonzalez-Davi v. British Columbia (Legal Services Society)* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236, the Court of Appeal held that someone "threatened with confinement or imprisonment and otherwise qualified" is entitled to assistance (p. 240). Hutcheon J.A. held that *Landry* was distinguishable because prison disciplinary proceedings are "domestic matters involving internal administration of the institution" and *Landry* "should be applied only to facts of a similar nature". By way of comparison, Gonzalez-Davi was subject to arrest and detention as a result of his hearing before the Immigration Board. It was held that in these circumstances he was entitled to have counsel provided to him.

Fraser J. held that the petitioner was threatened with confinement or imprisonment within the meaning of *Gonzalez-Davi*, *supra*. First, he might be prejudiced at the hearing held pursuant to s. 745.6 of the *Criminal Code* and, second, a finding of guilt could lead to the imposition of solitary confinement for up to 30 days. It did not matter that the appellant was already in prison: parole is different from custody and ordinary custody is different from solitary confinement. However, Fraser J. also noted that the Court of Appeal in *Landry* implicitly held that the Legal Services Society's obligation to provide counsel is not

f) isolement pour un maximum de trente jours, dans le cas d'une infraction disciplinaire grave.

III. Les décisions antérieures

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1995] B.C.J. No. 1001 (QL)

42 Le juge Fraser a souligné que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu, dans l'arrêt *Landry*, précité, que les procédures disciplinaires en milieu carcéral n'étaient pas visées par le par. 3(2) de la *Legal Services Society Act* et que la Société n'était point tenue de fournir les services d'un avocat dans le cadre de telles procédures. Cependant, dans l'arrêt *Gonzalez-Davi c. British Columbia (Legal Services Society)* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236, la Cour d'appel a conclu que la personne [TRADUCTION] «menacée d'internement ou d'emprisonnement qui satisfait par ailleurs aux critères d'admissibilité» a le droit d'obtenir de l'aide (p. 240). Le juge Hutcheon de la Cour d'appel a conclu qu'une distinction pouvait être établie avec l'affaire *Landry* du fait que les procédures disciplinaires en milieu carcéral sont [TRADUCTION] «des affaires internes concernant l'administration de l'établissement», et que l'arrêt rendu dans *Landry* [TRADUCTION] «ne devait être appliqué qu'à des faits de nature similaire». À titre de comparaison, mentionnons que M. Gonzalez-Davi a été arrêté et détenu à la suite de son audition devant la Commission de l'immigration. Il a été décidé que dans les circonstances, il avait droit aux services d'un avocat.

43 Le juge Fraser a conclu que le requérant était menacé d'internement ou d'emprisonnement au sens de l'arrêt *Gonzalez-Davi*, précité. Premièrement, il risquait de subir un préjudice à l'audience tenue en vertu de l'art. 745.6 du *Code criminel* et, deuxièmement, un verdict de culpabilité pouvait entraîner l'isolement cellulaire pour une période maximale de 30 jours. Le fait que l'appelant soit déjà en prison n'avait aucune importance: la libération conditionnelle est différente de la détention et la détention ordinaire est différente de l'isolement cellulaire. Cependant, le juge Fraser a également fait remarquer que la Cour d'appel avait

triggered solely by the potential consequences to the applicant but is also affected by the source of the consequences and the reason for their imposition.

44 Fraser J. determined that he was bound by *Landry* since the Court of Appeal itself had distinguished that case in *Gonzalez-Davi*. He therefore dismissed the petition.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 39 B.C.L.R. 348

1. Esson J.A. (Newbury J.A. concurring)

45 Esson J.A. held that the question was entirely one of interpreting the *Legal Services Society Act* which had not been amended in any relevant particular since 1979. *Landry*, *supra*, was a considered decision and notwithstanding *Gonzalez-Davi*, *supra*, he found that this division of the Court of Appeal was bound by it.

2. McEachern C.J.B.C. (Newbury J.A. concurring)

46 McEachern C.J.B.C. noted that the appellant had requested that five judges of the Court of Appeal be assembled to hear the case but that he had declined to make such an order. He held at p. 350 that,

> . . . I think the law is settled and that it would serve no purpose in my view to order that the matter be argued again. The law has stood as it is since *Landry*, and I do not think we should lightly reconsider these matters or order five judges to hear an appeal merely because it cannot succeed without reconsidering what appears to be satisfactorily settled law.

implicitement conclu, dans l'arrêt *Landry*, que la Société était tenue de fournir les services d'un avocat en raison non seulement des conséquences éventuelles pour le demandeur, mais aussi de l'origine de ces conséquences et de la raison pour laquelle elles risquaient de se produire.

Le juge Fraser a décidé qu'il était lié par *Landry*, vu que la Cour d'appel avait elle-même établi une distinction entre cette affaire et l'affaire *Gonzalez-Davi*. Il a donc rejeté la requête.

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*, (1997), 39 B.C.L.R. 348

1. Le juge Esson (avec l'appui du juge Newbury)

Le juge Esson de la Cour d'appel a conclu que la question portait exclusivement sur l'interprétation de la *Legal Services Society Act*, qui n'avait été modifiée sur aucun point pertinent depuis 1979. Il a examiné l'arrêt *Landry*, précité, et, malgré l'arrêt *Gonzalez-Davi*, précité, a conclu que la division d'appel était liée par cette décision.

2. Le juge en chef McEachern (avec l'appui du juge Newbury)

Le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique a souligné que l'appelant a demandé qu'une formation de cinq juges de la Cour d'appel entende l'affaire, mais qu'il a refusé de rendre une telle ordonnance. Il a conclu (à la p. 350):

> [TRADUCTION] . . . j'estime que le droit est établi sur cette question et qu'il ne servirait à rien d'ordonner que l'affaire soit de nouveau débattue. Le droit est demeuré inchangé depuis l'arrêt *Landry*, et j'estime que la décision d'examiner de nouveau de telles affaires ne doit pas être prise à la légère et que nous ne devons pas ordonner que cinq juges entendent un appel simplement parce qu'un tel appel ne pourrait être accueilli sans que soit remis en cause un principe juridique qui paraît établi de façon satisfaisante.

IV. Analysis

A. *General Principles of Statutory Interpretation*

At the core of this appeal is the correct interpretation to be given to s. 3(2) of the *Legal Services Society Act*. The general principles of statutory interpretation were considered most recently in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. Iacobucci J. set out the principles which should be applied when interpreting legislation in this manner:

1. The words of a statute "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).

2. The legislature should be assumed not to have intended to produce absurd results:

> [A]n interpretation can be considered absurd if it leads to ridiculous or frivolous consequences, if it is extremely unreasonable or inequitable, if it is illogical or incoherent, or if it is incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment. . . . [Moreover,] a label of absurdity can be attached to interpretations which defeat the purpose of a statute or render some aspect of it pointless or futile. [*Rizzo Shoes*, *supra*, at para. 27, citing *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 88.]

3. Statutes should be deemed to be remedial. According to the *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 8, "Every enactment must be construed as being remedial, and must be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects".

IV. L'analyse

A. *Les principes généraux d'interprétation des lois*

L'interprétation qu'il convient de donner au par. 3(2) de la *Legal Services Society Act*, est au cœur du présent pourvoi. Les principes généraux d'interprétation des lois ont été tout récemment examinés dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Dans cet arrêt, le juge Iacobucci a énoncé de la façon suivante les principes qu'il convient d'appliquer pour interpréter une loi: 47

1. 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* (2e éd. 1983), à la p. 87).

2. Il faut présumer que le législateur ne peut avoir voulu des résultats absurdes:

> [O]n qualifiera d'absurde une interprétation qui mène à des conséquences ridicules ou futiles, si elle est extrêmement déraisonnable ou inéquitable, si elle est illogique ou incohérente, ou si elle est incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet du texte législatif. . . [En outre,] on peut qualifier d'absurdes les interprétations qui vont à l'encontre de la fin d'une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile. [*Rizzo Shoes*, précité, au par. 27, citant *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), à la p. 88.]

3. Les lois sont censées apporter une solution de droit. L'article 8 de l'*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, prévoit que [TRADUCTION] «[t]out texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de son objet.»

These principles must govern the interpretation of ss. 3(2)(a) and (2)(b), which are at issue in this appeal. They provide:

3. . . .

(2) The society shall ensure, for the purposes of subsection (1)(a), that legal services are available for a qualifying individual who

(a) is a defendant in criminal proceedings that could lead to his imprisonment;

(b) may be imprisoned or confined through civil proceedings;

B. *The Requirements of Section 3(2)*

48 To qualify under s. 3(2), an applicant for legal aid assistance must meet a two-part test. First, the proceedings must be either criminal or civil in nature. Second, the proceedings, if criminal, must possibly lead to imprisonment and, if civil, to imprisonment or confinement. Thus, contrary to the appellant's position that only the consequences are relevant, both the nature and the consequences of the proceedings must be considered in determining whether an applicant qualifies under s. 3(2). The appellant's position would render the words "criminal proceedings" and "civil proceedings" superfluous. This cannot have been the intention of the legislature. *Rizzo Shoes*, *supra*, makes it clear that all words in a statute must be given meaning.

C. *Application of Section 3(2)*

1. Section 3(2)(a): Criminal Proceedings

49 Are prison disciplinary hearings criminal proceedings that can lead to imprisonment? This question was considered in *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, albeit in a somewhat different context. The issue in that appeal was whether a prison disciplinary offence constituted an "offence" within

Ces principes doivent régir l'interprétation des al. 3(2)a) et b), qui sont en cause dans le présent pourvoi. Ils prévoient:

[TRADUCTION]

3. . . .

(2) Pour l'application de l'alinéa (1)a), la Société veille à ce que des services juridiques soient offerts à toute personne admissible qui remplit l'une des conditions suivantes:

a) Elle est défenderesse dans le cadre d'une procédure de nature criminelle susceptible d'entraîner son emprisonnement;

b) Elle est susceptible d'être emprisonnée ou internée à l'issue d'une procédure de nature civile;

B. *Les exigences du par. 3(2)*

Pour être admissible en vertu du par. 3(2), le demandeur d'aide juridique doit satisfaire aux exigences d'un critère à deux volets. Premièrement, les procédures doivent être de nature criminelle ou de nature civile. Deuxièmement, les procédures de nature criminelle doivent être susceptibles d'entraîner l'emprisonnement de la personne, et les procédures de nature civile, son emprisonnement ou son internement. Par conséquent, contrairement à ce que soutient l'appelant selon lequel seules les conséquences sont pertinentes, la nature et les conséquences des procédures doivent être examinées pour déterminer si un demandeur est admissible en vertu du par. 3(2). Accepter la thèse de l'appelant rendrait superflus les mots «procédure de nature criminelle» et «procédure de nature civile». Le législateur n'a pu avoir cette intention. Il ressort clairement de l'arrêt *Rizzo Shoes*, précité, que tous les mots d'une loi doivent recevoir un sens.

C. *L'application du par. 3(2)*

1. L'alinéa 3(2)a): procédure de nature criminelle

L'audience disciplinaire en milieu carcéral est-elle une procédure de nature criminelle pouvant entraîner l'emprisonnement? Cette question a été examinée dans l'arrêt *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3, bien que dans un contexte quelque peu différent. La question litigieuse dans cette affaire

the scope of s. 11(*h*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. That subsection provides that a person found guilty and punished for an offence cannot be punished for it again. It was held by the majority that a conviction in a prison disciplinary proceeding did not constitute punishment for an "offence" within s. 11(*h*).

était de savoir si une infraction à la discipline d'un établissement carcéral constituait une «infraction» au sens de l'al. 11*h*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet alinéa prévoit qu'une personne ne doit pas être punie de nouveau pour une infraction dont elle a été déclarée coupable et pour laquelle elle a été punie. Les juges majoritaires dans cette affaire ont conclu qu'une déclaration de culpabilité prononcée dans le cadre de procédures disciplinaires en milieu carcéral ne constituait pas une punition pour une «infraction» au sens de l'al. 11*h*).

McLachlin J. writing for the majority applied the decision of Wilson J. in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541. In that case, it was held that if a proceeding is to be barred by s. 11(*h*) the proceedings must, by their very nature, be either criminal proceedings or result in punishment which involves the imposition of true penal consequences. To ascertain whether proceedings by their very nature are criminal, it is necessary to examine the nature of the proceedings themselves rather than the act which gives rise to them. *Wigglesworth* confirmed that an act can have various aspects, each of which can give rise to proceedings. Both McLachlin J. in *Shubley* and Wilson J. in *Wigglesworth* quoted with approval the following passage from Cameron J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Wigglesworth* (1984), 7 D.L.R. (4th) 361, at pp. 365-66:

A single act may have more than one aspect, and it may give rise to more than one legal consequence. It may, if it constitutes a breach of the duty a person owes to society, amount to a crime, for which the actor must answer to the public. At the same time, the act may, if it involves injury and a breach of one's duty to another, constitute a private cause of action for damages for which the actor must answer to the person he injured. And that same act may have still another aspect to it: it may also involve a breach of the duties of one's office or calling, in which event the actor must account to his professional peers.

Le juge McLachlin, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a appliqué la décision que le juge Wilson a rendue dans l'affaire *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541. Dans cette affaire, il avait été décidé que pour que l'al. 11*h*) fasse obstacle à une procédure, celle-ci devait être criminelle, de par sa nature même, ou devait entraîner une peine comportant de véritables conséquences pénales. Pour déterminer s'il s'agit d'une procédure criminelle, de par sa nature même, il est nécessaire d'examiner la nature de la procédure elle-même plutôt que la loi en vertu de laquelle elle a été engagée. L'arrêt *Wigglesworth* a confirmé qu'une loi pouvait avoir divers aspects pouvant chacun donner lieu à des procédures. Le juge McLachlin dans l'arrêt *Shubley* et le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth* ont toutes les deux cité avec approbation le passage suivant tiré des motifs exposés par le juge Cameron de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth* (1984), 7 D.L.R. (4th) 361, aux pp. 365 et 366: 50

[TRADUCTION] Il est possible qu'un acte unique comporte plus d'un aspect et entraîne plus d'une conséquence juridique. S'il constitue un manquement à une obligation envers la société, il peut équivaloir à un crime dont l'auteur est responsable envers le public. S'il y a eu blessure et manquement à une obligation envers autrui, le même acte peut donner lieu à une action en dommages-intérêts intentée par la personne à qui l'auteur de l'acte a causé un préjudice. Le même acte peut comporter un autre aspect, c'est-à-dire le manquement aux obligations découlant de l'exercice d'une fonction ou d'une profession, auquel cas l'auteur doit s'expliquer devant ses pairs.

McLachlin J. considered whether prison disciplinary hearings are criminal proceedings and concluded that they are not. Rather, their purpose is to maintain internal institutional discipline. At p. 20 she wrote:

> The internal disciplinary proceedings to which the appellant was subject lack the essential characteristics of a proceeding on a public, criminal offence. Their purpose is not to mete out criminal punishment, but to maintain order in the prison. In keeping with that purpose, the proceedings are conducted informally, swiftly and in private. No courts are involved.

51 McLachlin J. then asked whether the consequences attendant upon a finding of guilt in a prison disciplinary hearing were "true penal consequences". She quoted from Wilson J.'s decision in *Wigglesworth* in which Wilson J. defined true penal consequences as follows (at pp. 560-61):

> This is not to say that if a person is charged with a private, domestic or disciplinary matter which is primarily intended to maintain discipline, integrity or to regulate conduct within a limited private sphere of activity, he or she can never possess the rights guaranteed under s. 11. Some of these matters may well fall within s. 11, not because they are the classic kind of matters intended to fall within the section, but because they involve the imposition of true penal consequences. In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity. [Emphasis added.]

McLachlin J. found that the punishment imposed on Mr. Shubley by the prison disciplinary court — close confinement for five days on a special diet that fulfils basic nutritional requirements — did not constitute true penal consequences. At p. 23 she wrote:

Le juge McLachlin a examiné la question de savoir si les audiences disciplinaires en milieu carcéral étaient des procédures de nature criminelle et elle a conclu qu'elles n'en étaient pas. Elles visent plutôt à maintenir la discipline interne de l'établissement. Le juge McLachlin a dit, à la p. 20:

> Les procédures disciplinaires internes auxquelles l'appelant a été soumis ne comportent pas les caractéristiques essentielles des procédures relatives à une infraction publique et criminelle. Elles visent non pas à punir pour une infraction criminelle, mais à maintenir l'ordre dans la prison. Conformément à cet objet, les procédures se déroulent de manière informelle, expéditive et privée. Aucun tribunal judiciaire n'intervient.

Le juge McLachlin a ensuite examiné la question de savoir si les conséquences accompagnant une déclaration de culpabilité prononcée dans le cadre d'une audience disciplinaire en milieu carcéral constituaient de «véritables conséquences pénales». Elle a cité les motifs dans lesquels le juge Wilson a défini, dans l'arrêt *Wigglesworth*, les véritables conséquences pénales (aux pp. 560 et 561):

> Cela ne veut pas dire que la personne accusée d'une affaire privée, domestique ou disciplinaire qui est principalement destinée à maintenir la discipline, l'intégrité ou à réglementer une conduite dans une sphère d'activité privée et limitée, ne peut jamais posséder les droits que garantit l'art. 11. Certaines de ces affaires peuvent très bien relever de l'art. 11, non pas parce qu'il s'agit du genre d'affaires classiques destinées à relever de l'article, mais parce qu'elles comportent l'imposition de véritables conséquences pénales. À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a conclu que la peine infligée à M. Shubley par le tribunal disciplinaire de l'établissement — l'isolement cellulaire pour une période de cinq jours à une diète minimale qui pourvoit aux besoins alimentaires essentiels — ne constituait pas de véritables conséquences pénales. Elle a écrit, à la p. 23:

I conclude that the sanctions conferred on the superintendent for prison misconduct do not constitute "true penal consequences" within the *Wigglesworth* test. Confined as they are to the manner in which the inmate serves his time, and involving neither punitive fines nor a sentence of imprisonment, they appear to be entirely commensurate with the goal of fostering internal prison discipline and are not of a magnitude or consequence that would be expected for redressing wrongs done to society at large.

Je conclus que les sanctions que le directeur d'une prison peut imposer à un détenu pour inconduite ne constituent pas de «véritables conséquences pénales» au sens du critère de l'arrêt *Wigglesworth*. Puisqu'elles sont limitées à la façon dont le détenu doit purger sa peine et qu'elles ne comportent ni amende, ni peine d'emprisonnement, ces sanctions paraissent tout à fait proportionnées à l'objectif de promouvoir le respect de la discipline interne dans les prisons et elles n'ont ni l'ampleur ni les conséquences auxquelles on s'attendrait pour ce qui est de réparer les torts causés à la société en général.

Wilson J. and I dissented, finding that "solitary confinement" was a true penal consequence coming within the second branch of the *Wigglesworth* test. In those reasons, I found that "close confinement" was a punishment distinct in kind from the incarceration to which the general prison population is subjected.

52 Dans cet arrêt, le juge Wilson et moi-même étions dissidents, ayant conclu que l'«isolement cellulaire» était une véritable conséquence pénale relevant du deuxième volet du critère de l'arrêt *Wigglesworth*. Dans ces motifs, j'avais conclu que l'«isolement cellulaire» était une punition de nature différente de l'incarcération à laquelle est soumise la population carcérale générale.

It was observed that the substantial and deleterious effects of solitary confinement are well documented and have long been known. At p. 9 of *Shubley*, I wrote:

53 J'avais également fait remarquer que les effets importants et néfastes de l'isolement cellulaire étaient bien documentés et connus depuis longtemps. Dans l'arrêt *Shubley*, j'ai dit, à la p. 9:

Prisons within prisons have been known to man as long as prisons have existed. As soon as castles had dungeons there were special locations within those dungeons for torture and for solitary confinement. The grievous effects of solitary confinement have been almost instinctively appreciated since imprisonment was devised as a means of punishment. Prisons within prisons exist today, exemplified by solitary confinement. [Emphasis added.]

L'homme connaît les prisons à l'intérieur des prisons depuis que les prisons existent. Dès que les châteaux ont eu des donjons, ceux-ci ont comporté des endroits spéciaux pour la torture et l'isolement. Les effets pénibles de l'isolement ont été reconnus presque immédiatement quand l'incarcération a été conçue comme moyen de punir. Les prisons à l'intérieur des prisons existent aujourd'hui et l'isolement cellulaire en constitue un exemple. [Je souligne.]

Because of these substantial effects, solitary confinement is not simply an alternative manner of imprisonment in which a prisoner may serve his sentence. It is a punishment different in kind from general incarceration and reduces the residual liberties that even an incarcerated individual possesses. At pp. 9-10:

Vu ces effets importants, l'isolement cellulaire n'est pas simplement une autre façon pour le détenu de purger sa peine d'emprisonnement. Il s'agit d'une peine de nature différente de l'incarcération générale qui restreint les libertés résiduelles dont jouit même la personne incarcérée. J'ai dit, aux pp. 9 et 10:

Solitary confinement certainly cannot be considered as a reward for good conduct. It is, in effect, an additional violation of whatever residual liberties an inmate may retain in the prison context and should only be used where it is justified. . . . I would conclude, therefore, that solitary confinement must be treated as a distinct form of punishment and that its imposition within a

L'isolement cellulaire ne peut certainement pas être considéré comme une récompense pour bonne conduite. Il constitue en réalité une violation supplémentaire de tout ce qu'un détenu peut conserver de libertés résiduelles dans le contexte carcéral et on ne doit y recourir que lorsque cela est justifié. [. . .] Je conclus donc que l'isolement cellulaire doit être considéré comme une

prison constitutes a true penal consequence. [Emphasis added.]

54 However, I must follow the reasons of the majority in *Shubley*, *supra*. They are binding upon me and I must loyally follow them. *Shubley* has concluded that prison disciplinary hearings are not criminal proceedings. Under s. 3(2)(a) of the *Legal Services Society Act*, an applicant must meet both branches of the test. As the appellant fails the first part, that is, the nature of the proceedings, there is no reason to consider the second part, the consequences of the proceedings. The question as to whether the imposition of punitive dissociation (solitary confinement) constitutes imprisonment need not be answered.

2. Section 3(2)(b): Civil Proceedings

55 It now must be determined whether disciplinary proceedings that may result in solitary confinement come within the term "civil proceedings" in s. 3(2)(b). The definition of what is a "civil" proceeding has varied. The term is used most often simply as a counterpoint to "criminal", and it is this definition that the appellant submits is the correct meaning to be given to this section. That is, any proceeding that is not criminal is, by definition, civil. Section 3(2) is thus comprehensive and all proceedings that have the potential to lead to imprisonment or confinement fall within its ambit.

56 In *Landry*, the British Columbia Court of Appeal found that disciplinary hearings are a matter of internal administration. However the appellant submits that a prison disciplinary hearing cannot be so classified. He points to the absence of any contract or consensual agreement between an inmate and the penal institution in which he is incarcerated to support this position. It is argued that it is this absence which distinguishes the position of a prisoner from that of the members of a

forme distincte de punition et que son imposition à l'intérieur d'une prison comporte une véritable conséquence pénale. [Je souligne.]

Cependant, je suis tenu de suivre les motifs exposés par les juges majoritaires dans l'arrêt *Shubley*, précité. En effet, je suis lié par ces motifs et je dois les suivre en toute loyauté. Il a été conclu dans l'arrêt *Shubley* que l'audience disciplinaire en milieu carcéral ne constitue pas une procédure de nature criminelle. En vertu de l'al. 3(2)a) de la *Legal Services Society Act*, le demandeur doit satisfaire aux deux volets du critère. Comme l'appelant n'a pas satisfait au premier volet, qui porte sur la nature des procédures, il n'y a aucune raison d'examiner le deuxième volet, qui porte sur les conséquences de celles-ci. Il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si l'imposition de l'isolement disciplinaire (l'isolement cellulaire) constitue un emprisonnement.

2. L'alinéa 3(2)b): procédure de nature civile

Je dois à présent déterminer si des procédures disciplinaires susceptibles de conduire à l'isolement cellulaire sont visées par l'expression «procédure de nature civile» que contient l'al. 3(2)b). La définition de ce qui constitue une procédure «de nature civile» a varié. L'expression est le plus souvent utilisée pour faire la distinction entre cette procédure et la procédure «de nature criminelle»; il s'agit de la définition qui, de l'avis de l'appelant, donne le véritable sens de cet article. En d'autres termes, la procédure qui n'est pas de nature criminelle est, par définition, de nature civile. Le paragraphe 3(2) est donc exhaustif, car il vise toutes les procédures susceptibles de conduire à l'emprisonnement ou à l'internement.

Dans l'arrêt *Landry*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que les audiences disciplinaires étaient des affaires internes concernant l'administration de l'établissement. Cependant, l'appelant soutient qu'une audience disciplinaire en milieu carcéral ne peut être ainsi caractérisée. Il souligne, pour étayer son point de vue, le fait qu'il n'y a ni contrat ni accord consensuel entre le détenu et l'établissement carcéral. Il soutient que c'est ce qui différencie la situation du

union or a professional body, such as a law society, who have willingly and specifically chosen to be bound by its by-laws and who can be punished for a breach of them.

It is significant that this position is supported by Dickson J. (as he then was) in his concurring judgment in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602 (*Martineau No. 2*), at p. 626:

> Parenthetically, this notion of contractual commitment to rules of internal discipline, a sort of *volens*, is sometimes advanced in support of the argument for a disciplinary exception. Whatever may be the force of that argument in other contexts, it is wholly inapplicable in a prison environment. [Emphasis added.]

As well, the appellant notes that the Legal Services Society considers the provision of legal services to prisoners facing post-suspension, post-revocation and detention hearings to be mandatory (*White Paper: Core Services of the Legal Services Society of British Columbia* (1994), at p. 33). He contends that there is no principled way to distinguish between these types of hearings and prison disciplinary hearings. In all these proceedings a prisoner's liberty interest is potentially at stake.

On the other hand, the respondent Legal Services Society submits that the fundamental criterion of civil proceedings is that they deal with rights of a "personal and private nature". Prison disciplinary hearings are not civil in nature for the purposes of s. 3(2)(b) because their basic purpose is to maintain the internal good order of the institution. The Legal Services Society distinguishes post-suspension, post-revocation and detention hearings from prison disciplinary hearings based on the private rights in issue; the offender has a private right to parole or statutory release that could be affected by the outcome of the post-suspension, post-revocation or detention hearing. In contrast, the Legal Services Society submits, the principal purpose of prison disciplinary hearings is

détenu de celle des personnes appartenant à un syndicat ou un ordre professionnel, tel un barreau, qui ont volontairement et expressément choisi d'être liées par les règlements de cet organisme et qui peuvent être punies si elles y contreviennent.

57 Il est révélateur que le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a soutenu ce point de vue dans les motifs concordants qu'il a exposés dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602 (*Martineau n^o 2*), à la p. 626:

> Entre parenthèses, on fait parfois valoir cette notion d'un engagement contractuel de respecter les règles de discipline interne, une espèce de *volens*, à l'appui de l'argument en faveur d'une exception disciplinaire. Quel que puisse être le poids de cet argument dans d'autres contextes, il est totalement inapplicable dans le milieu carcéral. [Je souligne.]

58 De plus, l'appelant fait remarquer que la Société estime obligatoire la fourniture de services juridiques aux détenus qui font l'objet d'une audience postsuspension, d'une audience postrévocation ou d'une audience relative à la détention (*White Paper: Core Services of the Legal Services Society of British Columbia* (1994), à la p. 33). Il soutient qu'il n'existe aucune méthode structurée pour établir une distinction entre les audiences de ce type et les audiences disciplinaires en milieu carcéral. Dans toutes ces procédures, la liberté du détenu est potentiellement en jeu.

59 De son côté, la Société intimée soutient que le critère fondamental qui permet de déterminer si la procédure est de nature civile est le fait que cette dernière porte sur des droits [TRADUCTION] «de nature personnelle et privée». Les audiences disciplinaires en milieu carcéral ne sont pas des procédures de nature civile pour l'application de l'al. 3(2)b), parce qu'elles visent fondamentalement à maintenir l'ordre dans l'établissement. La Société établit entre l'audience postsuspension, l'audience postrévocation et l'audience relative à la détention, d'une part, et les audiences disciplinaires en milieu carcéral, d'autre part, une distinction sur le fondement des droits en cause; le contrevenant est titulaire d'un droit privé qui lui permet d'être libéré sous condition ou d'être libéré

the maintenance of internal good order and discipline within the penitentiary and not the adjudication of private rights or the provision for redress of the violation of private rights. In short, they are a fundamentally different type of proceeding.

d'office et qui pourrait être touché par l'issue de l'audience postsuspension, de l'audience postrévocation ou de l'audience relative à la détention. Par contraste, la Société soutient que le principal objectif des audiences disciplinaires en milieu carcéral est de maintenir l'ordre et la discipline au sein de l'établissement et non de statuer sur des droits privés ni d'accorder des réparations par suite de la violation de tels droits. En bref, ces procédures sont de nature fondamentalement différente.

60 The respondent the Attorney General of British Columbia submits that the word "proceedings" found in s. 3(2)(b) should properly be confined to court proceedings because of the formal procedures and rules of evidence that make legal training so useful in that forum.

Le procureur général de la Colombie-Britannique intimé fait valoir que le mot «procédure» utilisé à l'al. 3(2)b) doit être à juste titre limité aux procédures judiciaires, en raison de la procédure et des règles de preuve formelles qui font qu'une formation juridique est si utile dans ce cadre.

61 I believe it is clear that the use of the word "civil" in s. 3(2)(b) must have a meaning beyond the adjudication of rights between two persons. To interpret "civil" in such a way is in effect to render s. 3(2)(b) meaningless because imprisonment or confinement would rarely result from an adjudication of rights between individuals. To reach such a conclusion would run counter to the principles of statutory interpretation set out in *Rizzo Shoes*, *supra*, since the term must be given a meaning that accords with the statute as a whole.

J'estime qu'il est clair que l'utilisation de l'expression «de nature civile» à l'al. 3(2)b) doit avoir un sens qui va au-delà de la détermination des droits de deux personnes l'une vis-à-vis l'autre. Interpréter ainsi l'expression «de nature civile» équivaut en fait à priver l'al. 3(2)b) de sens, car il est rare que l'emprisonnement ou l'internement résulte de la détermination des droits de particuliers entre eux. Tirer une telle conclusion serait contraire aux principes d'interprétation des lois énoncés dans l'arrêt *Rizzo Shoes*, précité, vu qu'il faut donner à cette expression un sens qui soit compatible avec la loi dans son ensemble.

62 In *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), "civil" is defined as follows: "Of or relating to the state or its citizenry. Relating to private rights and remedies sought by civil actions as contrasted with criminal proceedings" (p. 244). The definition of a "civil action" is an "[a]ction brought to enforce, redress, or protect private rights. In general, all types of actions other than criminal proceedings" (p. 245). This definition essentially accords with that offered by the Legal Services Society: "civil proceedings", as defined in s. 3(2)(b), refers to the enforcement, redress or protection of private rights.

Dans *Black's Law Dictionary* (6e éd. 1990), le mot «civil» est défini de la façon suivante: [TRADUCTION] «Relatif à l'État ou à ses citoyens. Relatif aux droits et recours de nature privée exercés dans le cadre d'actions civiles par opposition à des procédures criminelles» (p. 244). L'expression «action civile» est définie de la façon suivante: [TRADUCTION] «Action intentée en vue d'obtenir l'exécution, le rétablissement ou la protection de droits privés. En général, tous les types d'actions autres que les procédures de nature criminelle» (p. 245). Cette définition est essentiellement compatible avec celle que propose la Société: l'expression «procédure de nature civile» définie à l'al. 3(2)b) renvoie à l'exécution, au rétablissement ou à la protection de droits privés.

However, the Legal Services Society is incorrect in its submission that no private right is in issue in prison disciplinary hearings. In *Martineau No. 2*, *supra*, and the trilogy of *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, and *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662, it has been specifically determined that incarcerated persons continue to possess a residual liberty interest that can be implicated by institutional action. For example in *Miller*, *supra*, at p. 637, Le Dain J. wrote: "In effect, a prisoner has the right not to be deprived unlawfully of the relative or residual liberty permitted to the general inmate population of an institution." (Emphasis added.) Although prisoners have been deprived in large measure of the liberty enjoyed by most citizens, they continue to possess the liberty enjoyed by the general penitentiary population.

Cependant, la Société a tort d'affirmer qu'aucun droit privé n'est en cause aux audiences disciplinaires en milieu carcéral. Dans l'arrêt *Martineau n^o^ 2*, précité, et la trilogie formée des arrêts *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, et *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662, il a été expressément décidé que la personne incarcérée conserve une liberté résiduelle sur laquelle les mesures prises par les autorités de l'établissement peuvent avoir une incidence. Par exemple, dans l'arrêt *Miller*, précité, à la p. 637, le juge Le Dain écrit: «De fait, un prisonnier a le droit de ne pas être privé illégalement de la liberté relative ou résiduelle accordée à la population carcérale générale d'un établissement.» (Je souligne.) Bien que les détenus soient privés dans une large mesure de la liberté reconnue à la plupart des citoyens, ils continuent de jouir de la liberté accordée à la population carcérale générale. 63

The outcome of a prison disciplinary hearing could result in the imposition of a term in solitary confinement — that is, a period of incarceration separate from the general penitentiary population. From this result it follows that a prisoner's private rights can be and are affected by a prison disciplinary hearing. Solitary confinement as punishment (punitive dissociation) can be imposed only after a quasi-judicial proceeding, namely a prison disciplinary hearing, has been held. As such it can be distinguished from solitary confinement intended simply to preserve order in the institution (administrative dissociation) or for the welfare of the inmate (protective custody). Thus, in my view a prison disciplinary hearing is a civil proceeding within the definition of s. 3(2)(b) of the *Legal Services Society Act*.

L'audience disciplinaire en milieu carcéral peut entraîner l'isolement cellulaire du détenu pour une durée déterminée — c'est-à-dire, une période d'incarcération à l'écart de la population carcérale générale. Il s'ensuit donc que les droits privés d'un détenu peuvent être et sont touchés par une audience disciplinaire en milieu carcéral. L'isolement cellulaire en tant que punition (isolement disciplinaire) ne peut être infligé qu'à l'issue d'une procédure quasi judiciaire, soit une audience disciplinaire en milieu carcéral. À ce titre, il peut donc être distingué d'avec l'isolement cellulaire visant simplement à maintenir l'ordre dans l'établissement (isolement préventif) ou à assurer le bien-être du détenu (isolement protecteur). Par conséquent, à mon avis, une audience disciplinaire en milieu carcéral constitue une procédure de nature civile au sens de la définition prévue à l'al. 3(2)b) de la *Legal Services Society Act*. 64

The consequences and effects of solitary confinement on prisoners demonstrate that it is not simply an alternative type of incarceration. Rather it clearly constitutes a further deprivation of a prisoner's residual liberty interests. The effects of solitary confinement were considered by Heald J. in

Il ressort des conséquences et des effets de l'isolement cellulaire sur les détenus qu'il ne s'agit pas simplement d'une autre forme d'incarcération. Il s'agit plutôt d'une nouvelle privation de la liberté résiduelle que conserve le détenu. Les effets de l'isolement cellulaire ont été examinés par le juge 65

McCann v. The Queen, [1976] 1 F.C. 570 (T.D.), a decision that was analysed in detail in M. Jackson, *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada* (1983). Heald J. made it very clear that he accepted the prisoners' testimony as to the very disturbing effects solitary confinement had upon them. He found that the confinement of the plaintiff McCann and others in the solitary confinement unit of the British Columbia Penitentiary (since closed) amounted to cruel and unusual punishment in violation of s. 2(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*.

66 Professor Jackson points out the difficulty of accurately describing or measuring the effects of solitary confinement on the human psyche, and the dearth of scientific literature detailing the psychological effects. Rather research has tended to focus upon the physical surroundings of prisoners confined in solitary. Professor Jackson writes at p. 64, "Dostoevsky is a surer guide than Glanville Williams in understanding what it is that we do, in the name of the criminal law, when we send men to the solitary-confinement cells". He notes that prisoner complaints stress the deeply depressing psychological repercussions even more than the physical deprivations of solitary confinement. Testifying in *McCann*, *supra*, Dr. George Scott, then the senior psychiatrist in the Canadian Penitentiary Service, reported that, for example, 11 percent of the prisoners in solitary confinement were involved in slashing incidents compared to 1 percent of the general population and that 6.4 percent had attempted suicide compared to 0.9 percent in the general prison population (*McCann*, at p. 599). Dr. Richard Korn, an expert in criminology and penology, while testifying in *McCann*, said that removing a prisoner for an extended period from the general prison population, that is, from the society in which he has a role, a job, and friends, "condemn[s him] to survive by techniques which would unfit him for that open society" (p. 592).

Heald dans *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570 (1re inst.), une décision que M. Jackson a analysée en détail dans son ouvrage intitulé *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada* (1983). Le juge Heald a dit très clairement qu'il acceptait le témoignage des détenus concernant les effets très inquiétants que l'isolement cellulaire avait eus sur eux. Il a conclu que l'incarcération du demandeur McCann et d'autres personnes à l'unité spéciale de correction du pénitencier de la Colombie-Britannique (qui a été fermée depuis) constituait une peine ou un traitement cruel et inusité contraire à l'al. 2*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Le professeur Jackson fait remarquer qu'il est difficile de décrire ou de mesurer les effets de l'isolement cellulaire sur la psyché humaine et qu'il existe très peu d'ouvrages scientifiques en décrivant les effets psychologiques. La recherche a plutôt eu tendance à porter sur l'environnement physique dans lequel les détenus étaient isolés. Le professeur Jackson écrit, à la p. 64: [TRADUCTION] «Dostoevsky permet certainement mieux que Glanville Williams de comprendre ce que nous faisons, au nom du droit criminel, lorsque nous enfermons des hommes dans des cellules d'isolement». Il souligne que les détenus se plaignent davantage des effets dépresseurs très graves que des privations physiques qu'ils subissent en isolement cellulaire. Témoignant dans l'affaire *McCann*, précitée, le docteur George Scott, qui était à l'époque le premier psychiatre du Service canadien des pénitenciers, a dit, par exemple, que 11 pour 100 des détenus ayant fait l'objet d'un isolement cellulaire s'étaient tailladés, par opposition à 1 pour 100 des autres prisonniers, et que 6,4 pour 100 de ces détenus avaient tenté de se suicider, contre 0,9 pour 100 des autres détenus (*McCann*, à la p. 599). Le docteur Richard Korn, un expert dans le domaine de la criminologie et de la pénologie, a dit, dans le témoignage qu'il a rendu dans *McCann*, que le fait d'isoler, pendant une période prolongée, un prisonnier de ses pairs, c'est-à-dire de la société dans laquelle il a son rôle, son travail et ses amis, [TRADUCTION] «le condamne à survivre par des techniques qui le rendraient inapte à vivre parmi cette société ouverte» (p. 592).

It is clear that solitary confinement is not simply a different yet similar form of incarceration than that experienced by the general prison population. Its effects can be serious, debilitating and possibly permanent. They serve to both emphasize and support the conclusion that solitary confinement constitutes an additional and a severe restriction on a prisoner's liberty.

Il est clair que l'isolement cellulaire n'est pas simplement une forme d'incarcération différente qui est cependant analogue à celle dont font l'objet les détenus en général. Ses effets peuvent être graves, débilitants et éventuellement permanents. Ils permettent de souligner et d'étayer la conclusion que l'isolement cellulaire constitue une restriction supplémentaire et grave de la liberté d'un détenu. 67

It will be remembered that the Legal Services Society provides counsel for post-suspension, post-revocation and detention hearings. Yet in those circumstances where solitary confinement may be imposed as a result of serious disciplinary charges, the consequences flowing from a prison disciplinary hearing will probably be more severe, and at the very least as severe, as those that may flow from those hearings for which counsel is provided. There is no principled way to distinguish between these four different civil proceedings. It follows that prison disciplinary hearings are civil proceedings within the meaning of s. 3(2)(b).

Rappelons que la Société fournit les services d'un avocat aux détenus qui font l'objet d'une audience postsuspension, d'une audience postrévocation ou d'une audience relative à la détention. Pourtant, dans les cas où l'isolement cellulaire est susceptible d'être infligé par suite d'une accusation d'infraction disciplinaire grave, les conséquences découlant d'une audience disciplinaire en milieu carcéral seront probablement aussi, voire davantage sérieuses que celles qui sont susceptibles de résulter des audiences pour lesquelles le détenu a droit aux services d'un avocat. Il n'existe aucune méthode structurée pour distinguer les unes des autres ces quatre procédures de nature civile qui sont différentes. Il s'ensuit que les audiences disciplinaires en milieu carcéral constituent des procédures de nature civile au sens de l'al. 3(2)b). 68

The appellant has met the first part of the test laid out in s. 3(2)(b).

L'appelant a satisfait aux exigences du premier volet du critère énoncé à l'al. 3(2)b). 69

3. Section 3(2)(b): Confinement or Imprisonment

3. L'alinéa 3(2)b): l'internement ou l'emprisonnement

The second part of the test that the appellant must meet to succeed in this appeal is to show that he "may be imprisoned or confined" as a result of the prison disciplinary hearing. As a result of being charged under the *Corrections and Conditional Release Act*, the appellant spent a total of 38 days in solitary confinement.

Le deuxième volet du critère auquel l'appelant doit satisfaire pour avoir gain de cause dans le présent pourvoi consiste à établir qu'il «est susceptible d'être emprisonn[é] ou intern[é]» à l'issue de l'audience disciplinaire en milieu carcéral. Ayant fait l'objet d'une accusation en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, l'appelant a passé 38 jours en tout en isolement cellulaire. 70

In *Shubley*, *supra*, it was determined that "close confinement" is not imprisonment. At p. 23 McLachlin J., for the majority, writes:

Dans l'arrêt *Shubley*, précité, il a été décidé que l'«isolement cellulaire» ne constituait pas un emprisonnement. À la p. 23, le juge McLachlin écrit, au nom des juges majoritaires: 71

I conclude that the sanctions conferred on the superintendent for prison misconduct do not constitute "true penal consequences" within the *Wigglesworth* test. Confined as they are to the manner in which the inmate serves his time, and involving neither punitive fines nor a sentence of imprisonment, they appear to be entirely commensurate with the goal of fostering internal prison discipline and are not of a magnitude or consequence that would be expected for redressing wrongs done to society at large. [Emphasis added.]

Je conclus que les sanctions que le directeur d'une prison peut imposer à un détenu pour inconduite ne constituent pas de «véritables conséquences pénales» au sens du critère de l'arrêt *Wigglesworth*. Puisqu'elles sont limitées à la façon dont le détenu doit purger sa peine et qu'elles ne comportent ni amende, ni peine d'emprisonnement, ces sanctions paraissent tout à fait proportionnées à l'objectif de promouvoir le respect de la discipline interne dans les prisons et elles n'ont ni l'ampleur ni les conséquences auxquelles on s'attendrait pour ce qui est de réparer les torts causés à la société en général. [Je souligne.]

Imprisonment is clearly a true penal consequence within the meaning given the term in *Wigglesworth*, *supra*. By inference, then, if solitary confinement is not a true penal consequence, it cannot be equated with imprisonment that is separate and different from the incarceration already experienced by an inmate. The question that remains is whether solitary confinement is "confinement" within the meaning of s. 3(2)(b).

L'emprisonnement est clairement une véritable conséquence pénale au sens de l'arrêt *Wigglesworth*, précité. On peut donc déduire que si l'isolement cellulaire n'est pas une véritable conséquence pénale, il ne peut être assimilé à un emprisonnement distinct de l'incarcération dont le détenu fait déjà l'objet. La question qui reste à trancher est de savoir si l'isolement cellulaire constitue un «internement» au sens de l'al. 3(2)b).

72 It is noteworthy that the Legal Services Society concedes that the prison disciplinary hearings faced by the appellant may lead to his confinement pursuant to s. 3(2)(b). The Attorney General of British Columbia disputes this concession. He submits, instead, that s. 3(2)(b) is intended to provide legal services to someone who faces a civil proceeding "which involves the exercise of the power to imprison or confine to which that person is not normally subject. Because prisoners are already incarcerated, the power to imprison or confine has already been exercised" (emphasis added). In effect the Attorney General contends that a currently incarcerated person cannot be confined.

Il convient de noter que la Société concède que les audiences disciplinaires en milieu carcéral dont l'appelant fait l'objet sont susceptibles de conduire à son internement aux termes de l'al. 3(2)b). Le procureur général de la Colombie-Britannique conteste cette concession. Il soutient que l'al. 3(2)b) vise plutôt à fournir des services juridiques à la personne qui fait l'objet d'une procédure de nature civile [TRADUCTION] «qui entraîne l'exercice du pouvoir d'emprisonner ou d'interner auquel cette personne n'est normalement pas assujettie. Comme les détenus sont déjà incarcérés, le pouvoir d'emprisonner ou d'interner a déjà été exercé dans leur cas» (je souligne). En fait, le procureur général soutient qu'une personne déjà incarcérée ne peut être internée.

73 This assumption, with respect, must be rejected. *Martineau No. 2*, *supra*, together with the trilogy of *Miller*, *supra*, *Morin*, *supra*, and *Cardinal*, *supra*, make it very clear that incarcerated persons retain a residual liberty interest. This interest can be defined as the right to be treated in the same way as other members of the general prison population. Although these cases dealt with the duty resting upon prison officials to act fairly when disciplining prisoners, implicit in the reasons is the

J'estime, avec égards, que cette prétention doit être rejetée. Il ressort très clairement de l'arrêt *Martineau n° 2*, précité, et de la trilogie formée des arrêts *Miller*, *Morin* et *Cardinal*, précités, que les personnes incarcérées conservent une liberté résiduelle, qui peut être définie comme le droit d'être traité de la même façon que les autres membres de la population carcérale générale. Même si ces arrêts portaient sur l'obligation des autorités carcérales d'agir de façon équitable lorsqu'elles punis-

acknowledgment that prisoners retain certain enforceable private rights. See for example the following statement by Le Dain J. in *Miller*, *supra*, at p. 641:

> Confinement in a special handling unit, or in administrative segregation as in *Cardinal*, is a form of detention that is distinct and separate from that imposed on the general inmate population. It involves a significant reduction in the residual liberty of the inmate. It is in fact a new detention of the inmate, purporting to rest on its own foundation of legal authority. [Emphasis added.]

Le Dain J. carefully distinguished between "form[s] of confinement or detention in which the actual physical constraint or deprivation of liberty . . . is more restrictive or severe than the normal one in an institution" and "the mere loss of certain privileges" (p. 641). This statement is in accord with his writing in *Cardinal*, *supra*, at p. 653 that confinement in administrative dissociation or in a special handling unit is a "significantly more restrictive and severe for[m] of detention than that experienced by the general inmate population".

Section 44(1)(*f*) of the *Corrections and Conditional Release Act*, provides that an inmate found guilty of a "serious disciplinary offence" may face "segregation from other inmates for a maximum of thirty days". It is clear from the trilogy of cases that segregation, whether administrative as in *Cardinal* or punitive as in this appeal, is a form of incarceration more restrictive than the incarceration experienced by the general prison population. It results in a deprivation of that residual liberty interest possessed by prisoners within our penitentiaries. This deprivation represents a further confinement of the appellant in a prison within a prison. It certainly constitutes a "confinement" within the meaning of s. 3(2)(b).

Solitary confinement has in the past and will undoubtedly have a significant and deleterious

sent les détenus, ils reconnaissent implicitement que les détenus conservent certains droits privés exécutoires. Voir par exemple la déclaration suivante du juge Le Dain dans l'arrêt *Miller*, précité, à la p. 641:

> L'incarcération dans une unité spéciale de détention, ou en ségrégation administrative comme c'était le cas dans l'affaire *Cardinal*, constitue une forme de détention qui est tout à fait distincte de celle imposée à la population carcérale générale. Elle entraîne une diminution importante de la liberté résiduelle du détenu. Il s'agit en fait d'une nouvelle détention qui est censée avoir son propre fondement juridique. [Je souligne.]

Le juge Le Dain a soigneusement établi une distinction entre les «forme[s] distincte[s] de détention dans [lesquelles] la contrainte physique réelle ou la privation de liberté [. . .] est plus restrictive ou sévère que cela est normalement le cas dans un établissement carcéral» et «la simple perte de certains privilèges» (p. 641). Ces propos sont compatibles avec le point de vue qu'il a exprimé dans l'arrêt *Cardinal*, précité, à la p. 653, selon lequel le placement du détenu en isolement préventif ou dans une unité spéciale de détention est une «form[e] de détention beaucoup plus restrictiv[e] et sévèr[e] que celle qui est imposée à la population carcérale générale».

74 L'alinéa 44(1)*f*) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, prévoit que le détenu déclaré coupable d'une «infraction disciplinaire grave» est passible d'une peine d'«isolement pour un maximum de trente jours». Il ressort clairement de la trilogie d'arrêts susmentionnée que l'isolement, qu'il soit préventif, comme c'était le cas dans l'arrêt *Cardinal*, ou disciplinaire, comme c'est le cas en l'espèce, est une forme d'incarcération plus restrictive que l'incarcération imposée à la population carcérale générale. Elle prive les détenus de la liberté résiduelle dont ils jouissent dans nos pénitenciers. Cette privation représente un nouvel internement de l'appelant dans une prison à l'intérieur d'une prison. Il s'agit certainement d'un «internement» au sens de l'al. 3(2)b).

75 L'isolement cellulaire a eu et aura sans doute des effets importants et néfastes sur les prisonniers.

effect upon prisoners. Nonetheless, it is a punishment that may well be required in order to protect other prisoners and custodians and to ensure an appropriate standard of discipline in the penitentiary. Maintaining order in a medium or maximum security setting must at times be daunting to say the least. Yet the maintenance of order is essential for all within its confines. It is because of the possible effects and consequences of solitary confinement that a fair hearing is required. Fairness requires that the prisoner be provided with legal counsel.

Néanmoins, il se peut que cette punition doive parfois être infligée pour protéger les autres prisonniers et les gardiens et pour assurer le respect d'une norme disciplinaire convenable dans l'établissement. Le moins qu'on puisse dire, c'est que le maintien de l'ordre dans un établissement à sécurité moyenne ou à sécurité maximale doit parfois être une tâche ardue. Pourtant, le maintien de l'ordre dans l'établissement est essentiel pour toutes les personnes qui s'y trouvent. C'est en raison des effets et conséquences éventuels de l'isolement cellulaire que l'audience doit être équitable. Or, l'équité exige que les services d'un avocat soient fournis au détenu.

76 The concurring judgment of MacGuigan J.A. in *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642, provides some useful guidance as to the necessity of legal counsel in prison disciplinary hearings. He considered the presence of a lawyer for the prisoner to be essential in hearings in which an inmate faced the possibility of losing earned remission. At p. 688 he wrote:

Les motifs concordants rédigés par le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, sont utiles pour apprécier la nécessité que des services juridiques soient fournis aux détenus faisant l'objet d'audiences disciplinaires en milieu carcéral. Il a estimé que la présence d'un avocat représentant le détenu était essentielle dans le cas d'audiences susceptibles de faire perdre au détenu une réduction de peine qu'il avait méritée. Il a écrit, à la p. 688:

> In sum, other than, perhaps, in fact situations of unique simplicity, I cannot imagine cases where a possible forfeiture of earned remission would not bring into play the necessity for counsel. Indeed, in my view the probability that counsel will be required for an adequate hearing on charges with such consequences is so strong as to amount effectively to a presumption in favour of counsel, a departure from which a presiding officer would have to justify. [Emphasis added.]

> En dernière analyse, exception faite peut-être des situations extrêmement simples, je ne peux imaginer de cas où l'éventualité d'une perte de réduction de peine méritée n'entraînerait pas la nécessité d'avoir recours aux services d'un avocat. En fait, la probabilité qu'il faille faire appel aux services d'un avocat pour se défendre adéquatement contre des accusations susceptibles d'entraîner de telles conséquences est telle qu'à mon avis elle équivaut en réalité à une présomption en faveur de la représentation par avocat, et le président du tribunal se devrait de justifier toute entorse à cette présomption. [Je souligne.]

A prisoner earns remission for his good behaviour in prison. He can lose it as the result of disciplinary measures taken pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*. Earned remission effectively shortens the time a prisoner spends in prison but does not affect the manner in which he spends his time in prison.

Un détenu mérite une réduction de peine lorsqu'il se conduit bien. Par contre, il peut perdre une telle réduction de peine lorsque des mesures disciplinaires sont prises contre lui en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Une réduction de peine méritée réduit la durée de la période d'incarcération du détenu mais n'a pas d'incidence sur la façon dont il est incarcéré.

By way of comparison, solitary confinement with its very real deprivation of privileges can have a significant impact on the manner in which a prisoner is incarcerated, as well as affecting his right to earn remission. Representation by counsel obviously assumes an even greater importance when solitary confinement may be imposed as a punishment.

En comparaison, l'isolement cellulaire, qui entraîne une perte très réelle de privilèges, peut avoir une grande incidence sur la façon dont le détenu est incarcéré, tout en influant sur son droit de mériter une réduction de peine. Le fait d'être représenté par un avocat revêt de toute évidence une importance encore plus grande lorsque l'isolement cellulaire est susceptible d'être infligé comme peine. 77

By way of summary the following can be stated:

1. As a result of the serious disciplinary charge, the appellant faced the possibility of punishment by way of solitary segregation.
2. The disciplinary proceedings are civil proceedings within the meaning of that term as it is used in s. 3(2)(b) of the *Legal Services Society Act*.
3. Solitary segregation constitutes confinement as that term is used in s. 3(2)(b).
4. It follows that the appellant has met the requirements of s. 3(2)(b) of the *Legal Services Society Act* and is entitled to be provided with the services of a lawyer for the disciplinary hearing.
5. As a result of the conclusions outlined in these reasons I cannot, with the greatest of respect, agree with the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Landry*, *supra*.

En résumé: 78

1. Vu l'accusation d'infraction disciplinaire grave portée contre lui, l'appelant risque de se voir infliger une peine d'isolement cellulaire.
2. Les procédures disciplinaires sont des procédures de nature civile au sens de l'al. 3(2)b) de la *Legal Services Society Act*.
3. L'isolement cellulaire constitue un internement au sens de l'al. 3(2)b).
4. Il s'ensuit que l'appelant a satisfait aux exigences de l'al. 3(2)b) de la *Legal Services Society Act* et qu'il a droit aux services d'un avocat à l'audience disciplinaire.
5. Vu les conclusions tirées dans les présents motifs, j'estime, avec égards, ne pas pouvoir souscrire à l'arrêt *Landry*, précité, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

V. Costs

The appellant seeks his costs in this Court and in the courts below on a solicitor-client basis. It is well settled that solicitor-client costs are unusual. They should not be awarded unless there is something in the behaviour of the losing party that takes the case outside the ordinary. See K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at para. 11.860. For example, solicitor-client costs were awarded when this Court was of the opinion that the unsuccessful party should not have pursued the litigation or the unsuccessful party had been unreasonable in some other way. See *Palachik v. Kiss*, [1983] 1 S.C.R. 623. They have also been awarded when a respondent without financial resources who had not wished to pursue

V. Les dépens

L'appelant cherche à obtenir que les dépens soient adjugés en sa faveur dans notre Cour et dans les cours de juridiction inférieure comme entre procureur et client. Or, il est bien établi qu'il est inhabituel d'adjuger des dépens comme entre procureur et client. De tels dépens ne doivent être adjugés que si le comportement de la partie déboutée rend l'affaire inhabituelle. Voir K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), au par. 11.860. Par exemple, notre Cour a adjugé des dépens comme entre procureur et client dans une affaire où elle était d'avis que la partie déboutée n'aurait pas dû intenter l'action ou qu'elle avait agi autrement d'une façon déraisonnable. Voir *Palachik c. Kiss*, [1983] 1 R.C.S. 623. 79

the case to this Court was successful in a case which was of considerable importance to a large group or class: *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374. An exception was also made where a respondent public interest group was successful. See *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 80, in which La Forest J. awarded solicitor-client costs "given the Society's circumstances and the fact that the federal Ministers were joined as appellants even though they did not earlier seek leave to appeal to this Court".

De tels dépens ont également été adjugés dans un cas où l'intimé, qui n'avait pas de ressources financières et ne voulait pas saisir notre Cour de l'affaire, a eu gain de cause dans le cadre d'une affaire qui revêtait une importance considérable pour un groupe ou une catégorie importante de personnes: *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374. Une exception a également été faite lorsqu'un groupe de défense de l'intérêt public, partie intimée, a eu gain de cause. Voir l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la p. 80, dans lequel le juge La Forest a accordé des dépens comme entre procureur et client à la Société «compte tenu de la situation de cette dernière et du fait que les ministères fédéraux ont été joints comme appelants même s'ils n'avaient pas auparavant présenté une demande d'autorisation de pourvoi à notre Cour».

80 It is certainly true that in the highest and best traditions of the Bar the appellant's counsel has worked long, diligently and with great skill to represent an indigent appellant. He is deserving of high praise. Nonetheless, there is nothing in this case or in the behaviour of the Legal Services Society or the Attorney General of British Columbia which would warrant an award of solicitor-client costs. Therefore the appellant should have his party and party costs throughout.

Il est certainement vrai que, fidèle à la plus pure tradition du barreau, l'avocat de l'appelant s'est efforcé, avec diligence et savoir-faire, de représenter du mieux qu'il le pouvait l'appelant, qui était dépourvu de ressources financières. À ce titre, il mérite des éloges. Néanmoins, aucun aspect de la présente affaire ni du comportement de la Société ou du procureur général de la Colombie-Britannique ne justifie l'adjudication de dépens comme entre procureur et client. En conséquence, l'appelant a droit aux dépens sur la base des frais entre parties dans toutes les cours.

VI. Disposition

VI. Le dispositif

81 The appellant is a "qualifying individual" within the provision of s. 3(2)(b) of the *Legal Services Society Act* and is entitled to the requisite legal services for his disciplinary hearing. The appeal is therefore allowed with costs throughout these proceedings.

L'appelant est une «personne admissible» au sens de l'al. 3(2)b) de la *Legal Services Society Act* et il a droit aux services juridiques que requiert son audience disciplinaire. Le pourvoi est donc accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Appeal allowed with costs, CORY J. *dissenting in part.*

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge CORY *est dissident en partie.*

Solicitors for the appellant: Conroy & Company, Abbotsford, B.C.

Procureurs de l'appelant: Conroy & Company, Abbotsford, B.C.

Solicitors for the respondent the Legal Services Society: MacAdams Law Firm, Abbotsford, B.C.; Legal Services Society, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureurs de l'intimée la Legal Services Society: MacAdams Law Firm, Abbotsford, B.C.; Legal Services Society, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 1999 Vol. 3

2e cahier, 1999 Vol. 3

Cited as [1999] 3 S.C.R. 199-349

Renvoi [1999] 3 R.C.S. 199-349

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2000.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

CONTENTS

Abouchar *v.* Ottawa-Carleton French-language School Board — Public Sector **343**

Limitation of actions — Public Authorities — School Board — School Board declaring superintendent's position redundant and transferring him to non-supervisory position — Superintendent commencing action more than one year after events giving rise to cause of action — Whether six-month limitation period in s. 7 of Public Authorities Protection Act applicable to bar action — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7.

Des Champs *v.* Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell **281**

Limitation of actions — Public Authorities — School Board — School Board declaring superintendent's position redundant and transferring him to non-supervisory position — Superintendent commencing action eight months after events giving rise to cause of action — Whether six-month limitation period in s. 7 of Public Authorities Protection Act applicable to bar action — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7.

Francis *v.* Baker **250**

Family law — Divorce — Maintenance — Federal Child Support Guidelines — Meaning of word "inappropriate" in s. 4(b) of Guidelines — Father with annual income of $945,000 ordered to pay $10,000 per month in child support for his two children — Whether trial judge properly exercised discretion to award Table amount of child support applicable to father's income — Whether downward variation of Table amounts permissible where paying parent has annual income exceeding $150,000 — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, s. 4(b).

R. *v.* Liew **227**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Elicitation — Accused making inculpatory statements to undercover police officer in cell block — Whether atmosphere of oppression required to ground finding that accused's right to silence was violated — Whether statements were actively elicited by police in violation of accused's right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Wells *v.* Newfoundland **199**

Employment law — Public service — Senior civil servants — Elimination of position by statute — Whether senior civil servants who hold tenure appointments subject to good behaviour owed compensation in event that their positions were eliminated by legislation in absence of clear statutory language denying compensation — Whether legislatures can escape financial consequences of restructuring public service by eliminating or altering positions without explicitly extinguishing

Continued on next page

SOMMAIRE

Abouchar *c.* Conseil scolaire de langue française d'Ottawa-Carleton — Section publique **343**

Prescription — Autorités publiques — Conseil scolaire — Poste de surintendant déclaré excédentaire par le Conseil scolaire et mutation de l'employé à un poste ne comportant pas de tâches de supervision — Action intentée par le surintendant plus d'un an après les événements ayant donné naissance à la cause d'action — Est-ce que le délai de prescription de six mois prévu par la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique et rend l'action irrecevable? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7.

Des Champs *c.* Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell **281**

Prescription — Autorités publiques — Conseil scolaire — Poste de surintendant déclaré excédentaire par le Conseil scolaire et mutation de l'employé à un poste ne comportant pas de tâches de supervision — Action intentée par le surintendant huit mois après les événements ayant donné naissance à la cause d'action — Est-ce que le délai de prescription de six mois prévu par l'art. 7 de la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique et rend l'action irrecevable? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7.

Francis *c.* Baker **250**

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Sens de l'expression «n'est pas indiqué» à l'art. 4b) des lignes directrices — Père ayant un revenu annuel de 945 000 $ tenu de verser une pension alimentaire mensuelle de 10 000 $ pour ses deux enfants — Le juge de première instance a-t-il bien exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder le montant de pension alimentaire pour enfants prévu dans la table applicable au revenu du père? — Le montant prévu dans la table peut-il être réduit dans le cas où le parent qui doit le verser a un revenu annuel supérieur à 150 000 $? — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 4b).

R. *c.* Liew **227**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Obtention de renseignements de façon irrégulière — Déclarations inculpatoires faites par l'accusé à un policier banalisé dans un bloc cellulaire — Un climat d'oppression est-il nécessaire pour conclure à la violation du droit de l'accusé de garder le silence? — Les déclarations ont-elles été obtenues de façon active par les policiers en violation du droit de l'accusé de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

rights they have abrogated — Whether government can rely on doctrine of separation of powers to avoid consequences of its own actions — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322, s. 5(4), (5).

SOMMAIRE (Fin)

Wells *c.* Terre-Neuve **199**

Employeur et employé — Fonction publique — Hauts fonctionnaires — Abolition d'un poste par la loi — Les hauts fonctionnaires occupant des postes à titre inamovible ont-ils droit à une indemnité si leurs postes sont abolis par une loi en l'absence de texte législatif clair refusant l'indemnisation? — Une législature qui restructure sa fonction publique en abolissant ou modifiant des postes peut-elle échapper aux conséquences financières qui en découlent, si elle n'éteint pas explicitement les droits qu'elle a abrogés? — Le gouvernement peut-il invoquer la théorie de la séparation des pouvoirs pour échapper aux conséquences de ses propres actions? — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, ch. 322, art. 5(4), (5).

Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland and Board of Commissioners of Public Utilities *Appellants*

v.

Andrew Wells *Respondent*

INDEXED AS: WELLS *v.* NEWFOUNDLAND

File No.: 26362.

1999: May 17; 1999: September 15.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Employment law — Public service — Senior civil servants — Elimination of position by statute — Whether senior civil servants who hold tenure appointments subject to good behaviour owed compensation in event that their positions were eliminated by legislation in absence of clear statutory language denying compensation — Whether legislatures can escape financial consequences of restructuring public service by eliminating or altering positions without explicitly extinguishing rights they have abrogated — Whether government can rely on doctrine of separation of powers to avoid consequences of its own actions — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322, s. 5(4), (5).

The respondent was appointed as a member of the Public Utilities Board ("Board") with the designation commissioner (Consumer Representative) under the provisions of the *Public Utilities Act*. He was entitled to hold office during good behaviour until the age of 70. Due to changes in the jurisdiction of the Board and its workload, the Executive Council of the Government of Newfoundland ordered an assessment of the continuing need for the Board. The assessment recommended a differently constituted board with fewer commissioners and that the respondent's position be replaced by an office of Consumer Advocate in the Department of Consumer Affairs and Communications or the Department of Justice. A new *Public Utilities Act* was passed which restructured the Board, reduced the number of commissioners and abolished the respondent position. The respondent ceased to hold office on that date. Having served for four and a half years, the respondent was six

Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve et le Board of Commissioners of Public Utilities *Appelants*

c.

Andrew Wells *Intimé*

RÉPERTORIÉ: WELLS *c.* TERRE-NEUVE

N° du greffe: 26362.

1999: 17 mai; 1999: 15 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Employeur et employé — Fonction publique — Hauts fonctionnaires — Abolition d'un poste par la loi — Les hauts fonctionnaires occupant des postes à titre inamovible ont-ils droit à une indemnité si leurs postes sont abolis par une loi en l'absence de texte législatif clair refusant l'indemnisation? — Une législature qui restructure sa fonction publique en abolissant ou modifiant des postes peut-elle échapper aux conséquences financières qui en découlent, si elle n'éteint pas explicitement les droits qu'elle a abrogés? — Le gouvernement peut-il invoquer la théorie de la séparation des pouvoirs pour échapper aux conséquences de ses propres actions? — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, ch. 322, art. 5(4), (5).

L'intimé a été nommé commissaire (représentant des consommateurs) au sein de la Public Utilities Board (la «Commission») en vertu des dispositions de la *Public Utilities Act*. Il avait le droit d'occuper le poste à titre inamovible jusqu'à l'âge de 70 ans. À la suite de modifications apportées à la compétence et à la charge de travail de la Commission, le Conseil exécutif du gouvernement de Terre-Neuve a ordonné d'évaluer si celle-ci était toujours nécessaire. L'évaluation a recommandé la constitution d'une commission différente comptant moins de commissaires et le remplacement du poste de l'intimé par celui de protecteur du consommateur au ministère des Consommateurs et des Communications ou au ministère de la Justice. Une nouvelle *Public Utilities Act* a été adoptée; celle-ci prévoyait la restructuration de la Commission, la réduction du nombre de commissaires et l'abolition du poste de l'intimé. L'intimé a cessé d'occuper son poste à cette date. Ayant

months short of having his pension vest. He was not reappointed to the new Board and did not receive any compensation. The respondent was not interested in filling the office of Consumer Advocate. He decided to seek damages. His action was dismissed by the Newfoundland Supreme Court, Trial Division. He successfully appealed to the Court of Appeal which found the Crown to be in breach of statutory and contractual obligations. The Court of Appeal awarded damages equivalent to two and one-half years of salary plus pension benefits.

Held: The appeal should be dismissed.

The respondent's position was not a form of monarchial patronage. He was employed to carry out an important function on behalf of the citizens of Newfoundland. The government offered him the position, terms were negotiated, and an agreement reached. It was a contract. While the terms and conditions of the contract may be dictated, in whole or in part, by statute, the employment relationship remains a contract in substance and the general law of contract will apply unless specifically superceded by explicit terms in the statute or the agreement. The terms of such a contract are to be found in the written and verbal manifestations of the agreement, applicable statutes and regulations, and the common law.

The respondent held a senior public position of quasi-judicial responsibility. No misbehaviour was alleged against him, but his position was eliminated. In the private sector, this would clearly constitute a breach of the respondent's contract of employment, and he would be entitled to damages. His status as an employee of the Crown, in the circumstances, should not be different. The law regarding senior civil servants accords with contemporary understanding of the state's role and obligations in its dealings with employees. The most plausible interpretation of the respondent's terms of employment is that while his position, and the authority flowing from it, could be eliminated, he could not be deprived of the benefits of the job except by virtue of age or bad behaviour.

The Crown breached its ongoing obligations to the respondent when it cut off his remuneration. As his right to seek damages for that breach was not taken from him by legislation, he is entitled to compensation. The Government of Newfoundland had the authority to restructure or eliminate the Board. There is a crucial distinction, however, between the Crown legislatively avoiding

exercé ses fonctions pendant quatre ans et demi, il lui manquait six mois pour avoir droit à une pension. Il n'a pas été nommé à la nouvelle Commission et n'a reçu aucune indemnité. N'étant pas intéressé à occuper le poste de protecteur du consommateur, l'intimé a décidé de réclamer des dommages-intérêts. La Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance, a rejeté son action. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé, concluant que la Couronne avait manqué à ses obligations légales et contractuelles, et elle lui a accordé des dommages-intérêts équivalant à deux ans et demi de salaire, plus des prestations de retraite.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le poste de l'intimé n'était pas une forme de patronage monarchique. Il a été engagé pour occuper une fonction importante au nom des citoyens de Terre-Neuve. Le gouvernement lui a offert ce poste, les conditions ont été négociées, et une entente a été conclue. Il s'agissait d'un contrat. Bien que les conditions d'un contrat puissent être prévues, en totalité ou en partie, par une loi, la relation du travail demeure fondamentalement un contrat et le droit général en matière de contrat s'applique, à moins que des termes explicites dans la loi ou l'entente le remplacent expressément. Les conditions d'un tel contrat se trouvent dans les expressions écrites et verbales de l'entente, les lois et règlements applicables et la common law.

L'intimé occupait un poste de haut fonctionnaire comportant une responsabilité quasi judiciaire. Le poste de l'intimé a été aboli même si aucune inconduite ne lui a été imputée. Dans le secteur privé, il s'agirait manifestement d'une rupture du contrat de travail de l'intimé et ce dernier aurait droit à des dommages-intérêts. Son statut d'employé de la Couronne ne devrait pas le placer dans une situation différente. Le droit relatif aux hauts fonctionnaires concorde avec la compréhension contemporaine du rôle et des obligations de l'État dans ses rapports avec ses employés. L'interprétation la plus vraisemblable des conditions d'emploi de l'intimé est que même si son poste et le pouvoir qui en découle pouvaient être abolis, il ne pouvait pas être privé des avantages de l'emploi sauf en raison de l'âge ou de l'inconduite.

La Couronne a manqué à ses obligations continues envers l'intimé en cessant de le rémunérer. Comme l'intimé n'a pas été privé par une loi de son droit à des dommages-intérêts pour cette rupture, il a droit à une indemnité. Le gouvernement de Terre-Neuve avait le pouvoir de restructurer ou d'éliminer la Commission. Toutefois, il existe une distinction fondamentale entre le

a contract, and altogether escaping the legal consequences of doing so. While the legislature may have extraordinary power of passing a law to specifically deny compensation to an aggrieved individual with whom it has broken an agreement, clear and explicit statutory language would be required to extinguish existing rights previously conferred on that party. In a nation governed by the rule of law, it is assumed that the government will honour its obligations unless it explicitly exercises its power not to. In the absence of a clear express intent to abrogate rights and obligations — rights of the highest importance to the individual — those rights remain in force. To argue the opposite is to say that the government is bound only by its whim, not its word. In Canada this is unacceptable, and does not accord with the nation's understanding of the relationship between the state and its citizens. While the legislature is free to remove the power and responsibility of the office, in doing so it does not strip the respondent of the compensation flowing from the contract unless it specifically so enacts. It is reasonable to infer that the respondent's financial security was intended to survive elimination of his position.

The government cannot rely on the doctrine of separation of powers to avoid the consequences of its own actions. While the legislature retains the power to expressly terminate a contract without compensation, it is disingenuous for the executive to assert that the legislative enactment of its own agenda constitutes a frustrating act beyond its control. The damages assessed by the Court of Appeal are reasonable and fairly compensate the respondent's loss.

Cases Cited

Not followed: *Reilly v. The King*, [1934] A.C. 176; *Peddle v. Newfoundland* (1994), 116 D.L.R. (4th) 161; *Petryshyn v. Canada*, [1993] 3 F.C. 640; **referred to:** *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; *Nova Scotia Government Employees Association v. Civil Service Commission of Nova Scotia*, [1981] 1 S.C.R. 211; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Lucas v. Lucas*, [1943] P. 68; *Washer v. British Columbia Toll*

fait pour la Couronne de se soustraire à l'exécution d'un contrat au moyen d'une loi, et le fait d'échapper entièrement aux conséquences juridiques d'une telle mesure. Bien qu'une législature puisse avoir le pouvoir extraordinaire d'adopter une loi pour refuser expressément d'indemniser une personne lésée avec qui elle a rompu une entente, il faudrait qu'une loi soit libellée de façon claire et explicite pour éteindre les droits qui avaient été précédemment conférés à cette partie. Dans un pays régi par la primauté du droit, on présume que le gouvernement respectera ses obligations, à moins qu'il n'exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire. Faute d'une intention expresse et claire d'abroger des droits et des obligations — droits de la plus haute importance pour l'individu — ces droits demeurent en vigueur. Alléguer le contraire signifierait que le gouvernement n'est lié que par son caprice, non par sa parole. Au Canada, cela est inacceptable et ne concorde pas avec la façon dont on envisage la relation entre l'État et ses citoyens. Bien que la législature soit libre de priver un poste de pouvoir et de responsabilité, en ce faisant, elle ne prive pas l'intimé de l'indemnité découlant du contrat, sauf si elle le prévoit expressément dans la loi. Il est raisonnable de déduire que la sécurité financière de l'intimé était destinée à subsister après l'abolition de son poste.

Le gouvernement ne saurait invoquer la théorie de la séparation des pouvoirs pour échapper aux conséquences de ses propres actions. Bien que la législature conserve le pouvoir de mettre fin expressément à un contrat sans indemnisation, il est fallacieux de la part de l'exécutif d'affirmer que le texte législatif adopté conformément à son propre programme entraîne une impossibilité d'exécution indépendante de sa volonté. Les dommages-intérêts évalués par la Cour d'appel sont raisonnables et indemnisent équitablement l'intimé de sa perte.

Jurisprudence

Arrêts non suivis: *Reilly c. The King*, [1934] A.C. 176; *Peddle c. Newfoundland* (1994), 116 D.L.R. (4th) 161; *Petryshyn c. Canada*, [1993] 3 C.F. 640; **arrêts mentionnés:** *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; *Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse c. Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse*, [1981] 1 R.C.S. 211; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Lucas*

Highways and Bridges Authority (1965), 53 D.L.R. (2d) 620; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] S.C.R. 500; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *West Lakes Ltd. v. State of South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Welch v. New Brunswick* (1991), 116 N.B.R. (2d) 262; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Reference re Amendment of Constitution of Canada*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Neilson v. Vancouver Hockey Club* (1988), 51 D.L.R. (4th) 40; *Gunton v. London Borough of Richmond Upon Thames*, [1980] 3 All E.R. 577; *Bellechasse Hospital v. Pilotte*, [1975] 2 S.C.R. 454; *Reaney v. Co-operative Wholesale Society, Ltd.*, [1932] W.N. 78.

Statutes and Regulations Cited

Interpretation Act, R.S.N. 1990, c. I-19, ss. 28(1), 29(1)(c).
Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322, s. 5(4), (5).
Public Utilities Act, 1989, S.N. 1989, c. 37.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 46.1 [ad. 1994, c. 44, s. 99].

Authors Cited

Blair, Leo. "Civil Servant — A Status Relationship" (1958), 21 *Mod. L. Rev.* 265.
Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.
Chitty on Contracts, vol. 1, 27th ed. General Editor: A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1994.
Emden, Cecil S. *The Civil Servant in the Law and the Constitution*. London: Stevens, 1923.
Fridman, Gerald H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994.
Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

c. Lucas, [1943] P. 68; *Washer c. British Columbia Toll Highways and Bridges Authority* (1965), 53 D.L.R. (2d) 620; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *The King c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *West Lakes Ltd. c. State of South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Welch c. New Brunswick* (1991), 116 R.N.-B. (2e) 262; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *National Trust Co. c. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Neilson c. Vancouver Hockey Club* (1988), 51 D.L.R. (4th) 40; *Gunton c. London Borough of Richmond Upon Thames*, [1980] 3 All E.R. 577; *Hôpital Bellechasse c. Pilotte*, [1975] 2 R.C.S. 454; *Reaney c. Co-operative Wholesale Society, Ltd.*, [1932] W.N. 78.

Lois et règlements cités

Interpretation Act, R.S.N. 1990, ch. I-19, art. 28(1), 29(1)c).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 46.1 [aj. 1994, ch. 44, art. 99].
Public Utilities Act, R.S.N. 1970, ch. 322, art. 5(4), (5).
Public Utilities Act, 1989, S.N. 1989, ch. 37.

Doctrine citée

Blair, Leo. «Civil Servant — A Status Relationship» (1958), 21 *Mod. L. Rev.* 265.
Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.
Chitty on Contracts, vol. 1, 27th ed. General Editor: A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1994.
Emden, Cecil S. *The Civil Servant in the Law and the Constitution*. London: Stevens, 1923.
Fridman, Gerald H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994.
Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Newfoundland. House of Assembly. *Proceedings of the Resource Legislation Review Committee*, Issue No. 8, December 14, 1989.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 271, 483 A.P.R. 271, 5 Admin. L.R. (3d) 113, [1997] N.J. No. 250 (QL), setting aside a decision of Riche J. (1994), 126 Nfld. & P.E.I.R. 295, 393 A.P.R. 295, [1994] N.J. No. 396 (QL), dismissing the respondent's claim for compensation. Appeal dismissed.

John B. Laskin, Reg Locke and *Andrew E. Bernstein*, for the appellants.

Gillian D. Butler, Q.C., Stacy L. Feltham and *Kenneth S. Purchase*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — This appeal deals with the position of the Crown and its senior civil servants who hold tenured appointments subject to good behaviour. Are such office-holders owed compensation in the event that their positions are eliminated by legislation? There is no dispute that Parliament and the provincial legislatures have the authority to structure the public service as they see fit, and to eliminate or alter positions in the process. But can it escape the financial consequences for doing so without explicitly extinguishing the rights they have abrogated? I conclude that they cannot.

I. Facts

In August 1985, the respondent Andrew Wells, was appointed as a member of the Public Utilities Board ("Board") with the designation Commissioner (Consumer Representative) under the provisions of the *Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, c. 322 ("1970 Act"). Pursuant to the 1970 Act's provisions, he was entitled to hold office during good behaviour.

The terms of the respondent's appointment were discussed in a meeting with the Clerk of the Executive Council of Newfoundland, on August

Terre-Neuve. House of Assembly. *Proceedings of the Resource Legislation Review Committee*, Issue No. 8, December 14, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 271, 483 A.P.R. 271, 5 Admin. L.R. (3d) 113, [1997] N.J. No. 250 (QL), qui a annulé une décision du juge Riche (1994), 126 Nfld. & P.E.I.R. 295, 393 A.P.R. 295, [1994] N.J. No. 396 (QL), qui avait rejeté la demande d'indemnisation de l'intimé. Pourvoi rejeté.

John B. Laskin, Reg Locke et *Andrew E. Bernstein*, pour les appelants.

Gillian D. Butler, c.r., Stacy L. Feltham et *Kenneth S. Purchase*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur les positions respectives de la Couronne et de ses hauts fonctionnaires qui occupent des postes à titre inamovible. Les titulaires de tels postes ont-ils droit à une indemnité si leurs postes sont abolis par une loi? Il n'est pas contesté que le Parlement et les législatures provinciales ont le pouvoir de structurer la fonction publique comme ils le jugent approprié, et, ce faisant, d'abolir ou de modifier des postes. Cependant, peuvent-ils se soustraire aux conséquences financières qui en découlent s'ils n'éteignent pas explicitement les droits qu'ils ont abrogés? Je conclus qu'ils ne le peuvent pas. 1

I. Les faits

En août 1985, l'intimé Andrew Wells a été nommé commissaire (représentant des consommateurs) au sein de la Public Utilities Board (la «Commission») en vertu des dispositions de la *Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, ch. 322 («Loi de 1970»). Conformément aux dispositions de la Loi de 1970, il avait le droit d'occuper le poste à titre inamovible. 2

Les conditions de la nomination de l'intimé ont été discutées, le 28 août 1985, lors d'une réunion avec le greffier du Conseil exécutif de Terre-Neuve 3

28, 1985, at which time he was given the choice of serving for a fixed term of 10 years, or until age 70. The respondent chose the latter option. These terms, as well as the rates of remuneration, were confirmed by the Honourable William W. Marshall, President of the Executive Council, in a letter dated September 18, 1985. The following day the respondent was sworn in as Commissioner.

4 The respondent's tenure proved to be a short and turbulent one. On April 6, 1988, the Executive Council of the Government of Newfoundland ordered the Departments of Justice and Transportation and the Treasury Board Secretariat to assess the continuing need for the Board.

5 This review stemmed from the deregulation of the trucking industry in Newfoundland, and this Court's decision on regulatory authority over telephone utilities in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225.

6 All the foregoing factors resulted in a substantially decreased workload for the Board given its loss of jurisdiction over two areas of authority that had previously accounted for a substantial amount of its work. The assessment recommended a differently constituted Board with fewer Commissioners, and that the respondent's position be replaced by an office of Consumer Advocate in the Department of Consumer Affairs and Communications or the Department of Justice.

7 In the wake of this review, a new *Public Utilities Act* was tabled. The respondent was informed by the Minister of Justice that the government intended to act on the recommendations of the review and that on "the balance of probabilities" his position would be abolished. On December 18, 1989, the Newfoundland House of Assembly passed Bill 44, which comprehensively restructured the Board, reduced the number of Commissioners from six to three, and abolished the

au cours de laquelle on a donné à l'intimé le choix d'exercer ses fonctions pendant un mandat fixe de 10 ans ou jusqu'à l'âge de 70 ans. Il a choisi la dernière option. Ces conditions ainsi que les taux de rémunération ont été confirmés par l'honorable William W. Marshall, président du Conseil exécutif, dans une lettre datée du 18 septembre 1985. Le jour suivant, l'intimé a été assermenté comme commissaire.

La période pendant laquelle l'intimé a été en fonction s'est avérée courte et tumultueuse. Le 6 avril 1988, le Conseil exécutif du gouvernement de Terre-Neuve a ordonné au ministère de la Justice, au ministère des Transports et au Secrétariat du Conseil du Trésor d'évaluer si la Commission était toujours nécessaire.

Cette évaluation découlait de la déréglementation de l'industrie du transport routier à Terre-Neuve et de l'arrêt de notre Cour portant sur le pouvoir de réglementation des services téléphoniques publics dans *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225.

Tous les facteurs qui précèdent avaient contribué à une forte diminution de la charge de travail de la Commission compte tenu de la perte de compétence dans deux domaines qui avaient auparavant représenté une partie importante de son travail. L'évaluation a recommandé la constitution d'une commission différente comptant moins de commissaires et le remplacement du poste de l'intimé par celui de protecteur du consommateur au ministère des Consommateurs et des Communications ou au ministère de la Justice.

À la suite de cette évaluation, une nouvelle *Public Utilities Act* a été déposée. Le ministre de la Justice a avisé l'intimé que le gouvernement avait l'intention de se conformer aux recommandations de l'évaluation et que [TRADUCTION] «selon toute probabilité» son poste serait aboli. Le 18 décembre 1989, l'Assemblée législative de Terre-Neuve a adopté le projet de loi 44, qui prévoyait une restructuration complète de la Commission, la réduction du nombre de commissaires de six à trois et

Consumer Representative position. Under its provisions, all existing commissioners were to cease holding office, but remained eligible for re-appointment to limited positions on the new Board.

This Bill was proclaimed into force on February 16, 1990, as the *Public Utilities Act, 1989*, S.N. 1989, c. 37, and the respondent ceased to hold office on that date. The respondent's salary on the date of his termination was $70,058 per year. Having served for four and a half years, he was six months short of having his pension vest.

The respondent was not re-appointed to the new Board. Furthermore, Cabinet Directive MC 0359-'90 directed that the respondent receive no compensation. The respondent was asked by the Minister of Justice whether he was interested in filling the office of Consumer Advocate. He was not, and subsequently commenced this action seeking damages.

II. Judicial History

A. *Newfoundland Supreme Court, Trial Division* (1994), 126 Nfld. & P.E.I.R. 295

Riche J. dismissed the respondent's action, holding that *Reilly v. The King*, [1934] A.C. 176 (P.C.), and *Peddle v. Newfoundland* (1994), 116 D.L.R. (4th) 161 (Nfld. C.A.), barred any right of compensation for government appointees whose positions are abolished by statute unless compensation is provided for in the abolishing legislation. He concluded (at p. 301) that the respondent had not held a "true good behaviour appointment" as his position was only secure until altered by cabinet order, which he found could be done under the 1970 Act.

Riche J. also held that the Crown in right of the Province of Newfoundland had not acted in bad faith nor with improper motives. He stated that the change in legislation had occurred because the

l'abolition du poste de représentant des consommateurs. En vertu des dispositions de ce projet de loi, tous les commissaires en poste devaient cesser d'exercer leurs fonctions, mais demeuraient admissibles à une nouvelle nomination à l'un des postes restants au sein de la nouvelle Commission.

8 Ce projet de loi est entré en vigueur le 16 février 1990 sous le titre de *Public Utilities Act, 1989*, S.N. 1989, ch. 37, et l'intimé a cessé d'occuper son poste à cette date. Le traitement annuel de l'intimé à la date de son licenciement était de 70 058 $. Ayant exercé ses fonctions pendant quatre ans et demi, il lui manquait six mois pour avoir droit à une pension.

9 L'intimé n'a pas été nommé à la nouvelle Commission. En outre, la directive du cabinet MC 0359-'90 prévoyait que l'intimé ne recevrait pas d'indemnité. Le ministre de la Justice lui a demandé s'il était intéressé à occuper le poste de protecteur du consommateur, mais il ne l'était pas. L'intimé a par la suite intenté la présente action en dommages-intérêts.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *La Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance* (1994), 126 Nfld. & P.E.I.R. 295

10 Le juge Riche a rejeté l'action de l'intimé, statuant que les arrêts *Reilly c. The King*, [1934] A.C. 176 (C.P.), et *Peddle c. Newfoundland* (1994), 116 D.L.R. (4th) 161 (C.A.T.-N.), excluaient tout droit à une indemnité pour les personnes nommées par le gouvernement dont les postes avaient été abolis par une loi, sauf si la loi portant abrogation en prévoyait une. Il a conclu (à la p. 301) que l'intimé n'avait pas occupé [TRADUCTION] «une véritable fonction à titre inamovible» parce que son poste n'était garanti que jusqu'à ce qu'une directive du cabinet le modifie, ce que la Loi de 1970 autorisait à son avis.

11 Le juge Riche a également conclu que Sa Majesté du chef de la province de Terre-Neuve n'avait agi ni de mauvaise foi ni en se fondant sur des motifs inappropriés. Il a dit que le changement

Board had lost jurisdiction. He saw no fault in the Crown's reasons for changing the respondent's office from consumer representative to advocate. He also noted that the respondent had been the junior member of the Board at the time the 1970 Act was repealed, and that more senior members could have claimed priority entitlement to re-appointment. In all, Riche J. concluded that there was no basis for judicial review of the government's decision to restructure the Board.

dans la loi était survenu parce que la Commission n'avait plus compétence dans certains secteurs. Il n'a trouvé rien de fautif dans les motifs invoqués par la Couronne pour changer la fonction de l'intimé, de représentant des consommateurs à protecteur. Il a également souligné que l'intimé était le membre de la Commission ayant le moins d'ancienneté au moment de l'abrogation de la Loi de 1970, et que des membres ayant plus d'ancienneté que lui auraient pu demander à avoir priorité sur lui au moment des nouvelles nominations. En fin de compte, le juge Riche a conclu que rien ne justifiait le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement de restructurer la Commission.

B. *Newfoundland Court of Appeal* (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 271

B. *La Cour d'appel de Terre-Neuve* (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 271

12 Gushue C.J.N. (Steele J.A. concurring) in a majority judgment rejected the trial judge's interpretation of the 1970 Act. The relevant provisions were read to mean that while the government had the right to abolish the position by repealing the 1970 Act, it did not have the right to curtail the respondent's rights by eliminating his position and not re-appointing him to the new Board. The majority stated (at p. 283): "If tenure in a statutory office that can be held during good behaviour is to mean anything, it must include the right to be compensated for the loss of the emoluments of that office if the office holder is deprived of it."

Le juge en chef Gushue (avec l'appui du juge Steele) a rejeté, dans un jugement majoritaire, l'interprétation de la Loi de 1970 faite par le juge de première instance. Il a interprété les dispositions pertinentes comme signifiant que bien que le gouvernement ait eu le droit d'abolir le poste en abrogeant la Loi de 1970, il n'avait pas le droit de restreindre les droits de l'intimé en abolissant son poste et en ne le nommant pas à la nouvelle Commission. Les juges majoritaires écrivent (à la p. 283): [TRADUCTION] «Pour que la nomination à un poste qui a été créé par une loi et qui peut être occupé à titre inamovible ait une signification quelconque, elle doit comprendre le droit d'être indemnisé pour la perte des émoluments reliés à ce poste si son titulaire en est privé.»

13 The majority declined to follow *Reilly* and its application in *Petryshyn v. Canada*, [1993] 3 F.C. 640 (T.D.), saying (at p. 284) that "[m]uch has happened in the law since the decision in *Reilly*". According to Gushue C.J.N., parliamentary supremacy over the rights of individuals had been curtailed and *Reilly* was anachronistic and inapplicable. Insofar as the respondent's rights rested on contract, the Chief Justice held that the appellant could not abolish the respondent's position by changing legislation and then rely on the doctrine of frustration because the frustrating event was caused by its own acts. Furthermore, unlike the aggrieved employees in *Reilly*, *supra*, and *Peddle*,

Les juges majoritaires ont refusé de suivre l'arrêt *Reilly* et son application dans *Petryshyn c. Canada*, [1993] 3 C.F. 640 (1re inst.), en disant (à la p. 284) que [TRADUCTION] «[l]e droit a beaucoup évolué depuis l'arrêt *Reilly*». Selon le juge en chef Gushue, la souveraineté du Parlement à l'égard des droits des individus a été restreinte et l'arrêt *Reilly* est anachronique et inapplicable. Dans la mesure où les droits de l'intimé trouvent leur source dans un contrat, l'appelante ne peut pas, de l'avis du Juge en chef, abolir le poste de l'intimé en modifiant la loi et se fonder par la suite sur la théorie de l'impossibilité d'exécution, parce que l'événement qui a rendu le contrat inexécutable a été causé par

supra, the respondent could have been reappointed.

Gushue C.J.N. reasoned that the damage award in this case should exceed what would have been awarded to an "at pleasure" employee. He reasoned that the respondent was not entitled to what he would have received at age 70 because factors such as the contingencies of life and mitigation had to be considered. Gushue C.J.N. allowed the appeal, set aside the trial judgment, and declared Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland to be in breach of its statutory and contractual obligations. He awarded damages equal to two and one-half years of the salary the respondent was receiving as Commissioner at the time of termination, pension benefits to which he would have been entitled for these additional services, and costs throughout.

O'Neill J.A., dissented. He not only agreed with the principles of law applied in *Reilly* and *Peddle*, but held that they were binding. He would have found that the respondent's office had been abolished by legislation, that nothing in the new legislation provided for compensation, and that there was no obligation to appoint the respondent to the new Board.

III. Analysis

The respondent, as a member of the Board, held a senior public position of quasi-judicial responsibility. Both the terms of the statute governing his appointment, and his specific negotiations with the government's representatives established that the fundamental terms of his appointment were that he would serve until the age of 70, subject to good behaviour.

This agreement plainly meant that the Crown could not terminate the respondent's employment unless he did something which rendered him unfit to continue serving as a Public Utilities Commissioner. No misbehaviour was alleged against the respondent, but his position was eliminated. In the

ses propres actes. En outre, contrairement aux employés lésés dans *Reilly* et *Peddle*, précités, l'intimé aurait pu être nommé de nouveau.

14 Le juge en chef Gushue a conclu qu'il était justifié que les dommages-intérêts dans la présente affaire soient supérieurs à ceux qui auraient été accordés à un employé nommé «à titre amovible». Il a estimé que l'intimé n'avait pas droit à ce qu'il aurait reçu à 70 ans parce qu'il fallait tenir compte de facteurs comme les aléas de la vie et la mitigation. Il a accueilli l'appel, annulé le jugement de première instance et déclaré que Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve avait manqué à ses obligations légales et contractuelles. Il a accordé des dommages-intérêts équivalant à deux ans et demi du traitement que recevait l'intimé comme commissaire au moment de son licenciement, les prestations de retraite auxquelles l'intimé aurait eu droit pour ces années de service additionnelles, et les dépens dans toutes les cours.

15 Le juge O'Neill était dissident. Non seulement il était d'accord avec les principes de droit appliqués dans les arrêts *Reilly* et *Peddle*, mais il estimait qu'ils avaient un effet obligatoire. Il aurait conclu que le poste de l'intimé avait été aboli par une loi, que rien dans la nouvelle loi ne prévoyait une indemnité et qu'il n'y avait pas d'obligation de nommer l'intimé à la nouvelle Commission.

III. Analyse

16 L'intimé, en tant que membre de la Commission, occupait un poste de haut fonctionnaire comportant une responsabilité quasi judiciaire. Conformément aux dispositions de la loi régissant sa nomination et à ses négociations particulières avec les représentants du gouvernement, les conditions fondamentales de sa nomination étaient qu'il exercerait ses fonctions jusqu'à l'âge de 70 ans à titre inamovible.

17 Cette entente signifiait clairement que la Couronne ne pouvait pas licencier l'intimé, à moins que ce dernier ne fasse quelque chose qui le rende inapte à continuer d'exercer ses fonctions de commissaire des services publics. Le poste de l'intimé a été aboli même si aucune inconduite ne lui a été

private sector, this would clearly constitute a breach of the respondent's contract of employment, and he would be entitled to damages. His status as an employee of the Crown, in the circumstances, should not be different.

A. *The Status of Civil Servants*

18 The respondent's entitlement to compensation hinges on the nature of his relationship with the Crown. If he had a contract of employment with the Crown, then his termination will constitute a breach compensable in damages. If, on the other hand, his relationship was purely statutory, then he is limited to administrative remedies.

19 This appeal was principally argued on the basis that the respondent's employment was the product of statutory and executive decision-making and that any grievances or disputes relating to his employment are to be resolved by references to the principles of administrative law. For the reasons that follow, the appeal is more satisfactorily assessed on the basis of contract, and whether the respondent's termination constituted a remediable breach.

20 The status of junior non-unionized government employees was examined in *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057. That case concerned a casual employee who sued the provincial government in small claims court for an employment-related debt. Allowing his claim to proceed, Beetz J. said at pp. 1082-83:

> . . . faced with the necessity of qualifying and regulating a given legal relationship in public law, the jurist of the Anglo-Canadian tradition must necessarily carry out this function with the concepts and rules of the ordinary law, unless statute or prerogative require otherwise. Confronted by a legal relationship having all the characteristics of a contract, as in the case at bar, the Anglo-Canadian jurist must consider it and deal with it as contract, subject to legislation and prerogative.

imputée. Dans le secteur privé, il s'agirait manifestement d'une rupture du contrat de travail de l'intimé et ce dernier aurait droit à des dommages-intérêts. Son statut d'employé de la Couronne ne devrait pas le placer dans une situation différente.

A. *Le statut des fonctionnaires*

Le droit de l'intimé à une indemnité dépend de la nature de sa relation avec la Couronne. S'il avait un contrat de travail avec la Couronne, son licenciement constitue une violation indemnisable en dommages-intérêts. Si, par contre, sa relation était uniquement fondée sur une loi, alors il est limité à des recours administratifs.

Le présent pourvoi est principalement fondé sur le motif que l'emploi de l'intimé était le résultat d'un processus décisionnel législatif et exécutif et que les griefs ou les litiges se rapportant à son emploi devaient être tranchés en faisant appel aux principes du droit administratif. Pour les motifs qui suivent, je crois que la façon la plus satisfaisante d'examiner ce pourvoi est de le faire sous l'angle contractuel et de se demander si le licenciement de l'intimé constituait une rupture susceptible de recours.

Le statut des employés non syndiqués du gouvernement ayant peu d'ancienneté a été examiné dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057. Cette affaire portait sur un employé occasionnel qui avait poursuivi le gouvernement provincial devant une cour des petites créances pour une dette liée à son emploi. Accueillant sa demande pour que l'affaire soit entendue, le juge Beetz a dit, aux pp. 1082 et 1083:

> . . . ayant à qualifier et à réglementer un rapport juridique donné en droit public, le juriste de tradition anglo-canadienne doit presque nécessairement accomplir cette fonction avec les concepts et les règles du droit commun à moins que la loi ou la prérogative n'imposent le contraire. Confronté par un rapport juridique qui a toutes les apparences d'un contrat, comme en l'espèce, le juriste de tradition anglo-canadienne doit le considérer et le traiter comme un contrat, sous réserve de la législation et de la prérogative.

This characteristic is one of the aspects of the rule of law, as conceived in English public law.

. . .

I cannot see in this Regulation anything preventing application of the ordinary law of contract. The Attorney General placed great emphasis on the fact that a casual employee is "appointed" to his position. Something more than this expression would be required to dispense with the general principles of public law. Furthermore, in the private sector an employee is often "appointed" to a managerial position. It is also true that a casual employee is not dealing on an equal basis with the Government and cannot, in practice, negotiate the terms of his employment. However, the same thing can be said of the small employee contracting with large business. As to the argument that the Government may unilaterally modify the terms of employment, which also appears to derive from French administrative law, it seems to me to be at the least doubtful in our law, apart from express provisions of the enactment, which I do not find in the Regulation in question.

Accordingly I conclude, like the Provincial Court and the Superior Court, that respondent was a contract employee and that he was correct in following the procedure prescribed for the recovery of small claims. [Emphasis added.]

While the Court stopped short of saying that all Crown employees are governed by ordinary contract law, it held that jobs with the government are in substance contractual relationships. The status of most civil servants is that of public employees, not personal servants of the Crown.

A common-sense view of what it means to work for the government suggests that these relationships have all the hallmarks of contract. There are negotiations leading to agreement and employment. This gives rise to enforceable obligations on both sides. The Crown is acting much as an ordinary citizen would, engaging in mutually beneficial commercial relations with individual and corporate actors. Although the Crown may have

Cette caractéristique est un des éléments du principe de légalité («*Rule of law*») comme il est conçu en droit public anglais.

. . .

Je ne puis voir dans ce règlement rien qui empêche l'application du droit commun contractuel. Le Procureur général a insisté sur le fait que l'employé occasionnel est «nommé» à son poste. Il faudrait plus que cette expression pour écarter les principes généraux du droit public. D'ailleurs on voit souvent dans le secteur privé qu'un employé a été «nommé» à un poste de direction. Il est vrai aussi que l'employé occasionnel ne traite pas d'égal à égal avec le gouvernement et ne peut pas, en pratique, négocier les conditions de son engagement. Mais on peut dire la même chose du petit employé qui contracte avec la grande entreprise. Quant à la prétention selon laquelle le gouvernement pourrait unilatéralement modifier les conditions de l'emploi, qui semble également provenir du droit administratif français, elle me paraît pour le moins douteuse dans le nôtre, à moins de dispositions explicites de la loi que je ne trouve pas dans le règlement en question.

Comme la Cour provinciale et la Cour supérieure, j'en arrive donc à la conclusion que l'intimé était un contractuel et qu'il a eu raison de suivre la procédure prescrite pour le recouvrement des petites créances. [Je souligne.]

Bien que notre Cour se soit abstenue de dire que tous les employés de la Couronne étaient assujettis au droit commun des contrats, elle a statué que les emplois au sein du gouvernement étaient essentiellement des relations contractuelles. Le statut de la plupart des fonctionnaires est celui d'employés publics et non celui d'employés personnels de la Couronne. 21

Un examen fondé sur le bon sens de ce que signifie le fait de travailler pour le gouvernement tend à indiquer que ces relations portent toutes les marques d'un contrat. Des négociations donnent lieu à une entente et à un emploi et engendrent des obligations exécutoires pour les deux parties. La Couronne agit en grande partie comme un citoyen ordinaire le ferait, s'engageant dans des relations commerciales avantageuses pour les deux parties, tant avec des particuliers qu'avec des sociétés. Bien que la Couronne puisse être tenue de suivre 22

statutory guidelines, the result is still a contract of employment.

23 The majority of civil servants today are unionized and employed under collective agreements which define the terms of their work as well as the Crown's obligations towards them. In *Nova Scotia Government Employees Association v. Civil Service Commission of Nova Scotia*, [1981] 1 S.C.R. 211, at pp. 222-23, this Court considered the question of whether a collective agreement between the Crown and its unionized clerical employees could oust or overcome the "prerogative" of dismissal at pleasure. In holding that the terms of the collective agreement prevailed and bound the Crown, Laskin C.J. said:

> I wish to dwell briefly on the nature of the common law power of the Crown to dismiss at pleasure. Section 57 [of the relevant Nova Scotia act] uses the word "power" and not the word "prerogative", which has sometimes been used in this as in other connections where Crown authority is involved. In *Shenton v. Smith*, [[1895] A.C. 229,] the Privy Council rejected the designation of "prerogative" to characterize the Crown's right to dismiss civil servants. The law in Canada, in Canadian provinces, as well as in other common law jurisdictions has gone far down the road to establishing a relative equality of legal position as between the Crown and those with whom it deals, too far in my opinion to warrant a reversion to an anachronism.
>
> . . .
>
> At best, in my view, the power to dismiss at pleasure could be regarded as an implied term of an engagement which contained no contrary provision. That is not this case. [Emphasis added.]

24 As the Crown is bound to act according to the rule of law, it must normally respect the principles of natural justice in exercising its legal rights in relation to contracts of employment. In cases such as *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, and *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, when a civil servant's terms of employment permitted the employee to be dismissed without cause, the Crown was still

des lignes directrices prévues par la loi, le résultat demeure quand même un contrat de travail.

De nos jours, la majorité des fonctionnaires sont syndiqués et bénéficient de conventions collectives qui définissent leurs conditions de travail ainsi que les obligations de la Couronne à leur égard. Dans l'arrêt *Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse c. Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse*, [1981] 1 R.C.S. 211, aux pp. 222 et 223, notre Cour a étudié la question de savoir si une convention collective entre la Couronne et ses employés de bureau syndiqués pouvait supplanter la «prérogative» de congédier à volonté. En statuant que les conditions de la convention collective prévalaient et liaient la Couronne, le juge en chef Laskin a dit:

> Je voudrais m'arrêter un instant à la nature du pouvoir que la *common law* accorde à Sa Majesté de congédier à volonté. L'article 57 [de la loi pertinente de la Nouvelle-Écosse] emploie le mot «pouvoir» et non le mot «prérogative» qu'on a parfois employé à cet égard ou sous d'autres rapports lorsque l'autorité de Sa Majesté est en jeu. Dans *Shenton v. Smith*, [[1895] A.C. 229,] le Conseil privé a refusé de qualifier de «prérogative» le droit de Sa Majesté de congédier des fonctionnaires. Au Canada, dans les provinces canadiennes, et dans les autres pays de *common law*, le droit est allé loin dans l'établissement d'une égalité relative de situation juridique entre la Couronne et les personnes avec qui elle traite, trop loin à mon avis pour justifier le retour à un anachronisme.
>
> . . .
>
> Au mieux, à mon avis, le pouvoir de congédier à volonté peut être considéré comme une condition implicite d'un engagement qui ne comporte aucune disposition contraire. Tel n'est pas le cas en l'espèce. [Je souligne.]

Comme la Couronne est tenue d'agir conformément au principe de la primauté du droit, elle doit habituellement respecter les principes de justice naturelle dans l'exercice de ses droits relativement aux contrats de travail. Il a été jugé, dans des affaires comme *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, et *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, que lorsque les conditions d'emploi d'un fonctionnaire

required to act fairly in deciding to do so. In the absence of contractual rights, a civil servant may still be able to resort to administrative remedies. However, that is irrelevant in this appeal as the respondent's contract provides the remedy.

permettaient de congédier l'employé sans motif, la Couronne était toujours tenue d'agir équitablement en décidant de le faire. En l'absence de droits contractuels, un fonctionnaire peut toujours se tourner vers les recours administratifs. Toutefois, cette question n'est pas pertinente dans le présent pourvoi car le contrat de l'intimé prévoit le recours.

As opposed to rank-and-file employees covered by collective agreements, the status of senior civil servants remains an open question. They are sometimes in limbo, caught between the feudal condition of servants serving at the pleasure of the Crown, and a modern environment of mutual contractual obligation. The original feudal concept of the civil service, stemmed from the 14th century. It held that a "civil servant" was precisely that, a servant of the King and a member of the Royal household, and the position held was proprietary. As C. S. Emden wrote in *The Civil Servant in the Law and the Constitution* (1923), at p. 18:

25 Le statut des hauts fonctionnaires, contrairement à celui des employés de la base bénéficiant de conventions collectives, demeure une question non résolue. Les hauts fonctionnaires sont souvent dans une situation incertaine, pris entre la condition féodale des employés exerçant leurs fonctions à la volonté de la Couronne et un monde moderne d'obligations contractuelles réciproques. L'origine du concept féodal de la fonction publique remonte au XIV^e^ siècle. Ce concept prévoyait qu'un «fonctionnaire» était un serviteur du Roi et faisait partie de la maison royale, et que le poste occupé relevait du droit de propriété. Comme C. S. Emden l'a écrit dans *The Civil Servant in the Law and the Constitution* (1923), à la p. 18:

The tendency was for offices to be hereditary; they were estates, intimately connected with land-holding. Sometimes they were granted for life. The relation of the "civil servant" to the King was, therefore, feudal rather than contractual. A holder could not be dismissed from his office; but he could not insist on exercising its functions if the King did not so desire.

[TRADUCTION] Les postes avaient tendance à être héréditaires; ils constituaient des patrimoines étroitement liés à la possession de terres. Parfois, ils étaient accordés pour la vie. La relation entre le «fonctionnaire» et le Roi était, en conséquence, féodale plutôt que contractuelle. Un titulaire ne pouvait pas être congédié; mais il ne pouvait pas non plus insister pour exercer ses fonctions si le Roi ne le souhaitait pas.

Traditionally, the Crown's relationship with its servants was not characterized as contractual: *Lucas v. Lucas*, [1943] P. 68; *Washer v. British Columbia Toll Highways and Bridges Authority* (1965), 53 D.L.R. (2d) 620 (B.C.C.A.); L. Blair, "The Civil Servant — A Status Relationship" (1958), 21 *Mod. L. Rev.* 265. The Crown appointed individuals to positions which they fulfilled until the Crown directed that they be dismissed. As a result, appointments were unilateral and subject to arbitrary dismissal: cf. *Reilly*, *supra*; J. Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820).

26 Traditionnellement, la relation entre la Couronne et ses fonctionnaires n'a pas été qualifiée de contractuelle: *Lucas c. Lucas*, [1943] P. 68; *Washer c. British Columbia Toll Highways and Bridges Authority* (1965), 53 D.L.R. (2d) 620 (C.A.C.-B.); L. Blair, «The Civil Servant — A Status Relationship» (1958), 21 *Mod. L. Rev.* 265. La Couronne nommait des personnes à des postes qu'elles occupaient tant qu'elle n'ordonnait pas leur congédiement. En conséquence, les nominations étaient unilatérales et sujettes à un congédiement arbitraire: voir *Reilly*, précité; J. Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820).

In *Reilly*, the Privy Council considered the claim of a member of the Federal Appeal Board, who lost his position when Parliament repealed the

27 Dans l'arrêt *Reilly*, le Conseil privé s'est penché sur la demande d'un membre du Bureau fédéral d'appel qui avait perdu son emploi quand le

applicable enabling legislation. The Privy Council resolved the case by holding that it was irrelevant whether or not a contract existed, since performance of the contract was rendered impossible by the statutory abolition of the office. If the relationship was statutory, then all rights and obligations were created by statute. Conversely, by abolishing the statute, the Crown was relieved of all obligations under it. It concluded (at p. 180) that:

> So far as the rights and obligations of the Crown and the holder of the office rested on statute, the office was abolished and there was no statutory provision made for holders of the office so abolished. So far as the rights and obligations rested on contract, further performance of the contract had been made by statute impossible, and the contract was discharged. It is perhaps unnecessary to add that discharged means put an end to and does not mean broken.

28 Despite entertaining the possibility that a contract of sorts existed between Reilly and the Crown, the Privy Council held that the relationship remained in essence one defined by statute, and thus not subject to the duties arising under the ordinary law of employment. This allowed the Crown to dismiss its servants at will, irrespective of the terms of their appointment, without any requirement to provide compensation: see *Petryshyn*, *supra*. The Crown in this appeal places almost complete reliance on the principles in *Reilly* to deny the respondent's claim.

29 In my opinion, it is time to remove uncertainty and confirm that the law regarding senior civil servants accords with the contemporary understanding of the state's role and obligations in its dealings with employees. Employment in the civil service is not feudal servitude. The respondent's position was not a form of monarchical patronage. He was employed to carry out an important function on behalf of the citizens of Newfoundland. The government offered him the position, terms were negotiated, and an agreement reached. It was a contract.

Parlement avait abrogé la loi habilitante applicable. Le Conseil privé a résolu l'affaire en statuant qu'il n'était pas pertinent de savoir s'il existait ou non un contrat, vu que l'exécution du contrat était rendue impossible en raison de l'abolition du poste prévue par la loi. Si la relation était d'origine législative, tous les droits et toutes les obligations étaient alors créés par la loi. Par contre, en abrogeant la loi, la Couronne était libérée de toutes les obligations que celle-ci prévoyait. Il a conclu (à la p. 180):

> [TRADUCTION] Dans la mesure où les droits et les obligations de la Couronne et du titulaire du poste trouvaient leur source dans une loi, le poste était aboli et il n'existait pas de disposition législative visant les titulaires du poste ainsi aboli. Dans la mesure où les droits et les obligations trouvaient leur source dans un contrat, toute autre exécution du contrat avait été rendue impossible par la loi et le contrat était résilié. Il est peut-être superflu d'ajouter que la résiliation signifie mettre fin à un contrat et non le rompre.

Bien qu'il ait envisagé la possibilité qu'il existait un contrat quelconque entre Reilly et la Couronne, le Conseil privé a statué que la relation demeurait essentiellement une relation définie par la loi et qu'elle n'était donc pas visée par les obligations découlant du droit commun du travail. Cela permettait à la Couronne de congédier ses employés à volonté, sans tenir compte des conditions de leur nomination et sans être tenue d'accorder une indemnité: voir *Petryshyn*, précité. La Couronne dans le présent pourvoi se fonde presque uniquement sur les principes énoncés dans l'arrêt *Reilly* pour rejeter la revendication de l'intimé.

À mon avis, le temps est venu de mettre fin à l'incertitude et de confirmer que le droit relatif aux hauts fonctionnaires concorde avec la compréhension contemporaine du rôle et des obligations de l'État dans ses rapports avec ses employés. Un emploi au sein de la fonction publique ne constitue pas une servitude féodale. Le poste de l'intimé n'était pas une forme de patronage monarchique. Il a été engagé pour occuper une fonction importante au nom des citoyens de Terre-Neuve. Le gouvernement lui a offert ce poste, les conditions ont été négociées et une entente a été conclue. Il s'agissait d'un contrat.

As Beetz J. clearly observed in *Labrecque*, *supra*, the common law views mutually agreed employment relationships through the lens of contract. This undeniably is the way virtually everyone dealing with the Crown sees it. While the terms and conditions of the contract may be dictated, in whole or in part, by statute, the employment relationship remains a contract in substance and the general law of contract will apply unless specifically superceded by explicit terms in the statute or the agreement.

This is the case for most senior public officers. Exceptions are necessary for judges, ministers of the Crown and others who fulfill constitutionally defined state roles. The terms of their relationship with the state are dictated by the terms and conventions of the Constitution. The offices held by these are an integral part of "the web of institutional relationships between the legislature, the executive and the judiciary which continue to form the backbone of our constitutional system": *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 3.

The fundamental terms and conditions of these relationships cannot be modified by either party, even by agreement. For instance, a judge cannot negotiate his or her salary or other terms of employment; see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 ("*Judges' Reference*"), at para. 134. These individuals still serve under specified terms. Their mechanism for enforcement of those terms is not in contract, but through a declaration of the constitutional guarantees underlying their positions: see *Judges' Reference*, *supra*. There are also certain offices that survive because their historical roots are still nourished by functional consideration, e.g., the independent "office" of a police officer: *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.).

30 Comme le juge Beetz l'a clairement fait remarquer dans *Labrecque*, précité, la common law traite les relations du travail découlant d'une entente réciproque comme s'il s'agissait d'un contrat. C'est incontestablement de cette façon que pratiquement toute personne qui traite avec la Couronne les perçoit. Bien que les conditions d'un contrat puissent être prévues, en totalité ou en partie, par une loi, la relation du travail demeure fondamentalement un contrat et le droit général en matière de contrat s'applique, à moins que des termes explicites dans la loi ou l'entente ne le remplacent expressément.

31 C'est le cas pour la plupart des hauts fonctionnaires. Des exceptions sont nécessaires pour les juges, les ministres de la Couronne et d'autres personnes qui remplissent au sein de l'État des rôles définis constitutionnellement. Les conditions de leur relation avec l'État sont régies par les termes et les conventions de la Constitution. Les postes occupés par ces personnes font partie intégrante du «réseau de liens institutionnels entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire qui continuent de former la base de notre système constitutionnel»: *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, au par. 3.

32 Ni l'une ni l'autre partie ne peut modifier les modalités fondamentales de ces relations, même par une entente. Par exemple, un juge ne peut pas négocier son traitement ni d'autres conditions d'emploi; voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 («*Renvoi sur les juges*»), au par. 134. Il n'en demeure pas moins que ces personnes exercent leurs fonctions aux termes de conditions particulières. Le mécanisme d'exécution de ces conditions ne figure pas dans un contrat, mais dans une déclaration des garanties constitutionnelles sous-jacentes à leur poste: voir *Renvoi sur les juges*, précité. Il existe également certains postes qui subsistent parce que leurs racines historiques sont toujours nourries par des considérations pratiques, par exemple, le «poste» indépendant d'agent de police: *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.).

B. *Terms of the Respondent's Employment*

33 In cases such as this, the Court's inquiry should focus on the terms of the civil servant's contract. These are to be found in the written and verbal manifestations of the agreement, applicable statutes and regulations, and the common law. A good starting point in determining the terms of the respondent's employment contract is s. 5(4) and (5) of the 1970 Act, under which he was appointed. These provisions state that:

5. . . .

(4) Subject to subsection (5) each commissioner shall hold office during good behaviour.

(5) Unless otherwise directed by the Lieutenant-Governor in Council, a commissioner shall cease to hold office when he attains the age of seventy years.

34 The substance of the communications between the respondent and the Crown regarding the position are encapsulated in the Agreed Statement of Facts. Paragraph 5 states that the respondent, "was entitled to hold office during good behaviour until he attained the age of 70 years". Similarly, para. 9 states that "the Plaintiff [Wells] was given the option of the terms of his appointment and elected 'good behaviour' to age 70" (emphasis added). Section 5 of the Act, when read in concert with these facts, creates a tenured position.

35 While both the Crown and the respondent knew that the Board could be altered or eliminated by legislative action, there is no indication that this was understood to jeopardize the respondent's financial security. The concept of security of the position must apply to the respondent's personal situation under the contract, not the position itself.

36 The only contemplated termination was by bad behaviour or age. It was explicitly a tenured job. That tenure has to mean something. The most plausible interpretation of the respondent's terms of employment is that while his position, and the

B. *Les conditions d'emploi de l'intimé*

Dans des cas comme celui en l'espèce, la Cour doit mettre l'accent sur les conditions du contrat du fonctionnaire. Ces conditions se trouvent dans les expressions écrites et verbales de l'entente, les lois et règlements applicables et la common law. Un bon point de départ pour déterminer les conditions du contrat de travail de l'intimé consiste à examiner les par. 5(4) et (5) de la Loi de 1970 en vertu desquels il a été nommé. Ces dispositions prévoient:

[TRADUCTION]

5. . . .

(4) Sous réserve du paragraphe (5), les commissaires occupent leur poste à titre inamovible.

(5) Sauf instruction contraire du lieutenant gouverneur en conseil, la limite d'âge pour l'occupation du poste de commissaire est de soixante-dix ans.

L'essentiel des communications entre l'intimé et la Couronne en ce qui concerne le poste est résumé dans l'exposé conjoint des faits. Le paragraphe 5 précise que l'intimé [TRADUCTION] «avait le droit d'occuper son poste à titre inamovible jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 70 ans». De même, le par. 9 dit que [TRADUCTION] «le demandeur [Wells] a eu la possibilité de choisir les conditions de sa nomination et a choisi "à titre inamovible" jusqu'à l'âge de 70 ans» (je souligne). L'article 5 de la Loi, interprété en regard de ces faits, crée un poste permanent.

Même si la Couronne et l'intimé savaient tous les deux qu'une intervention législative pouvait modifier ou éliminer la Commission, rien n'indique que cela était considéré comme compromettant la sécurité financière de l'intimé. Le concept de la sécurité du poste doit s'appliquer à la situation personnelle de l'intimé en vertu du contrat et non au poste lui-même.

Le seul licenciement envisagé était en raison d'une inconduite ou de l'âge. Il s'agissait explicitement d'un emploi permanent. Cette permanence doit avoir une signification. L'interprétation la plus vraisemblable des conditions d'emploi de l'intimé

authority flowing from it, could be eliminated, he could not be deprived of the benefits of the job except by virtue of age or bad behaviour. The Crown breached its ongoing obligations to the respondent when it cut off his remuneration.

C. *The Crown's Entitlement to Abrogate the Contract*

The appellant Crown asserts that even if it breached the respondent's contract of employment by eliminating his position, it was entitled to do so as an exercise of its unfettered sovereign power. It is axiomatic, they submit, that the government cannot contract away its legislative authority: *The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] S.C.R. 500. In *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 560, Sopinka J. adopted the principle articulated by King C.J. of the Supreme Court of South Australia, *in banco*, in *West Lakes Ltd. v. State of South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389, at p. 390:

> Ministers of State cannot, however, by means of contractual obligations entered into on behalf of the State fetter their own freedom, or the freedom of their successors or the freedom of other members of parliament, to propose, consider and, if they think fit, vote for laws, even laws which are inconsistent with the contractual obligations.

The Crown's argument is that no matter what the terms of the respondent's engagement may have been, the legislature retained the power to eliminate his position. This prerogative, it was submitted, could have existed either as an implied term of the contract, or as a matter of right in the hands of the Crown. Lord Atkin wrote in *Reilly*, *supra*, at p. 181: "[i]t would be strange that the Dominion should have power to create an office but no power to abolish it except on the terms of awarding compensation apparently for the full term of the original office."

In essence, the appellant Crown's submission is that the Court of Appeal confused the respondent's right to hold his office, with a right to have that

est que même si son poste et le pouvoir qui en découle pouvaient être abolis, il ne pouvait pas être privé des avantages de l'emploi sauf en raison de son âge ou d'une inconduite. La Couronne a manqué à ses obligations continues envers l'intimé en cessant de le rémunérer.

C. *Le droit de la Couronne d'annuler le contrat*

37 La Couronne appelante soutient que même si elle a violé le contrat de travail de l'intimé en abolissant son poste, elle avait le droit de le faire puisqu'elle exerçait son pouvoir discrétionnaire souverain. Il est évident, soutient-elle, que le gouvernement ne peut pas abandonner par contrat sa compétence législative: *The King c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500. Dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 560, le juge Sopinka a adopté le principe énoncé par le juge en chef King, *in banco*, de la Cour suprême de l'Australie-Méridionale, dans l'affaire *West Lakes Ltd. c. State of South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389, à la p. 390:

> [TRADUCTION] Les ministres d'État ne sauraient toutefois, au moyen d'obligations contractées pour le compte de l'État, imposer des restrictions à leur propre liberté, à celle de leurs successeurs ou à celle d'autres députés, de proposer, d'étudier et, s'ils le jugent opportun, de voter des lois, fussent-elles incompatibles avec les obligations contractuelles.

38 La Couronne soutient que, peu importe ce que les conditions d'engagement de l'intimé aient pu prévoir, la législature a conservé le pouvoir d'abolir son poste. Cette prérogative, prétend-elle, aurait pu exister soit comme une condition implicite du contrat, soit comme un droit détenu par la Couronne. Lord Atkin écrit dans *Reilly*, précité, à la p. 181: [TRADUCTION] «Il serait étrange que le Dominion ait le pouvoir de créer un poste, mais pas de l'abolir, sauf en accordant une indemnité apparemment pour la durée totale du poste original.»

39 La Couronne appelante fait valoir essentiellement que la Cour d'appel a confondu le droit de l'intimé d'occuper son poste avec le droit au

office continue to exist. In other words, the respondent had the right to hold his office on good behaviour, until the age of 70, so long as it existed. Since the position legitimately ceased to exist, the argument continues, the respondent's rights which flowed from it ceased at the same time.

40 The Crown attempted to buttress this position by reference to s. 28(1) of the *Interpretation Act*, R.S.N. 1990, c. I-19, which it construed as inferring that the elimination of the respondent's position was to also terminate any rights or entitlements flowing from it. This section states that:

28. (1) An Act shall be construed as reserving to the Legislature the power of repealing or amending it and revoking, restricting, or modifying a power, privilege, or advantage vested in or granted to a person by that Act.

41 At the cost of repetition, there is no question that the Government of Newfoundland had the authority to restructure or eliminate the Board. There is a crucial distinction, however, between the Crown legislatively avoiding a contract, and altogether escaping the legal consequences of doing so. While the legislature may have the extraordinary power of passing a law to specifically deny compensation to an aggrieved individual with whom it has broken an agreement, clear and explicit statutory language would be required to extinguish existing rights previously conferred on that party. This view is strengthened by s. 29(1)(c) of the *Interpretation Act* which states that:

29. (1) Where an Act or enactment is repealed in whole or in part or a regulation is revoked in whole or in part the repeal or revocation shall not

. . .

(c) affect a right, privilege, obligation, or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the Act, enactment, or regulation repealed or revoked;

maintien de ce poste. Autrement dit, l'intimé avait le droit d'occuper son poste à titre inamovible, jusqu'à l'âge de 70 ans, tant qu'il existait. Comme le poste a légitimement cessé d'exister, poursuit-elle, les droits de l'intimé qui en découlaient ont cessé en même temps.

La Couronne a tenté d'étayer ce point de vue en se reportant au par. 28(1) de l'*Interpretation Act*, R.S.N. 1990, ch. I-19, qu'elle a interprété comme concluant que l'abolition du poste de l'intimé mettait également fin aux droits qui en découlaient. L'article se lit ainsi:

[TRADUCTION]

28. (1) Une loi doit s'interpréter comme réservant à la Législature la faculté de l'abroger ou de la modifier et de révoquer, restreindre ou modifier un pouvoir, un privilège ou un avantage qu'elle attribue ou confère à une personne.

Au risque de nous répéter, il ne fait aucun doute que le gouvernement de Terre-Neuve avait le pouvoir de restructurer ou d'éliminer la Commission. Toutefois, il existe une distinction fondamentale entre le fait pour la Couronne de se soustraire à l'exécution d'un contrat au moyen d'une loi, et le fait d'échapper entièrement aux conséquences juridiques d'une telle mesure. Bien qu'une législature puisse avoir le pouvoir extraordinaire d'adopter une loi pour refuser expressément d'indemniser une personne lésée avec qui elle a rompu une entente, il faudrait qu'une loi soit libellée de façon claire et explicite pour éteindre les droits qui avaient été précédemment conférés à cette partie. Ce point de vue est renforcé par l'al. 29(1)c) de la *Interpretation Act*, qui prévoit:

[TRADUCTION]

29. (1) Lorsqu'un texte législatif est abrogé en tout ou en partie ou un règlement révoqué en tout ou en partie, l'abrogation ou la révocation

. . .

c) ne porte pas atteinte aux droits, privilèges, obligations ou responsabilités, acquis, nés, naissant ou encourus en application du texte législatif ainsi abrogé ou du règlement ainsi révoqué;

The respondent's contractual rights relating to his employment as a Commissioner were acquired under the *Public Utilities Act*, and its repeal did not, of itself, strip him of those rights. It is eye-catching that the Vice-Chairman of the Resource Legislation Review Committee of the Newfoundland House of Assembly suggested that the new Act be entitled "*The Get Rid of Andy Wells Bill*": Newfoundland: *Proceedings of the Resource Legislation Review Committee*, Issue No. 8, December 14, 1989, at p. L7. The government was free to pass such a bill and they were equally free to pass a bill which would have explicitly denied the respondent compensation (see *Welch v. New Brunswick* (1991), 116 N.B.R. (2d) 262 (Q.B.), for an explicit bar to compensation). However, since no such Act was passed, the respondent's basic contractual rights to severance pay remain.

Les droits contractuels de l'intimé relativement à son emploi de commissaire ont été acquis sous le régime de la *Public Utilities Act*, et la seule abrogation de cette dernière ne le prive pas de ces droits. Point à signaler, le vice-président du comité de l'Assemblée législative de Terre-Neuve sur la révision des lois concernant les ressources a suggéré que la nouvelle Loi s'intitule: [TRADUCTION] «*Projet de loi portant sur le renvoi de Andy Wells*»: Terre-Neuve: *Proceedings of the Resource Legislation Review Committee*, fascicule nº 8, 14 décembre 1989, à la p. L7. Le gouvernement était libre d'adopter un tel projet de loi, comme il l'était d'en adopter un qui aurait expressément refusé toute indemnité à l'intimé (voir *Welch c. New Brunswick* (1991), 116 R.N.-B. (2e) 262 (B.R.), pour un exemple d'un déni explicite du droit à une indemnité). Toutefois, comme aucune loi en ce sens n'a été adoptée, les droits contractuels fondamentaux de l'intimé à une indemnité de départ subsistent. 42

The apparent anomaly of a tenured position in a realm where the government has an unfettered right to change an administrative structure is resolved by observing the distinction between the respondent's right to hold office as a Commissioner, and his right to the financial benefits of having agreed to serve in that capacity. While the legislature is free to remove the power and responsibility of the office, in doing so it does not strip the respondent of the compensation flowing from the contract unless it specifically so enacts.

L'anomalie apparente d'un poste permanent dans un monde où le gouvernement a un droit inconditionnel de modifier une structure administrative est résolue par le respect de la distinction entre le droit de l'intimé d'occuper un poste comme commissaire et son droit aux avantages financiers qui découlent du fait d'avoir accepté d'exercer de telles fonctions. Bien que la législature soit libre de priver un poste de pouvoir et de responsabilité, en ce faisant, elle ne prive pas l'intimé de l'indemnité découlant du contrat, sauf si elle le prévoit expressément dans la loi. 43

As was observed in *Judges' Reference*, *supra*, individual financial security is a core characteristic of judicial independence. Since the protection of independence in public decision making was the *raison d'être* of a tenured Public Utilities Board, a purposive approach forces the conclusion that the government intended to insulate him, where reasonably possible, from undue financial coercion. A threat to deprive him of substantial financial benefits and security, such as the abolition of

Comme il a été souligné dans le *Renvoi sur les juges*, précité, la sécurité financière personnelle est une caractéristique essentielle de l'indépendance judiciaire. Étant donné que la protection de l'indépendance dans le processus décisionnel public était la raison d'être d'une commission des services publics permanente, une interprétation inspirée de l'objet de la loi veut que le gouvernement ait eu l'intention de protéger l'intimé, dans la mesure du possible, d'une coercition financière indue. Une menace de le priver d'avantages financiers importants et d'une sécurité, par exemple l'abolition 44

his nearly vested pension, would be a prime example of such pressure.

45 It is reasonable to infer that the respondent's financial security was intended to survive elimination of his position. Since the Crown relied on the fact that its elimination of the original Board was a good faith decision made without any intention to pressure or intimidate its members or compromise their independence, it is untenable for the Crown to now advance any other interpretation of the respondent's terms of employment.

46 In a nation governed by the rule of law, we assume that the government will honour its obligations unless it explicitly exercises its power not to. In the absence of a clear express intent to abrogate rights and obligations — rights of the highest importance to the individual — those rights remain in force. To argue the opposite is to say that the government is bound only by its whim, not its word. In Canada this is unacceptable, and does not accord with the nation's understanding of the relationship between the state and its citizens.

47 *Reilly* should be taken as turning on the interpretation given to the specific statute of abolition. To the extent it is relied upon for the proposition that the Crown can implicitly avoid its contractual obligations by indirectly legislating a breach, it is no longer the law in Canada. A contract of employment with the Crown remains binding unless and until it is explicitly displaced by statute. This follows *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, which held that a statute is not to be construed so as to take away a person's property without compensation unless its wording clearly demand it.

48 The principled restriction on the Crown's ability to breach contractual obligations without consequence was endorsed by Professor P. W. Hogg, in *Liability of the Crown* (2nd ed. 1989), at pp. 171-72, where he wrote:

d'une pension presque acquise, serait un bon exemple d'une telle contrainte.

Il est raisonnable de déduire que la sécurité financière de l'intimé était destinée à subsister après l'abolition de son poste. La Couronne s'étant fondée sur le fait que l'abolition de la Commission originale constituait une décision prise de bonne foi et sans intention d'exercer une contrainte ou d'intimider ses membres ou de compromettre leur indépendance, elle ne peut soutenir à présent une autre interprétation des conditions d'emploi de l'intimé.

Dans un pays régi par la primauté du droit, nous présumons que le gouvernement respectera ses obligations, à moins qu'il n'exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire. Faute d'une intention expresse et claire d'abroger des droits et des obligations — droits de la plus haute importance pour l'individu — ces droits demeurent en vigueur. Prétendre le contraire signifierait que le gouvernement n'est lié que par son caprice, non par sa parole. Au Canada, cela est inacceptable et ne concorde pas avec la façon dont on envisage la relation entre l'État et ses citoyens.

L'arrêt *Reilly* doit être compris comme portant sur l'interprétation donnée à la loi portant abrogation. Dans la mesure où l'on se fonde sur cet arrêt pour faire valoir que la Couronne peut implicitement se soustraire à ses obligations contractuelles en prévoyant indirectement une violation dans une loi, il ne s'agit plus du droit en vigueur au Canada. Un contrat de travail conclu avec la Couronne est obligatoire pour les parties, à moins d'être explicitement remplacé par une loi et jusqu'à ce qu'il le soit. Cela est conforme à l'arrêt *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101, dans lequel la Cour a statué qu'une loi ne doit pas être interprétée de façon à priver quelqu'un de ses biens sans indemnisation, à moins que le libellé de la loi ne le prévoie clairement.

La restriction de principe du droit de la Couronne de manquer à ses obligations contractuelles sans conséquence a été approuvée par le professeur P. W. Hogg, dans *Liability of the Crown* (2e éd. 1989), aux pp. 171 et 172, où il écrit:

I acknowledge the possibility that, on rare occasions, the Crown may feel compelled by considerations of public policy to break a contractual undertaking. If there were no doctrines of executive necessity, the ordinary law of contract would apply, and would require the Crown to negotiate with the other party for a variation or release, or to pay damages for its breach of contract. That is surely the right result. It provides compensation for the injured contractor. It requires the public purse to bear the cost of the change of public policy.

[TRADUCTION] Je reconnais qu'il est possible que, à de rares occasions, la Couronne puisse se sentir contrainte par des considérations d'ordre public de violer un engagement contractuel. S'il n'existait pas de théorie de nécessité de l'exécutif, le droit commun en matière de contrat s'appliquerait et exigerait que la Couronne négocie avec l'autre partie en vue d'obtenir un changement ou une décharge, ou encore verse des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Il s'agit certainement du bon résultat. Il prévoit l'indemnisation de la partie contractante lésée. Le trésor public est tenu d'assumer le coût du changement de la politique gouvernementale.

It is conceivable that a case might arise where the government cannot accept the decision of a court holding the Crown liable for breach of contract. For example, a court might award damages that were so high as to place an intolerable cost on a desired public policy. The solution to this case is legislation. The Parliament or Legislature has the power to cancel a contract, and this power is not limited by any obligation to pay compensation. Similarly, judicial decisions can be retroactively reversed or modified. The Canadian Charter of Rights does not provide any general protection for private property or any general prohibition on retroactive laws. Through legislation, therefore, the will of the community can be made to prevail over private contract rights. That is the ultimate safeguard of public policy.

Il est concevable que survienne une situation où le gouvernement ne peut admettre la décision d'un tribunal qui tient la Couronne responsable de la rupture de contrat. Par exemple, un tribunal pourrait accorder des dommages-intérêts qui sont si élevés qu'ils associent un coût insupportable à une politique gouvernementale envisagée. La solution en ce cas est de légiférer. Le Parlement ou une législature a le pouvoir d'annuler un contrat et ce pouvoir n'est limité par aucune obligation de verser une indemnisation. De même, les décisions judiciaires peuvent être rétroactivement annulées ou modifiées. La Charte canadienne des droits ne prévoit pas de protection générale pour le droit de propriété ni aucune interdiction générale en ce qui concerne les lois rétroactives. Par conséquent, par l'entremise d'une loi, la volonté de la collectivité peut être exprimée de manière à l'emporter sur des droits contractuels privés. Il s'agit de la garantie ultime de la politique gouvernementale.

There were no *Charter* submissions in this appeal, and these reasons do not address potential *Charter* arguments. In any event, the use of legislation to strip a specific individual of a legal right to compensation for breach of an employment relationship is a harsh and extraordinary use of governmental authority which, because it should not be done lightly, requires specific and unambiguous language.

49 On n'a pas invoqué la *Charte* dans le présent pourvoi, et les présents motifs ne traitent pas d'arguments possibles fondés sur la *Charte*. Quoi qu'il en soit, le recours à une loi pour priver une personne en particulier d'un droit à une indemnité pour manquement à une relation d'emploi est une utilisation draconienne et extraordinaire du pouvoir gouvernemental qui, parce qu'il ne doit pas être exercé à la légère, exige un libellé spécifique et clair.

D. *Frustration*

D. *L'impossibilité d'exécution*

The appellant Crown argues that the respondent's contract was frustrated by the passage of the new Act, which made further employment of Wells in his previous position impossible. The Crown again relied upon *Reilly*, as well as recent decisions applying it; *Welch*, *supra*; *Peddle*, *supra*, and

50 La Couronne appelante soutient que le contrat de l'intimé est devenu inexécutoire en raison de l'adoption de la nouvelle Loi qui empêche Wells de continuer d'occuper son ancien poste. La Couronne s'est de nouveau fondée sur l'arrêt *Reilly*, ainsi que sur des décisions récentes qui l'appli-

Petryshyn, *supra*. In *Reilly*, at p. 180, Lord Atkin had stated that:

> . . . the present case appears to their Lordships to be determined by the elementary proposition that if further performance of a contract becomes impossible by legislation having that effect the contract is discharged. In the present case the office held by the appellant was abolished by statute: thenceforward it was illegal for the executive to continue him in that office or pay him any salary. . . . So far as the rights and obligations rested on contract, further performance of the contract had been made by statute impossible, and the contract was discharged.

51 The obvious objection to this submission is that self-induced frustration does not excuse non-performance: *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at pp. 642-43; *Chitty on Contracts* (27th ed. 1994), vol. 1, at para. 23-047. The Crown responds that the separation of powers between the legislative and executive branches means that a legislative act which bars the executive from performing pending contractual obligations does not constitute self-induced frustration, as these branches are independent entities.

52 The doctrine of separation of powers is an essential feature of our constitution. It maintains a separation of powers between the judiciary and the other two branches, legislature and the executive, and to some extent between the legislature and the executive: see *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 491; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 469. The government cannot, however, rely on this formal separation to avoid the consequences of its own actions. While the legislature retains the power to expressly terminate a contract without compensation, it is disingenuous for the executive to assert that the legislative enactment of its own agenda constitutes a frustrating act beyond its control.

quent; *Welch*, *Peddle*, et *Petryshyn*, précités. Dans *Reilly*, à la p. 180, Lord Atkin affirme:

> [TRADUCTION] . . . il semble à leurs Seigneuries que la présente affaire soit tranchée par la proposition élémentaire selon laquelle, si la poursuite de l'exécution d'un contrat est rendue impossible par l'adoption d'une loi ayant cet effet, le contrat est résilié. En l'espèce, le poste occupé par l'appelant a été aboli par une loi: il devenait alors illégal pour le fonctionnaire de rester dans son poste ou qu'on lui verse un salaire. [. . .] Dans la mesure où les droits et les obligations trouvaient leur source dans un contrat, la loi avait rendu impossible toute autre exécution du contrat et le contrat avait été résilié.

L'objection manifeste à cet argument est que l'impossibilité d'exécution engendrée par son propre fait n'excuse pas l'inexécution: *National Trust Co. c. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (3e éd. 1994), aux pp. 642 et 643; *Chitty on Contracts* (27e éd. 1994), vol. 1, au par. 23-047. La Couronne répond que la séparation des pouvoirs entre les organes législatif et exécutif signifie qu'un texte législatif qui empêche l'exécutif d'exercer ses obligations contractuelles en cours ne constitue pas une impossibilité d'exécution engendrée par son propre fait, parce que ces organes sont des entités indépendantes.

La théorie de la séparation des pouvoirs est un élément essentiel de notre constitution. Elle maintient la séparation des pouvoirs entre le judiciaire et les deux autres organes de gouvernement, le législatif et l'exécutif, et dans une certaine mesure, entre le législatif et l'exécutif: voir *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 491; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la p. 469. Cependant, le gouvernement ne peut pas se fonder sur cette séparation formelle pour échapper aux conséquences de ses propres actions. Bien que la législature conserve le pouvoir de mettre fin expressément à un contrat sans indemnisation, il est fallacieux de la part de l'exécutif d'affirmer que le texte législatif adopté conformément à son propre programme entraîne une impossibilité d'exécution indépendante de sa volonté.

On a practical level, it is recognized that the same individuals control both the executive and the legislative branches of government. As this Court observed in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312, at p. 320, "There is thus a considerable degree of integration between the Legislature and the Government. . . . [I]t is the Government which, through its majority, does in practice control the operations of the elected branch of the Legislature on a day to day basis". Similarly, in *Reference re Canada Assistance Plan*, *supra*, at p. 547, Sopinka J. said:

> . . . the true executive power lies in the Cabinet. And since the Cabinet controls the government, there is in practice a degree of overlap among the terms "government", "Cabinet" and "executive". . . . In practice, the bulk of the new legislation is initiated by the government.

53 En pratique, il est admis que les mêmes personnes contrôlent à la fois les organes exécutif et législatif du gouvernement. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, à la p. 320, «Il y a donc une certaine intégration du gouvernement à la Législature. [. . .] [C]'est le gouvernement qui, par sa majorité, contrôle en pratique au jour le jour les travaux des membres élus de la Législature». De même, dans le *Renvoi relatif au Régime d'assurance publique du Canada*, précité, le juge Sopinka a dit, à la p. 547:

> C'est [. . .] le cabinet qui détient le véritable pouvoir exécutif. Et comme c'est le cabinet qui contrôle le gouvernement, il en résulte dans la pratique que les termes «gouvernement», «cabinet» et «exécutif» se chevauchent jusqu'à un certain point. [. . .] En pratique, la plupart des projets de loi sont déposés à l'initiative du gouvernement . . .

The separation of powers is not a rigid and absolute structure. The Court should not be blind to the reality of Canadian governance that, except in certain rare cases, the executive frequently and *de facto* controls the legislature. The new *Public Utilities Act* in Newfoundland was a government bill, introduced by a member, as directed by Cabinet Directive C 328-'89. Therefore, the same "directing minds", namely the executive, were responsible for both the respondent's appointment and his termination. Moreover, since a number of positions equivalent to that previously held by the respondent were created under the new Act, the executive could have re-appointed him and remedied its breach of contract. This continues to demonstrate the futility of the frustration argument in the circumstances of this case.

54 La séparation des pouvoirs n'est pas une structure rigide et absolue. La Cour ne doit pas omettre de tenir compte de la réalité de l'exercice de l'autorité au Canada selon lequel, sauf dans de rares cas, l'exécutif contrôle, fréquemment et de fait, le législatif. La nouvelle *Public Utilities Act* de Terre-Neuve était un projet de loi émanant du gouvernement, présenté par un député, comme l'ordonnait la directive du cabinet C 328-'89. Par conséquent, les mêmes «âmes dirigeantes», à savoir l'exécutif, étaient responsables de la nomination de l'intimé et de son licenciement. En outre, étant donné que plusieurs postes équivalents à celui qu'occupait auparavant l'intimé ont été créés en vertu de la nouvelle Loi, l'exécutif aurait pu le nommer de nouveau et remédier à sa rupture de contrat. Cela continue de prouver la futilité de l'argument relatif à l'impossibilité d'exécution dans les circonstances de la présente affaire.

The Crown had a contractual obligation to the respondent, which it breached by eliminating his position. As his right to seek damages for that breach was not taken from him by legislation, he is entitled to compensation.

55 La Couronne avait, à l'égard de l'intimé, une obligation contractuelle à laquelle elle a manqué en abolissant le poste de ce dernier. Comme l'intimé n'a pas été privé par une loi de son droit à des dommages-intérêts pour cette rupture, il a droit à une indemnité.

E. *Administrative Law Issue*

56 As these reasons provide that the respondent is entitled to damages in contract, it is unnecessary to consider whether the Crown breached any duty of fairness in the decision-making process which resulted in the respondent's termination. However, since the case was argued primarily on this basis, and it was the subject of extensive and conflicting commentary by the courts below, the issue should be briefly addressed.

57 The thrust of the respondent's submission was that since he lost his job as a result of governmental action, he had a right to fairness in the making of that decision. Procedurally unfair or arbitrary decisions by government lack the force of law and are reviewable by the courts: *Nicholson*, *supra*, at p. 328; *Knight*, *supra*, at p. 675. Crown employees, even those who have no specific statutory or negotiated terms protecting them from dismissal, have the right not to be dismissed except in accordance with the principles of natural justice.

58 In this case, the respondent's termination had nothing to do with him personally, and is distinct from those instances where an employee's competence or capabilities are at issue. The respondent's termination was the consequence of external events which had overtaken the Board on which he served, and the public policy choices taken by the Government of Newfoundland in response to changing public needs. This was not a situation where personal animus led those in government to use their authority unlawfully against an individual over whom they had power, as was the case in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140.

59 Both the decision to restructure the Board, and the subsequent decision not to re-appoint the respondent, were *bona fide* decisions. The decision

E. *Question de droit administratif*

Comme les présents motifs prévoient que l'intimé a droit à des dommages-intérêts en raison d'une rupture de contrat, il n'est pas nécessaire d'examiner si la Couronne a manqué à un devoir d'équité dans le processus décisionnel qui a donné lieu au licenciement de l'intimé. Toutefois, vu que l'affaire a été plaidée principalement sur ce fondement et que ce point a fait l'objet de commentaires élaborés et discordants de la part des tribunaux d'instance inférieure, il convient d'aborder brièvement la question.

L'idée maîtresse de l'argumentation de l'intimé était que, puisqu'il avait perdu son emploi en raison d'une mesure gouvernementale, il avait droit à ce que cette décision soit prise de manière équitable. Les décisions du gouvernement qui ont été prises suivant une procédure inéquitable ou arbitraire n'ont pas force de loi et sont susceptibles de contrôle judiciaire par les tribunaux: *Nicholson*, précité, au par. 328; *Knight*, précité, à la p. 675. Les employés de la Couronne, même ceux qui ne bénéficient pas de conditions d'emploi particulières, légales ou négociées, les protégeant d'un licenciement, ont le droit de ne pas être licenciés sauf en conformité avec les principes de justice naturelle.

Dans la présente affaire, le licenciement de l'intimé n'a rien à voir avec lui personnellement, et peut être distingué des cas où la compétence ou les capacités d'un employé sont en litige. Le licenciement de l'intimé découlait d'événements extérieurs qui avaient touché la Commission pour laquelle il exerçait ses fonctions et des choix de politique gouvernementale faits par le gouvernement de Terre-Neuve en réponse aux besoins publics changeants. Il ne s'agit pas d'une situation où l'animosité personnelle a amené des membres du gouvernement à recourir illégalement à leur pouvoir contre une personne sur laquelle ils avaient autorité, comme c'était le cas dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 140.

La décision de restructurer la Commission et la décision subséquente de ne pas nommer de nouveau l'intimé étaient des décisions valables prises

to restructure the Board was deliberated and enacted by the elected legislature of the Province of Newfoundland. This is fatal to the respondent's argument on bad faith, as legislative decision making is not subject to any known duty of fairness. Legislatures are subject to constitutional requirements for valid law-making, but within their constitutional boundaries, they can do as they see fit. The wisdom and value of legislative decisions are subject only to review by the electorate. The judgment in *Reference re Canada Assistance Plan*, *supra*, at p. 558, was conclusive on this point in stating that: "the rules governing procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions". See also *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, *per* Dickson J., at p. 628.

de bonne foi. La décision de restructurer la Commission était délibérée et a été adoptée par la législature élue de la province de Terre-Neuve. En conséquence, l'argument de l'intimé relativement à la mauvaise foi ne tient pas, car la prise d'une décision législative ne fait l'objet d'aucun devoir d'équité connu. Les législatures sont assujetties à des exigences constitutionnelles pour que l'exercice de leur pouvoir de légiférer soit valide, mais à l'intérieur des limites que leur impose la constitution, elles peuvent faire ce que bon leur semble. Seuls les électeurs peuvent débattre de la sagesse et de la valeur des décisions législatives. Le jugement dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, précité, à la p. 558, était concluant sur ce point: «les règles de l'équité procédurale ne s'appliquent pas à un organe qui exerce des fonctions purement législatives». Voir également *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, le juge Dickson, à la p. 628.

In *Reference re Amendment of Constitution of Canada*, [1981] 1 S.C.R. 753, it was stated at p. 785:

> How Houses of Parliament proceed, how a provincial legislative assembly proceeds is in either case a matter of self-definition, subject to any overriding constitutional or self-imposed statutory or indoor prescription. It is unnecessary here to embark on any historical review of the "court" aspect of Parliament and the immunity of its procedures from judicial review. Courts come into the picture when legislation is enacted and not before (unless references are made to them for their opinion on a bill or a proposed enactment). [Emphasis added.]

60 Dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, on a dit à la p. 785:

> La façon dont les chambres du Parlement procèdent, celle dont une assemblée législative provinciale procède est dans chaque cas une question d'auto-définition, sous réserve de prescriptions constitutionnelles prépondérantes, ou de prescriptions auto-imposées par la loi ou internes. Il est inutile en l'espèce de se lancer dans un examen historique de l'aspect «judiciaire» du Parlement et de l'immunité de ses procédures au contrôle judiciaire. Les tribunaux interviennent quand une loi est adoptée et non avant (à moins qu'on ne leur demande leur avis sur un projet de loi par renvoi). [Je souligne.]

The respondent's loss resulted from a legitimately enacted "legislative and general" decision, not an "administrative and specific" one: see *Knight*, at p. 670. While the impact on him may be singularly severe, it did not constitute a direct and intentional attack upon his interests. His position is no different in kind than that of an unhappy taxpayer who is out-of-pocket as a result of a newly enacted budget, or an impoverished welfare recipient whose benefits are reduced as a result of a legislative changes in eligibility criteria. This was not a personal matter, it was a legislative policy

61 Le préjudice subi par l'intimé est le résultat d'une décision «législative et générale» prise légitimement et non d'une décision «administrative et particulière»: voir *Knight*, précité, à la p. 670. Bien que les répercussions pour l'intimé puissent avoir été particulièrement graves, il ne s'agissait pas d'une attaque directe et intentionnelle contre ses intérêts. Sa situation n'est pas différente de celle d'un contribuable mécontent désargenté à cause d'un budget nouvellement adopté, ni de celle d'un bénéficiaire de l'aide sociale dont les prestations sont réduites à cause de modifications législatives

choice. The procedural rights arising in *Nicholson*, *supra*, and *Knight*, *supra*, do not apply. There is no general right to judicial review of the fairness of such decisions or their implications for individuals: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735. The respondent has no claim to participation in the decisions leading to the elimination of his position through comprehensive reforms.

62 The respondent also has no basis to challenge the decision not to re-appoint him. The question of the respondent's re-appointment is reached once it has been decided that his termination upon the dissolution of the previous Board was lawful and effective. At that point the respondent would be in no different position than any other member of the public vying for an appointment. It is difficult to comprehend how a candidate for public office can claim a right to participate in the appointment process. There is no vested interest at stake causing a duty of fairness to arise (*Knight*, *supra*). The respondent did not show any basis on which he could have formed a reasonable expectation to be consulted in the process.

F. *Calculating the Respondent's Damages*

63 The respondent's contract could be terminated in one of three ways: by his resignation or death, by his attaining the age of 70 or for bad behaviour. The respondent could choose to leave at any time, but could not be terminated with notice. It was neither a contract for indefinite employment, nor for a fixed term. The respondent's damages must be calculated based on his loss of the chance to serve his full term and earn the accompanying salary and benefits.

64 In this case, the respondent's remuneration over the remaining years of his appointment was known, and the only issue is whether he would have served out his full term. The record shows

des critères d'admissibilité. Il ne s'agissait pas d'une affaire personnelle, il s'agissait d'un choix de politique législative. Les droits procéduraux soulevés dans *Nicholson* et *Knight*, précités, ne s'appliquent pas. Il n'existe pas de droit général au contrôle judiciaire de l'équité de telles décisions ou de leur portée sur des personnes: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735. L'intimé ne peut pas revendiquer le droit de participer aux décisions ayant conduit à l'abolition de son poste dans le cadre de réformes globales.

L'intimé n'a pas non plus de motifs de contester la décision de ne pas le nommer de nouveau. La question de la nouvelle nomination de l'intimé survient une fois qu'il a été décidé que son licenciement au moment de la dissolution de l'ancienne Commission était légal et exécutoire. À ce stade, l'intimé se trouvait dans la même situation que tout autre membre du public cherchant à être nommé. Il est difficile de comprendre comment un candidat à une fonction publique peut revendiquer le droit de participer au processus de nomination. Il n'existe aucun intérêt acquis en jeu donnant lieu à un devoir d'équité (*Knight*, précité). L'intimé n'a établi l'existence d'aucun fondement sur lequel il aurait pu former une attente raisonnable d'être consulté dans le processus.

F. *Évaluation des dommages-intérêts de l'intimé*

Le contrat de l'intimé pouvait prendre fin de trois façons: par sa démission ou sa mort, par le fait qu'il atteigne l'âge de 70 ans ou pour une inconduite. L'intimé pouvait choisir de partir à n'importe quel moment, mais il ne pouvait pas être licencié avec préavis. Il ne s'agissait pas d'un contrat de travail à durée indéterminée ou déterminée. Les dommages-intérêts de l'intimé doivent être évalués en fonction de la perte de la chance d'exercer ses fonctions pendant toute la durée du contrat et de gagner le salaire et les avantages s'y rattachant.

Dans la présente affaire, la rémunération de l'intimé pour les années restantes de sa nomination était connue et la seule question à trancher est de savoir s'il aurait exercé ses fonctions pendant toute

that the respondent took his position seriously and pursued further education to better his understanding and performance of his duties. There was no evidence to suggest his imminent departure.

As a contractual claim, the usual rules relating to mitigation of damages apply: *Neilson v. Vancouver Hockey Club* (1988), 51 D.L.R. (4th) 40 (B.C.C.A.); *Gunton v. London Borough of Richmond Upon Thames*, [1980] 3 All E.R. 577 (C.A.). The respondent is a man of considerable political acumen and public profile, and did not languish in unemployment following his termination from the Board. Indeed, he presently serves as the elected mayor of St. John's Newfoundland. Therefore, it is clear that he was able to mitigate his loss of long-term steady employment. He was, however, under no obligation to accept the lesser position of "Consumer Advocate", which was abolished soon after in any event. There is no suggestion that the respondent could have reasonably mitigated his loss of pension benefits.

On its review of the Record and the evidence regarding the respondent performance and intention regarding the position, the Court of Appeal awarded the respondent damages of two and one-half years salary, along with any pension benefits to which he would have been entitled for such additional service (i.e., seven years). The Court of Appeal noted its hesitancy to assess damages in the first instance, absent any comment on the subject by the trial judge. However, it held at p. 288 that, "[i]n the interests of expedition and, hopefully, to avoid further litigation and passage of time, we have decided to deal with damages here".

We agree that ordinarily the assessment of damages would have been referred back to the trial judge, but share the Court of Appeal's concerns regarding timeliness. While the appellant Crown objected to the Court of Appeal's awarding damages, no compelling reasons were given as to why the award was too high or otherwise not appropri-

la durée de son mandat. Le dossier montre que l'intimé prenait son emploi au sérieux et qu'il avait suivi une formation complémentaire en vue de mieux comprendre et de mieux exécuter ses fonctions. Rien dans la preuve ne tend à indiquer un départ imminent.

65 Comme il s'agit d'une réclamation contractuelle, les règles habituelles en matière de mitigation des dommages-intérêts s'appliquent: *Neilson c. Vancouver Hockey Club* (1988), 51 D.L.R. (4th) 40 (C.A.C.-B.); *Gunton c. London Borough of Richmond Upon Thames*, [1980] 3 All E.R. 577 (C.A.). L'intimé, qui a un sens aigu de la politique et est connu publiquement, n'est pas resté longtemps sans emploi après son licenciement de la Commission. En fait, il est actuellement maire de la ville de St. John's à Terre-Neuve. Par conséquent, il est clair qu'il était capable de mitiger la perte d'un emploi stable à long terme. Toutefois, il n'était pas obligé d'accepter le poste moins important de protecteur du consommateur, qui a de toute façon été aboli peu de temps après. Rien ne donne à penser que l'intimé aurait pu raisonnablement limiter la perte de prestations de retraite.

66 Suite à un examen du dossier et des éléments de preuve concernant l'exercice des fonctions de l'intimé et son intention face à son poste, la Cour d'appel a accordé à l'intimé des dommages-intérêts représentant deux ans et demi de traitement, ainsi que les prestations de retraite auxquelles il aurait eu droit pour ces années de service additionnelles (c.-à-d. sept ans). La Cour d'appel a signalé son hésitation à évaluer des dommages-intérêts, le juge de première instance n'ayant fait aucun commentaire à ce sujet. Toutefois, elle a statué, à la p. 288, que [TRADUCTION] «[d]ans le but d'accélérer les choses et, espérons-le, pour éviter d'autres litiges et la perte de temps, nous avons décidé de nous prononcer sur les dommages-intérêts».

67 Nous convenons qu'habituellement l'évaluation des dommages-intérêts aurait été renvoyée au juge de première instance, mais nous partageons les préoccupations de la Cour d'appel en ce qui concerne la célérité. Bien que la Couronne appelante se soit objectée au fait que la Cour d'appel accorde des dommages-intérêts, aucune raison impérieuse

ate in these circumstances. It is not without precedent for this Court to affirm a damage award made in the first instance by a Court of Appeal: see *Bellechasse Hospital v. Pilotte*, [1975] 2 S.C.R. 454.

68 Similarly, in *Reaney v. Co-operative Wholesale Society, Ltd.*, [1932] W.N. 78, the English Court of Appeal assessed damages in the first instance upon the appeal of a wrongful death case, again for the sake of avoiding an unproductive delay which would have wrought more injustice than benefit. Section 46.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, provides that:

> **46.1** The Court may, in its discretion, remand any appeal or any part of an appeal to the court appealed from or the court of original jurisdiction and order any further proceedings that would be just in the circumstances.

The respondent was terminated more than nine years ago, any further delays are not in the interests of justice and the case ought to be concluded. In all the circumstances, the damages assessed by the Court of Appeal are reasonable, and fairly compensate the respondent's loss. The record does not support the awarding of any other damages, accordingly, the order of the Newfoundland Court of Appeal is affirmed.

IV. Disposition

69 Accordingly, the appeal is dismissed. The respondent shall have his costs in this Court and throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondent: White, Ottenheimer & Baker, St. John's.

n'a été donnée pour démontrer que les dommages-intérêts accordés étaient trop élevés ou non appropriés dans les circonstances. Il est arrivé que notre Cour confirme les dommages-intérêts accordés en premier lieu par une Cour d'appel: voir *Hôpital Bellechasse c. Pilotte*, [1975] 2 R.C.S. 454.

De même, dans l'arrêt *Reaney c. Co-operative Wholesale Society, Ltd.*, [1932] W.N. 78, la Cour d'appel d'Angleterre a évalué les dommages-intérêts en premier lieu dans un appel d'une affaire de décès causé par la faute d'autrui, également afin d'éviter un retard improductif qui aurait entraîné plus d'injustice que d'avantages. L'article 46.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, prévoit:

> **46.1** La Cour peut renvoyer une affaire en tout ou en partie à la juridiction inférieure ou à celle de première instance et ordonner les mesures qui lui semblent appropriées.

L'intimé ayant été licencié il y a plus de neuf ans, tout autre retard ne servirait pas l'intérêt de la justice et l'affaire devrait être menée à terme. Compte tenu de toutes les circonstances, les dommages-intérêts évalués par la Cour d'appel sont raisonnables et indemnisent équitablement l'intimé pour le préjudice subi. Rien au dossier n'appuie l'attribution de dommages-intérêts additionnels et l'ordonnance de la Cour d'appel de Terre-Neuve est donc confirmée.

IV. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté. L'intimé a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intimé: White, Ottenheimer & Baker, St. John's.

Kok Leong Liew *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LIEW

File No.: 26676.

1999: March 19; 1999: September 16.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Elicitation — Accused making inculpatory statements to undercover police officer in cell block — Whether atmosphere of oppression required to ground finding that accused's right to silence was violated — Whether statements were actively elicited by police in violation of accused's right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

The accused was arrested in connection with a cocaine deal and the police also pretended to arrest the undercover officer who negotiated the transaction. A cell block interview was arranged at police headquarters and the undercover officer was placed in an interview room with the accused. The accused initiated a brief exchange by a direct reference to the circumstances of his arrest. During the conversation, the undercover officer asked the accused "What happened?" and stated "Yeah. They got my fingerprints on the dope". The accused replied: "Lee and me too". At trial, a *voir dire* was held and the trial judge found that the conduct of the police breached s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and excluded the statements under s. 24(2) of the *Charter*. The accused was acquitted. On appeal, the majority of the Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

Held (Lamer C.J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The right

Kok Leong Liew *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* LIEW

N° du greffe: 26676.

1999: 19 mars; 1999: 16 septembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Obtention de renseignements de façon irrégulière — Déclarations inculpatoires faites par l'accusé à un policier banalisé dans un bloc cellulaire — Un climat d'oppression est-il nécessaire pour conclure à la violation du droit de l'accusé de garder le silence? — Les déclarations ont-elles été obtenues de façon active par les policiers en violation du droit de l'accusé de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

L'accusé est arrêté relativement à une opération portant sur l'achat de cocaïne alors que les policiers font semblant d'arrêter le policier banalisé qui a négocié l'opération. Une entrevue est organisée dans un bloc cellulaire au quartier général de la police, et le policier banalisé est placé dans une salle d'interrogatoire avec l'accusé. Celui-ci engage un bref échange en faisant directement mention des circonstances de son arrestation. Pendant la conversation, le policier banalisé demande à l'accusé «Qu'est-ce qui s'est passé?» et dit «Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope». L'accusé répond «Lee et moi aussi». Au procès, un voir-dire est tenu; le juge du procès conclut que la conduite des policiers enfreint l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il exclut les déclarations en application du par. 24(2) de la *Charte*. L'accusé est acquitté. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel accueillent l'appel formé par le ministère public et ordonnent la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (le juge en chef Lamer est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Le

to silence of a detained person under s. 7 of the *Charter* must be interpreted in a manner which secures to the detained person the right to make a free and meaningful choice as to whether to speak to the authorities or to remain silent. The right to silence is not absolute, however, capable of being discharged only by waiver. A distinction must be made between the use of undercover agents to observe the suspect, and the use of undercover agents to actively elicit information in violation of the suspect's choice to remain silent. *Hebert* expressly allows for situations where, though speaking to an undercover officer, the detainee's speech is voluntary, in the sense that she must be taken to have freely accepted the risk of her own actions. In deciding whether the statements were actively elicited, it must be determined whether the state agent actively sought out information such that the exchange could be characterized as akin to an interrogation. An assertion of the right to silence on the part of the accused is not a condition precedent to the application of the *Hebert* doctrine. An atmosphere of oppression is not required to ground a finding that a detainee's right to silence was violated.

droit d'une personne détenue de garder le silence en application de l'art. 7 de la *Charte* doit être interprété de manière à garantir à la personne détenue le droit de faire un choix libre et utile quant à la décision de parler aux autorités ou de garder le silence. Toutefois, le droit de garder le silence n'est pas un droit absolu ne pouvant être écarté que par renonciation. Il faut établir une distinction entre le recours à des agents banalisés pour observer le suspect et le recours à des agents banalisés pour obtenir de façon active des renseignements contrairement au choix du suspect de garder le silence. L'arrêt *Hebert* autorise expressément les situations où, même si la personne détenue parle à un policier banalisé, ses paroles sont volontaires, en ce sens qu'il faut supposer qu'elle a librement accepté le risque auquel l'exposent ses propres actes. Pour décider si les déclarations ont été obtenues de façon active, il faut déterminer si le représentant de l'État a cherché de façon active à obtenir des renseignements de sorte que l'échange puisse être considéré comme un interrogatoire. La revendication par l'accusé du droit de garder le silence n'est pas une condition préalable à l'application de la règle de l'arrêt *Hebert*. Un climat d'oppression n'est pas nécessaire pour conclure à la violation du droit d'une personne détenue de garder le silence.

Nothing in the facts of this case supports the proposition that the exchange between the accused and the undercover officer was the functional equivalent of an interrogation. It is of no consequence that the police officer was engaged in a subterfuge, permitted himself to be misidentified, or lied, so long as the responses by the accused were not actively elicited or the result of interrogation. It was the accused who initiated the brief exchange by a direct reference to the circumstances of his arrest and thus directed the conversation to an area where the police were seeking information. The police officer's question, "What happened?", picked up the flow and content of the conversation and cannot be said to have directed or re-directed it to a sensitive area. The officer did nothing more than continue the conversation about the arrest initiated by the accused. Nor does the officer's comment introducing the subject of fingerprints and thus of possible possession change the fact that the accused's admissions were volunteered. There is nothing in evidence, moreover, to support the proposition that there was a relationship of trust between the undercover officer and the accused. Nor was the accused obligated or vulnerable to the undercover officer. Nor can it be said that the undercover officer

Rien dans les faits du présent pourvoi n'étaye la proposition selon laquelle l'échange entre l'accusé et le policier banalisé équivalait en fait à un interrogatoire. Il importe peu que le policier ait usé d'artifices, se laissant prendre pour quelqu'un d'autre, ou qu'il ait menti, tant que les réponses de l'accusé n'ont pas été obtenues de façon active ou n'étaient pas le résultat d'un interrogatoire. L'accusé a engagé lui-même le bref échange en faisant directement mention des circonstances de son arrestation et il a donc dirigé la conversation vers un sujet sur lequel les policiers cherchaient à obtenir des renseignements. La question du policier, «Qu'est-ce qui s'est passé?», s'est insérée dans le cours de la conversation de façon naturelle et l'on ne peut dire qu'elle a permis de diriger ou de rediriger la conversation vers un sujet délicat. Le policier s'est contenté de continuer la conversation concernant l'arrestation engagée par l'accusé. Le commentaire du policier qui a introduit le sujet des empreintes digitales et donc, d'une possession possible, ne change rien au fait que les admissions de l'accusé étaient volontaires. Il n'y a aucun élément de preuve pour étayer la proposition voulant que la confiance régnait entre le policier banalisé et l'accusé. L'accusé ne se sentait pas non plus vulnérable face au policier banalisé ni obligé envers lui. On ne peut pas dire non plus que le policier banalisé a manipulé

manipulated the accused to bring about a mental state in which the accused was more likely to talk.

Per Lamer C.J. (dissenting): The contested portion of the accused's statement was actively elicited and should be excluded. The police officer's comment "Yeah. They got my fingerprints on the dope" took over the conversation and directed it to possession, an area where the police needed information. While the police officer's comment was not grammatically framed as a question *per se*, substance must triumph over form. The undercover officer's comment elicited the necessary agreement that indeed the accused's fingerprints were also on the drugs. Where, as here, an accused has indicated a desire to exercise his right to counsel, the state is required to "hold off" from eliciting incriminatory evidence until the accused has had a reasonable opportunity to contact a lawyer. As the accused's s. 7 right to silence was violated, the statements that were actively elicited should be excluded pursuant to s. 24(2).

Cases Cited

By Major J.

Considered: *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Broyles, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(*b*), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(2)(*a*) [repl. 1997, c. 18, s. 99].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 13, 212 A.R. 381, 168 W.A.C. 381, 124 C.C.C. (3d) 202, 15 C.R. (5th) 325, [1998] 7 W.W.R. 497, [1998] A.J. No. 369 (QL), allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed, Lamer C.J. dissenting.

l'accusé pour le rendre mentalement plus susceptible de parler.

Le juge en chef Lamer (dissident): Le passage contesté de la déclaration de l'accusé a été obtenu activement et devrait être exclu. En faisant le commentaire «Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope», le policier a pris les devants et a dirigé la conversation vers la question de la possession, un sujet sur lequel les policiers avaient besoin de renseignements. Même si le commentaire du policier n'était pas grammaticalement formulé comme une question en soi, le fond doit l'emporter sur la forme. Le commentaire du policier banalisé a permis d'obtenir de l'accusé la nécessaire reconnaissance que, de fait, ses empreintes se trouvaient également sur les drogues. Lorsque, comme en l'espèce, l'accusé manifeste son désir d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat, l'État est tenu de «surseoir» à l'obtention d'une preuve incriminante tant que l'accusé n'a pas eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. Comme le droit de l'accusé de garder le silence garanti par l'art. 7 a été violé, les déclarations qui ont été activement obtenues devraient être exclues en application du par. 24(2).

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts examinés: *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Broyles, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10*b*), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(2)*a*) [rempl. 1997, ch. 18, art. 99].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 13, 212 A.R. 381, 168 W.A.C. 381, 124 C.C.C. (3d) 202, 15 C.R. (5th) 325, [1998] 7 W.W.R. 497, [1998] A.J. No. 369 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer est dissident.

M. Deborah Stewart and *Sid M. Tarrabain*, for the appellant.

Ronald C. Reimer and *Pamela Clarke*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Justice Major and agree with the manner in which he has outlined this case, including his recitation of the law on undercover operations as outlined in *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. I also agree with his view that a majority of the Court of Appeal erred in determining that an atmosphere of oppression is required to find that an appellant's right to silence was violated by an undercover operation. We depart however, in our application of the principles stated in *Broyles* and *Hebert* to a section of the conversation at issue in this appeal.

2 Major J. has set out the facts of this case but for ease of reference, I reproduce the entire conversation between the accused and the undercover police officer with emphasis on the portion contested here:

Appellant:	That Lee is hot.
Jones:	What?
Appellant:	That Lee is hot.
Jones:	Fuck.
Appellant:	Did you pass the money?
Jones:	Fuck. The cops got it.
Appellant:	How much?
Jones:	$48,000.00.
Appellant:	Ah, fuck.
Jones:	What happened?
Appellant:	The cops watching us.
Jones:	Yeah. They got my fingerprints on the dope.
Appellant:	Lee and me too.

M. Deborah Stewart et *Sid M. Tarrabain*, pour l'appelant.

Ronald C. Reimer et *Pamela Clarke*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Major et je suis d'accord avec la façon dont il présente cette affaire, et avec son énoncé du droit sur les opérations d'infiltration tel qu'il a été exposé dans les arrêts *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Comme lui, j'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en décidant qu'un climat d'oppression est nécessaire pour conclure qu'une opération d'infiltration viole le droit d'un appelant de garder le silence. Nous divergeons cependant d'opinions lorsqu'il s'agit d'appliquer les principes formulés dans les arrêts *Broyles* et *Hebert* à une partie de la conversation en cause dans le présent pourvoi.

Le juge Major a exposé les faits de la présente affaire, mais, par souci de commodité, je reproduis dans son intégralité la conversation intervenue entre l'accusé et le policier banalisé, en mettant l'accent sur la partie contestée en l'espèce:

[TRADUCTION]

Appelant:	Lee est brûlé.
Jones:	Quoi?
Appelant:	Lee est brûlé.
Jones:	[Juron].
Appelant:	As-tu passé l'argent?
Jones:	[Juron]. La police l'a.
Appelant:	Combien?
Jones:	48 000 $.
Appelant:	[Juron].
Jones:	Qu'est-ce qui s'est passé?
Appelant:	La police nous surveillait.
Jones:	Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope.
Appelant:	Lee et moi aussi.

Jones:	Why the fuck didn't you give it to me out of the black car? Why did you drive away?
Appellant:	That other guy. That not my dope. I just give it to Lee and drop him off. We very careful.
Jones:	The cops must have been following you guys.
Appellant:	No we were careful but Lee very hot. [Emphasis added.]

The appellant then asked about the $48,000 and the conversation continued:

Jones:	Fuck man, they're going to kill me for this man.
Appellant:	Where are you from?
Jones:	From Slave Lake.
Appellant:	Whose money?
Jones:	Indians from up there. Fuck man, my prints, Lee's prints and your prints are on the shit.
Appellant:	Yeah.

The contested portion of the above conversation is underlined. Major J. would admit these five lines into evidence. I would exclude the statement by Mr. Jones and the response from the accused: "Jones: Yeah. They got my fingerprints on the dope. Appellant: Lee and me too." In my view, the police officer's comment took over and directed the conversation to a new topic and amounted to elicitation pursuant to the principles set out by Iacobucci J. in *Broyles*.

In *Broyles*, Iacobucci J. considered whether the actions of the state agent acting undercover allowed the conversation to flow "naturally" or directed it to areas where the police needed information. When looking at the flow of the conversation in question here, it is clear to me that the police officer's statement about fingerprints raised for the first time the spectre of possession in a conversation which was not centred on that issue. Prior to Mr. Jones' comment, the dialogue between the two cell mates (albeit very brief) concerned the police confiscation of a bag of money which

Jones:	Pourquoi tu me l'as pas donnée quand t'étais dans l'auto noire? Pourquoi t'es-tu sauvé avec l'auto?
Appelant:	C'est l'autre gars. Pas ma dope. Je l'ai juste donnée à Lee et je l'ai débarqué. On a fait bien attention.
Jones:	La police a dû vous suivre.
Appelant:	Non, nous avons fait bien attention mais Lee très brûlé. [Je souligne.]

L'appelant a alors demandé des détails au sujet des 48 000 $ et la conversation s'est poursuivie:

[TRADUCTION]

Jones:	[Juron], ils vont me tuer pour ça.
Appelant:	D'où est-ce que tu viens?
Jones:	De Slave Lake.
Appelant:	L'argent est à qui?
Jones:	À des Indiens de là-bas. [Juron], mes empreintes, celles de Lee et les tiennes sont sur la dope.
Appelant:	Ouais.

La partie contestée de cette conversation est soulignée. Le juge Major admettrait ces cinq lignes en preuve. Je suis d'avis d'exclure les passages suivants: «Jones: Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope. Appelant: Lee et moi aussi.» À mon avis, en faisant ce commentaire le policier a dirigé la conversation vers un nouveau sujet, ce qui revenait à obtenir des renseignements de façon irrégulière, suivant les principes qu'a dégagés le juge Iacobucci dans *Broyles*.

Dans *Broyles*, le juge Iacobucci a examiné si les 3
actes d'un représentant de l'État qui s'était fait passer pour un codétenu avaient permis à la conversation de suivre son cours «naturel» ou s'ils l'avaient dirigée vers des sujets sur lesquels la police désirait avoir des renseignements. Compte tenu du déroulement de la conversation en cause ici, il me paraît évident que la déclaration du policier au sujet des empreintes digitales soulevait pour la première fois le spectre de la possession dans une conversation qui n'était pas centrée sur cette question. Avant le commentaire de M. Jones,

Mr. Jones (acting undercover) had in his possession. The police officer's statement about fingerprints actively directed the conversation towards the matter of possession. The police wanted the accused to admit to possession. Mr. Jones' statement elicited the necessary agreement that indeed, the accused's fingerprints were also on the drugs.

4 Major J. asserts that this statement by Mr. Jones was not framed as a question or request for information and thus could not be described as inducing any particular response. I disagree on this point of characterization. Until Mr. Jones' statement, the exchanges between the two men had been initiated by the accused and focussed on money. Mr. Jones then took over the conversation and directed the conversation to possession, the crime which formed an integral part of the police investigation. While the police officer's comment was not grammatically framed as a question *per se*, the reasoning in *Broyles* makes it clear that substance must triumph over form.

5 In concluding that the officer's last comment in the exchange disputed here in effect sought out an admission by the accused, I wish to emphasize that I am not moving away from the principles in *Broyles* and *Hebert* set out by my colleague. I am not suggesting that an undercover officer must act as a "listening post". Rather, in my view, the exclusion of the last part of the exchange is in keeping with the spirit of our jurisprudence. I do not wish to handcuff the police nor abolish a legitimate tool of investigation. However, we have established that in order to give substance to an accused's right to silence, undercover operations must be circumspect. In this case, the accused indicated that he wanted to speak to a lawyer and did not make any statements to the police. The Crown argues that the accused did not actively invoke his right to silence and therefore, was not entitled to the same protections as one who expressly refuses

le dialogue entre les deux codétenus (quoique très court) portait sur la confiscation d'un sac d'argent que M. Jones (en qualité de policier banalisé) avait en sa possession. La déclaration du policier au sujet des empreintes digitales a dirigé de façon active la conversation vers la question de la possession. La police voulait que l'accusé reconnaisse la possession. La déclaration de M. Jones a permis d'obtenir de l'accusé la nécessaire reconnaissance que, de fait, ses empreintes se trouvaient également sur les drogues.

Le juge Major fait valoir que cette déclaration de M. Jones n'était pas formulée comme une question ni comme une demande de renseignements et que l'on ne pouvait donc dire qu'elle incitait l'interlocuteur à donner une réponse particulière. Je ne suis pas d'accord sur cette façon de la qualifier. Jusqu'à la déclaration de M. Jones, les échanges entre les deux hommes avaient été amorcés par l'accusé et portaient sur l'argent. M. Jones a ensuite pris les devants et a dirigé la conversation vers la question de la possession, le crime qui faisait partie intégrante de l'enquête de police. Le commentaire du policier n'était pas grammaticalement formulé comme une question en soi, mais selon le raisonnement suivi dans l'arrêt *Broyles*, il est clair que le fond doit l'emporter sur la forme.

En concluant que le dernier commentaire du policier dans l'échange en cause en l'espèce cherchait effectivement à obtenir une confession de l'accusé, je veux souligner que je ne m'écarte pas des principes établis dans *Broyles* et *Hebert* tels qu'ils ont été exposés par mon collègue. Je ne veux pas dire qu'un policier banalisé doit être un «poste d'écoute». Au contraire, à mon avis, l'exclusion de la dernière partie de l'échange est conforme à l'esprit de notre jurisprudence. Je ne veux pas paralyser l'action de la police ni abolir un outil légitime d'enquête. Cependant, nous avons établi que, pour donner un sens au droit de l'accusé de garder le silence, les opérations d'infiltration doivent être menées avec circonspection. Dans la présente affaire, l'accusé a indiqué qu'il voulait parler à un avocat et il n'a fait aucune déclaration à la police. Le ministère public soutient que n'ayant pas activement invoqué son droit de garder le silence,

to make a statement. I disagree. As I stated for the majority in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at p. 270, once an accused has indicated a desire to exercise his or her right to counsel, the state is required to "hold off" from eliciting incriminatory evidence until the accused has had a reasonable opportunity to contact a lawyer. The principles set out in *Hebert* and *Broyles* then come into play. The key is that the police may not elicit incriminatory statements. In my view, the last statement about fingerprints made by the undercover police officer does not "flow" with the tide of the conversation as it unfolded in the cell block. It amounts to elicitation and violates appellant's s. 7 right to silence. Therefore it and the response from the accused should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As McLachlin J. held in *Herbert*, at pp. 188-89:

l'accusé n'avait pas droit à la même protection qu'une personne refusant expressément de faire une déclaration. Je ne suis pas d'accord. Comme je l'ai dit au nom de la majorité dans *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, à la p. 270, une fois que l'accusé a manifesté son désir d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat, l'État est tenu de «surseoi[r]» à l'obtention d'une preuve incriminante tant que l'accusé n'a pas eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. Les principes énoncés dans *Hebert* et *Broyles* entrent alors en jeu. Le point essentiel, c'est que la police ne peut pas soutirer de déclarations incriminantes. À mon avis, la dernière déclaration faite par le policier banalisé au sujet des empreintes digitales ne cadre pas dans le cours «naturel» de la conversation qui avait lieu dans le bloc cellulaire. Elle équivaut à obtention de renseignements de façon irrégulière et viole le droit au silence de l'appelant que garantit l'art. 7. Par conséquent, la déclaration elle-même et la réponse qu'a donnée l'accusé devraient être écartées en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l'a décidé le juge McLachlin dans *Hebert*, aux pp. 188 et 189:

> But where, as here, an accused is conscripted to give evidence against himself after clearly electing not to do so by use of an unfair trick practised by the authorities, and where the resultant statement is the only evidence against him, one must surely conclude that reception of the evidence would render the trial unfair. The accused would be deprived of his presumption of innocence and would be placed in the position of having to take the stand if he wished to counter the damaging effect of the confession. The accused's conviction if obtained would rest almost entirely on his own evidence against himself, obtained by a trick in violation of the *Charter*.

> Mais lorsque, comme en l'espèce, l'accusé est appelé à faire une déclaration qui l'incrimine, après avoir clairement choisi de ne pas le faire, au moyen d'un artifice inéquitable utilisé par les autorités, et lorsque la déclaration qui en résulte est la seule preuve qui pèse contre lui, il faut certainement conclure que la réception de cette preuve rendrait le procès inéquitable. L'accusé serait privé de sa présomption d'innocence et se trouverait tenu de témoigner s'il voulait contrecarrer l'effet préjudiciable de la confession. Toute déclaration de culpabilité de l'accusé s'appuierait presque entièrement sur sa propre déclaration incriminante obtenue au moyen d'un artifice contrairement à la *Charte*.

I would allow the appeal and direct that the conversation in question be admitted into evidence up to and including the question and answer "What happened? The cops watching us". 6

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner que la conversation en question soit admise en preuve jusqu'à l'échange: «Qu'est-ce qui s'est passé? La police nous surveillait», inclusivement.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

7 MAJOR J. — The issue in this appeal is whether statements made by the appellant to an undercover police officer during a cell block interview were actively elicited by the police officer in violation of the appellant's right to silence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

I. Facts

8 The appellant was arrested in connection with a cocaine deal involving the purchase of one kilogram of cocaine for approximately $48,000. The transaction was negotiated by Corporal Jones, an undercover police officer. The police intended to arrest the alleged drug dealers at the time of the purchase. The "take-down" occurred at approximately 4:20 p.m. on March 4, 1994. It went awry.

9 Some members of the undercover team, but not Jones, identified the appellant as the driver of a black car involved in the drug deal. At around 4:35 p.m. that day, the appellant was stopped, detained, and arrested a short distance away from the scene of the "take-down" while driving a white Oldsmobile. He was advised of his right to counsel. He was then taken to the location of the "take-down".

10 In the meantime, at 4:32 p.m., the police pretended to arrest Jones at the scene of the take-down. The appellant was placed in the back seat of a marked police vehicle with Jones. They were taken to police headquarters. There was no conversation between them while they were in the back seat of the vehicle.

11 While Jones and the appellant were seated in the police vehicle, one of the arresting officers produced a bag containing money to Jones and asked how much money there was. Jones indicated that there was between $48,000 and $50,000 from the sale of two show trucks.

12 They arrived at police headquarters at approximately 5:00 p.m. Jones was placed in an interview

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si les déclarations que l'appelant a faites à un policier banalisé pendant une entrevue dans un bloc cellulaire ont été obtenues de façon active par le policier en violation du droit de l'appelant de garder le silence que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés.*

I. Les faits

L'appelant est arrêté relativement à une opération portant sur l'achat d'un kilogramme de cocaïne d'une valeur approximative de 48 000 $. L'opération est négociée par un policier banalisé, le caporal Jones. Les policiers comptaient procéder à l'arrestation des personnes soupçonnées d'être des trafiquants de drogue au moment de l'achat. La «descente» a lieu vers 16 h 20, le 4 mars 1994, et elle tourne mal.

Certains membres de l'équipe d'infiltration, mais pas Jones, identifient l'appelant comme le conducteur d'une voiture noire impliqué dans l'achat de stupéfiants. Vers 16 h 35 le même jour, l'appelant est intercepté, détenu et arrêté à une courte distance de la scène de la «descente» alors qu'il est au volant d'une Oldsmobile blanche. On l'avise de son droit à l'assistance d'un avocat, et il est emmené sur les lieux de la «descente».

Entre-temps, à 16 h 32, les policiers font semblant d'arrêter Jones sur les lieux de la «descente». L'appelant est assis avec Jones à l'arrière d'une voiture identifiée. Ils sont emmenés au quartier général de la police. Il n'y a pas de conversation entre eux pendant qu'ils se trouvent sur le siège arrière du véhicule.

Alors que Jones et l'appelant sont assis dans le véhicule de police, l'un des policiers qui a procédé à l'arrestation présente à Jones un sac contenant de l'argent et lui demande combien d'argent il contient. Jones dit qu'il contient de 48 000 $ à 50 000 $ provenant de la vente de deux camions d'exposition.

Ils arrivent au quartier général de la police vers 17 h. Jones est placé dans une salle d'interroga-

room in the Drug Control Unit, while the appellant was placed in a holding room in the strike force office and searched. At approximately 5:41 p.m., the appellant was taken to a room with two phone books (white and yellow pages), a legal aid list and a telephone, but was unsuccessful in his attempts to contact his lawyer. This was not disclosed by him to the police. Nor was he asked about it.

toire de l'unité de contrôle des stupéfiants, tandis que l'appelant est emmené dans une salle de transit du service de lutte contre le crime où il est fouillé. Vers 17 h 41, l'appelant est conduit dans une pièce où se trouvent deux annuaires téléphoniques (les pages blanches et les pages jaunes), une liste de l'aide juridique et un téléphone, mais il ne réussit pas à joindre son avocat. Il ne le dit pas aux policiers, qui ne le lui demandent pas non plus.

Jones agreed with his fellow officers to arrange a cell block interview, and was placed in an interview room with the appellant at 6:20 p.m. Jones sat on a chair approximately three feet from the appellant, hung his head and avoided eye contact.

13 Jones convient avec ses collègues policiers d'organiser une entrevue dans un bloc cellulaire, et il est placé dans une salle d'interrogatoire avec l'appelant à 18 h 20. Jones reste assis sur une chaise à environ trois pieds de l'appelant, il se tient la tête baissée et évite le contact visuel.

It is common ground that, after a silence of approximately one minute, the appellant initiated the following conversation:

14 Il est admis qu'après un silence d'environ une minute, l'appelant a amorcé la conversation suivante:

Appellant:	That Lee is hot.
Jones:	What?
Appellant:	That Lee is hot.
Jones:	Fuck.
Appellant:	Did you pass the money?
Jones:	Fuck. The cops got it.
Appellant:	How much?
Jones:	$48,000.00.
Appellant:	Ah, fuck.
Jones:	What happened?
Appellant:	The cops watching us.
Jones:	Yeah. They got my fingerprints on the dope.
Appellant:	Lee and me too.
Jones:	Why the fuck didn't you give it to me out of the black car? Why did you drive away?
Appellant:	That other guy. That not my dope. I just give it to Lee and drop him off. We very careful.
Jones:	The cops must have been following you guys.

[TRADUCTION]

Appelant:	Lee est brûlé.
Jones:	Quoi?
Appelant:	Lee est brûlé.
Jones:	[Juron].
Appelant:	As-tu passé l'argent?
Jones:	[Juron]. La police l'a.
Appelant:	Combien?
Jones:	48 000 $.
Appelant:	[Juron].
Jones:	Qu'est-ce qui s'est passé?
Appelant:	La police nous surveillait.
Jones:	Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope.
Appelant:	Lee et moi aussi.
Jones:	Pourquoi tu me l'as pas donnée quand t'étais dans l'auto noire? Pourquoi t'es-tu sauvé avec l'auto?
Appelant:	C'est l'autre gars. Pas ma dope. Je l'ai juste donnée à Lee et je l'ai débarqué. On a fait bien attention.
Jones:	La police a dû vous suivre.

Appellant:	No we were careful but Lee very hot.

15 The appellant then asked about the $48,000. The conversation continued:

Jones:	Fuck man, they're going to kill me for this man.
Appellant:	Where are you from?
Jones:	From Slave Lake.
Appellant:	Whose money?
Jones:	Indians from up there. Fuck man, my prints, Lee's prints and your prints are on the shit.
Appellant:	Yeah.

16 The appellant turned his hands and looked at his fingers. He stated:

It not my stuff. It the other guy's. I just deliver with Lee.

17 The trial judge expressly adopted Jones' version of the conversation, *supra*. Nonetheless, in his ruling, after noting that he was not certain of the precise order in which matters were discussed by Jones and the appellant, the trial judge reproduced the following conversation, which as the underlined utterances indicate, varies from Jones' version:

Appellant:	Lee is hot.
Jones:	What?
Appellant:	Lee is very hot.
Jones:	Fuck.
Appellant:	Did you pass the money?
Jones:	Fuck, the cops got it.
Appellant:	How much?
Jones:	$48,000. Ah, fuck, they're going to kill me, man.
Appellant:	Where are you from?
Jones:	Slave Lake.

Appelant:	Non, nous avons fait bien attention mais Lee très brûlé.

L'appelant a alors posé des questions sur les 48 000 $. La conversation s'est poursuivie:

[TRADUCTION]

Jones:	[Juron], ils vont me tuer pour ça.
Appelant:	D'où est-ce que tu viens?
Jones:	De Slave Lake.
Appelant:	L'argent est à qui?
Jones:	À des Indiens de là-bas. [Juron], mes empreintes, celles de Lee et les tiennes sont sur la dope.
Appelant:	Ouais.

L'appelant a tourné ses mains et a regardé ses doigts. Il a dit:

[TRADUCTION]

Pas ma dope. Celle de l'autre gars. Je l'ai juste livrée avec Lee.

Le juge du procès adopte expressément la version de la conversation donnée par Jones, précitée. Néanmoins, dans sa décision, après avoir signalé qu'il n'est pas certain de l'ordre précis dans lequel Jones et l'appelant ont discuté de l'affaire, le juge du procès reproduit la conversation suivante, qui comme le montrent les propos soulignés, diffère de la version de Jones.

[TRADUCTION]

Appelant:	Lee est brûlé.
Jones:	Quoi?
Appelant:	Lee est brûlé jusqu'au bout.
Jones:	[Juron].
Appelant:	As-tu passé l'argent?
Jones:	[Juron]. La police l'a.
Appelant:	Combien?
Jones:	48 000 $. Ah, [juron], il vont me tuer.
Appelant:	D'où est-ce que tu viens?
Jones:	Slave Lake.

Appellant:	Whose money?
Jones:	Indian's money, or money I got from Indians.
Jones:	What happened?
Appellant:	Cop watching us, man.
Jones:	They got my prints on the dope and yours and Lee's too on the shit.
Appellant:	Yeah.
Jones:	Why the fuck didn't you give it to me out of the black car? Why did you drive away?
Appellant:	That the other guy. That not my dope. I just give to Lee and drop him off. We very careful. [Emphasis added.]

The version of the conversation reproduced by the trial judge differs from the record in two respects. First, the record is clear that Jones' reference to his life being in danger due to the loss of the $48,000 did not take place until close to the end of the conversation, after Jones had asked the appellant "What happened?" and stated "Yeah. They got my fingerprints on the dope". Second, the same is true of Jones' statement, "They got my prints on the dope and yours and Lee's too on the shit", which should not be confused with Jones' earlier reference to his own fingerprints, not the appellant's, being on the dope.

At the Court of Appeal, the parties agreed that the trial judge adopted Jones' version of the conversation and that it was Jones' version that should be adopted by that court in dealing with this appeal. We, too, adopt that version which is reproduced at paras. 14-16 of this judgment.

Jones was removed from the interview room at 6:28 p.m. The exchange between Jones and the appellant lasted seven minutes.

At 6:50 p.m., the appellant was again provided a telephone to make further attempts to reach counsel. He was unsuccessful. At 7:50 p.m., the appellant's lawyer called police headquarters and spoke with him.

Appelant:	L'argent est à qui?
Jones:	De l'argent indien, ou de l'argent que j'ai obtenu des Indiens.
Jones:	Qu'est-ce qui s'est passé?
Appelant:	La police nous surveillait.
Jones:	Ils ont eu mes empreintes sur la dope et les tiennes et celles de Lee aussi.
Appelant:	Ouais.
Jones:	Pourquoi tu me l'as pas donnée quand t'étais dans l'auto noire? Pourquoi t'es-tu sauvé avec l'auto?
Appelant:	C'est l'autre gars. Pas ma dope. Je l'ai juste donnée à Lee et je l'ai débarqué. On a fait bien attention. [Je souligne.]

18 La version de la conversation reproduite par le juge du procès diffère de celle du dossier à deux égards. Premièrement, le dossier indique clairement que Jones ne mentionne que sa vie est en danger en raison de la perte des 48 000 $ que peu avant la fin de la conversation, après que Jones a demandé à l'appelant «Qu'est-ce qui s'est passé?» et a dit «Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope». Deuxièmement, il en va de même pour la déclaration de Jones «Ils ont eu mes empreintes sur la dope et les tiennes et celles de Lee aussi», qui ne doit pas être confondue avec la déclaration antérieure de Jones qui a dit que ses propres empreintes, non celles de l'appelant, se trouvaient sur la drogue.

19 En Cour d'appel, les parties conviennent que le juge du procès a adopté la version donnée par Jones et que cette version devait être retenue par la cour en statuant sur l'appel. Nous adoptons aussi cette version qui est reproduite aux par. 14 à 16 des présents motifs.

20 Jones est emmené hors de la salle d'interrogatoire à 18 h 28. L'échange entre Jones et l'appelant dure sept minutes.

21 À 18 h 50, un téléphone est de nouveau mis à la disposition de l'appelant pour qu'il tente une nouvelle fois de joindre son avocat. Il ne réussit pas. À 19 h 50, l'avocat de l'appelant appelle au quartier général de la police et parle à son client.

22 At trial, a *voir dire* was held to determine whether statements made by the appellant to Jones should be excluded pursuant to ss. 7, 10(*b*) and 24(2) of the *Charter*. The trial judge found that the conduct of the police breached both ss. 7 and 10(*b*) and excluded the statements under s. 24(2). Without this evidence, the Crown took the position that it could not obtain a conviction and called no further evidence. The appellant was acquitted. On appeal, the majority of the Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial. Berger J.A. dissented in law on whether the appellant's statements were actively elicited. The appellant appeals to this Court as of right pursuant to s. 691(2)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

II. Relevant Statutory Provisions

23 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

III. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench of Alberta (Marshall J.) (voir dire)*

24 The trial judge accepted the facts of the conversation as set out by Jones. He then proceeded, following *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, to determine whether, considering all the circumstances of the exchange between the accused and the state agent, there was a causal link between the conduct of the state agent and the making of the statement by the accused. In accordance with *Broyles*, the trial judge examined two sets of factors: the nature of the exchange between the accused and the state agent, and the nature of their relationship.

25 The trial judge noted that the first parts of the conversation were volunteered by the accused. He concluded, however, that the question "What happened?" posed by Jones was clearly a question seeking information. In his view, the question

Au procès, un voir-dire est tenu pour déterminer si les déclarations de l'appelant à Jones doivent être exclues en vertu de l'art. 7, de l'al. 10*b*) et du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès conclut que la conduite des policiers enfreint à la fois l'art. 7 et l'al. 10*b*), et il écarte les déclarations en vertu du par. 24(2). Sans cet élément de preuve, le ministère public juge qu'il ne peut obtenir une déclaration de culpabilité et ne présente pas d'autre preuve. L'appelant est acquitté. La Cour d'appel à la majorité accueille l'appel et ordonne un nouveau procès. Le juge Berger est dissident sur un point de droit, soit la question de savoir si les déclarations de l'appelant ont été obtenues de façon active. L'appelant interjette appel de plein droit devant notre Cour en application de l'al. 691(2)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

III. L'historique des procédures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Marshall)* (voir-dire)

Le juge du procès accepte les faits de la conversation rapportée par Jones. Il entreprend ensuite, suivant l'arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances entourant l'échange entre l'accusé et le représentant de l'État, il existe un lien de causalité entre la conduite du représentant de l'État et la déclaration faite par l'accusé. Conformément à *Broyles*, le juge du procès examine deux ensembles de facteurs: la nature de l'échange entre l'accusé et le représentant de l'État, et la nature des rapports existant entre eux.

Le juge du procès fait remarquer que les premières parties de la conversation sont faites de plein gré par l'accusé. Il conclut toutefois qu'en posant la question «Qu'est-ce qui s'est passé?», Jones cherchait clairement à obtenir des renseigne-

amounted to elicitation. He also found that Jones' reference to fingerprints on the dope was a statement which actively sought a response. And Jones' question, "Why the fuck didn't you give it to me out of the black car? Why did you drive away?" he found a leading question which sought an answer, amounting to active elicitation.

ments. À son avis, poser la question, c'est obtenir des renseignements de façon active. Il estime également qu'en faisant référence aux empreintes se trouvant sur la drogue, Jones sollicite de façon active une réponse. De même, il conclut que les questions de Jones, «Pourquoi tu me l'as pas donnée quand t'étais dans l'auto noire? Pourquoi t'es-tu sauvé avec l'auto?», sont suggestives et appellent une réponse, ce qui équivaut à une obtention de renseignements de façon irrégulière.

Marshall J. held that the exchange between the accused and the undercover police officer was closer to an interrogation than an exchange in which the officer is merely playing the part of a fellow accused and adopting a passive listening role.

Le juge Marshall conclut que la conversation entre l'accusé et le policier banalisé est davantage un interrogatoire qu'un échange dans lequel le policier se fait simplement passer pour un coaccusé et adopte un rôle passif d'écoute. 26

With respect to the second set of factors to be considered, the trial judge found that Jones' reference to his now owing $48,000 to Indians in Slave Lake was intended to attract sympathy and in fact had that result. He also found it significant that the appellant was from another culture and was in a situation he had not been in before.

Quant au deuxième ensemble de facteurs à considérer, le juge du procès conclut que Jones, en mentionnant qu'il devait à présent 48 000 $ aux Indiens de Slave Lake, voulait attirer la sympathie et qu'il a réussi. Il conclut également que le fait que l'appelant appartienne à une autre culture et se trouve dans une situation nouvelle pour lui est important. 27

In light of both sets of factors, Marshall J. concluded that there was a causal link between the conduct of Jones and the making of the appellant's statement and that, therefore, the appellant's s. 7 right to silence was violated.

Compte tenu de ces deux ensembles de facteurs, le juge Marshall conclut qu'il existe un lien de causalité entre la conduite de Jones et la déclaration faite par l'appelant et qu'en conséquence le droit de garder le silence de l'appelant, garanti à l'art. 7, a été violé. 28

B. *Alberta Court of Appeal* (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 13

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 13

(1) Veit J. (*ad hoc*) for the Majority

(1) Le juge Veit (*ad hoc*) pour la majorité

Veit J. stated that the sole issue in this appeal was whether the appellant's statements to Jones were actively elicited by Jones in violation of the appellant's rights under s. 7. After reviewing *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, and *Broyles*, she concluded that the correct test for admissibility of cell block conversations with state agents is: "Did

Le juge Veit dit que la seule question litigieuse en appel est de savoir si Jones a obtenu de façon active les déclarations de l'appelant en violation des droits de ce dernier prévus à l'art. 7. Après avoir examiné *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, et *Broyles*, elle conclut que le critère approprié pour statuer sur l'admissibilité de conversations ayant lieu dans un bloc cellulaire avec des représentants de l'État est le suivant: [TRADUCTION] «Le repré- 29

the agent of the state abstain from the functional equivalent of an interrogation?"

30 In Veit J.'s view, an "atmosphere of oppression" is implicit in the very meaning of the word "interrogation". Noting that there was no evidence of oppressive circumstances surrounding the conversation at issue in this appeal, and that the words used in the conversation did not reveal the close, persistent, cross questioning characteristic of an interrogation, she held that the conversation up to and including the appellant's statement "Lee and me too" was admissible.

31 As to the remainder of the conversation (beginning with the questions "Why the fuck didn't you give it to me out of the black car? Why did you drive away?"), Veit J. assumed without deciding that it was objectionable and excluded it from that point on.

(2) Berger J.A. in Dissent

32 Berger J.A. observed that an agent of the state may actively elicit information even if engaged in the role-appropriate conversation of a planted cell mate, and disagreed with the majority that manipulative questioning must be persistent in order to amount to active elicitation. A subtle, single question or comment may be far more effective than the proverbial brow-beating in undermining an accused's free choice not to speak to the authorities.

33 In Berger J.A.'s view, the question "What happened?" in the behavioural context of two co-accused sitting in a cell constituted active elicitation for the purpose of gathering information helpful to the prosecution. Similarly, the second intervention, "Yeah. They got my fingerprints on the dope", initiated the subject of inculpatory evidence and led the appellant to an area where Jones was clearly attempting to gather information.

sentant de l'État s'est-il abstenu de procéder de fait à un interrogatoire?»

De l'avis du juge Veit, le mot [TRADUCTION] «interrogatoire» évoque un [TRADUCTION] «climat d'oppression». Signalant qu'il n'y a aucune preuve d'oppression dans les circonstances entourant la conversation en litige dans l'appel, et que les mots utilisés dans la conversation ne révèlent pas le barrage de questions serrées et répétées, de la nature d'un contre-interrogatoire, qui caractérise l'interrogatoire, elle conclut que la conversation est admissible jusqu'à la déclaration de l'appelant «Lee et moi aussi», inclusivement.

En ce qui concerne la suite de la conversation (commençant par les questions «Pourquoi tu me l'as pas donnée quand t'étais dans l'auto noire? Pourquoi t'es-tu sauvé avec l'auto?»), le juge Veit suppose, sans en décider, qu'elle est inadmissible et l'exclut jusqu'à la fin.

(2) Le juge Berger, dissident

Le juge Berger fait remarquer qu'un représentant de l'État peut obtenir des renseignements de façon active même s'il prend part à une conversation en jouant le rôle d'un faux codétenu, et il n'est pas d'accord avec la conclusion de la majorité que les questions manipulatrices doivent être répétées pour qu'il y ait obtention de renseignements de façon irrégulière. Une question ou un commentaire subtil et simple peut être beaucoup plus efficace que l'intimidation proverbiale pour porter atteinte à la liberté de l'accusé de choisir de ne pas parler aux autorités.

Selon le juge Berger, compte tenu du comportement qu'auraient deux coaccusés dans une cellule, poser la question «Qu'est-ce qui s'est passé?» constitue une obtention de renseignements de façon irrégulière afin de recueillir de l'information utile à la poursuite. De même, la deuxième intervention, «Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope», introduit le sujet de la preuve inculpatoire et amène l'appelant à parler d'une question sur laquelle Jones tente clairement d'en savoir plus long.

Berger J.A. agreed with the majority that the exchange up to, but not including the words "What happened?" was admissible. What followed, however, was, in his view, inadmissible. He concluded that the trial judge properly excluded that portion of the conversation which was in issue in this appeal and would have dismissed the appeal.

IV. Issue

The sole issue in this appeal as of right is whether statements made by the appellant to an undercover police officer during a cell block interview were actively elicited by the police officer in violation of the appellant's s. 7 right to silence. More specifically, the only question is whether the following part of the exchange between the appellant and the police officer should have been admitted into evidence:

Jones:	What happened?
Appellant:	The cops watching us.
Jones: Yeah.	They got my fingerprints on the dope.
Appellant:	Lee and me too.

V. Analysis

The determination of the issue in this appeal is found in the guidance and authority of *Hebert* and *Broyles*. Like those cases, this appeal is concerned with the scope of the right to silence of a person who has been detained by the state: *Hebert*, *supra*, at pp. 162-63; *Broyles*, *supra*, at p. 606. No new law is involved.

We agree that the appeal should be dismissed, though with some variation of the majority reasons of the Court of Appeal. We respectfully disagree with the majority of the Court of Appeal that an atmosphere of oppression (typically but not exclusively thought of as persistent questioning, a harsh tone of voice, or explicit psychological pressure on the part of the state agent) is required to ground a finding that a detainee's right to silence was violated. In this regard, it suffices to recall that this Court found a violation of the right to silence in

Le juge Berger est d'accord avec la majorité que l'échange était admissible jusqu'aux mots «Qu'est-ce qui s'est passé?» exclusivement. Toutefois, à son avis, la suite de la conversation n'est pas admissible. Il conclut que le juge du procès a, à juste titre, exclu la partie de la conversation qui était en litige dans l'appel. Il est d'avis de rejeter l'appel. 34

IV. La question en litige

La seule question en litige dans le présent appel de plein droit est de savoir si les déclarations que l'appelant a faites à un policier banalisé pendant une entrevue dans un bloc cellulaire ont été obtenues de façon active par le policier en violation du droit de l'appelant de garder le silence que garantit l'art. 7. Plus précisément, la seule question est de savoir si la partie suivante de l'échange entre l'appelant et le policier aurait dû être admise en preuve: 35

Jones:	Qu'est-ce qui s'est passé?
Appelant:	La police nous surveillait.
Jones:	Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope.
Appelant:	Lee et moi aussi.

V. L'analyse

La solution du litige dans le présent pourvoi est fondé sur les arrêts *Hebert* et *Broyles*. Comme ces arrêts, le présent pourvoi porte sur l'étendue du droit au silence d'une personne détenue par l'État: *Hebert*, précité, aux pp. 162 et 163; *Broyles*, précité, à la p. 606. Aucune nouvelle règle de droit n'intervient. 36

Nous sommes d'accord que le pourvoi doit être rejeté, bien que nous divergions quelque peu des motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel. Nous ne sommes pas d'accord, en toute déférence, avec les juges majoritaires de la Cour d'appel qu'un climat d'oppression (que l'on imagine habituellement, mais pas exclusivement, comme une série de questions répétées, un ton de voix cassant ou une pression psychologique explicite exercée par le représentant de l'État) est nécessaire pour conclure que le droit d'un détenu de garder le 37

both *Hebert* and *Broyles*, where there was no atmosphere of oppression.

38 The breadth with which McLachlin J. in *Hebert* defines the right to silence is inconsistent with the proposition that an atmosphere of oppression is required for its violation. See pp. 181 and 186:

> *Charter* provisions related to the right to silence of a detained person under s. 7 suggest that the right must be interpreted in a manner which secures to the detained person the right to make a free and meaningful choice as to whether to speak to the authorities or to remain silent.
>
> . . .
>
> The essence of the right to silence is that the suspect be given a choice; the right is quite simply the freedom to choose — the freedom to speak to the authorities on the one hand, and the freedom to refuse to make a statement to them on the other.

39 At the same time, *Hebert*, at p. 183, carefully distinguishes its formulation of the right to silence from that which assumes an "absolute right to silence" in the accused, capable of being discharged only by waiver:

> On that approach, all statements made by a suspect to the authorities after detention would be excluded unless the accused waived his right to silence. Waiver, as defined in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, is a subjective concept dependent, among other things, on the accused's knowing that he is speaking to the authorities. On this approach, all statements made by a person in detention which were not knowingly made to a police officer would be excluded because, absent knowledge that the suspect is speaking to a police officer, the Crown cannot establish waiver. This would include statements made to undercover agents (regardless of whether the officer is merely passive or has elicited the statement) as well as conversations with fellow prisoners overheard by the police and statements overheard through mechanical listening devices on the wall. There is nothing in the rules underpinning the s. 7 right to silence or other provisions of the *Charter* that

silence a été violé. À ce sujet, il suffit de rappeler que notre Cour conclut à la violation du droit de garder le silence dans *Hebert* et dans *Broyles*, sans qu'il y ait eu de climat d'oppression.

L'étendue de la définition donnée au droit de garder le silence par le juge McLachlin dans *Hebert* est incompatible avec la proposition voulant qu'un climat d'oppression est nécessaire pour que ce droit soit violé. Voir les pp. 181 et 186:

> Les dispositions de la *Charte* qui se rapportent au droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 semblent indiquer que ce droit doit être interprété de manière à garantir à la personne détenue le droit de faire un choix libre et utile quant à la décision de parler aux autorités ou de garder le silence.
>
> . . .
>
> Le droit de garder le silence consiste essentiellement à accorder au suspect un choix; il s'agit tout simplement de la liberté de choisir — la liberté de parler aux autorités, d'une part, et la liberté de refuser de leur faire une déclaration, d'autre part.

De même, dans l'arrêt *Hebert*, à la p. 183, la Cour établit soigneusement une distinction entre sa façon de formuler le droit de garder le silence et une formulation reconnaissant à l'accusé un «droit absolu de garder le silence», ne pouvant être écarté que par renonciation:

> Selon cette conception, toutes les déclarations faites par un suspect aux autorités après sa mise en détention seraient écartées à moins qu'il n'ait renoncé à son droit de garder le silence. Selon la définition qu'en donne l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, la renonciation est un concept subjectif qui dépend notamment de la connaissance qu'a l'accusé du fait qu'il parle aux autorités. Selon cette conception, toutes les déclarations faites par une personne détenue qui ne savait pas qu'elle s'adressait à un policier seraient écartées, car si le suspect ne savait pas qu'il parlait à un policier, le ministère public ne peut faire la preuve de la renonciation. Cela comprendrait les déclarations faites à des agents banalisés (sans égard à la question de savoir si l'agent n'a eu qu'une attitude passive ou s'il a amené la personne à faire la déclaration) ainsi que les conversations avec des compagnons de prison que les policiers écoutent et les déclarations entendues au moyen d'appareils d'écoute électronique dans les murs. Rien dans les règles qui étayent le droit de garder le silence à l'art. 7

suggests that the scope of the right to silence should be extended this far. [Emphasis in original.]

In limiting the right to silence, McLachlin J., at pp. 184-85, formulated the following distinction:

> [A] distinction must be made between the use of undercover agents to observe the suspect, and the use of undercover agents to actively elicit information in violation of the suspect's choice to remain silent. When the police use subterfuge to interrogate an accused after he has advised them that he does not wish to speak to them, they are improperly eliciting information that they were unable to obtain by respecting the suspect's constitutional right to silence: the suspect's rights are breached because he has been deprived of his choice. However, in the absence of eliciting behaviour on the part of the police, there is no violation of the accused's right to choose whether or not to speak to the police. If the suspect speaks, it is by his or her own choice, and he or she must be taken to have accepted the risk that the recipient may inform the police. [Emphasis added.]

Hebert does not rule out the use of undercover police officers. Its concern is not with subterfuge *per se*, but with subterfuge that, in actively eliciting information, violates the accused's right to silence by depriving her of her choice whether to speak to the police. Precisely because the detainee retains her freedom in that respect, not all of her speech can be immediately deemed involuntary merely by virtue of her being detained. *Hebert* expressly allows for situations where, though speaking to an undercover officer, the detainee's speech is voluntary, in the sense that she must be taken to have freely accepted the risk of her own actions. No other view is consistent with the enshrinement of her right to choose whether to speak or to remain silent.

In *Broyles*, at p. 611, Iacobucci J. provided the following instruction with respect to the meaning of elicitation:

ou les autres dispositions de la *Charte* ne laisse entendre que la portée du droit de garder le silence devrait être étendue à ce point. [Souligné dans l'original.]

En limitant le droit de garder le silence, le juge McLachlin, aux pp. 184 et 185, a fait la distinction suivante: 40

> [I]l faut établir une distinction entre le recours à des agents banalisés pour observer le suspect et le recours à des agents banalisés pour obtenir de façon active des renseignements contrairement au choix du suspect de garder le silence. Lorsque les policiers font usage d'artifices pour interroger un accusé après que celui-ci leur a dit qu'il ne voulait pas leur parler, ils tentent alors d'obtenir de façon irrégulière des renseignements qu'ils ne pouvaient obtenir en respectant le droit constitutionnel du suspect de garder le silence: les droits du suspect sont violés parce qu'il a été privé de son choix. Cependant, en l'absence d'un tel comportement de la part des policiers, il n'y a aucune violation du droit de l'accusé de choisir de parler ou non aux policiers. Si le suspect parle, c'est parce qu'il a choisi de le faire et il faut présumer qu'il a accepté de courir le risque que son interlocuteur puisse informer les policiers. [Je souligne.]

L'arrêt *Hebert* n'écarte pas le recours à des policiers banalisés. La question soulevée n'est pas l'usage d'artifices lui-même, mais l'usage d'artifices par lesquels on obtient activement des renseignements, violant le droit de l'accusé de garder le silence en le privant de la liberté de choisir de parler aux policiers ou de se taire. C'est précisément parce que le détenu conserve sa liberté à cet égard, que toutes ses paroles ne peuvent être automatiquement réputées involontaires simplement parce qu'il est détenu. L'arrêt *Hebert* autorise expressément les situations où, même si le détenu parle à un policier banalisé, ses paroles sont volontaires, en ce sens qu'il faut supposer qu'il a librement accepté le risque auquel l'exposent ses propres actes. Aucun autre point de vue n'est compatible avec la constitutionnalisation de son droit de choisir de parler ou de garder le silence. 41

Dans *Broyles*, à la p. 611, le juge Iacobucci donne les directives suivantes en ce qui concerne le sens de la notion d'obtention de renseignements de façon irrégulière: 42

In my view, it is difficult to give a short and precise meaning of elicitation but rather one should look to a series of factors to decide the issue. These factors test the relationship between the state agent and the accused so as to answer this question: considering all the circumstances of the exchange between the accused and the state agent, is there a causal link between the conduct of the state agent and the making of the statement by the accused? For convenience, I arrange these factors into two groups. This list of factors is not exhaustive, nor will the answer to any one question necessarily be dispositive.

The first set of factors concerns the nature of the exchange between the accused and the state agent. Did the state agent actively seek out information such that the exchange could be characterized as akin to an interrogation, or did he or she conduct his or her part of the conversation as someone in the role the accused believed the informer to be playing would ordinarily have done? The focus should not be on the form of the conversation, but rather on whether the relevant parts of the conversation were the functional equivalent of an interrogation.

The second set of factors concerns the nature of the relationship between the state agent and the accused. Did the state agent exploit any special characteristics of the relationship to extract the statement? Was there a relationship of trust between the state agent and the accused? Was the accused obligated or vulnerable to the state agent? Did the state agent manipulate the accused to bring about a mental state in which the accused was more likely to talk?

43 At p. 613 of his reasons, he continued:

Turning to the first set of factors relating to the nature of the conversation, did Ritter [i.e. the state agent] allow the conversation to flow naturally, or did he direct the conversation to those areas where he knew the police needed information?

44 The Crown argued that the *Hebert* doctrine applies only where the accused has made a declaration that she does not wish to speak to the authorities. Thus the Crown submitted that the *Hebert* doctrine is not applicable to this appeal because the appellant did not make such declaration. We disagree. The Crown's submission

À mon avis, il est difficile de donner une définition brève et précise de l'obtention de renseignements de façon irrégulière; il faudrait plutôt tenir compte d'une série de facteurs pour trancher la question en litige. Ces facteurs permettent d'établir les rapports existant entre les représentants de l'État et l'accusé, de façon à répondre à la question suivante: Compte tenu de toutes les circonstances entourant l'échange entre l'accusé et le représentant de l'État, existe-t-il un lien de causalité entre la conduite du représentant de l'État et la décision de l'accusé de faire une déclaration? Par souci de commodité, j'ai divisé ces facteurs en deux groupes. La liste des facteurs n'est pas exhaustive et la réponse à l'une ou l'autre des questions ne sera pas nécessairement concluante.

Le premier ensemble de facteurs porte sur la nature de l'échange entre l'accusé et le représentant de l'État. Le représentant de l'État a-t-il cherché de façon active à obtenir des renseignements de sorte que l'échange puisse être considéré comme un interrogatoire, ou a-t-il mené sa part de la conversation comme l'aurait fait l'interlocuteur que l'accusé croyait avoir devant lui? Il ne faudrait pas s'attarder à la forme de la conversation mais bien à la question de savoir si les parties pertinentes de la conversation équivalaient de fait à un interrogatoire.

Le deuxième ensemble de facteurs concerne la nature des rapports existant entre le représentant de l'État et l'accusé. Le représentant de l'État a-t-il exploité quelque aspect de ces rapports pour arracher la déclaration? La confiance régnait-elle entre le représentant de l'État et l'accusé? L'accusé se sentait-il vulnérable face au représentant de l'État ou obligé envers lui? Le représentant de l'État a-t-il manipulé l'accusé pour le rendre mentalement plus susceptible de parler?

À la p. 613 de ses motifs, il poursuit:

Pour ce qui est du premier ensemble de facteurs relatifs à la nature de la conversation, Ritter [le représentant de l'État] a-t-il laissé aller naturellement la conversation ou l'a-t-il dirigée vers les sujets qui intéressaient les policiers?

Le ministère public prétend que la règle énoncée dans l'arrêt *Hebert* ne s'applique que lorsque l'accusé déclare qu'il ne souhaite pas parler aux autorités. Par conséquent, le ministère public soutient que la règle de l'arrêt *Hebert* ne s'applique pas au présent pourvoi parce que l'appelant n'a pas fait une telle déclaration. Nous ne sommes pas

confuses the facts in *Hebert* with the fundamental principle formulated in that case: that the accused in *Hebert* happened to have declared that he did not wish to speak to the authorities does not mean that an assertion of the right to silence on the part of the accused is a condition precedent to the application of the *Hebert* doctrine. It would be absurd to impose on the accused an obligation to speak in order to activate her right to silence.

d'accord. Le ministère public confond les faits en cause dans l'arrêt *Hebert* avec le principe fondamental qui y est formulé: le fait que l'accusé dans *Hebert* a déclaré qu'il ne souhaitait pas parler aux autorités ne signifie pas que la revendication du droit de garder le silence par l'accusé soit une condition préalable à l'application de la règle de l'arrêt *Hebert*. Il serait absurde d'imposer à l'accusé l'obligation de parler pour exercer son droit de garder le silence.

In following the authority of *Hebert* and *Broyles*, we find nothing in the facts of this appeal to support the proposition that the exchange between the appellant and the undercover officer was the functional equivalent of an interrogation. It is of no consequence that the police officer was engaged in a subterfuge, permitted himself to be misidentified, or lied, so long as the responses by the appellant were not actively elicited or the result of interrogation. In a more perfect world, police officers may not have to resort to subterfuge, but equally, in that more perfect world, there would be no crime. For the moment, in this space and time, the police can, within the limits imposed by law, engage in limited acts of subterfuge. In our opinion, that is the case in this appeal.

45 Nous fondant sur les arrêts *Hebert* et *Broyles*, nous ne trouvons rien dans les faits du présent pourvoi pour étayer la proposition que l'échange entre l'appelant et le policier banalisé équivalait en fait à un interrogatoire. Il importe peu que le policier ait usé d'artifices, qu'il ait permis qu'on se trompe sur son identité, ou qu'il ait menti, tant que les réponses de l'appelant n'ont pas été obtenues de façon active ou n'étaient pas le résultat d'un interrogatoire. Dans un monde meilleur, les policiers n'auraient pas besoin de recourir à des artifices, mais dans ce monde meilleur, il n'y aurait pas de crime. Pour le moment, à notre époque et en ce pays, les policiers peuvent, dans les limites imposées par la loi, faire usage d'artifices de façon restreinte. À notre avis, c'est le cas dans le présent pourvoi.

As noted above, the two sets of factors outlined in *Broyles* pertain to the nature of the exchange and the nature of the relationship between the state agent and the accused. It is worth recalling that these factors are neither exhaustive nor dispositive. They are rather guidelines provided to test the relationship between the state agent and the accused so as to determine whether there was a causal link between the conduct of the state agent and the making of the statement by the accused.

46 Comme il a été mentionné, les deux ensembles de facteurs exposés dans *Broyles* ont trait à la nature de l'échange et à la nature des rapports existant entre le représentant de l'État et l'accusé. Il convient de rappeler que ces facteurs ne sont ni exhaustifs ni concluants. Il s'agit plutôt de lignes directrices pour guider l'analyse des rapports existant entre le représentant de l'État et l'accusé afin de déterminer s'il y a un lien de causalité entre le comportement du représentant de l'État et la déclaration faite par l'accusé.

A. *The Nature of the Exchange*

A. *La nature de l'échange*

It was the appellant who initiated the brief exchange by a direct reference to the circumstances of his arrest. His opening statement, "That Lee is hot", broached the subject-matter of those circumstances, which provided the overall context of the exchange. Thus it was the appellant alone

47 L'appelant a engagé lui-même le bref échange en faisant directement mention des circonstances de son arrestation. Par sa première déclaration, «Lee est brûlé», il aborde la question et établit le contexte de l'échange. Par conséquent, l'appelant seul a dirigé la conversation vers un sujet sur

who directed the conversation to an area where the police were seeking information. He was as free to do that as he was to remain silent.

48 The police officer's question, "What happened?", cannot be said to have directed or redirected the conversation to a sensitive area. The officer's "What happened?" picked up the flow and content of the conversation so naturally that it would not be inaccurate to say that it was itself elicited by the appellant's "That Lee is hot". The officer did nothing more than continue the conversation about the arrest initiated by the appellant. In such circumstances, the appellant cannot complain that, merely because it was a question, the officer's "What happened?" (i.e., "How did we get arrested?" or "What went wrong?") may be seen as some form of elicitation. It is difficult to imagine a less intrusive response on the part of the officer, short of saying nothing or of actually confessing that he was an undercover agent. The officer cannot be under such an obligation.

49 Similarly, the officer's statement, "Yeah. They got my fingerprints on the dope", simply alluded to concerns that Jones would naturally have regarding the arrest. The statement was entirely in keeping with the officer's cell mate role and did not stray from the flow of the conversation about the arrest initiated by the appellant. Nor did the statement request any information from the appellant or offer inducement of any kind for that information.

50 It was argued that the officer's comments that they had his fingerprints on the dope directed the conversation into a new area of interest to the Crown — possession of the drugs — and that this amounted to impermissible elicitation. This alone, however, does not establish impermissible elicitation. *Broyles*, *supra*, at pp. 609-10, stated, "It is clear from the majority reasons in *Hebert*, *supra*, that statements volunteered by the suspect to the agent of the state will not infringe the suspect's right to silence". The answer to the question of whether the statement was volunteered depends

lequel les policiers cherchaient à obtenir des renseignements. Il était aussi libre de le faire que de garder le silence.

La question du policier, «Qu'est-ce qui s'est passé?», ne peut pas avoir permis de diriger ou de rediriger la conversation vers un sujet délicat. Cette question s'est insérée dans le cours de la conversation de façon si naturelle qu'il ne serait pas inexact de dire qu'elle a elle-même été amenée par la déclaration de l'appelant «Lee est brûlé». Le policier a tout simplement continué la conversation concernant l'arrestation engagée par l'appelant. Dans ces circonstances, l'appelant ne peut pas prétendre que la question du policier «Qu'est-ce qui s'est passé?» (c'est-à-dire «Comment avons-nous été arrêtés?» ou «Qu'est-ce qui a cloché?»), du seul fait qu'il s'agisse d'une question, peut équivaloir à une forme d'obtention de renseignements de façon irrégulière. Il est difficile d'imaginer une réponse moins indiscrète de la part du policier, à moins de ne rien dire ou d'avouer qu'en réalité il était un policier banalisé. Le policier ne peut pas être soumis à une telle obligation.

De même, la déclaration du policier, «Ouais. Ils ont eu mes empreintes digitales sur la dope» fait simplement allusion aux préoccupations qu'aurait naturellement eues Jones au sujet de l'arrestation. La déclaration cadrait parfaitement avec son rôle de compagnon de cellule et ne s'écartait pas du cours de la conversation engagée par l'appelant et portant sur l'arrestation. Elle ne sollicitait pas non plus de renseignements de l'appelant ni n'offrait d'encouragement d'aucune sorte en vue d'obtenir ces renseignements.

L'on soutient que les commentaires du policier au sujet de ses empreintes digitales relevées sur la drogue ont eu pour effet de diriger la conversation vers un nouveau sujet d'intérêt pour le ministère public — la possession de drogue — ce qui constitue une obtention inadmissible de renseignements. Ce fait seul, cependant, n'établit pas l'obtention inadmissible de renseignements de façon irrégulière. Dans l'arrêt *Broyles*, précité, aux pp. 609 et 610, notre Cour conclut que «[d']après les motifs de la majorité dans l'arrêt *Hebert*, précité, il ressort clairement que les déclarations données volontaire-

upon a variety of factors, particularly, the nature of the exchange and the nature of the relationship between the state agent and the accused at the time the statement is made (*Broyles*, *supra*). When those factors are applied in this appeal, it is apparent that the officer's comment introducing the subject of fingerprints and thus possible possession does not change the fact that the accused's admissions were volunteered.

ment par un suspect à un représentant de l'État ne violent pas le droit du suspect de garder le silence». La réponse à la question de savoir si la déclaration a été faite volontairement dépend de divers facteurs et notamment de la nature de l'échange et de la nature des rapports existant entre le représentant de l'État et l'accusé au moment où est faite la déclaration (*Broyles*, précité). Lorsque ces facteurs sont examinés dans le cadre du présent pourvoi, il est manifeste que le commentaire du policier qui a introduit le sujet des empreintes digitales et donc, d'une possession possible, ne change rien au fait que les admissions de l'accusé étaient volontaires.

In accordance with *Broyles*, the undercover officer conducted his part of the conversation as someone in the role the appellant believed the officer to be playing would ordinarily have done. In the circumstances of this case the conduct of the officer was not the functional equivalent of an interrogation. The point is not that role-appropriateness by itself sanitizes the exchange, but that the undercover officer did not direct the conversation in any manner that prompted, coaxed or cajoled the appellant to respond. The appellant's response was not "caused" by the officer's statement in the sense that the officer's statement deprived the appellant of his choice whether to speak. In responding to the officer's statement, the appellant exercised his freedom to do so. 51

En conformité avec l'arrêt *Broyles*, le policier banalisé a mené sa partie de la conversation comme l'aurait normalement fait une personne placée dans la situation que l'appelant croyait être celle du policier. Dans les circonstances de l'espèce, le comportement du policier n'équivalait pas de fait à un interrogatoire. Le point essentiel n'est pas que le caractère approprié du rôle en lui-même aseptise l'échange, mais que le policier banalisé n'a pas orienté la conversation d'une manière qui aurait incité, encouragé ou amené l'appelant à répondre. La réponse de l'appelant n'a pas été «engendrée» par la déclaration du policier en ce sens qu'elle a privé l'appelant de sa liberté de choisir de parler ou de se taire. En répondant à la déclaration du policier, l'appelant a exercé sa liberté de le faire.

B. *The Nature of the Relationship*

B. *La nature des rapports*

There is nothing in evidence to support the proposition that there was a relationship of trust between the undercover officer and the appellant. Nor was the appellant obligated or vulnerable to the undercover officer. Nor can it be said that the undercover officer manipulated the appellant to bring about a mental state in which the appellant was more likely to talk. 52

Il n'y a aucun élément de preuve pour appuyer l'existence d'un lien de confiance entre le policier banalisé et l'appelant. L'appelant n'était pas vulnérable non plus face au policier banalisé ni obligé envers lui. On ne peut pas dire non plus que le policier banalisé a manipulé l'appelant pour le rendre mentalement plus susceptible de parler.

In the view of the trial judge, Jones' reference to his now owing $48,000 to Indians in Slave Lake was intended to attract sympathy for Jones and in fact had that result. The trial judge found that the appellant's sympathy for Jones affected the nature 53

Selon le juge du procès, en mentionnant qu'il devait alors 48 000 $ aux Indiens de Slave Lake, Jones cherchait à attirer la sympathie et, de fait, il a réussi à le faire. Le juge du procès conclut que la sympathie de l'appelant pour Jones a eu une

of the relationship between them. However, as pointed out by the Court of Appeal, the trial judge's finding was influenced by the fact that he got the details of the conversation backwards. The record is clear that, in Jones' version of the conversation, Jones does not indicate that he owed the $48,000 until close to the end of the conversation. That is, Jones' reference to his owing the money took place after the part of the conversation in issue in this appeal. Accordingly, as the Court of Appeal noted, the appellant's sympathy for Jones could not have affected the nature of the relationship at the time of the initial part of the conversation which is in issue here.

54 The relationship of "co-accused" is not in and of itself sufficient to meet the guidelines set out in *Broyles*. This is not a case where the undercover officer cultivated a sustained relationship with the accused over time, such that the accused may be said to have spoken to the undercover officer in the reasonable expectation that his communications would not wind up in the hands of the police.

55 On the contrary, the facts indicate that the appellant and the officer did not know each other prior to the arrests. In such circumstances, it is difficult, if not impossible, to suggest that the state agent exploited any special characteristics of his relationship with the appellant to extract the statement. In fact, to speak of a "relationship" at all seems to exaggerate the circumstances.

56 The appellant cannot complain that his statements wound up in the hands of the police any more than he could complain had the officer been a concurrently arrested co-accused who subsequently told the police what the appellant said. The appellant chose to speak. He was free to do that.

57 In the circumstances of this appeal there is no impermissible causal link between the undercover officer's conduct and the statements made to him by the accused. The statements were not actively

incidence sur la nature des rapports existant entre eux. Toutefois, comme l'a souligné la Cour d'appel, la conclusion du juge du procès a été influencée par le fait qu'il a mal saisi l'ordre chronologique de la conversation. Le dossier montre clairement que dans la version de la conversation donnée par Jones, ce dernier ne dit qu'il doit 48 000 $ que peu de temps avant la fin de la conversation. C'est-à-dire que Jones mentionne qu'il doit de l'argent après la partie de la conversation en litige dans le présent pourvoi. Par conséquent, comme la Cour d'appel l'a indiqué, la sympathie de l'appelant pour Jones ne pouvait pas avoir d'incidence sur la nature de leurs rapports lors de la première partie de la conversation en litige en l'espèce.

Le fait d'être «coaccusé» ne crée pas en lui-même une relation suffisante pour satisfaire aux lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Broyles*. Dans la présente affaire, le policier banalisé n'a pas entretenu de rapports suivis avec l'accusé, de sorte qu'il soit possible de dire que l'accusé a parlé au policier banalisé en s'attendant raisonnablement à ce que sa conversation ne soit pas rapportée aux policiers.

Au contraire, les faits indiquent que l'appelant et le policier ne se connaissaient pas avant l'arrestation. Dans ces circonstances, il est difficile, voire impossible, de prétendre que le représentant de l'État a exploité une caractéristique particulière de ses rapports avec l'appelant pour lui arracher la déclaration. En fait, parler de «rapports» semble exagéré compte tenu des circonstances.

L'appelant ne peut pas se plaindre du fait que ses déclarations ont été rapportées aux policiers pas plus qu'il ne pourrait le faire si le policier avait été un coaccusé arrêté en même temps qui aurait par la suite répété ses propos aux policiers. L'appelant a choisi de parler. Il était libre de le faire.

Dans les circonstances du présent pourvoi, il n'y a pas de lien de causalité inadmissible entre la conduite du policier banalisé et les déclarations que l'accusé lui a faites. Les déclarations n'ont pas été

elicited. They were not obtained in violation of the appellant's right to silence.

In affirming a detainee's right to silence, *Hebert* and *Broyles* preserve and define an area of police investigation where undercover operations, including cell block interviews, are perfectly legitimate. The undercover officer's interventions in the exchange at issue in this appeal are so innocuous that to conclude that the appellant's statements are inadmissible is effectively to abolish, contrary to *Hebert* and *Broyles*, that legitimate area of police investigation. It would be tantamount to adopting either a "listening post" standard or an "absolute right to silence" standard, both of which were unambiguously rejected by this Court in those cases.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LAMER C.J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Tarrabain and Company, Edmonton.

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

obtenues de façon active. Elles n'ont pas été obtenues en violation du droit de l'appelant de garder le silence.

En affirmant le droit d'un détenu de garder le silence, les arrêts *Hebert* et *Broyles* protègent et définissent un domaine de l'enquête policière où les opérations d'infiltration, y compris les conversations dans un bloc cellulaire, sont tout à fait légitimes. Les interventions du policier banalisé dans l'échange en litige dans le présent pourvoi sont si inoffensives que conclure que les déclarations de l'appelant sont inadmissibles a pour effet de supprimer, contrairement aux arrêts *Hebert* et *Broyles*, ce domaine légitime de l'enquête policière. Cela équivaudrait à adopter soit la norme du «poste d'écoute», soit la norme du «droit absolu de garder le silence», qui ont toutes les deux été clairement rejetées par notre Cour dans ces deux arrêts. 58

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 59

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER *est dissident.*

Procureurs de l'appelant: Tarrabain and Company, Edmonton.

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

Thomas Bruce Baker *Appellant*

v.

Monica Frieda Francis *Respondent*

INDEXED AS: FRANCIS *v.* BAKER

File No.: 26562.

1999: April 27; 1999: September 16.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Family law — Divorce — Maintenance — Federal Child Support Guidelines — Meaning of word "inappropriate" in s. 4(b) of Guidelines — Father with annual income of $945,000 ordered to pay $10,000 per month in child support for his two children — Whether trial judge properly exercised discretion to award Table amount of child support applicable to father's income — Whether downward variation of Table amounts permissible where paying parent has annual income exceeding $150,000 — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, s. 4(b).

The parties were married in 1979. At that time, the appellant was employed as a lawyer in a large Toronto law firm while the respondent worked as a high school teacher. The parties' first child was born in 1983. The appellant left the family in July 1985 when their second child was five days old. The respondent returned to work full-time three months later. The parties divorced in 1987. In 1988, the respondent applied for an increase in child support. At trial, nine years later, she amended her pleadings to include a claim for child support pursuant to the *Federal Child Support Guidelines*, which were to come into effect shortly and were intended to apply to all pending child support orders. The respondent earned $63,000 per year at the date of trial. Under the terms of a separation agreement, she also received $30,000 per year in child support payments from the appellant. The appellant earned $945,538 per year and his net worth is estimated at $78,000,000. The trial judge exercised her jurisdiction under the *Divorce Act* to award the respondent the Table amount of child support

Thomas Bruce Baker *Appelant*

c.

Monica Frieda Francis *Intimée*

RÉPERTORIÉ: FRANCIS *c.* BAKER

N° du greffe: 26562.

1999: 27 avril; 1999: 16 septembre.

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

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

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Sens de l'expression «n'est pas indiqué» à l'art. 4b) des lignes directrices — Père ayant un revenu annuel de 945 000 $ tenu de verser une pension alimentaire mensuelle de 10 000 $ pour ses deux enfants — Le juge de première instance a-t-il bien exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder le montant de pension alimentaire pour enfants prévu dans la table applicable au revenu du père? — Le montant prévu dans la table peut-il être réduit dans le cas où le parent qui doit le verser a un revenu annuel supérieur à 150 000 $? — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 4b).

Les parties se sont mariées en 1979. À l'époque, l'appelant faisait partie d'un important cabinet d'avocats de Toronto, alors que l'intimée enseignait dans une école secondaire. Le premier enfant des parties est né en 1983. L'appelant a quitté sa famille en juillet 1985, cinq jours après la naissance de leur deuxième enfant. L'intimée a recommencé à travailler à temps plein trois mois plus tard. Les parties ont divorcé en 1987. En 1988, l'intimée a demandé une majoration de la pension alimentaire pour les enfants. Au procès, neuf ans plus tard, elle a modifié ses actes de procédure afin d'inclure une demande de pension alimentaire pour enfants en application des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, qui devaient entrer en vigueur sous peu et s'appliquer à toutes les ordonnances de pension alimentaire pour enfants en instance. L'intimée gagnait 63 000 $ par année au moment du procès. Conformément à un accord de séparation, l'appelant lui versait également une pension alimentaire pour enfants de 30 000 $ par année. L'appelant touchait un revenu

applicable to the appellant's income or $10,034 per month for both children. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal. The court concluded that the word "inappropriate" in s. 4(*b*) of the Guidelines must mean "inadequate" and, consequently, that no downward variation of the Table amounts was permissible under this section. In the alternative, the court found that even if paying parents earning more than $150,000 could argue for reductions in child support awards under s. 4, the trial judge did not abuse her discretion in finding that the Table amount was not inappropriate in the circumstances of this case.

Held: The appeal should be dismissed.

A proper construction of s. 4 of the Guidelines requires that the word "inappropriate" be broadly defined to mean "unsuitable" rather than merely "inadequate", leaving the courts the discretion to both increase and reduce the amount of child support prescribed by its strict application. Conflicting authority at the appellate level on the proper interpretation of the provision can be resolved by applicable principles of statutory interpretation. Pursuant to a purposive interpretation of s. 4 — that is, the grammatical and ordinary meaning of the word "inappropriate" within the scheme and objectives of the Guidelines — there is no ambiguity in its language. With respect to the broader context, the interpretation that the word "inappropriate" means "inadequate" for the purposes of s. 4 is inconsistent with the established principle that where the same word is used on multiple occasions in a statute, one is to give the same meaning to that word throughout the statute. Further, a proper construction of s. 4 requires that the objectives of predictability, consistency and efficiency on the one hand be balanced with those of fairness, flexibility and recognition of the actual "condition, means, needs and other circumstances of the children" on the other. A broad interpretation of the word "inappropriate" in s. 4 does not deny children of high income parents any of the intended benefits of the Guidelines because these have not displaced the *Divorce Act*, which clearly dictates that maintenance of the children, rather than household equalization or spousal support, is the objective of child support payments. In order to recognize that objective, as well as to implement the fairness and

annuel de 945 538 $ au moment du procès et ses avoirs nets sont évalués à 78 000 000 $. Le juge de première instance a exercé le pouvoir que lui confère la *Loi sur le divorce* d'accorder à l'intimée le montant de pension alimentaire pour enfants prévu dans la table applicable au revenu de l'appelant, soit 10 034 $ par mois pour les deux enfants. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant. La cour a conclu que l'expression «n'est pas indiqué» employée à l'al. 4*b*) des lignes directrices doit vouloir dire «est insuffisant» et, partant, que cette disposition ne permet aucune diminution des montants prévus dans les tables. À titre subsidiaire, la cour a décidé que, même si les parents qui doivent verser le montant de la pension alimentaire pour enfants, et dont le revenu annuel est supérieur à 150 000 $, pouvaient demander que ce montant soit diminué en application de l'art. 4, le juge de première instance n'a pas abusé de son pouvoir discrétionnaire en concluant que le montant prévu dans la table était indiqué dans les circonstances de la présente affaire.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Pour interpréter correctement l'art. 4 des lignes directrices, l'expression «n'est pas indiqué» doit être définie largement comme signifiant «ne convient pas» plutôt que simplement «est insuffisant», ce qui laisse aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de majorer ou de diminuer le montant de pension alimentaire pour enfants prescrit par l'application stricte des lignes directrices. Il est possible de résoudre, au moyen des principes d'interprétation législative applicables, le désaccord constaté dans les décisions de cours d'appel concernant la bonne façon d'interpréter la disposition. Selon une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 4 — qui consiste à définir le sens ordinaire et grammatical de l'expression «n'est pas indiqué» en fonction de l'économie et des objectifs des lignes directrices —, le texte de cet article ne renferme aucune ambiguïté. Quant au contexte plus large, l'interprétation selon laquelle l'expression «n'est pas indiqué» signifie «est insuffisant» aux fins de l'art. 4 est incompatible avec le principe bien établi voulant qu'un mot qui revient à maintes reprises dans une loi ait le même sens partout dans cette loi. En outre, pour interpréter correctement l'art. 4, il faut soupeser les objectifs de prévisibilité, d'uniformité et d'efficacité en fonction des objectifs d'équité, de souplesse et de reconnaissance des «ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation [réels] des enfants». Une interprétation large de l'expression «n'est pas indiqué» employée à l'art. 4 ne prive pas les enfants dont les parents ont un revenu élevé des avantages projetés des lignes directrices du fait que ces dernières n'ont pas remplacé la *Loi sur le divorce*, qui prévoit clairement

flexibility components of the Guidelines' objectives, courts must therefore have the discretion to remedy situations where Table amounts are so in excess of the children's reasonable needs that they no longer qualify as child support.

Parliament intended that there be a presumption in favour of the Table amounts. Guideline figures can only be increased or reduced under s. 4 if the party seeking such a deviation has rebutted that presumption of appropriateness. The evidence in its entirety must be sufficient to raise a concern that the applicable Table amount is inappropriate. Only after examining all of the circumstances of the case, including the factors expressly listed in s. 4(*b*)(ii), should courts find Table amounts to be inappropriate and craft more suitable child support awards.

Parliament did not choose to create a blanket rule requiring custodial parents to produce child expense budgets in all cases where s. 4 of the Guidelines is invoked. Trial judges must determine on a case-by-case basis whether such budgets will be required. In the present case, there was no improper exercise of discretion. While child expense budgets may be required under s. 4 in order to allow for a proper assessment of the children's needs, custodial parents need not justify each and every budgeted expense. Child expense budgets constitute evidence on which custodial parents can be cross-examined, but their inherent imprecision must be kept in mind. Furthermore, the unique economic situation of high income earners must be acknowledged. A proper balance is struck by requiring paying parents to demonstrate that budgeted child expenses are so high as to exceed the generous ambit within which reasonable disagreement is possible.

The appellant has failed to demonstrate that the trial judge improperly exercised her discretion to award the Table amount on the facts of this case. In order to obtain

que l'objectif de la pension alimentaire pour enfants est de subvenir aux besoins des enfants et non pas de subvenir à ceux du conjoint ou d'effectuer l'égalisation du ménage. Dans le but de reconnaître cet objectif et de mettre en œuvre les éléments d'équité et de souplesse des objectifs des lignes directrices, les tribunaux doivent donc avoir le pouvoir discrétionnaire de remédier aux situations dans lesquelles les montants prévus dans les tables sont tellement supérieurs aux besoins raisonnables des enfants qu'ils ne peuvent plus être considérés comme une pension alimentaire pour enfants.

Le législateur a voulu qu'il existe une présomption en faveur des montants prévus dans les tables. Les montants prévus dans les lignes directrices peuvent être majorés ou diminués en vertu de l'art. 4 uniquement si la partie qui demande un rajustement semblable a réfuté cette présomption de caractère indiqué. La preuve dans son intégralité doit être suffisante pour soulever un doute quant au caractère indiqué du montant prévu dans la table applicable. Ce n'est qu'après avoir examiné toutes les circonstances de l'affaire, y compris les facteurs expressément énumérés au sous-al. 4*b*)(ii), que les tribunaux devraient conclure que les montants prévus dans les tables ne sont pas indiqués et rédiger des ordonnances alimentaires au profit des enfants qui conviennent davantage.

Le législateur n'a pas choisi de créer une règle générale obligeant les parents qui ont la garde des enfants à produire des budgets de dépenses pour ces derniers dans tous les cas où l'art. 4 des lignes directrices est invoqué. Le juge de première instance doit examiner dans chaque cas la question de savoir si de tels budgets sont nécessaires. Dans la présente affaire, il n'y a pas eu d'exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire. Bien que des budgets de dépenses pour les enfants puissent être exigés, en vertu de l'art. 4, pour pouvoir évaluer avec justesse les besoins des enfants, les parents gardiens n'ont pas à justifier chaque dépense inscrite au budget. Bien que les budgets des dépenses pour les enfants constituent une preuve au sujet de laquelle les parents gardiens peuvent être contre-interrogés, il ne faut pas oublier qu'ils sont intrinsèquement imprécis. De plus, il faut reconnaître la situation économique particulière des personnes à revenu élevé. On parvient à un juste équilibre en obligeant les parents débiteurs à prouver que les dépenses pour les enfants qui sont inscrites au budget sont si élevées qu'elles débordent le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible.

L'appelant n'a pas démontré que le juge de première instance a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder le montant prévu dans la table, compte tenu des

a new trial, the appellant must meet that burden. The appellant's sheer size argument is unacceptable given the presumption in favour of the Guideline figures, the fact that Parliament did not create an additional distinction within the high income earning group, and finally the fact that focussing solely on the size of the child support payment disregards one of the factors relevant to the appropriateness inquiry, the needs of the children. Parliament did not choose to impose a cap or upper limit on child support payments, and the appellant has advanced no reason why this Court should do so. The trial judge properly considered all of the circumstances of the case in awarding the respondent additional discretionary expenses.

Cases Cited

Considered: *Dergousoff v. Dergousoff* (1999), 177 Sask. R. 64; *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242; **referred to:** *Paras v. Paras* (1971), 2 R.F.L. 328; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *Shiels v. Shiels*, [1997] B.C.J. No. 1924 (QL); *Plester v. Plester* (1998), 56 B.C.L.R. (3d) 352; *Lucia v. Martin*, [1998] B.C.J. No. 1798 (QL); *Levesque v. Levesque* (1994), 116 D.L.R. (4th) 314; *Bellenden v. Satterthwaite*, [1948] 1 All. E.R. 343.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 26.1(2) [ad. 1997, c. 1, s. 11].
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 1, 3, 4, 7, 21.

Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd sess., 35th Parl., November 6, 1996, p. 6197.
Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "inappropriate".
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Robert & Collins Super Senior. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1995, "indiqué".

faits de la présente affaire. Pour obtenir un nouveau procès, l'appelant doit s'acquitter de cette obligation. L'argument de l'importance même du montant, invoqué par l'appelant, est inacceptable en raison de la présomption en faveur des montants prévus dans les lignes directrices, de l'omission du législateur d'établir une autre distinction dans le groupe des personnes à revenu élevé et, enfin, du fait que s'attacher uniquement à l'importance du montant de la pension alimentaire pour enfants ne permet pas de tenir compte de l'un des facteurs utiles pour examiner le caractère indiqué, à savoir les besoins des enfants. Le législateur n'a pas choisi d'imposer un plafond aux pensions alimentaires pour enfants, et l'appelant n'a avancé aucune raison pour laquelle notre Cour devrait le faire. Le juge de première instance a bien tenu compte de toutes les circonstances de l'affaire pour accorder à l'intimée des dépenses discrétionnaires supplémentaires.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Dergousoff c. Dergousoff* (1999), 177 Sask. R. 64; *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242; **arrêts mentionnés:** *Paras c. Paras* (1971), 2 R.F.L. 328; *Rizzo c. Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Shiels c. Shiels*, [1997] B.C.J. No. 1924 (QL); *Plester c. Plester* (1998), 56 B.C.L.R. (3d) 352; *Lucia c. Martin*, [1998] B.C.J. No. 1798 (QL); *Levesque c. Levesque* (1994), 116 D.L.R. (4th) 314; *Bellenden c. Satterthwaite*, [1948] 1 All. E.R. 343.

Lois et règlements cités

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 1, 3, 4, 7, 21.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 26.1(2) [aj. 1997, ch. 1, art. 11].

Doctrine citée

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2e sess., 35e lég., 6 novembre 1996, p. 6197.
Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, «inappropriate».
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Robert & Collins Super Senior. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1995, «indiqué».

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 481, 157 D.L.R. (4th) 1, 34 R.F.L. (4th) 317, dismissing an appeal from a judgment of Benotto J. (1997),150 D.L.R. (4th) 547, 28 R.F.L. (4th) 437, [1997] O.J. No. 2196 (QL). Appeal dismissed.

Stephen M. Grant and *Megan E. Shortreed*, for the appellant.

Nicole Tellier and *Kelly D. Jordan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 BASTARACHE J. — The present case involves the interpretation of s. 4 of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 ("the Guidelines"), which applies in cases where the paying parent has an annual income of more than $150,000. Section 4(*a*) stipulates that child support is to be calculated in accordance with s. 3, that is, the Guidelines' Table amounts apply. Table amounts are included in a schedule to the Guidelines. They set out predetermined child support figures which have been calculated based on the premise that parents spend a fixed percentage of their income on their children. The applicable Table amount in any given case is a function of the income of the paying parent and the number of children the award is to cover. Pursuant to s. 4(*b*) where a court considers the Table amount to be "inappropriate", it is to award the Guidelines figure in respect of the first $150,000 of the paying parent's income, plus an amount it considers to be appropriate for the balance of the paying parent's income, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children as well as the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children. In all cases, other sections of the Guidelines, such as the s. 10 undue hardship provisions and the s. 7 special expense provisions, may subsequently permit deviation from applicable Table amounts. The issue raised in this appeal is whether the trial judge abused her discretion in finding that it was not inappropriate for the appellant, who has an income of $945,538 per annum,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 509, 157 D.L.R. (4th) 1, 34 R.F.L. (4th) 317, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Benotto (1997), 150 D.L.R. (4th) 547, 28 R.F.L. (4th) 437, [1997] O.J. No. 2196 (QL). Pourvoi rejeté.

Stephen M. Grant et *Megan E. Shortreed*, pour l'appelant.

Nicole Tellier et *Kelly D. Jordan*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi concerne l'interprétation de l'art. 4 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (les «lignes directrices»), qui s'applique dans les cas où le revenu annuel du parent débiteur est supérieur à 150 000 $. L'alinéa 4*a*) prévoit que la pension alimentaire pour enfants doit être calculée en conformité avec l'art. 3, c'est-à-dire que les montants prévus dans les tables s'appliquent. Les montants prévus dans les tables figurent dans une annexe des lignes directrices. Il s'agit de montants préétablis de pensions alimentaires pour enfants qui ont été calculés en présumant que les parents dépensent un pourcentage fixe de leur revenu pour leurs enfants. Le montant prévu dans la table applicable dans un cas donné est fonction du revenu du parent débiteur et du nombre d'enfants visés par l'ordonnance alimentaire. Suivant l'al. 4*b*), si le tribunal est d'avis que le montant prévu dans la table «n'est pas indiqué», il doit accorder le montant prévu dans les lignes directrices pour les premiers 150 000 $ du revenu du parent débiteur, et, pour l'excédent de ce revenu, le montant qu'il juge indiqué, compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer à leur pension alimentaire. Dans tous les cas, d'autres articles des lignes directrices, comme les dispositions relatives aux difficultés excessives à l'art. 10 et celles qui traitent des dépenses spéciales à l'art. 7, peuvent par

to pay the Table amount applicable to his income level.

I. Facts

The appellant (father) and the respondent (mother) married in 1979. At that time, the appellant was employed as a lawyer in a large Toronto law firm while the respondent worked as a high school teacher.

The parties' first child, Lauren, was born in November 1983. The respondent became pregnant with their second child within a year of Lauren's birth. The parties planned for the respondent to stay at home for one year following the birth of their second child and then return to teaching on a part-time basis.

When the respondent was eight months pregnant with their second child, the appellant informed her that their marriage was in trouble. He left the family in July 1985 when their second daughter, Leslie, was five days old. The respondent was left to care for the couple's two young children on her own. She has had custody of both children since that time.

The parties obtained a divorce in 1987.

The trial judge found that the respondent had been struggling financially since the date of separation. For example, she was forced to return to work on a full-time basis when the couple's youngest child was only three months old, contrary to the parties' original intentions.

With her share of the proceeds from the sale of the matrimonial home, the respondent was able to purchase a more modest home for herself and the children. Nevertheless, the respondent gave

la suite permettre de rajuster les montants prévus dans les tables. La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si le juge de première instance a abusé de son pouvoir discrétionnaire en concluant qu'il était indiqué que l'appelant, dont le revenu annuel s'élève à 945 538 $, paie le montant prévu dans la table applicable à son niveau de revenu.

I. Les faits

2 L'appelant (le père) et l'intimée (la mère) se sont mariés en 1979. À l'époque, l'appelant faisait partie d'un important cabinet d'avocats de Toronto, tandis que l'intimée enseignait dans une école secondaire.

3 Le premier enfant des parties, Lauren, est né en novembre 1983. Lauren n'avait pas encore un an quand l'intimée est devenue enceinte de leur deuxième enfant. Les parties avaient prévu que l'intimée resterait à la maison pendant l'année qui suivrait la naissance de leur deuxième enfant et recommencerait ensuite à enseigner à temps partiel.

4 Durant le huitième mois de cette deuxième grossesse, l'appelant a informé l'intimée que leur mariage était en difficulté. Il a quitté sa famille en juillet 1985, cinq jours après la naissance de leur deuxième fille, Leslie. L'intimée a dû s'occuper toute seule des deux jeunes enfants du couple. Elle en a la garde depuis ce temps.

5 Les parties ont divorcé en 1987.

6 Le juge de première instance a conclu que l'intimée éprouvait des difficultés financières depuis la date de la séparation. Ainsi, elle a dû recommencer à travailler à temps plein à peine trois mois après la naissance du deuxième enfant du couple, contrairement à ce que les parties avaient initialement prévu.

7 Avec sa part du produit de la vente de la résidence familiale, l'intimée a pu faire l'acquisition d'une maison plus modeste pour elle-même et les enfants. Néanmoins, l'intimée a soutenu dans son

evidence that her limited resources have forced her to live in inadequate surroundings.

8 The respondent earned $63,000 per year at the date of trial. Under the terms of a separation agreement, she also received $30,000 per year in child support payments from the appellant. These support payments were taxable income to the respondent.

9 The appellant has prospered since the parties' separation. By 1987, he was the president and chief executive officer of a major corporation. He owns several luxury cars, as well as a 10-12,000 square foot home on The Bridle Path in Toronto. He earned $945,538 per year at the date of trial and his net worth is estimated at $78,000,000. According to the trial judge, the appellant "lives the lifestyle of the multi-millionaire [that] he is".

10 The respondent commenced proceedings in 1988. She applied, *inter alia*, for an increase in child support. A trial took place in 1997, nine years after the action was commenced and 12 years after the parties' separation. On the third day of trial, March 26, 1997, the respondent amended her pleadings to include a claim for child support pursuant to the Guidelines, which were to come into effect on May 1, 1997, and were intended to apply to all pending child support orders.

11 The appellant did not file a financial statement until he was compelled by court order to do so immediately before the commencement of the trial. Such an order can be made under the Guidelines' provisions which deal with the financial disclosure obligations of both custodial and paying spouses. The appellant called no evidence at trial.

12 The respondent filed actual and proposed monthly child expense budgets in October 1993. According to the actual budget, the respondent was spending $2,518.47 per month on the children at that time. Expenses of $7,850.82 were set out in

témoignage que ses ressources limitées l'ont obligée à vivre dans un quartier peu convenable.

L'intimée gagnait 63 000 $ par année au moment du procès. Conformément à un accord de séparation, l'appelant lui versait également une pension alimentaire pour enfants de 30 000 $ par année. Cette somme était un revenu imposable pour l'intimée.

L'appelant a prospéré depuis la séparation des parties. En 1987, il est devenu président-directeur général d'une grande entreprise. Il possède plusieurs voitures de luxe ainsi qu'une résidence de 10 à 12 000 pieds carrés dans The Bridle Path à Toronto. Il touchait un revenu annuel de 945 538 $ au moment du procès et ses avoirs nets sont évalués à 78 000 000 $. Selon le juge de première instance, l'appelant [TRADUCTION] «a le train de vie du multimillionnaire qu'il est».

L'intimée s'est adressée aux tribunaux en 1988. Elle a notamment demandé une majoration de la pension alimentaire pour enfants. Un procès a eu lieu en 1997, soit neuf ans après l'introduction de l'action et 12 ans après la séparation des parties. Le troisième jour du procès, soit le 26 mars 1997, l'intimée a modifié ses actes de procédure afin d'inclure une demande de pension alimentaire pour enfants en application des lignes directrices, qui devaient entrer en vigueur le 1er mai 1997 et s'appliquer à toutes les ordonnances alimentaires pour enfants en instance.

Ce n'est qu'après qu'une ordonnance judiciaire l'y eut contraint, immédiatement avant le début du procès, que l'appelant a produit un état financier. Une ordonnance en ce sens peut être rendue en application des dispositions des lignes directrices portant sur les obligations du parent gardien et du parent débiteur en matière de divulgation de renseignements de nature financière. L'appelant n'a présenté aucune preuve au procès.

En octobre 1993, l'intimée a déposé un budget réel et un budget proposé des dépenses mensuelles pour les enfants. Il ressort du budget réel que l'intimée dépensait alors 2 518,47 $ par mois pour les enfants. Des dépenses de 7 850,82 $ étaient

the proposed budget. In November 1996, the respondent produced a second financial statement which listed expenses for her family unit. According to this statement, the family's actual monthly expenses were $10,833 and the family's proposed monthly budget was $17,106.66. Due to the appellant's failure to file a timely financial statement, all of the respondent's financial statements were prepared without the benefit of the appellant's financial information.

The trial judge exercised her jurisdiction under the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), to award the respondent the Table amount of child support applicable to the appellant's income. This amounted to $10,034 per month for both children. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal.

II. Judicial History

A. *Ontario Court of Justice (General Division)* (1997), 150 D.L.R. (4th) 547

Benotto J. noted that the determination of whether the Table amount is inappropriate under s. 4 can only be made by looking at all of the circumstances of the case. She then proceeded to consider the financial ability of each of the parties to contribute to the support of the children, the condition, means, needs and other circumstances of the children, and the objectives of the Guidelines.

According to Benotto J., the assessment of children's "needs" is influenced by the financial position of their parents. The lifestyle the children enjoy with the wealthier parent and the lifestyle the children would have enjoyed with both parents had there been no separation are also relevant to the concept of need. What may be an extraordinary expense in a family of modest means may be a typical expense in a wealthier family. Accordingly, the higher the level of wealth enjoyed by the parents, the more inappropriate the consideration of basic need becomes. The reasonableness of discretionary expenses replaces the concept of need.

prévues dans le budget proposé. En novembre 1996, l'intimée a produit un deuxième état financier énumérant les dépenses de son unité familiale. Selon cet état, les dépenses mensuelles réelles de la famille s'élevaient à 10 833 $ et son budget mensuel proposé de la famille totalisait 17 106,66 $. L'appelant n'ayant pas produit d'état financier en temps opportun, tous les états financiers de l'intimée ont été préparés sans le bénéfice de renseignements sur sa situation financière.

13 Le juge de première instance a exercé le pouvoir que lui confère la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), d'accorder à l'intimée le montant de pension alimentaire pour enfants prévu dans la table applicable au revenu de l'appelant, soit 10 034 $ par mois pour les deux enfants. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de justice de l'Ontario (Division générale)* (1997), 150 D.L.R. (4th) 547

14 Le juge Benotto a fait remarquer que la seule façon de savoir si le montant prévu dans la table applicable n'est pas indiqué aux termes de l'art. 4 consiste à évaluer toutes les circonstances de l'affaire. Elle a ensuite examiné la capacité financière de chacune des parties de contribuer au soutien alimentaire des enfants, les ressources, les besoins et, d'une façon générale, la situation des enfants, ainsi que les objectifs des lignes directrices.

15 Selon le juge Benotto, la situation financière des parents influence l'évaluation des «besoins» des enfants. Le train de vie que mènent les enfants avec le parent plus riche et celui qu'ils auraient eu avec leurs deux parents s'il n'y avait pas eu de séparation ressortissent également au concept de besoin. Ce qui peut représenter une dépense extraordinaire pour une famille qui a des moyens modestes peut être une dépense ordinaire pour une famille aisée. Par conséquent, plus le niveau de richesse des parents est élevé, moins l'examen des besoins fondamentaux devient pertinent. Le caractère raisonnable des dépenses discrétionnaires remplace le concept de besoin.

16 Benotto J. reviewed the pre-Guidelines model for assessing children's post-separation needs whereby custodial parents prepared child expense budgets. She concluded that under the Guidelines, budgets are de-emphasized, and the focus is instead on the paying parent's income. Budgets are only relevant in certain exceptional circumstances, such as cases, like the present appeal, in which the paying parent's income exceeds $150,000 per annum.

Le juge Benotto a examiné la méthode qui était utilisée avant l'entrée en vigueur des lignes directrices pour évaluer les besoins des enfants après la séparation et dont les parents gardiens se servaient pour préparer des budgets de dépenses pour les enfants. Elle a conclu que depuis l'entrée en vigueur des lignes directrices, les budgets sont devenus secondaires et l'accent est plutôt mis sur le revenu du parent débiteur. Les budgets ne sont utiles que dans certaines circonstances exceptionnelles, notamment dans des affaires, comme le présent pourvoi, où le revenu annuel du parent débiteur est supérieur à 150 000 $.

17 Benotto J. found the ratio of apportionment of the family's expenses between the respondent and the children set out in the respondent's 1993 budget to be reasonable. She noted that no such apportionment was submitted with the respondent's 1996 budget but found the proposed expenses for the family unit set out in this later budget were reasonable. She then applied the 1993 apportionment ratios to the 1996 proposed family expenses and concluded that the respondent incurred annual child expenses of $76,700. She then added $25,000, the annual cost of the children's private school education, to this figure. Benotto J. found that the resulting figure of slightly over $100,000 did not include the level of discretionary expenses that might be appropriate for children whose father is in the financial category of the appellant. She also noted that the respondent's budgets were prepared without the benefit of the appellant's financial information. Benotto J. concluded that when those factors were considered, the respondent's child expenses were in accordance with the Table amount applicable to the appellant's income level.

Le juge Benotto a jugé raisonnable le coefficient de répartition des dépenses familiales entre l'intimée et les enfants qui est indiqué dans le budget de 1993 de l'intimée. Elle a fait remarquer que cette répartition n'avait pas été faite dans le budget de 1996 de l'intimée, mais a estimé que les dépenses proposées pour l'unité familiale dans ce dernier budget étaient raisonnables. Elle a ensuite appliqué les coefficients de répartition de 1993 aux dépenses familiales projetées de 1996 et a conclu que l'intimée avait engagé des dépenses annuelles de 76 700 $ pour les enfants. Elle a ensuite majoré ce montant de 25 000 $, somme qui représentait les frais de scolarité annuels des enfants dans une école privée. Elle a conclu que le total de ces sommes, soit un peu plus de 100 000 $, ne comprenait pas le niveau de dépenses discrétionnaires qui pourrait convenir à des enfants dont le père se situe dans la catégorie financière de l'appelant. Elle a également fait remarquer que les budgets de l'intimée avaient été préparés sans le bénéfice de renseignements sur la situation financière de l'appelant. Elle a conclu que, compte tenu de ces facteurs, les dépenses pour les enfants indiquées par l'intimée étaient compatibles avec le montant prévu dans la table applicable au niveau de revenu de l'appelant.

18 Benotto J. rejected the appellant's argument that the Guidelines figure would amount to a windfall for the respondent, stating that she had no doubt that the money would be spent on the children. She also noted that it was only fitting that the children

Le juge Benotto a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel le montant prévu dans les lignes directrices représentait un profit inattendu pour l'intimée et a déclaré qu'elle ne doutait pas que cet argent serait dépensé pour les enfants. Elle a égale-

benefit from the appellant's wealth when they were with both parents.

Benotto J. also rejected the appellant's proposal that he pay expenses directly to or on behalf of the children, noting her disapproval of the appellant's desire to keep money for the children out of the hands of the respondent. She also accepted the respondent's evidence that the appellant is "controlling and manipulative through the use of his money" and specifically noted that a "with prejudice" offer made by the appellant to the respondent was "paternalistic, malevolent and controlling".

Benotto J. concluded that the Table amount applicable to the appellant's income level was not inappropriate. The appellant was therefore ordered to pay monthly child support in the amount of $10,034 commencing May 1, 1997.

B. *Ontario Court of Appeal* (1998), 38 O.R. (3d) 481

Abella J.A. for the court indicated that cases like the present which involve issues of statutory interpretation are best resolved by resort to the usual tools: the purpose, context and language of the legislative provision.

Abella J.A. examined how incomes below $150,000 are treated under s. 3 of the Guidelines, and made specific note of the words "Presumptive Rule" which appear as a marginal note beside that section. She concluded that, unless contradicted by other parts of the legislation, children are entitled to the amount of support stipulated in the Guidelines plus any special expenses found to be appropriate under s. 7.

Abella J.A. next turned to the treatment of incomes over $150,000 under s. 4 of the Guidelines. She noted that s. 4(*a*) stipulates that child support be calculated in accordance with s. 3, that is, the Guidelines amount (plus special expenses). Pursuant to s. 4(*b*), however, where a court considment noté qu'il n'était que juste que les enfants profitent de la richesse de l'appelant lorsqu'ils vivent avec l'un ou l'autre de leurs parents.

19 Le juge Benotto a également rejeté l'offre de l'appelant de payer les dépenses directement ou au nom des enfants en marquant sa désapprobation à l'égard du désir de l'appelant de ne pas remettre à l'intimée l'argent destiné aux enfants. Elle a également accepté la preuve de l'intimée selon laquelle l'appelant est [TRADUCTION] «dominateur et manipulateur en se servant de son argent» et a expressément souligné qu'une offre assortie de conditions que l'appelant avait faite à l'intimée était [TRADUCTION] «paternaliste, malveillante et dominatrice».

20 Le juge Benotto a jugé indiqué le montant prévu dans la table applicable au niveau de revenu de l'appelant. Celui-ci a donc été contraint de verser une pension alimentaire pour enfants de 10 034 $ par mois à compter du 1er mai 1997.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1998), 38 O.R. (3d) 509

21 Le juge Abella, au nom de la cour, a mentionné que la meilleure façon de résoudre les questions d'interprétation des lois que soulèvent des affaires comme le présent pourvoi consiste à recourir aux outils habituels que sont l'objet, le contexte et le libellé de la disposition législative.

22 Le juge Abella a examiné la façon dont les revenus inférieurs à 150 000 $ sont traités en vertu de l'art. 3 des lignes directrices et s'est expressément référée aux mots «Règle générale» qui figurent comme note marginale à cette disposition. Elle est arrivée à la conclusion que, sauf disposition contraire du texte législatif, les enfants ont le droit d'obtenir le montant prévu dans les lignes directrices, majoré des dépenses spéciales jugées indiquées aux termes de l'art. 7.

23 Le juge Abella a ensuite examiné le traitement réservé aux revenus supérieurs à 150 000 $ en vertu de l'art. 4 des lignes directrices. Elle a fait remarquer que l'al. 4*a*) dispose que le montant de la pension alimentaire pour enfants est calculé en application de l'art. 3, c'est-à-dire le montant

ers the Table amount to be "inappropriate", child support is to be calculated by adding three amounts: the Guidelines figure for the first $150,000 of the paying parent's income; an amount that the court considers appropriate for the balance of the paying parent's income with regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children, and the financial abilities of the spouses; and an amount for special expenses pursuant to s. 7.

prévu dans les lignes directrices (majoré des dépenses spéciales). Suivant l'al. 4*b*), toutefois, si le tribunal est d'avis que le montant prévu dans la table applicable «n'est pas indiqué», la pension alimentaire pour enfants doit être calculée en additionnant trois montants: pour les premiers 150 000 $ du revenu du parent débiteur, le montant prévu dans les lignes directrices; pour l'excédent, le montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants, ainsi que de la capacité financière des époux, et un montant pour les dépenses spéciales déterminé en application de l'art. 7.

24 Abella J.A. rejected the appellant's argument that s. 4(*b*) necessitates a return to the pre-Guidelines budgetary calculation of child support in accordance with the formula set out in *Paras v. Paras* (1971), 2 R.F.L. 328 (Ont. C.A.). According to Abella J.A., such an approach would deny children whose parents earn more than $150,000 per annum access to the predictable, expeditious Guidelines determination of their support.

Le juge Abella a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel l'al. 4*b*) exige un retour au calcul budgétaire de la pension alimentaire pour enfants qui était effectué avant l'entrée en vigueur des lignes directrices, suivant la formule élaborée dans l'arrêt *Paras c. Paras* (1971), 2 R.F.L. 328 (C.A. Ont.). Selon le juge Abella, une telle démarche empêcherait les enfants dont les parents gagnent plus de 150 000 $ par année de recourir au calcul prévisible et rapide de leur pension alimentaire prévu dans les lignes directrices.

25 By reviewing how few exceptions the Guidelines permit to the application of the Table figures, Abella J.A. emphasized that the Guidelines are intended to create predictability and certainty. In reviewing one such exception, s. 10 which deals with "undue hardship", Abella J.A. identified what she referred to as the first economic goal of the Guidelines: that primacy is to be given to the children's household over that of the paying parent. According to Abella J.A., this focus on the children's household, rather than simply the children's basic needs, means that child support is not merely spousal support in disguise. To this end, she reasoned that the economic well-being of children cannot be separated from that of the parent with

Dans son analyse des rares exceptions permises par les lignes directrices à l'application des montants prévus dans les tables, le juge Abella a insisté sur le fait que les lignes directrices visent à garantir la prévisibilité et la certitude. Dans le cadre de l'examen d'une de ces exceptions, soit l'art. 10 qui porte sur les «difficultés excessives», le juge Abella a fait allusion à ce qu'elle a appelé le premier objectif économique des lignes directrices, c'est-à-dire la priorité qui doit être accordée au ménage des enfants par opposition à celui du parent débiteur. À son avis, l'importance accordée au ménage des enfants, et non seulement aux besoins fondamentaux des enfants, signifie que la pension alimentaire pour enfants n'est pas simplement une pension alimentaire pour conjoint déguisée. Selon son raisonnement, il s'ensuit que le bien-être économique des enfants ne peut être dissocié de celui du parent avec lequel ils vivent

whom they live because households tend to function as integrated economic and social units.

Abella J.A. found that s. 10 also highlights a second economic goal of the Guidelines: that children are entitled to live at the standard permitted by all available income, even if that means living better than their basic needs demand. In her opinion, the Guidelines attempt to equalize the household living standards of paying parents and their children so that separation will create as little financial disadvantage for children as possible.

Abella J.A. opined that the Guidelines create a whole new concept of "reasonableness" in the assessment of children's needs in that the focus has shifted from actual expenses to an examination of how much the paying parent's income will permit the children's standard of living to resemble that of the paying parent. The reasonableness of need is therefore now a function of what the paying parent can afford, not what would have been considered reasonable under the *Paras* budgetary formula. Accordingly, Abella J.A. concluded that there is no more need for budgets containing estimated child expenses because reasonable needs are now attributed by the figures set out in the Guideline Tables. Furthermore, the Table amounts are not rendered "inappropriate" under s. 4(*b*) just because they permit children to enjoy substantially higher standards of living than strict budget evaluations of their needs would have warranted under the *Paras* formula.

Abella J.A. found that the Table figures can only be reduced under certain sections of the Guidelines which apply in the following circumstances: where the child is the age of majority or older; where the paying spouse is not the child's parent; where there is split or shared custody; and where there is undue hardship. Otherwise, presumptive Table amounts can only be increased. As a result, Abella J.A.

parce que les ménages fonctionnent en général comme des unités économiques et sociales intégrées.

Le juge Abella a conclu que l'art. 10 fait également ressortir un deuxième objectif économique des lignes directrices: les enfants ont droit au train de vie auquel tout le revenu disponible leur permet d'aspirer, même si ce droit leur permet d'obtenir davantage que le strict nécessaire. À son avis, les lignes directrices tentent de niveler le niveau de vie des parents débiteurs et celui de leurs enfants de manière à ce que les enfants souffrent le moins possible des conséquences de la séparation sur le plan matériel. 26

Le juge Abella a exprimé l'avis que les lignes directrices ont créé le tout nouveau concept du «caractère raisonnable» en ce qui concerne l'évaluation des besoins des enfants en ce sens qu'au lieu de faire cas des dépenses réelles, on examine la mesure dans laquelle le revenu du parent débiteur permettra aux enfants de bénéficier d'un niveau de vie comparable à celui de ce dernier. Le caractère raisonnable des besoins dépend donc désormais des moyens du parent débiteur et non de ce qui aurait été considéré raisonnable selon la formule budgétaire établie dans l'arrêt *Paras*. Par conséquent, le juge Abella a conclu qu'il n'était plus nécessaire d'établir un budget contenant les dépenses estimées des enfants parce que les montants prévus dans les tables annexées aux lignes directrices reflètent désormais les besoins raisonnables. De plus, les montants prévus dans les tables ne cessent pas d'être «indiqués» aux termes de l'al. 4*b*) simplement parce qu'ils permettent aux enfants de bénéficier d'un niveau de vie beaucoup plus élevé que celui que l'évaluation budgétaire stricte de leurs besoins leur aurait assuré selon la formule établie dans l'arrêt *Paras*. 27

Selon le juge Abella, les montants prévus dans les tables ne peuvent être diminués qu'en application de certaines dispositions des lignes directrices qui s'appliquent dans les circonstances suivantes: l'enfant est majeur; le conjoint débiteur n'est pas le père ou la mère de l'enfant; la garde de l'enfant est partagée, et il existe des difficultés excessives. Sinon, les montants généraux prévus dans les 28

concluded that the word "inappropriate" in s. 4(*b*) must mean "inadequate" and, consequently, that no downward variation of the Table amounts is permissible under this section.

29 In the alternative, Abella J.A. found that even if she was incorrect and paying parents earning more than $150,000 could argue for reductions in child support awards under s. 4, the trial judge did not abuse her discretion in finding that the Table amount was not inappropriate in the circumstances of this case.

III. Issues

30 1. Was the Ontario Court of Appeal correct in its interpretation of s. 4 of the *Federal Child Support Guidelines*?

2. Did the Ontario Court of Appeal err in upholding the discretion of the trial judge to award the Table amount of child support applicable to the appellant's income?

IV. Relevant Statutory Provisions

31 *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175

OBJECTIVES

1. The objectives of these Guidelines are

(*a*) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;

(*b*) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;

(*c*) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and

tables peuvent uniquement être majorés. En conséquence, elle a conclu que l'expression «n'est pas indiqué» employée à l'al. 4*b*) doit vouloir dire [TRADUCTION] «insuffisant» et, partant, que cette disposition ne permet aucune réduction des montants prévus dans les tables.

À titre subsidiaire, le juge Abella a décidé que même si elle avait tort et que les parents qui doivent verser le montant de la pension alimentaire pour enfants et dont le revenu annuel est supérieur à 150 000 $ pouvaient demander que ce montant soit diminué en application de l'art. 4, le juge de première instance n'a pas abusé de son pouvoir discrétionnaire en concluant que le montant prévu dans la table était indiqué dans les circonstances de la présente affaire.

III. Les questions en litige

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle interprété correctement l'art. 4 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires* pour enfants?

2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en confirmant le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'accorder le montant de la pension alimentaire pour enfants prévu dans la table applicable au revenu de l'appelant?

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175

OBJECTIFS

1. Les présentes lignes directrices visent à:

a) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;

b) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;

c) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;

(*d*) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

AMOUNT OF CHILD SUPPORT

3. (1) Unless otherwise provided under these Guidelines, the amount of a child support order for children under the age of majority is

(*a*) the amount set out in the applicable table, according to the number of children under the age of majority to whom the order relates and the income of the spouse against whom the order is sought; and

(*b*) the amount, if any, determined under section 7.

(2) Unless otherwise provided under these Guidelines, where a child to whom a child support order relates is the age of majority or over, the amount of the child support order is

(*a*) the amount determined by applying these Guidelines as if the child were under the age of majority; or

(*b*) if the court considers that approach to be inappropriate, the amount that it considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the child and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the child.

4. Where the income of the spouse against whom a child support order is sought is over $150,000, the amount of a child support order is

(*a*) the amount determined under section 3; or

(*b*) if the court considers that amount to be inappropriate,

(i) in respect of the first $150,000 of the spouse's income, the amount set out in the applicable table for the number of children under the age of majority to whom the order relates;

(ii) in respect of the balance of the spouse's income, the amount that the court considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children who are entitled to support and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children; and

(iii) the amount, if any, determined under section 7.

d) assurer un traitement uniforme des époux et enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

MONTANT DE L'ORDONNANCE ALIMENTAIRE

3. (1) Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'enfants mineurs est égal à la somme des montants suivants:

a) le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance et le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande;

b) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

(2) Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'un enfant majeur visé par l'ordonnance est:

a) le montant déterminé en application des présentes lignes directrices comme si l'enfant était mineur;

b) si le tribunal est d'avis que cette approche n'est pas indiquée, tout montant qu'il juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'enfant, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer au soutien alimentaire de l'enfant.

4. Lorsque le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire est supérieur à 150 000 $, le montant de l'ordonnance est le suivant:

a) le montant déterminé en application de l'article 3;

b) si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué:

(i) pour les premiers 150 000 $, le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance,

(ii) pour l'excédent, tout montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants en cause, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer à leur soutien alimentaire,

(iii) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

7. (1) In a child support order the court may, on either spouse's request, provide for an amount to cover the following expenses, or any portion of those expenses, taking into account the necessity of the expense in relation to the child's best interests and the reasonableness of the expense, having regard to the means of the spouses and those of the child and to the family's spending pattern prior to the separation:

(*a*) child care expenses incurred as a result of the custodial parent's employment, illness, disability or education or training for employment;

(*b*) that portion of the medical and dental insurance premiums attributable to the child;

(*c*) health-related expenses that exceed insurance reimbursement by at least $100 annually per illness or event, including orthodontic treatment, professional counselling provided by a psychologist, social worker, psychiatrist or any other person, physiotherapy, occupational therapy, speech therapy and prescription drugs, hearing aids, glasses and contact lenses;

(*d*) extraordinary expenses for primary or secondary school education or for any educational programs that meet the child's particular needs;

(*e*) expenses for post-secondary education; and

(*f*) extraordinary expenses for extracurricular activities.

INCOME INFORMATION

21. (1) A spouse who is applying for a child support order and whose income information is necessary to determine the amount of the order must include the following with the application:

(*a*) a copy of every personal income tax return filed by the spouse for each of the three most recent taxation years;

(*b*) a copy of every notice of assessment or re-assessment issued to the spouse for each of the three most recent taxation years;

(*c*) where the spouse is an employee, the most recent statement of earnings indicating the total earnings paid in the year to date, including overtime or, where such a statement is not provided by the employer, a letter from the spouse's employer setting out that information including the spouse's rate of annual salary or remuneration;

7. (1) Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, prévoir dans l'ordonnance alimentaire un montant pour couvrir tout ou partie des dépenses suivantes compte tenu de leur nécessité par rapport à l'intérêt de l'enfant et de leur caractère raisonnable par rapport aux ressources des époux et de l'enfant et aux habitudes de dépenses de la famille avant la séparation:

a) les frais de garde de l'enfant engagés pour permettre au parent en ayant la garde d'occuper un emploi, ou de poursuivre des études ou de recevoir de la formation en vue d'un emploi, ou engagés en raison d'une maladie ou d'une invalidité du parent;

b) la portion des primes d'assurance médicale et dentaire attribuable à l'enfant;

c) les frais relatifs aux soins de santé dépassant d'au moins 100 $ par année le montant que la compagnie d'assurance rembourse, par maladie ou événement, notamment les traitements orthodontiques, les consultations professionnelles d'un psychologue, travailleur social, psychiatre ou toute autre personne, la physiothérapie, l'ergothérapie, l'orthophonie, les médicaments délivrés sur ordonnance, les prothèses auditives, les lunettes et les lentilles cornéennes;

d) les frais extraordinaires relatifs aux études primaires ou secondaires ou à tout autre programme éducatif qui répond aux besoins particuliers de l'enfant;

e) les frais relatifs aux études postsecondaires;

f) les frais extraordinaires relatifs aux activités parascolaires.

RENSEIGNEMENTS SUR LE REVENU

21. (1) L'époux qui présente une demande d'ordonnance alimentaire et dont les renseignements sur le revenu sont nécessaires pour en déterminer le montant doit joindre à sa demande:

a) une copie de ses déclarations de revenus personnelles, pour les trois dernières années d'imposition;

b) une copie de ses avis de cotisation ou de nouvelle cotisation, pour les trois dernières années d'imposition;

c) s'il est un employé, le relevé de paye le plus récent faisant état des gains cumulatifs pour l'année en cours, y compris les payes de surtemps ou, si un tel relevé n'est fourni par l'employeur, une lettre de celui-ci précisant ces renseignements et le salaire ou la rémunération annuels de l'employé;

(*d*) where the spouse is self-employed, for the three most recent taxation years

(i) the financial statements of the spouse's business or professional practice, other than a partnership, and

(ii) a statement showing a breakdown of all salaries, wages, management fees or other payments or benefits paid to, or on behalf of, persons or corporations with whom the spouse does not deal at arm's length;

(*e*) where the spouse is a partner in a partnership, confirmation of the spouse's income and draw from, and capital in, the partnership for its three most recent taxation years;

(*f*) where the spouse controls a corporation, for its three most recent taxation years

(i) the financial statements of the corporation and its subsidiaries, and

(ii) a statement showing a breakdown of all salaries, wages, management fees or other payments or benefits paid to, or on behalf of, persons or corporations with whom the corporation, and every related corporation, does not deal at arm's length; and

(*g*) where the spouse is a beneficiary under a trust, a copy of the trust settlement agreement and copies of the trust's three most recent financial statements.

. . .

(4) Where, in the course of proceedings in respect of an application for a child support order, it is established that the income of the spouse who would be paying the amount of child support is greater than $150,000, the other spouse must, within 30 days after the income is established to be greater than $150,000 if the other spouse resides in Canada or the United States or within 60 days if the other spouse resides elsewhere, or such other time limit as the court specifies, provide the court and the spouse with the documents referred to in subsection (1).

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)

26.1 (2) The guidelines shall be based on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation.

d) s'il est un travailleur indépendant, pour les trois dernières années d'imposition:

(i) les états financiers de son entreprise ou de sa pratique professionnelle, sauf s'il s'agit d'une société de personnes,

(ii) un relevé de la répartition des montants payés, au titre notamment des salaires, rémunérations, frais de gestion ou avantages, à des particuliers ou sociétés avec qui il a un lien de dépendance, ou au nom de ceux-ci;

e) s'il est membre d'une société de personnes, une attestation du revenu qu'il en a tiré, des prélèvements qu'il en a faits et des fonds qu'il y a investis, pour les trois dernières années d'imposition de la société;

f) s'il contrôle une société, pour les trois dernières années d'imposition de celle-ci:

(i) les états financiers de celle-ci et de ses filiales,

(ii) un relevé de la répartition des montants payés, au titre notamment des salaires, rémunérations, frais de gestion ou avantages, à des particuliers ou sociétés avec qui la société ou toute société liée a un lien de dépendance, ou au nom de ceux-ci;

g) s'il est bénéficiaire d'une fiducie, une copie de l'acte constitutif de celle-ci et de ses trois derniers états financiers.

. . .

(4) Si, dans le cadre d'une procédure relative à une demande d'ordonnance alimentaire, il est établi que le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande est supérieur à 150 000 $, l'autre époux doit fournir à celui-ci et au tribunal les documents visés au paragraphe (1) dans les 30 jours suivant l'établissement du montant de ce revenu, s'il réside au Canada ou aux États-Unis, ou dans les 60 jours suivant cette date, s'il réside ailleurs, ou encore dans tout autre délai fixé par le tribunal.

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.)

26.1 (2) Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation.

V. Analysis

A. *Was the Ontario Court of Appeal correct in its interpretation of section 4 of the Federal Child Support Guidelines?*

32 When leave to appeal to this Court was granted in this case, the Ontario Court of Appeal was the only appellate court that had dealt with the interpretation of s. 4 of the Guidelines. However, as of April 9, 1999, there is now conflicting authority at the appellate level on the proper interpretation of this section of the Guidelines. On that date, the Saskatchewan Court of Appeal released its judgment in *Dergousoff v. Dergousoff* (1999), 177 Sask. R. 64. In *Dergousoff*, the court considered whether a non-custodial parent who earned more than $200,000 per year would have to pay the Table amount for his four children. The trial judge had declined to deviate from the Table figure, noting Abella J.A.'s decision in the present case. However, on appeal, Cameron J.A. (Tallis J.A. concurring) found himself unable to agree with Abella J.A.'s conclusions, "particularly the meaning the court ascribed to the term 'inappropriate'" (p. 82). Instead, he concluded that the word "inappropriate" in s. 4 of the Guidelines means "unsuitable". At pp. 82-83, he stated:

> The word "inappropriate" is the opposite of "appropriate", both relative terms having to do with something which is either unsuited or suited to the occasion or purpose at hand. Since in this instance, the term "inappropriate" modifies the word "amount", used in the sense of a specified sum of money, the term speaks to an unsuitable amount: to a sum of money which, while specified for the purpose, is in fact unsuited to that purpose. Hence, to speak of an inappropriate amount of money is to speak of a sum which either exceeds or falls short of the purpose. If it exceeds the purpose it is inappropriate to the extent of the excess; if it falls short of its purpose, it is inappropriate to the extent of the shortfall. If it does neither, the amount is appropriate.

V. Analyse

A. *La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle interprété correctement l'art. 4 des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants?*

Lorsque l'autorisation de pourvoi a été accordée en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario était la seule cour d'appel qui avait statué sur l'interprétation de l'art. 4 des lignes directrices. Toutefois, depuis le 9 avril 1999, il existe un désaccord dans les décisions des cours d'appel concernant la bonne façon d'interpréter cette disposition des lignes directrices. En effet, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rendu son jugement ce jour-là dans l'affaire *Dergousoff c. Dergousoff* (1999), 177 Sask. R. 64. Dans cette affaire, la Cour d'appel a examiné la question de savoir si un parent non gardien dont le revenu annuel était supérieur à 200 000 $ devait payer le montant prévu dans la table pour ses quatre enfants. Le juge de première instance avait refusé de rajuster le montant prévu dans cette table en rappelant la décision rendue par le juge Abella en l'espèce. Toutefois, en appel, le juge Cameron (aux motifs duquel a souscrit le juge Tallis) s'est senti incapable d'accepter les conclusions du juge Abella, [TRADUCTION] «tout particulièrement le sens que la cour a donné à l'expression "n'est pas indiqué"» (p. 82). Il a plutôt conclu que l'expression «n'est pas indiqué» employée à l'art. 4 des lignes directrices veut dire «ne convient pas». Aux pages 82 et 83, il a déclaré:

> [TRADUCTION] L'expression «n'est pas indiqué» est l'antonyme de «est indiqué», deux expressions relatives qui se rapportent à quelque chose qui convient ou ne convient pas dans un cas donné. Étant donné que, dans la présente affaire, l'expression «n'est pas indiqué» modifie le terme «montant», lequel est employé dans le sens d'une somme d'argent précise, elle se rapporte à un montant qui ne convient pas, c'est-à-dire une somme d'argent qui, bien que destinée à un usage, ne convient pas, en fait, à cet usage. Par conséquent, un montant qui n'est pas indiqué, est un montant qui est excessif ou insuffisant dans un cas donné. S'il est excessif, il n'est pas indiqué dans la mesure de l'excédent; s'il est insuffisant, il n'est pas indiqué dans la mesure de l'insuffisance. S'il n'est ni excessif ni insuffisant, il est indiqué.

Cameron J.A. found the Table amount to be "inappropriate" on the facts in *Dergousoff* and reduced the child support award accordingly.

It falls to this Court to resolve this appellate divergence in approach to s. 4 of the Guidelines.

1. Applicable Principles of Statutory Interpretation

In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, Iacobucci J. adopted the following passage from Driedger's *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at para. 21:

> 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.

Iacobucci J. went on to state at para. 22 that every Act shall receive "such fair, large and liberal construction and interpretation" as will best attain the objects of the Act. More recently in *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242, I confirmed that this is also the proper approach to the interpretation of family law related legislation.

Proper statutory interpretation principles therefore require that all evidence of legislative intent be considered, provided that it is relevant and reliable. Accordingly, the starting point to a purposive interpretation of s. 4 is to determine the grammatical and ordinary meaning of the word "inappropriate" within the scheme and objectives of the Guidelines.

The appellant points to the *Canadian Oxford Dictionary* (1998) definition of "inappropriate", at p. 712, as being "not appropriate" or "unsuitable". As noted above, in *Dergousoff*, *supra*, Cameron J.A. also used the term "unsuitable" to

Le juge Cameron a conclu que le montant prévu dans la table applicable [TRADUCTION] «n'[était] pas indiqué» vu les faits de l'affaire *Dergousoff* et il a diminué le montant de la pension alimentaire pour enfants en conséquence.

Il revient à notre Cour de résoudre le désaccord 33
dans les décisions des cours d'appel concernant la bonne façon d'aborder l'étude de l'art. 4 des lignes directrices.

1. Les principes applicables d'interprétation des lois

Dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 34
[1998] 1 R.C.S. 27, le juge Iacobucci a adopté le passage suivant tiré de l'ouvrage de Driedger intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), au par. 21:

> [TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Le juge Iacobucci a ajouté au par. 22 que les lois doivent «s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit» pour garantir la réalisation de leurs objectifs. Plus récemment, dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, j'ai confirmé que c'est également la façon dont il convient d'aborder l'interprétation de la législation dans le domaine du droit de la famille.

Les principes applicables d'interprétation des 35
lois exigent donc que tous les éléments de preuve relatifs à l'intention du législateur soient pris en considération, à condition qu'ils soient pertinents et fiables. Par conséquent, le point de départ de l'interprétation fondée sur l'objet de l'art. 4 consiste à définir le sens ordinaire et grammatical de l'expression «n'est pas indiqué» en fonction de l'économie et des objectifs des lignes directrices.

L'appelant signale que le *Canadian Oxford* 36
Dictionary (1998) définit, à la p. 712, le terme «*inappropriate*» («n'est pas indiqué») comme ce qui [TRADUCTION] «n'est pas approprié» ou [TRADUCTION] «ne convient pas». Comme nous venons

describe the meaning of the word "inappropriate". Abella J.A. also recognized at p. 490 that the ordinary or plain meaning of "the word 'inappropriate' appears, on the surface, to be wide in its discretionary reach". I agree that the ordinary meaning of this word is "unsuitable". This view is further reinforced by reference to the French text of s. 4 of the Guidelines which reads: "*si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué*" (emphasis added). The English equivalents of the term "*indiqué*" given in *Le Robert & Collins Super Senior* (1995) are "advisable", "suitable", and "appropriate". I find no ambiguity in the language of s. 4 of the Guidelines.

de le voir, dans l'arrêt *Dergousoff*, précité, le juge Cameron a également employé l'expression [TRADUCTION] «ne convient pas» pour définir le sens de l'expression «n'est pas indiqué». De même, le juge Abella a reconnu, à la p. 519, que le sens ordinaire de [TRADUCTION] «l'expression "n'est pas indiqué" semble, à première vue, impliquer un large pouvoir discrétionnaire». Je reconnais que le sens ordinaire de cette expression est «ne convient pas». Ce point de vue est étayé par le renvoi à la version française de l'art. 4 des lignes directrices, qui est ainsi libellée: «si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué» (je souligne). *Le Robert & Collins Super Senior* (1995) donne comme équivalent anglais du terme «indiqué» les termes «*advisable*», «*suitable*» et «*appropriate*». Selon moi, le texte de l'art. 4 des lignes directrices ne renferme aucune ambiguïté.

37 Nor do I think that the plain language of s. 4 leads to an absurd result. Turning to the broader context, the word "inappropriate" is also found in s. 3(2)(*b*) of the Guidelines, which deals with children over the age of majority. Abella J.A. acknowledges, at p. 491 of her reasons, that for the purposes of s. 3(2)(*b*) "inappropriate" means that "a more flexible needs and means analysis can be undertaken". This statement would seem to indicate that she agrees that trial judges have the discretion to both increase and reduce Guideline figures under s. 3(2)(*b*). Yet despite the similarity between the wording of ss. 3(2)(*b*) and 4, Abella J.A. finds that the word "inappropriate" means "inadequate" for the purposes of s. 4 and therefore authorizes only increases from the Table amounts in cases where the paying parent has an income of more than $150,000 per annum. With respect, such an interpretation is inconsistent with the established principle that where the same word is used on multiple occasions in a statute, one is to give the same meaning to that word throughout the statute: see *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 400;

Je ne crois pas non plus que le sens ordinaire de l'art. 4 entraîne un résultat absurde. Pour ce qui est du contexte plus large, l'expression «n'est pas indiqué» figure également à l'al. 3(2)*b*) des lignes directrices, qui porte sur les enfants majeurs. Le juge Abella reconnaît, à la p. 521, que, pour l'application de l'al. 3(2)*b*), l'expression «n'est pas indiqué» veut dire que le tribunal [TRADUCTION] «peut analyser les besoins et les moyens d'une manière plus souple». Cette affirmation semble vouloir dire qu'elle appuie la thèse selon laquelle les juges de première instance ont le pouvoir discrétionnaire de majorer et de diminuer les montants prévus dans les lignes directrices en application de l'al. 3(2)*b*). Néanmoins, malgré la similitude qui existe entre le libellé de l'al. 3(2)*b*) et celui de l'art. 4, le juge Abella conclut que, pour l'application de l'art. 4, l'expression «n'est pas indiqué» veut dire «est insuffisant» et, partant, permet uniquement une majoration des montants prévus dans les tables dans les cas où le revenu annuel du parent débiteur est supérieur à 150 000 $. En toute déférence, cette interprétation est incompatible avec le principe établi voulant qu'un mot qui revient à maintes reprises dans une loi ait le même sens partout dans cette loi: voir *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, à la p. 1387; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992]

Driedger on the Construction of Statutes (3rd ed. 1994), at p. 163.

Principles of statutory interpretation further suggest that the language of a statute be read so as to best reflect its stated objectives. The objectives of the Guidelines are set out in s. 1. Additionally, when introducing the Guidelines bill to Parliament for third reading, the Minister of Justice explained that its overall purpose was "to ensure that the interests of the children are put first in terms of financial support when families separate". He went on to explain the tension between the competing objectives of the Guidelines in Hansard as follows:

> In this way, child support awards can be consistent, fair and predictable. Yet at the same time, the objective of consistency always has to be balanced with the need to have sufficient flexibility to deal with individual circumstances.

(*House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd sess., 35th Parl., November 6, 1996, at p. 6197.)

Based on the wording of s. 1 and the legislative history, a fair description of the purpose of the Guidelines is to establish fair levels of support for children from both parents upon marriage breakdown, in a predictable and consistent manner. They are designed to ensure, as I said in a different context in *Chartier*, *supra*, at para. 32, "that a divorce will affect the children as little as possible", or as the Minister said, to put children first. Indeed, s. 4(*b*)(ii) itself emphasizes the centrality of the actual situation of the children by expressly requiring that the "condition, means, needs and other circumstances of the children" be considered in the assessment of an appropriate amount of support payable in respect of income over $150,000. In my opinion, it is not at all clear from the statute or the words of the Minister that any single element of this general legislative purpose is to be given more weight than any other, and certainly not more weight than the actual circumstances in which the children find themselves. While

1 R.C.S. 385, à la p. 400; *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), à la p. 163.

38 Les principes d'interprétation des lois tendent à indiquer en outre que les termes employés dans une loi doivent être interprétés de manière à traduire le mieux possible les objectifs qui y sont énoncés. Les objectifs visés par les lignes directrices sont énoncés à l'art. 1. De plus, lorsqu'il a déposé le projet de loi portant sur les lignes directrices au Parlement en troisième lecture, le ministre de la Justice a expliqué que le but général des lignes directrices était de «veiller à ce que les intérêts de l'enfant passent en premier lieu lorsqu'il s'agit de subvenir à ses besoins financiers à la suite d'une séparation». Il a ensuite expliqué la tension qui existe entre les objectifs opposés des lignes directrices:

> De cette façon, les décisions judiciaires fixeront des pensions alimentaires pour enfants à la fois justes, comparables et prévisibles. Mais en même temps, la comparabilité doit toujours être équilibrée par une souplesse suffisante pour tenir compte des circonstances et des cas particuliers.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2e sess., 35e lég., 6 novembre 1996, à la p. 6197.)

39 D'après le libellé de l'art. 1 et le contexte législatif, il est juste de dire que l'objectif des lignes directrices est d'établir d'une manière prévisible et uniforme des niveaux équitables de soutien des enfants par les deux parents au moment de la rupture du mariage. Les lignes directrices visent, ainsi que je l'ai dit dans un contexte différent dans l'arrêt *Chartier*, précité, au par. 32, «à réduire au minimum les effets du divorce sur [les enfants]» ou, comme le ministre l'a dit, à faire passer les enfants en premier lieu. En fait, le sous-al. 4*b*)(ii) lui-même souligne l'importance de la situation réelle des enfants puisqu'il dispose expressément qu'il faut tenir compte des «ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants» pour calculer le montant indiqué de la pension alimentaire payable quand le revenu est supérieur à 150 000 $. Selon moi, il ne ressort pas du tout clairement de la loi ou des propos du ministre qu'un élément particulier de cet objectif législatif général doit se voir accorder plus

Abella J.A. is correct to point out that predictability, consistency and efficiency are among the Guidelines' objectives, these are not the only considerations. I thus respectfully disagree with the Court of Appeal's suggestion that these legislative objectives dictate that child support awards can never be reduced under s. 4.

d'importance qu'un autre, et certainement pas plus d'importance que la situation réelle des enfants. Bien que le juge Abella ait raison de signaler que la prévisibilité, l'uniformité et l'efficacité comptent parmi les objectifs des lignes directrices, ce ne sont pas les seuls qui doivent être pris en considération. Par conséquent, en toute déférence, je ne puis accepter l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle ces objectifs législatifs font en sorte que le montant d'une ordonnance alimentaire pour enfants ne peut jamais être diminué en vertu de l'art. 4.

40 A proper construction of s. 4 requires that the objectives of predictability, consistency and efficiency on the one hand, be balanced with those of fairness, flexibility and recognition of the actual "condition, means, needs and other circumstances of the children" on the other. Furthermore, this balancing must take into account the ordinary meaning of the word "inappropriate", as well as its use elsewhere in the statute. In my opinion, the plain language of s. 4 is consistent with such an interpretation. Accordingly, the word "inappropriate" in this section must be broadly defined to mean "unsuitable" rather than merely "inadequate". Courts thus have the discretion to both increase and reduce the amount of child support prescribed by the strict application of the Guidelines in cases where the paying parent has an annual income exceeding $150,000. I would note that the respondent did not take issue with this interpretation in either her written or oral submissions.

Pour interpréter correctement l'art. 4, il faut soupeser les objectifs de prévisibilité, d'uniformité et d'efficacité en fonction des objectifs d'équité, de souplesse et de reconnaissance des «ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation [réels] des enfants». Il faut en outre tenir compte du sens ordinaire de l'expression «n'est pas indiqué», ainsi que de son emploi dans d'autres dispositions du texte de loi. Selon moi, le sens ordinaire de l'art. 4 est compatible avec une telle interprétation. Par conséquent, l'expression «n'est pas indiqué» dans cet article doit être définie largement comme signifiant «ne convient pas» plutôt que simplement «est insuffisant», ce qui laisse aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de majorer et de réduire le montant de pension alimentaire pour enfants prescrit par l'application stricte des lignes directrices dans les cas où le revenu annuel du parent débiteur est supérieur à 150 000 $. Je tiens à souligner que l'intimée n'a contesté cette interprétation ni dans son mémoire ni dans sa plaidoirie.

41 I add one final comment. As noted above, Abella J.A. was concerned with the differential treatment of children. In my respectful opinion, a broad interpretation of the word "inappropriate" in s. 4 does not deny children of high income parents any of the intended benefits of the Guidelines. The plain wording of s. 4(*b*)(i) dictates that these children can predictably and consistently expect to receive, at a minimum, the Table amount for the first $150,000 of their parents' income. They can further expect that a fair additional amount will be awarded for that portion of income which exceeds $150,000. Indeed, even this latter figure lends

Je fais un dernier commentaire. Comme je l'ai mentionné ci-dessus, le juge Abella était préoccupée par les différences de traitement entre les enfants. À mon avis, une interprétation large de l'expression «n'est pas indiqué» employée à l'art. 4 ne prive pas les enfants dont les parents ont un revenu élevé des avantages projetés des lignes directrices. Le sens ordinaire du sous-al. 4*b*)(i) veut que ces enfants puissent, d'une manière prévisible et uniforme, s'attendre à recevoir au moins le montant prévu dans la table pour les premiers 150 000 $ du revenu de leurs parents. Ils peuvent en outre s'attendre à recevoir un montant supplé-

itself to a degree of predictability and consistency in that the closer the paying parent's income is to the $150,000 threshold, the more likely it is that the Table amount will be awarded. In my opinion, child support undeniably involves some form of wealth transfer to the children and will often produce an indirect benefit to the custodial parent. However, even though the Guidelines have their own stated objectives, they have not displaced the *Divorce Act*, which clearly dictates that maintenance of the children, rather than household equalization or spousal support, is the objective of child support payments. Section 26.1(2) of the Act states that "[t]he guidelines shall be based on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation" (emphasis added). While standard of living may be a consideration in assessing need, at a certain point, support payments will meet even a wealthy child's reasonable needs. In some cases, courts may conclude that the applicable Guideline figure is so in excess of the children's reasonable needs that it must be considered to be a functional wealth transfer to a parent or *de facto* spousal support. I wholly agree with the sentiment of Abella J.A. that courts should not be too quick to find that the Guideline figures enter the realm of wealth transfers or spousal support. But courts cannot ignore the reasonable needs of the children in the particular context of the case as this is a factor Parliament chose to expressly include in s. 4(*b*)(ii) of the Guidelines. Need, therefore, is but one of the factors courts must consider in assessing whether Table amounts are inappropriate under s. 4. In order to recognize that the objective of child support is the maintenance of children, as well as to implement the fairness and flexibility components of the Guidelines' objectives, courts must therefore have the discretion to remedy situations where Table amounts are so in excess of the children's reasonable needs so as no longer to qualify as child support. This is only possible if the word "inappropriate" in s. 4 is

mentaire équitable pour la portion du revenu qui dépasse 150 000 $. À vrai dire, même ce dernier chiffre permet un certain degré de prévisibilité et d'uniformité étant donné que plus le revenu du parent débiteur est proche du seuil de 150 000 $, plus il est probable que le montant prévu dans la table sera accordé. À mon avis, le paiement d'une pension alimentaire pour enfants entraîne indéniablement une certaine forme de transfert de richesse aux enfants et procurera souvent un avantage indirect au parent gardien. Toutefois, même si les lignes directrices ont leurs propres objectifs, elles n'ont pas remplacé la *Loi sur le divorce*, qui prévoit clairement que l'objectif de la pension alimentaire pour enfants est de subvenir aux besoins des enfants et non pas de subvenir à ceux du conjoint ou d'effectuer l'égalisation du ménage. Le paragraphe 26.1(2) de la Loi dispose que «[l]es lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation» (je souligne). Bien que le niveau de vie puisse être un facteur à prendre en compte pour évaluer les besoins, à un certain niveau, la pension alimentaire satisfera aux besoins raisonnables même d'un enfant riche. Dans certains cas, les tribunaux peuvent conclure que le montant applicable est tellement supérieur aux besoins raisonnables des enfants qu'il doit être considéré comme un transfert de richesse fonctionnel au conjoint ou comme une pension alimentaire pour conjoint *de facto*. Je partage entièrement le sentiment du juge Abella que les tribunaux ne devraient pas trop s'empresser de conclure que les montants prévus dans les lignes directrices relèvent du domaine des transferts de richesse ou de la pension alimentaire pour conjoint. Toutefois, les tribunaux ne peuvent pas faire abstraction des besoins raisonnables des enfants dans le contexte particulier d'une affaire puisqu'il s'agit d'un facteur que le législateur a expressément décidé d'inclure au sous-al. 4*b*)(ii) des lignes directrices. Le besoin n'est donc qu'un des facteurs que les tribunaux doivent prendre en considération pour déterminer, dans le contexte de l'art. 4, si les montants prévus dans les tables ne sont pas indiqués. Dans le but de reconnaître que

interpreted to mean "unsuitable" rather than merely "inadequate".

2. Establishing Inappropriateness

42 When child support is calculated under s. 4(*b*), the express wording of s. 4(*b*)(i) does not permit deviation from the Guideline figures for the first $150,000 of the paying parent's income. Of course, the application of other sections of the Guidelines, such as the s. 10 undue hardship provisions and the s. 7 special expense provisions, may subsequently permit deviation from this figure. For that portion of the paying parent's income over $150,000, the strict Guidelines amount is immediately open to review; under s. 4(*b*)(ii) any amount attributable to income above the $150,000 threshold can be reduced or increased by a court if it is of the opinion that the amount is inappropriate having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children, and the financial abilities of the spouses. Nevertheless, based on the ordinary meaning of the provision, its context in the overall child support scheme, and the purposes of the Guidelines, I find that in all cases Parliament intended that there be a presumption in favour of the Table amounts. I agree with Abella J.A. that the words "Presumptive Rule" found in the marginal note beside s. 3 of the Guidelines are relevant in this regard. Accordingly, the Guideline figures can only be increased or reduced under s. 4 if the party seeking such a deviation has rebutted the presumption that the applicable Table amount

l'objectif de la pension alimentaire pour enfants est de subvenir aux besoins des enfants et de mettre en œuvre les éléments d'équité et de souplesse des objectifs des lignes directrices, les tribunaux doivent donc avoir le pouvoir discrétionnaire de remédier aux situations dans lesquelles les montants prévus dans les tables sont tellement supérieurs aux besoins raisonnables des enfants qu'ils ne peuvent plus être considérés comme une pension alimentaire pour enfants. Cela est possible uniquement si l'expression «n'est pas indiqué» employée à l'art. 4 est interprétée dans le sens de «ne convient pas» plutôt que simplement «est insuffisant».

2. La preuve du caractère contre-indiqué

Pour le calcul de la pension alimentaire pour enfants en application de l'al. 4*b*), le libellé explicite du sous-al. 4*b*)(i) ne permet pas de rajuster les montants prévus dans les lignes directrices pour ce qui est des premiers 150 000 $ du revenu du parent débiteur. Bien entendu, par la suite, l'application d'autres dispositions des lignes directrices, par exemple, l'art. 10, qui traite des difficultés excessives, et l'art. 7, qui porte sur les dépenses spéciales, peut permettre de rajuster ce montant. Pour l'excédent de 150 000 $ du revenu du parent débiteur, le montant strict prévu dans les lignes directrices peut immédiatement être révisé; suivant le sous-al. 4*b*)(ii), le tribunal peut diminuer ou majorer tout montant imputable à l'excédent du seuil de 150 000 $ s'il est d'avis que ce montant n'est pas indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants, ainsi que de la capacité financière de chaque époux. Quoi qu'il en soit, d'après le sens ordinaire de cette disposition, son contexte dans le régime général des pensions alimentaires pour enfants, et les objectifs des lignes directrices, je suis d'avis que dans tous les cas le législateur a voulu qu'il existe une présomption en faveur des montants prévus dans les tables. Je conviens avec le juge Abella que les mots «Règle générale» employés à la note marginale de l'art. 3 des lignes directrices sont pertinents à cet égard. Par conséquent, les montants prévus dans les lignes directrices peuvent être majorés ou diminués en vertu de l'art. 4 uniquement si la partie qui demande un rajustement semblable a réfuté la présomption selon laquelle le

is appropriate. Counsel for the appellant conceded this point in oral argument.

The recognition of a presumption in favour of the Guideline figures does not compel a party seeking a deviation from this amount to testify or call evidence. No unfavourable conclusions should be drawn from this decision. Indeed, in some cases, such a party may not be able to provide relevant evidence. Parties seeking deviations from the Table amounts may simply choose to question the evidence of the opposing party. Whatever tactics are used, the evidence in its entirety must be sufficient to raise a concern that the applicable Table amount is inappropriate. To this end, I agree with Lysyk J. of the British Columbia Supreme Court in *Shiels v. Shiels*, [1997] B.C.J. No. 1924 (QL), at para. 27, that there must be "clear and compelling evidence" for departing from the Guideline figures.

While there must be an "articulable reason" for displacing the Guideline figures (see, for example, *Plester v. Plester* (1998), 56 B.C.L.R. (3d) 352 (S.C.), at para. 153), relevant factors will, of course, differ from case to case. I note, however, my agreement with MacKenzie J. in *Plester*, *supra*, as well as Cameron J.A. in *Dergousoff*, *supra*, that the factors relevant to determining appropriateness which Parliament expressly listed in s. 4(*b*)(ii), that is, the condition, means, needs and other circumstances of the children, and the financial abilities of both spouses, are likewise relevant to the initial determination of inappropriateness. Only after examining all of the circumstances of the case, including the factors expressly listed in s. 4(*b*)(ii), should courts find Table amounts to be

montant prévu dans la table applicable est indiqué. Les avocats de l'appelant ont concédé ce point dans leur plaidoirie.

43 La reconnaissance de l'existence d'une présomption en faveur des montants prévus dans les lignes directrices n'oblige pas la partie qui demande un rajustement à témoigner ou à présenter des éléments de preuve. Aucune conclusion défavorable ne devrait être tirée de la décision prise à cet égard. En fait, dans certains cas, cette partie peut ne pas être en mesure de fournir des éléments de preuve pertinents. Les parties qui demandent le rajustement des montants prévus dans les tables peuvent simplement décider de mettre en doute la preuve de la partie adverse. Quels que soient les moyens employés, la preuve dans son intégralité doit être suffisante pour soulever un doute quant au caractère indiqué du montant prévu dans la table applicable. À cet égard, je conviens avec le juge Lysyk de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Shiels c. Shiels*, [1997] B.C.J. No. 1924 (QL), au par. 27, qu'il doit exister [TRADUCTION] «une preuve claire et incontestable» pour modifier les montants prévus dans les lignes directrices.

44 Même s'il doit y avoir une [TRADUCTION] «raison convaincante» de modifier les montants prévus dans les lignes directrices (voir, par exemple, *Plester c. Plester* (1998), 56 B.C.L.R. (3d) 352 (C.S.), au par. 153), les facteurs pertinents vont évidemment varier en fonction de chaque cas. Je signale toutefois que je suis d'accord avec le juge MacKenzie dans *Plester*, précité, et avec le juge Cameron, dans *Dergousoff*, précité, pour dire que les facteurs qui sont pertinents pour déterminer le caractère indiqué que le législateur a expressément énumérés au sous-al. 4*b*)(ii), c'est-à-dire les ressources, les besoins et, d'une façon générale, la situation des enfants, ainsi que la capacité financière des époux, sont également pertinents pour déterminer dans un premier temps le caractère contre-indiqué du montant. Ce n'est qu'après avoir examiné toutes les circonstances de l'affaire, y compris les facteurs expressément énumérés au sous-al. 4*b*)(ii), que les tribunaux devraient conclure que les montants prévus dans les tables ne

inappropriate and craft more suitable child support awards.

45 The task of determining whether Guideline figures are inappropriate under s. 4 must be undertaken by courts armed with all of the necessary information. Given that, as I explained above, children's needs are one of the factors to be considered in assessing appropriateness under s. 4, child expense budgets which provide some evidence, albeit imperfect, of the children's needs will often be required in contested cases where the paying parent earns more than $150,000 per annum. This is consistent with s. 21(4) of the Guidelines, which requires custodial parents to provide certain financial information within a specified time after learning that the paying parent's annual income exceeds $150,000. As with the mandatory s. 21(4) financial disclosure, the special circumstances of high income parents may also dictate that custodial parents provide child expense budgets. However, unlike the forms of financial disclosure expressly required under s. 21(4), Parliament did not choose to create a blanket rule requiring custodial parents to produce child expense budgets in all cases where s. 4 of the Guidelines is invoked. I would therefore leave it to the discretion and experience of trial judges to determine on a case-by-case basis whether such budgets will be required. Indeed, in cases where the paying parent's income does not greatly exceed the $150,000 threshold, the trial judge may conclude that the added cost and delay of requiring a budget cannot be justified.

46 In the present case, it would of course have been preferable for the trial judge to proceed with fully current child expense figures, rather than performing a complex extrapolation from the respondent's

sont pas indiqués et rédiger des ordonnances alimentaires au profit des enfants qui conviennent davantage.

Pour déterminer si les montants prévus dans les lignes directrices ne sont pas indiqués suivant l'art. 4, les tribunaux doivent avoir à leur disposition tous les renseignements nécessaires. Étant donné, ainsi que je viens de l'expliquer, que les besoins des enfants sont l'un des facteurs à prendre en considération pour évaluer le caractère indiqué d'un montant en vertu de l'art. 4, des budgets de dépenses pour les enfants, qui constituent une preuve, bien qu'imparfaite, des besoins des enfants, seront souvent requis dans des affaires contestées dans lesquelles le parent débiteur a un revenu annuel supérieur à 150 000 $. Cette exigence est compatible avec le par. 21(4) des lignes directrices, qui prévoit que les parents gardiens doivent fournir certains renseignements financiers dans un délai précis après qu'ils ont appris que le revenu annuel du parent débiteur est supérieur à 150 000 $. Comme dans le cas de la divulgation financière obligatoire prévue au par. 21(4), les circonstances particulières des parents à revenu élevé peuvent aussi obliger les parents gardiens à fournir des budgets de dépenses pour les enfants. Toutefois, à la différence des formes de divulgation financière expressément prévues au par. 21(4), le législateur n'a pas choisi de créer une règle générale obligeant les parents qui ont la garde des enfants à produire des budgets de dépenses pour ces derniers dans tous les cas où l'art. 4 des lignes directrices est invoqué. Je suis donc d'avis de laisser aux juges de première instance, forts de leur pouvoir discrétionnaire et de leur expérience, l'examen dans chaque cas de la question de savoir si de tels budgets sont nécessaires. En fait, lorsque le revenu du parent débiteur ne dépasse pas de beaucoup le seuil de 150 000 $, le juge de première instance peut conclure que les coûts supplémentaires et le retard qu'entraîne la production d'un budget ne peuvent être justifiés.

Dans la présente affaire, il aurait évidemment été préférable que le juge de première instance utilise des montants entièrement à jour concernant les dépenses des enfants au lieu de faire une extrapola-

prior financial statements. There was, however, no improper exercise of discretion. Trial judges are not required to adjust child support orders to be in line with submitted budgets. To the contrary, the Guidelines confer broad discretion on trial judges to consider a number of factors of which the children's needs are but one.

tion complexe à partir des états financiers antérieurs de l'intimée. Il n'y a toutefois pas eu d'exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire. Le juge de première instance n'est pas obligé d'ajuster le montant d'une pension alimentaire en fonction d'un budget soumis. Au contraire, les lignes directrices confèrent au juge de première instance un large pouvoir discrétionnaire lui permettant d'examiner un ensemble de facteurs, les besoins des enfants n'étant qu'un d'entre eux.

I also acknowledge that, as Abella J.A. pointed out, there are admittedly inherent problems with child expense budgets. Indeed, in *Dergousoff*, *supra*, Cameron J.A. made the following apt comments, at p. 86:

> Unfortunately, such statements in general have become notoriously unreliable and been largely discredited as "wish lists," artificially tailored, as they so often are, to the preconceived end of showing that monthly expenses outrun monthly income. This is not so much a commentary on the mother's statement as it is upon the practice of treating such statements as argument rather than evidence.

47 Je reconnais en outre, ainsi que le juge Abella l'a souligné, que les budgets de dépenses pour les enfants soulèvent des problèmes qui leur sont propres. En fait, dans *Dergousoff*, précité, le juge Cameron a fait les commentaires pertinents que voici à la p. 86:

> [TRADUCTION] Malheureusement, ces budgets sont généralement devenus notoirement suspects et ont été dans une large mesure discrédités en tant que «listes de souhaits» artificiellement adaptées, comme elles le sont si souvent, dans le but préconçu de montrer que les dépenses mensuelles sont supérieures au revenu mensuel. Cette remarque ne concerne pas tant le budget présenté par la mère que la pratique consistant à considérer ces budgets comme un argument plutôt qu'une preuve.

It is clear that "preparation of a budget is not an exact science": *Lucia v. Martin*, [1998] B.C.J. No. 1798 (QL) (S.C.), at para. 16, and that the custodial parent is prone to overestimating or underestimating the amounts, because "[t]ypically, the custodial parent has little experience in the pricing of child-rearing in a separated household, or at all": *Levesque v. Levesque* (1994), 116 D.L.R. (4th) 314 (Alta. C.A.), at p. 322. Nevertheless, there is nothing objectionable *per se* about recognizing that trial judges have the discretion to require custodial parents to produce child expense budgets in cases in which s. 4 of the Guidelines is invoked. Along with other factors, these budgets speak to the reasonable needs of the children, a factor expressly included in s. 4(*b*)(ii). What is objectionable, however, is that in the pre-Guidelines jurisprudence, custodial parents often had the burden of proving the reasonableness of each budgeted expense on a balance of probabilities. As explained above, under the Guidelines, custodial parents are entitled to the Table amount unless that

48 Il est clair que [TRADUCTION] «la préparation d'un budget n'est pas une science exacte»: *Lucia c. Martin*, [1998] B.C.J. No. 1798 (QL) (C.S.), au par. 16, et que le parent gardien est enclin à surestimer ou à sous-estimer les montants parce que [TRADUCTION] «[h]abituellement, le parent gardien a peu ou pas d'expérience dans le calcul de ce qu'il en coûte pour élever des enfants, que ce soit dans un ménage séparé ou autrement»: *Levesque c. Levesque* (1994), 116 D.L.R. (4th) 314 (C.A. Alb.), à la p. 322. Malgré tout, il n'y a rien de répréhensible en soi dans le fait de reconnaître que le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'obliger les parents gardiens à fournir des budgets de dépenses lorsque l'art. 4 des lignes directrices est invoqué. Au même titre que d'autres facteurs, ces budgets traitent des besoins raisonnables des enfants, facteur expressément prévu au sous-al. 4*b*)(ii). Ce qui est répréhensible, toutefois, c'est le fait que, dans la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur des lignes directrices, les parents gardiens avaient souvent le fardeau de

amount is shown to be inappropriate. It follows that, while child expense budgets may be required under s. 4 in order to allow for a proper assessment of the children's needs, custodial parents need not justify each and every budgeted expense. Courts should be wary of discarding the figures included in their budgets too quickly. They should, however, make allowances for any obvious duplication of expenses or other readily apparent anomalies.

prouver selon la prépondérance des probabilités le caractère raisonnable de chaque dépense inscrite au budget. Ainsi que je viens de l'expliquer, conformément aux lignes directrices, les parents gardiens ont droit au montant prévu dans la table applicable, à moins qu'il ne soit prouvé que ce montant n'est pas indiqué. Il s'ensuit que, bien que le tribunal puisse, en vertu de l'art. 4, exiger la présentation de budgets de dépenses pour les enfants afin de pouvoir être en mesure d'évaluer avec justesse les besoins des enfants, les parents gardiens n'ont pas à justifier chaque dépense inscrite au budget. Les tribunaux devraient hésiter à rejeter trop vite les montants inscrits dans ces budgets. Ils devraient toutefois tenir compte de toute dépense manifestement redondante ou de toute autre anomalie aisément décelable.

49 While child expense budgets constitute evidence on which custodial parents can be cross-examined, their inherent imprecision must be kept in mind. Where one figure is overestimated, it is possible that another is underestimated. Furthermore, as the trial judge recognized and counsel for the appellant conceded in oral argument, the unique economic situation of high income earners must be acknowledged. Child expenses which may well be reasonable for the wealthy may too quickly be deemed unreasonable by the courts. Of course, at some point, estimated child expenses can become unreasonable. In my opinion, a proper balance is struck by requiring paying parents to demonstrate that budgeted child expenses are so high as to "excee[d] the generous ambit within which reasonable disagreement is possible": *Bellenden v. Satterthwaite*, [1948] 1 All E.R. 343 (C.A.), at p. 345.

Bien que les budgets de dépenses pour les enfants constituent une preuve au sujet de laquelle les parents gardiens peuvent être contre-interrogés, il ne faut pas oublier qu'ils sont intrinsèquement imprécis. Si un montant est surestimé, il se peut qu'un autre soit sous-estimé. De plus, ainsi que le juge de première instance l'a reconnu et que les avocats de l'appelant l'ont concédé dans leur plaidoirie, il faut reconnaître la situation économique particulière des personnes à revenu élevé. Les dépenses pour les enfants qui peuvent bien être raisonnables pour les nantis peuvent trop rapidement être considérées comme déraisonnables par les tribunaux. Bien entendu, à un certain niveau, les dépenses estimées des enfants peuvent devenir déraisonnables. Selon moi, on parvient à un juste équilibre en obligeant les parents débiteurs à prouver que les dépenses pour enfants inscrites au budget sont si élevées qu'elles [TRADUCTION] «débordent le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible»: *Bellenden c. Satterthwaite*, [1948] 1 All E.R. 343 (C.A.), à la p. 345.

B. *Did the Ontario Court of Appeal err in upholding the discretion of the trial judge to award the Table amount of child support applicable to the appellant's income?*

B. *La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en confirmant le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'accorder le montant de la pension alimentaire pour enfants prévu dans la table applicable au revenu de l'appelant?*

In his written submission, the appellant states that: "The sole issue for consideration on this appeal is the meaning of s. 4 of the Federal Child Support Guidelines, that is, when a payor's income exceeds $150,000." Counsel for the appellant also made comments to the same effect in oral argument. I disagree. Having clarified the principles which should inform assessments of the appropriateness of child support awards under s. 4 of the Guidelines, this Court must still determine whether the appellant has met his burden of showing that the trial judge in the present case improperly exercised her discretion in holding that the Table amount was appropriate. This should not be confused with a *de novo* review of the fitness of the child support amount awarded by the trial judge, a review this Court will not undertake on its own initiative. The nature of the secondary issue in this appeal stems from the fact that Abella J.A. upheld the trial judgment on other grounds and held, in the alternative, that even if her definition of the word "inappropriate" was incorrect, the trial judge was entitled to conclude that the Table amount was appropriate in the circumstances of this case. In other words, Abella J.A. would not have varied the quantum of child support awarded by the trial judge even if she had reached a different conclusion on the first issue in this appeal. Accordingly, this Court's decision about whether or not the appellant has demonstrated that the trial judge improperly exercised her discretion to award the Table amount on the facts of this case will ultimately determine the outcome of the present appeal.

Dans son mémoire, l'appelant déclare: [TRADUCTION] «La seule question litigieuse dans le cadre du présent pourvoi est le sens de l'art. 4 des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, c'est-à-dire quand le revenu d'un débiteur est supérieur à 150 000 $.» Les avocats de l'appelant ont également fait des commentaires en ce sens dans leur plaidoirie. Je ne suis pas de cet avis. Ayant précisé les principes qui devraient guider les évaluations du caractère indiqué des ordonnances alimentaires pour enfants suivant l'art. 4 des lignes directrices, notre Cour doit encore décider si l'appelant s'est acquitté du fardeau de prouver que le juge de première instance dans la présente affaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en statuant que le montant prévu dans la table était indiqué. Il ne faudrait pas confondre cette démarche avec une nouvelle révision de la justesse du montant de la pension alimentaire pour enfants accordé par le juge de première instance puisqu'il s'agit d'une révision que notre Cour n'entreprendra pas de sa propre initiative. La nature de la question secondaire dans le présent pourvoi découle du fait que le juge Abella a confirmé le jugement de première instance pour d'autres motifs et a statué, à titre subsidiaire, que même si sa définition de l'expression «n'est pas indiqué» était inexacte, le juge de première instance pouvait conclure que le montant prévu dans la table était indiqué dans les circonstances de la présente affaire. En d'autres termes, le juge Abella n'aurait pas modifié le montant de la pension alimentaire pour enfants accordé par le juge de première instance même si elle était parvenue à une conclusion différente sur la première question en litige dans le présent pourvoi. Par conséquent, la décision de notre Cour sur la question de savoir si oui ou non l'appelant a démontré que le juge de première instance a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant le montant prévu dans la table, compte tenu des faits de l'espèce, sera finalement déterminante quant à l'issue du présent pourvoi.

The appellant made only one statement in his factum that could be taken as a challenge to the trial judge's exercise of discretion. The remainder of the appellant's written arguments surround

Dans son mémoire, l'appelant a fait une seule affirmation qui pourrait être considérée comme une contestation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Le reste

Abella J.A.'s definition of the word "inappropriate". Yet in his prayer for relief, the appellant asks that this Court overturn the decision of Abella J.A. and order a new hearing. This request fails to recognize that, given Abella J.A.'s disposition of the appeal, a new hearing does not automatically result from a finding that the Court of Appeal was incorrect in its definition of inappropriateness. In order to obtain a new trial, the appellant still has the burden of demonstrating that the trial judge improperly exercised her discretion to award the Table amount on the facts of this case.

52 The appellant made the argument that the sheer size of the Guidelines amount in the present case renders it *prima facie* inappropriate in his written submission, but made no further reference to it in his oral presentation to this Court. Nevertheless, I would note my agreement with the decision of both the trial judge and the Court of Appeal to reject this argument. In effect, the appellant would have this Court put the onus on custodial parents to justify the appropriateness of the Guideline figures in certain high-income child support cases. Such an approach is unacceptable for a number of reasons. First, as explained above, the plain wording of s. 4, its context in the overall child support scheme, as well as the purposes of the Guidelines, indicate that Parliament intended that there be a presumption in favour of the Guideline figures. Second, Parliament saw fit to distinguish paying parents with incomes over $150,000 per annum from paying parents with incomes less than that amount. Had Parliament intended that there be an additional distinction within the high income earning group between cases where the sheer size of the Table amount renders it *prima facie* inappropriate and cases where it does not, it certainly could have created an additional category. The appellant has failed to convince this Court that it should arbitrarily create such a category on its own initiative. Finally, focussing solely on the size of the child support payment disregards one of the factors

des observations écrites de l'appelant porte sur la définition que le juge Abella a donnée de l'expression «n'est pas indiqué». Pourtant, dans sa demande de redressement, l'appelant prie notre Cour d'infirmer la décision du juge Abella et d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience. Cette demande ne tient pas compte du fait que, vu la décision de l'appel par le juge Abella, la conclusion que la Cour d'appel a commis une erreur dans sa définition du caractère contre-indiqué n'entraîne pas automatiquement la tenue d'une nouvelle audience. Pour obtenir un nouveau procès, l'appelant doit encore s'acquitter du fardeau de démontrer que, compte tenu des faits en l'espèce, le juge de première instance a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder le montant prévu dans la table.

Dans son mémoire, l'appelant a fait valoir que l'importance même du montant prévu dans les lignes directrices dans la présente affaire fait en sorte que ce montant n'est pas indiqué à première vue, mais il n'a plus fait allusion à cette question dans sa plaidoirie devant notre Cour. Néanmoins, je tiens à signaler que je souscris à la décision du juge de première instance et de la Cour d'appel de rejeter ce moyen. En fait, l'appelant voudrait que notre Cour impose aux parents gardiens le fardeau de justifier le caractère indiqué des montants prévus dans les lignes directrices dans certains cas de pensions alimentaires pour enfants où le revenu est élevé. Une telle démarche est inacceptable pour plusieurs raisons. Premièrement, comme je lai expliqué, le sens ordinaire de l'art. 4, son contexte dans le régime général des pensions alimentaires pour enfants ainsi que les objectifs des lignes directrices montrent que le législateur voulait qu'il existe une présomption en faveur des montants prévus dans les lignes directrices. Deuxièmement, le législateur a jugé bon de faire une distinction entre les parents débiteurs dont le revenu est supérieur à 150 000 $ et les parents débiteurs dont le revenu est inférieur à ce montant. Si le législateur avait voulu qu'une autre distinction soit établie dans le groupe des personnes à revenu élevé entre les affaires dans lesquelles l'importance même du montant prévu dans la table fait en sorte que ce montant n'est pas indiqué à première vue et les

relevant to the appropriateness inquiry, the needs of the children. If children do have actual needs equal to or greater than the applicable Guidelines amount, I see no reason to disallow this payment simply because it involves a large sum of money. The appellant is in effect asking this Court to impose a cap or upper limit on child support payments. Parliament did not choose to impose such a cap, and the appellant has advanced no reason why this Court should do so. For these reasons, the appellant's sheer size argument fails to convince me that the trial judge abused her discretion in awarding the Table amount on the facts of this case.

In oral argument, the appellant raised a second challenge to the trial judge's exercise of discretion. According to the appellant, the trial judge erred in awarding the respondent discretionary expenses above the figures listed in her budget. The appellant disputes the existence of a proper evidentiary foundation for such an award. I disagree. The trial judge noted that the respondent's budgets were prepared without the benefit of the appellant's financial information, and that they did not include the level of discretionary expenses that might be appropriate for children whose father is in the financial category of the appellant. Also referred to in the trial judgment is the fact that the appellant himself leads a lavish lifestyle and spares no expense on the children when they are with him. In my opinion, the trial judge properly considered all of the circumstances of the case in awarding the respondent additional discretionary expenses. Accordingly, the appellant has failed to show that

affaires dans lesquelles ce montant est indiqué, il aurait certainement pu créer une autre catégorie. L'appelant n'a pas convaincu notre Cour qu'elle devrait arbitrairement créer une telle catégorie de sa propre initiative. Enfin, s'attacher uniquement à l'importance du montant de la pension alimentaire pour enfants ne permet pas de tenir compte de l'un des facteurs utiles pour examiner le caractère indiqué, à savoir les besoins des enfants. Si les enfants ont effectivement des besoins réels qui sont égaux ou supérieurs au montant prévu dans les lignes directrices, il n'y a pas lieu, selon moi, de refuser ce montant pour la simple raison qu'il s'agit d'une forte somme. L'appelant demande dans les faits à notre Cour d'imposer un plafond aux pensions alimentaires pour enfants. Le législateur n'a pas choisi d'imposer un tel plafond, et l'appelant n'a avancé aucune raison pour laquelle notre Cour devrait le faire. Pour ces motifs, l'argument de l'importance même du montant invoqué par l'appelant ne me convainc pas que le juge de première instance a abusé de son pouvoir discrétionnaire en accordant le montant prévu dans la table, compte tenu des faits en l'espèce.

Dans sa plaidoirie, l'appelant a invoqué un deuxième moyen pour contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge de première instance. Selon l'appelant, le juge de première instance a commis une erreur en accordant à l'intimée des dépenses discrétionnaires plus élevées que les montants qu'elle avait indiqués dans son budget. L'appelant affirme qu'une telle décision ne repose sur aucune preuve. Je ne suis pas de cet avis. Le juge de première instance a fait remarquer que l'intimée avait préparé ses budgets sans le bénéfice de renseignements sur la situation financière de l'appelant, et que ces budgets ne comprenaient pas le niveau de dépenses discrétionnaires qui pourrait être indiqué pour des enfants dont le père relève de la catégorie financière de l'appelant. Le juge de première instance évoque également dans sa décision le fait que l'appelant lui-même mène une vie fastueuse et dépense sans compter pour ses filles lorsqu'elles sont avec lui. À mon sens, le juge de première instance a bien tenu compte de toutes les circonstances de l'affaire pour accorder à l'intimée des dépenses discrétionnaires supplémentaires. 53

the trial judge's decision to increase discretionary expenses was an abuse of her discretion.

VI. Disposition

54 The Court of Appeal's interpretation of the word "inappropriate" is not upheld; downward variation of the Guideline figures is permissible under s. 4. However, the appellant has failed to demonstrate that the trial judge erred in refusing to exercise her discretion in this manner. Therefore, the appeal is dismissed with costs to the respondent.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Solicitors for the respondent: Nicole Tellier, Toronto; Watson & Jordan, Toronto.

Par conséquent, l'appelant n'a pas démontré que la décision du juge de première instance de majorer le montant des dépenses discrétionnaires constituait un exercice abusif de son pouvoir discrétionnaire.

VI. Dispositif

L'interprétation faite par la Cour d'appel de l'expression «n'est pas indiqué» n'est pas confirmée; l'art. 4 permet de réduire les montants prévus dans les lignes directrices. Toutefois, l'appelant n'a pas démontré que le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire de cette façon. Par conséquent, le pourvoi est rejeté et l'intimée a droit aux dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Nicole Tellier, Toronto; Watson & Jordan, Toronto.

Florent Des Champs *Appellant*

v.

Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell, Suzanne Charette, Roch Lalonde, Ronald Lalonde, R. Serge Lalonde, Hélène Leblanc, Pierre Leblanc, Jean Lemay, Paul Paradis, Marcel Perras, Gilles Taillon, François Théoret and Jean-Paul Scott *Respondents*

INDEXED AS: DES CHAMPS *v.* CONSEIL DES ÉCOLES SÉPARÉES CATHOLIQUES DE LANGUE FRANÇAISE DE PRESCOTT-RUSSELL

File No.: 25898.

1998: November 10; 1999: September 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Limitation of actions — Public Authorities — School Board — School Board declaring superintendent's position redundant and transferring him to non-supervisory position — Superintendent commencing action eight months after events giving rise to cause of action — Whether six-month limitation period in s. 7 of Public Authorities Protection Act applicable to bar action — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7.

The respondent School Board declared two of three superintendent positions redundant under s. 7 of Regulation 309 of the *Education Act* and the appellant, a superintendent, was transferred to a position as a principal of a school. He ceased to be a full-time administrator and was required to go back to the classroom to teach. Almost eight months after the events giving rise to the cause of action, he commenced an action claiming entitlements under s. 7(2) of Regulation 309. The Board brought a motion to have the action dismissed based on a six-month limitation period under s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*. The motions judge dismissed the motion but the Court of Appeal set aside his deci-

Florent Des Champs *Appelant*

c.

Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell, Suzanne Charette, Roch Lalonde, Ronald Lalonde, R. Serge Lalonde, Hélène Leblanc, Pierre Leblanc, Jean Lemay, Paul Paradis, Marcel Perras, Gilles Taillon, François Théoret et Jean-Paul Scott *Intimés*

RÉPERTORIÉ: DES CHAMPS *c.* CONSEIL DES ÉCOLES SÉPARÉES CATHOLIQUES DE LANGUE FRANÇAISE DE PRESCOTT-RUSSELL

N° du greffe: 25898.

1998: 10 novembre; 1999: 17 septembre.

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

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

Prescription — Autorités publiques — Conseil scolaire — Poste de surintendant déclaré excédentaire par le Conseil scolaire et mutation de l'employé à un poste ne comportant pas de tâches de supervision — Action intentée par le surintendant huit mois après les événements ayant donné naissance à la cause d'action — Est-ce que le délai de prescription de six mois prévu par l'art. 7 de la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique et rend l'action irrecevable? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7.

Le conseil scolaire intimé a déclaré excédentaires deux de ses trois postes de surintendants en vertu de l'art. 7 du Règlement 309 pris en application de la *Loi sur l'éducation*, et l'appelant, un surintendant, a été muté à un poste de directeur d'école. Il a cessé d'être administrateur à temps plein et a dû retourner en salle de classe pour enseigner. Près de huit mois après les événements ayant donné naissance à sa cause d'action, il a pris action, revendiquant les droits prévus au par. 7(2) du Règlement 309. Le Conseil a présenté une requête en rejet d'action, invoquant le délai de prescription de six mois prévu par l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre*

sion, concluding that the action was barred by the six-month limitation period.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Binnie JJ.: Section 7 of the *Public Authorities Protection Act* does not protect public authorities as a matter of status and not all actions by a public authority fall within the protection of s. 7. For s. 7 to apply, the right being asserted by a plaintiff must be correlative to a public duty or power imposed on the public authority. Public authorities may have duties and powers that are of a private or subordinate nature. In determining whether to apply s. 7, a court will have to consider the action at issue and its relationship with the nature of the statutory power or duty of the public authority. A statute may authorize a wide range of activities of which only some could be considered public for purposes of applying s. 7. An action in fulfilment of a statutory mandate that lacks a public aspect or that is a subordinate or incidental action or of a private interest is not protected by s. 7 of the Act.

A court considering applying s. 7 of the Act or a similarly worded limitations statute may wish to determine: whether the defendant is a public authority within the class of entities or individuals for whom limitations protection was intended; what the public authority was doing and pursuant to what duty or authority; whether the public authority's power or duty is properly classified as entailing a public aspect or connotation or a private executive, private administrative or subordinate aspect; whether the activity of the public authority that is the subject matter of the complaint is inherently of a public nature or more of an internal or operational nature having a predominantly private aspect; and, from the plaintiff's perspective, whether the plaintiff's claim or alleged right correlates to the exercise by the defendant of a public authority or to the breach of a public duty or complains about an activity of a public character. If the answer to the latter question is in the affirmative, the limitation period applies.

public. Cette requête a été rejetée par le juge qui en était saisi, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision, concluant que l'action était prescrite par l'effet du délai de prescription de six mois.

Arrêt (le juge Major est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Binnie: L'article 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public* ne protège pas les autorités publiques sur le fondement de leur qualité, et les actions d'une autorité publique ne bénéficient pas toutes de la protection de l'art. 7. Pour que l'art. 7 s'applique, il doit y avoir corrélation entre le droit invoqué par le demandeur et une fonction ou un pouvoir d'ordre public de l'autorité concernée. Les autorités publiques peuvent avoir d'autres fonctions et pouvoirs qui sont de nature privée ou accessoire. Le tribunal appelé à déterminer s'il doit appliquer ou non l'art. 7 doit s'interroger sur l'action en cause et sur sa corrélation avec la nature du pouvoir ou de la fonction confié par la loi à l'autorité publique. Une loi peut autoriser un large éventail d'activités, dont seulement quelques-unes pourraient être considérées d'ordre public pour l'application de l'art. 7. Un acte accompli dans l'exécution d'un mandat confié par la loi et qui n'a pas de caractère public ou qui a un caractère accessoire, incident ou privé n'est pas protégé par l'art. 7 de la Loi.

Le tribunal appelé à se prononcer sur l'application du délai de prescription prévu par l'art. 7 de la Loi ou par une disposition analogue pourrait se poser les questions suivantes: La partie défenderesse est-elle une autorité publique appartenant à la catégorie des personnes physiques ou entités visées par la protection accordée par le délai de prescription? Que faisait l'autorité publique, et dans l'exercice de quel pouvoir ou de quelle fonction? Est-ce que le pouvoir ou la fonction de l'autorité publique peut à juste titre être considéré comme ayant une connotation ou un aspect public ou comme ayant une connotation d'administration ou de gestion privée ou comme étant de par sa nature même accessoire? Est-ce que l'activité de l'autorité publique qui fait l'objet de la plainte est de nature essentiellement publique ou plus de nature interne ou courante et où le caractère privé prédomine? Du point de vue du demandeur, est-ce que son action ou de droit qu'il invoque peut être corrélé avec l'exercice par la partie défenderesse d'un pouvoir d'ordre public, se rapporte à un manquement à une fonction d'ordre public ou reproche une activité à caractère public. Si la réponse à cette dernière question est affirmative, le délai de prescription s'applique.

In this case, the Board's reorganization was a public initiative. Delivery of an educational program is a responsibility owed by the Board to all members of the public alike. The appellant's alleged injury, however, was created by the Board's implementation of the reorganization and raises only labour relations issues against the Board as the appellant's employer. The Board's action, upon which the appellant's claim is based, was distinct, separate, subordinate and incidental to the Board's execution of its public duty and powers. The Board should not be permitted to aggregate a number of discrete actions under a generalized appeal to the public interest in order to widen the application of s. 7 of the Act. The Board's action was not the inevitable consequence of the downsizing. The six-month limitation period does not apply. The motions judge's order, that s. 7 of the Act is inapplicable, is reinstated, permitting the action to proceed against the Board.

Per Major J. (dissenting): The Board's action in this case was in direct execution of its public authority and is subject to s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*. The appellant's claim falls within the six-month limitation period and should not be allowed to proceed.

The Act must be applied to any action intended by the legislature to fall within the categories enumerated in the statute. The scope of s. 7 has been narrowed to actions performed in direct execution of a public authority's public purpose. Determining whether an action is directly related to or is incidental to a public authority's powers and duties requires careful line-drawing. The decision to declare the appellant's position redundant and to transfer him was an action taken in direct execution of the Board's public purpose. The action of downsizing can have both a public and a private aspect but the private aspect does not remove it from the protection of s. 7 of the Act. There is no basis to carve out an exception for lawsuits based on the private aspects of actions done in direct execution of public duties.

The focus is on the action about which the appellant complains. There is no meaningful distinction between the action of downsizing and "downsizing" the appellant's position in particular. Such a distinction would allow any public action to be deconstructed into sub-actions, some of which could be described as in-house

En l'espèce, la réorganisation du Conseil constituait une mesure publique. L'exécution efficace d'un programme d'éducation est une responsabilité qui incombe au Conseil envers le public en général. Toutefois, le préjudice dont l'appelant se plaint a été causé par la mise en œuvre par le Conseil de sa réorganisation, et l'action de l'appelant contre le Conseil en tant qu'employeur ne soulève que des problèmes de relations de travail. L'acte du Conseil sur lequel l'action de l'appelant est fondée était distinct de l'exercice par le Conseil de ses fonctions et pouvoirs d'ordre public, et était accessoire ou incident à ces pouvoirs et fonctions. Le Conseil ne devrait pas être autorisé à regrouper plusieurs actes distincts pour lancer un appel général à l'intérêt public afin d'élargir le champ d'application de l'art. 7 de la Loi. L'action du Conseil n'était pas la conséquence inévitable de la réduction de l'effectif. Le délai de prescription de six mois ne s'applique pas. L'ordonnance du juge des requêtes déclarant inapplicable l'art. 7 de la Loi est rétablie, de sorte que l'action peut suivre son cours contre le Conseil.

Le juge Major (dissident): L'acte du Conseil en l'espèce a été accompli directement dans l'exercice de son pouvoir d'ordre public et il est assujetti à l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. L'action de l'appelant n'a pas été intentée dans le délai de prescription de six mois imparti et ne devrait pas être autorisée à suivre son cours.

La Loi doit être appliquée à toute action que la législature a entendu inclure dans les catégories qui y sont énumérées. Le champ d'application du texte de loi a été restreint aux actes accomplis directement dans l'exécution de la mission publique de l'autorité concernée. Il faut éliminer avec soin les actes qui sont directement liés à l'exécution des pouvoirs et fonctions d'une autorité publique et ceux qui y sont accessoires. La décision de déclarer excédentaire le poste de l'appelant et de le muter constituait un acte accompli directement dans l'exécution de la mission publique du Conseil. L'acte de réduction de l'effectif peut revêtir à la fois un aspect public et un aspect privé, mais l'aspect privé ne le prive pas de la protection accordée par l'art. 7 de la Loi. Rien ne justifie d'établir une exception à l'égard des poursuites fondées sur les aspects privés d'un acte accompli directement dans l'exercice de fonctions d'ordre public.

L'accent porte sur l'acte dont se plaint l'appelant. Il n'existe pas de distinction significative entre l'action de réduire l'effectif et l'action d'abolir le poste de l'appelant en particulier. Une telle distinction aurait pour effet de permettre que tout acte à caractère public puisse être décomposé en une série d'éléments, dont certains

implementations or minor functions. The fact that the Board chose the appellant instead of a colleague does not strip the action of its public nature. A public authority's ability to rely on s. 7 of the Act does not depend on the identity of the plaintiff.

pourraient être qualifiés mesures de mise en œuvre interne ou de fonctions tout à fait mineures. Le fait que le Conseil scolaire ait aboli le poste de l'appelant plutôt que celui d'un collègue n'enlève pas à l'acte de réduction de l'effectif sa nature publique. La capacité de l'autorité publique d'invoquer l'art. 7 de la Loi ne dépend pas de l'identité du demandeur.

Cases Cited

Jurisprudence

By Binnie J.

Citée par le juge Binnie

Applied: *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, rev'g 75 D.L.R. (3d) 348, aff'g 71 D.L.R. (3d) 56; *Bradford Corp. v. Myers*, [1916] 1 A.C. 242; **followed:** *Cloudfoam Ltd. v. Toronto Harbour Commission*, [1968] 2 O.R. 497, aff'd [1969] 2 O.R. 194; *Sharpington v. Fulham Guardians*, [1904] 2 Ch. 449; **not followed:** *Re Gallant and Roman Catholic Separate School Board of District of Sudbury* (1985), 56 O.R. (2d) 160; *Lacarte v. Board of Education of Toronto*, [1954] O.R. 435; *Riddle v. University of Victoria* (1979), 95 D.L.R. (3d) 193; *Moffatt v. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351; *Stewart v. Lincoln County Board of Education* (1972), 8 O.R. (2d) 168; *Goodwin v. Oxford County Board of Education* (1980), 30 O.R. (2d) 359; *Wright v. Board of Education for the City of Hamilton* (1977), 16 O.R. (2d) 828; *Cossette v. Ombudsman* (1980), 28 O.R. (2d) 92; **explained:** *Griffiths v. Smith*, [1941] A.C. 170; **referred to:** *Tolson v. Kaye* (1822), 3 Brod. & B. 217, 129 E.R. 1267; *Deaville v. Boegeman* (1984), 14 D.L.R. (4th) 81; *Re Colledge and Niagara Regional Police Commission* (1983), 44 O.R. (2d) 289; *Clarke v. Ottawa Board of Education* (1975), 54 D.L.R. (3d) 321; *Re Beauchamp and Town of Espanola* (1981), 122 D.L.R. (3d) 149, aff'd (1981), 128 D.L.R. (3d) 766; *Collier v. Lake Superior Board of Education* (1986), 14 C.C.E.L. 183; *Molloy v. Ontario (Human Rights Commission)* (1992), 41 C.C.E.L. 101; *McGonegal v. Gray*, [1952] 2 S.C.R. 274; *Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. v. Singapore Harbour Board*, [1952] A.C. 452; *Government of Malaysia v. Lee Hock Ning*, [1974] A.C. 76; *Comstock International Ltd. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 126 D.L.R. (3d) 323; *Clarke v. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J. (K.B.) 17; *Hanna v. Ontario Hydro* (1982), 37 O.R. (2d) 783; *Schnurr v. Royal Ottawa Hospital* (1986), 56 O.R. (2d) 589; *Compton v. Council of the County Borough of West Ham*, [1939] Ch. 771; *McManus v. Bowes*, [1938] 1 K.B. 98.

Arrêts appliqués: *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275, inf. 75 D.L.R. (3d) 348, conf. 71 D.L.R. (3d) 56; *Bradford Corp. c. Myers*, [1916] 1 A.C. 242; **arrêts suivis:** *Cloudfoam Ltd. c. Toronto Harbour Commission*, [1968] 2 O.R. 497, conf. par [1969] 2 O.R. 194; *Sharpington c. Fulham Guardians*, [1904] 2 Ch. 449; **arrêts non suivis:** *Re Gallant et Conseil des écoles séparées catholiques romaines du district de Sudbury* (1985), 56 O.R. (2d) 151; *Lacarte c. Board of Education of Toronto*, [1954] O.R. 435; *Riddle c. University of Victoria* (1979), 95 D.L.R. (3d) 193; *Moffatt c. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351; *Stewart c. Lincoln County Board of Education* (1972), 8 O.R. (2d) 168; *Goodwin c. Oxford County Board of Education* (1980), 30 O.R. (2d) 359; *Wright c. Board of Education for the City of Hamilton* (1977), 16 O.R. (2d) 828; *Cossette c. Ombudsman* (1980), 28 O.R. (2d) 92; **arrêt expliqué:** *Griffiths c. Smith*, [1941] A.C. 170; **arrêts mentionnés:** *Tolson c. Kaye* (1822), 3 Brod. & B. 217, 129 E.R. 1267; *Deaville c. Boegeman* (1984), 14 D.L.R. (4th) 81; *Re Colledge and Niagara Regional Police Commission* (1983), 44 O.R. (2d) 289; *Clarke c. Ottawa Board of Education* (1975), 54 D.L.R. (3d) 321; *Re Beauchamp and Town of Espanola* (1981), 122 D.L.R. (3d) 149, conf. par (1981), 128 D.L.R. (3d) 766; *Collier c. Lake Superior Board of Education* (1986), 14 C.C.E.L. 183; *Molloy c. Ontario (Human Rights Commission)* (1992), 41 C.C.E.L. 101; *McGonegal c. Gray*, [1952] 2 R.C.S. 274; *Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. c. Singapore Harbour Board*, [1952] A.C. 452; *Government of Malaysia c. Lee Hock Ning*, [1974] A.C. 76; *Comstock International Ltd. c. The Queen in right of Ontario* (1981), 126 D.L.R. (3d) 323; *Clarke c. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J. (K.B.) 17; *Hanna c. Ontario Hydro* (1982), 37 O.R. (2d) 783; *Schnurr c. Royal Ottawa Hospital* (1986), 56 O.R. (2d) 589; *Compton c. Council of the County Borough of West Ham*, [1939] Ch. 771; *McManus c. Bowes*, [1938] 1 K.B. 98.

By Major J. (dissenting)

Bradford Corp. v. Myers, [1916] 1 A.C. 242; *Griffiths v. Smith*, [1941] A.C. 170; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275; *Sharpington v. Fulham Guardians*, [1904] 2 Ch. 449; *McGonegal v. Gray*, [1952] 2 S.C.R. 274; *Moffatt v. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351; *Comstock International Ltd. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 126 D.L.R. (3d) 323; *Clarke v. Ottawa Board of Education* (1975), 54 D.L.R. (3d) 321; *Lacarte v. Board of Education of Toronto*, [1954] O.R. 435; *Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. v. Singapore Harbour Board*, [1952] A.C. 452; *Re Gallant and Roman Catholic Separate School Board of District of Sudbury* (1985), 56 O.R. (2d) 160.

Statutes and Regulations Cited

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11.
Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7.
Public Authorities Protection Act, 1893 (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 61.
R.R.O. 1990, Reg. 309, s. 7.

Authors Cited

Ontario Law Reform Commission. *Report of the Ontario Law Reform Commission on Limitation of Actions*. Toronto: Department of the Attorney General, 1969.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario, [1997] O.J. No. 125 (QL), allowing an appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) (1993), 16 O.R. (3d) 278, which dismissed a motion to dismiss the action. Appeal allowed, Major J. dissenting.

Denis J. Power, Q.C., and *Steven Welchner*, for the appellant.

Paul S. Rouleau and *Bruce Hutchison*, for the respondents.

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

Citée par le juge Major (dissident)

Bradford Corp. c. Myers, [1916] 1 A.C. 242; *Griffiths c. Smith*, [1941] A.C. 170; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275; *Sharpington c. Fulham Guardians*, [1904] 2 Ch. 449; *McGonegal c. Gray*, [1952] 2 R.C.S. 274; *Moffatt c. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351; *Comstock International Ltd. c. The Queen in right of Ontario* (1981), 126 D.L.R. (3d) 323; *Clarke c. Ottawa Board of Education* (1975), 54 D.L.R. (3d) 321; *Lacarte c. Board of Education of Toronto*, [1954] O.R. 435; *Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. c. Singapore Harbour Board*, [1952] A.C. 452; *Re Gallant et Conseil des écoles séparées catholiques romaines du district de Sudbury* (1985), 56 O.R. (2d) 151.

Lois et règlements cités

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2.
Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11.
Public Authorities Protection Act, 1893 (R.-U.), 56 & 57 Vict., ch. 61.
R.R.O. 1990, Règl. 309, art. 7.

Doctrine citée

Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Report of the Ontario Law Reform Commission on Limitation of Actions*. Toronto: Ministère du Procureur général, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1997] O.J. No. 125 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1993), 16 O.R. (3d) 278, qui avait rejeté une requête en rejet de l'action. Pourvoi accueilli, le juge Major est dissident.

Denis J. Power, c.r., et *Steven Welchner*, pour l'appelant.

Paul S. Rouleau et *Bruce Hutchison*, pour les intimés.

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

1 BINNIE J. — Many if not most public authorities in this country are shielded from litigants to some extent by special statutory limitation periods. The public policy underlying these limitations is that public authorities ought not to be unduly prejudiced by the passage of time. Timely notice will promote the timely investigation and disposition of claims in the public interest. After the expiry of a limitation period, the public authority can consider itself free of the threat of legal action, and need not preserve or seek out pertinent evidence. Its fiscal planning can proceed free of the disrupting effect of unresolved claims against the public purse. Historically, limitation statutes were referred to as "statutes of repose" or "statutes of peace" (*Tolson v. Kaye* (1822), 3 Brod. & B. 217, 129 E.R. 1267, at p. 1269, and *Deaville v. Boegeman* (1984), 14 D.L.R. (4th) 81 (Ont. C.A.), at p. 86). The six-month limitation under s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38 (the "Act"), recognizes the special nature and responsibilities of public authorities. However, here the appellant says that applying the limitation to bar his wrongful dismissal claim overshoots the purpose of the statute. He says the fact he works for a public sector employer should not truncate the limitation period from six years to six months. This type of claim, he says, does not engage the "public" aspect of the respondent Board's powers and duties. I think his objection is well founded. The s. 7 defence was rightly rejected by the motions judge in this case and his ruling in that regard should be restored. The appeal should therefore be allowed.

I. Nature of the Claim

2 This appeal concerns an employment dispute between the appellant, Florent Des Champs, and the Roman Catholic Separate School Board of Prescott-Russell. The appellant started work for

LE JUGE BINNIE — Bon nombre sinon la plupart des autorités publiques au pays sont, dans une certaine mesure, protégées contre les poursuites par des délais spéciaux de prescription établis par la loi. La raison d'être de ces délais de prescription est d'éviter que l'écoulement du temps ne leur cause indûment préjudice. Le fait que les recours soient intentés avec diligence favorise l'intérêt public en permettant que les litiges soient instruits et tranchés dans les meilleurs délais. Après l'expiration d'un tel délai de prescription, une autorité publique peut se considérer à l'abri des risques d'action en justice et elle n'a pas besoin de conserver ou de chercher des éléments de preuve pertinents. Elle peut établir son budget sans être préoccupée par des réclamations non décidées contre le Trésor public. Les lois établissant des délais de prescription ont de tout temps été considérées comme des dispositions visant à assurer la «tranquillité d'esprit» (*Tolson c. Kaye* (1822), 3 Brod. & B. 217, 129 E.R. 1267, à la p. 1269, et *Deaville c. Boegeman* (1984), 14 D.L.R. (4th) 81 (C.A. Ont.), à la p. 86). Le délai de prescription de six mois prévu par l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*, L.R.O. 1990, ch. P.38 (la «Loi»), tient compte à la fois de la nature et des responsabilités particulières des autorités publiques. En l'espèce, toutefois, l'appelant prétend que l'application de ce délai pour faire obstacle à son action pour congédiement injustifié va au-delà de l'objet visé par la loi. D'affirmer ce dernier, le fait qu'il travaille pour un employeur du secteur public ne devrait pas avoir pour effet de réduire de six ans à six mois son délai d'action. Selon lui, la nature de son recours ne fait pas entrer en jeu l'aspect «public» des pouvoirs et fonctions du Conseil scolaire intimé. J'estime que son objection est bien fondée. Le juge des requêtes a eu raison de rejeter le moyen de défense fondé sur l'art. 7, et sa décision à cet égard devrait être rétablie. Le présent pourvoi devrait être accueilli.

I. La nature de l'action

Le présent pourvoi porte sur le différend qui oppose l'appelant, Florent Des Champs, et son employeur, le Conseil des écoles séparées catholiques de Prescott-Russell. L'appelant a commencé

the Board as a teacher in 1971. Over the years, he progressed through the ranks until, in July 1989, he was appointed one of several superintendents of the French Language Roman Catholic Separate School Board. Three years later, as a result of a reorganization of educational services, the Board's responsibilities were significantly reduced. This led to two of the Board's three superintendent positions being declared redundant. The appellant was one of the superintendents selected to fill a redundancy and he claims he was downgraded to a lesser position contrary to his contractual entitlement which, he says, incorporates the provisions of R.R.O. 1990, Reg. 309, made under the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2. The School Board sought to have his action dismissed on the strength of s. 7 of the Act. It lost before the motions judge but succeeded before the Ontario Court of Appeal.

à travailler pour le Conseil à titre d'enseignant en 1971. Au fil des ans, il a gravi les échelons et, en juillet 1989, il est devenu un des surintendants du Conseil des écoles séparées catholiques de langue française. Trois ans plus tard, par suite de la réorganisation des services éducatifs, les responsabilités du Conseil ont été considérablement réduites. Deux de ses trois postes de surintendants ont alors été déclarés excédentaires, notamment celui de l'appelant. Ce dernier prétend avoir été rétrogradé à un poste de niveau inférieur, contrairement aux droits que lui confère son contrat de travail qui, selon lui, intègre les dispositions du Règlement 309 des R.R.O. 1990, pris en vertu de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2. Le Conseil a demandé le rejet de l'action en invoquant l'art. 7 de la Loi. Débouté par le juge des requêtes, le Conseil a eu gain de cause devant la Cour d'appel de l'Ontario.

II. History of the Dispute

II. Les faits à l'origine du différend

In 1992, under a rationalization of French language educational services, the respondent Board was relieved of certain responsibilities in relation to English language separate schools in its area. It concluded that the remaining work could be done by one of its existing three superintendents. The Board responded to this "downsizing" of its role by purporting to exercise its statutory powers under s. 7 of Regulation 309. Regulation 309 authorizes the Board to declare redundancies in the implementation "of a long range organizational plan of operation". It is common ground that no such plan existed in Prescott-Russell at the relevant time. The validity of the Board's procedure is an issue in the law suit. The Board's concern for cost control, however, was certainly in the public interest.

3 En 1992, par suite de la rationalisation des services éducatifs de langue française, le Conseil intimé a été dépouillé de certaines responsabilités à l'égard des écoles séparées de langue anglaise de la région. Il est alors arrivé à la conclusion que le travail de supervision pouvait désormais être accompli par un seul des trois surintendants qu'il comptait alors. Réagissant à cette «réduction» de son rôle, le Conseil a censément exercé les pouvoirs conférés par l'art. 7 du Règlement 309. Ce règlement autorise le Conseil à déclarer des postes excédentaires dans le cadre de la mise en œuvre [TRADUCTION] «d'un plan de réorganisation à long terme du fonctionnement». Il est notoire que le Conseil de Prescott-Russell n'avait aucun plan de la sorte à l'époque pertinente. Une des questions en litige dans l'action est la validité de la procédure suivie par le Conseil. Cependant, le souci du Conseil de comprimer ses dépenses était certainement dans l'intérêt public.

The relevant reorganization was described in the Board's resolution of April 27, 1992, as follows:

4 La réorganisation en cause a été décrite ainsi dans la résolution adoptée par le Conseil le 27 avril 1992:

[TRANSLATION]

Resolution No. 104

WHEREAS the French Language Roman Catholic Separate School Board of Prescott-Russell was required to take on three superintendents from the Prescott-Russell Board of Education on January 1, 1989 following the reorganization;

WHEREAS the superintendents of the French Language Roman Catholic Separate School Board of Prescott-Russell were required to supervise French and English language schools following the reorganization, and supervisory services for the English language Roman Catholic Section were subsequently contracted from the Carleton Roman Catholic School Board;

WHEREAS two separate school boards, a French language and an English language board, were created on December 1, 1991;

WHEREAS shortly the French Language Roman Catholic Separate School Board of Prescott-Russell will no longer have to provide services to the Prescott and Russell County Roman Catholic English Language Separate School Board; and

WHEREAS the French Language Roman Catholic Separate School Board of Prescott-Russell intends to use its available financial resources as judiciously as possible.

The Board thus resolved:

[TRANSLATION] That following the approval of the Minister of Education and pursuant to the provisions of Regulation 276, the educational authority of the French language Roman Catholic separate schools of Prescott-Russell declare two superintendent positions redundant.

Adopted.

By subsequent resolution, the Board selected the appellant and a colleague for transfer to other duties:

[TRANSLATION] That following the approval of the Minister of Education and pursuant to the provisions of Regulation 276, the French Language Roman Catholic Separate School Board of Prescott-Russell transfer superintendents Rhéal M. Bazinet and Florent Y. Des Champs to positions for which they are qualified with administrative and supervisory responsibilities as similar as possible to those of their previous positions.

Résolution nº 104

ATTENDU QUE le Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell a été tenu d'intégrer trois (3) agents de supervision du Conseil d'éducation de Prescott-Russell, le 1er janvier 1989 suite au parachèvement;

ATTENDU QUE les agents de supervision du Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell devaient effectuer la supervision des écoles de langue française et de langue anglaise suite au parachèvement, et que par la suite, les services de supervision pour la Section catholique de langue anglaise furent achetés du Conseil des écoles catholiques de Carleton;

ATTENDU QUE deux conseils scolaires distincts, l'un de langue française et l'autre de langue anglaise, furent créés le 1er décembre 1991;

ATTENDU QUE le Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell n'aura plus, dans un avenir rapproché, à répondre aux besoins du Prescott and Russell County Roman Catholic English-Language Separate School Board; et

ATTENDU QUE le Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell veut utiliser le plus judicieusement possible ses ressources financières disponibles.

Le Conseil a donc résolu:

Que suite à l'approbation du ministre de l'Éducation et selon les dispositions du règlement 276, le Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell déclare deux (2) postes d'agent de supervision excédentaires.

Adopté.

Dans une résolution subséquente, le Conseil a décidé de muter l'appelant et un collègue à d'autres fonctions:

Que, suite à l'approbation du ministre de l'Éducation et selon les dispositions du règlement 276, le Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell mute MM. Rhéal M. Bazinet et Florent Y. Des Champs, agents de supervision, à un poste pour lequel ils possèdent les qualités requises qui comprend des tâches administratives et de supervision aussi semblables que possible à celles qu'ils remplissaient dans le poste précédent.

On May 29, 1992, the appellant was assigned to be principal of École St-Luc in Curran, Ontario for the following school year. He reported to École St-Luc under protest, on August 24, 1992. He ceased to be a full-time administrator. He was required to go back to the classroom to teach. He considered that he had been unfairly dealt with.

The appellant commenced the present action against the Board, its trustees, and the Director of Education on December 22, 1992, almost eight months after the events giving rise to his cause of action.

The various defendants, including the Board, brought a motion to dismiss the action on the basis that, not having been commenced within six months of the date the cause of action arose, it was statute-barred by virtue of s. 7(1) of the Act. As stated, this position was rejected by the motions judge but was accepted by the Ontario Court of Appeal. It took almost seven years for the "preliminary motion" to reach this Court.

III. Judgments

Ontario Court (General Division) (1993), 16 O.R. (3d) 278

On November 25, 1993, Desmarais J. held the special six-month limitation period did not apply. Applying the decision of this Court in *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, he asked himself whether the conduct complained of was "in broad terms . . . public in nature or private in nature", and concluded that the conduct complained of did not entail a public aspect but "more of an internal or operational nature having a predominantly private aspect" (p. 282). He therefore rejected the limitations defence. He also struck out the action against the individually named defendants, allowing the matter to proceed against the School Board only.

Le 29 mai 1992, l'appelant a été nommé directeur de l'École Saint-Luc de Curran, en Ontario, pour l'année scolaire débutant la même année. Il s'est présenté à l'École Saint-Luc, mais sous réserve, le 24 août 1992. Il a cessé d'être administrateur à temps plein et a dû retourner en salle de classe pour enseigner. Il a estimé avoir été traité injustement. 6

Le 22 décembre 1992, près de huit mois après les événements ayant donné naissance à sa cause d'action, l'appelant a intenté la présente action contre le Conseil, les conseillers scolaires et le directeur de l'éducation. 7

Les divers intimés, y compris le Conseil, ont demandé par voie de requête le rejet de l'action, invoquant que, comme celle-ci n'avait pas été intentée dans les six mois suivant la naissance de la cause d'action, elle était prescrite par l'effet du par. 7(1) de la Loi. Comme il a été indiqué plus tôt, le juge des requêtes a rejeté cet argument, mais la Cour d'appel de l'Ontario l'a retenu. Il a fallu près de sept ans avant que la «requête préliminaire» parvienne à notre Cour. 8

III. L'historique des procédures judiciaires

Cour de l'Ontario (Division générale) (1993), 16 O.R. (3d) 278

Le 25 novembre 1993, le juge Desmarais a statué que le délai de prescription spécial de six mois ne s'appliquait pas. Conformément à la décision de notre Cour dans *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275, il s'est demandé si l'acte reproché en l'espèce était, [TRADUCTION] «de façon générale [...] de nature publique ou privée», et il a conclu qu'il s'agissait d'une activité qui ne comportait pas d'aspect public, mais qui était «plus de nature interne ou courante et où le caractère privé prédomine» (p. 282). Il a par conséquent rejeté le moyen de défense fondé sur la prescription. Il a également radié l'action visant les défendeurs désignés nommément, permettant que l'action ne suive son cours contre le Conseil uniquement. 9

Ontario Court of Appeal, [1997] O.J. No. 125 (QL)

10 The appeal was allowed by the Ontario Court of Appeal on January 20, 1997. In a short endorsement, the court classified the case as one where the Board had declared the position of superintendent redundant and, pursuant to its statutory powers, transferred the appellant to the position of school principal. Relying on its own prior decision in *Re Gallant and Roman Catholic Separate School Board of District of Sudbury* (1985), 56 O.R. (2d) 160, the court gave effect to the limitations defence and dismissed the action. In its view, the "acts complained of are not subordinate acts to the public duty" (para. 2) but were directly within the sphere of public action protected by the statute.

IV. Relevant Statutory Provisions

11 *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38

7. — (1) No action, prosecution or other proceeding lies or shall be instituted against any person for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority, or in respect of any alleged neglect or default in the execution of any such duty or authority, unless it is commenced within six months next after the cause of action arose, or, in case of continuance of injury or damage, within six months after the ceasing thereof.

R.R.O. 1990, Reg. 309

7. — (1) In this section, "redundant" in respect of the position of a supervisory officer means no longer required to be filled by reason of,

(a) the implementation by a board of a long range organizational plan of operation in respect of schools or of supervisory services that eliminates the position or merges it with another position;

. . .

Cour d'appel de l'Ontario, [1997] O.J. No. 125 (QL)

Le 20 janvier 1997, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel. Dans un bref jugement manuscrit, la Cour d'appel a dit qu'il s'agissait d'une affaire où le Conseil avait déclaré le poste de surintendant excédentaire et, en vertu des pouvoirs que lui conférait la loi, avait muté l'appelant à un poste de directeur d'école. S'appuyant sur sa décision antérieure dans l'affaire *Re Gallant et Conseil des écoles séparées catholiques romaines du district de Sudbury* (1985), 56 O.R. (2d) 151, la Cour d'appel a retenu la défense fondée sur la prescription et rejeté l'action. De l'avis de la Cour d'appel [TRADUCTION] «les actes reprochés n'[étaient] pas accessoires à la fonction d'ordre public» (par. 2), mais relevaient directement des mesures de nature publique protégées par le texte de loi.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38

7 (1) Nulle action, poursuite ou autre instance n'est recevable contre quiconque pour un acte accompli dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public, ou pour cause de négligence ou de manquement dans l'exercice de cette fonction ou de ce pouvoir, si elle n'est pas introduite dans les six mois suivant immédiatement le moment où la cause d'action a pris naissance ou, dans le cas où le préjudice s'est poursuivi pendant une certaine période, dans les six mois de la cessation du préjudice.

R.R.O. 1990, Règl. 309

[TRADUCTION]

7. — (1) Pour l'application du présent article, le terme «excédentaire», en ce qui concerne le poste d'un agent de supervision, signifie que ce poste n'a plus besoin d'être pourvu pour l'une des raisons suivantes:

a) la mise en œuvre par le conseil d'un plan de réorganisation à long terme du fonctionnement des écoles ou des services de supervision, qui a pour effet d'éliminer ce poste ou de le fusionner avec un autre;

. . .

(2) Where a board declares the position of a supervisory officer redundant, the board shall,

(a) give the supervisory officer at least three months' notice in writing that the position has been declared redundant;

(b) transfer the supervisory officer to a position for which he or she is qualified, with supervisory and administrative responsibilities as similar as possible to those of his or her previous position; and

(c) pay the supervisory officer for at least one year following the date of the transfer with no reduction in his or her rate of salary.

V. Analysis

A few general observations should be stated at the outset. The wording of s. 7 of the Act indicates that the legislature did not intend to throw the protective net of s. 7 around public authorities in Ontario as a matter of status. The reference to the "intended execution of any statutory or other public duty or authority" (emphasis added) limits the protection to public duties and powers and confirms inferentially that a public authority may well have other duties and powers that are essentially of a private nature. In drawing the line between the public aspects and private aspects, the general principle is that the wording of s. 7 is to be read narrowly and against the party seeking its special protection. This produces an inevitable line drawing exercise that requires the court to examine the nature of the statutory power or duty imposed on the defendant public authority as well as the character of the particular conduct about which the plaintiff complains. The School Board, to take this case, is required to provide educational services to the public. In order to carry out its program, it has to build schools and hire teachers. If the Board were sued by an injured child for operating an unsafe school, or by parents for wrongly refusing to admit their child to classes, the claims would properly engage the public duties of the school, and be covered by the special limitation. On the other hand, a claim by a disgruntled builder under a school construction contract, or an unpaid caterer who had provided food services, would stand on a different footing. Although the subject matter of

(2) Si le conseil déclare que le poste d'un agent de supervision est excédentaire, il prend les mesures suivantes:

a) il avise, par écrit, l'agent de supervision, au moins trois mois à l'avance, que le poste qu'il occupe a été déclaré excédentaire;

b) il mute l'agent de supervision à un poste pour lequel celui-ci possède les qualités requises et qui comprend des tâches administratives et de supervision aussi semblables que possible à celles qu'il remplissait dans le poste précédent;

c) il rémunère l'agent de supervision pendant au moins un an après la date de la mutation, sans réduction de traitement.

V. L'analyse

Il convient, au départ, de faire quelques observations d'ordre général. Le texte de l'art. 7 de la Loi indique que la législature n'a pas voulu accorder aux autorités publiques de l'Ontario la protection de cette disposition sur le fondement de leur qualité. L'expression «dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public» (je souligne) a pour effet de limiter la protection aux pouvoirs et fonctions de nature publique et permet de conclure, par inférence, qu'une autorité publique peut fort bien avoir d'autres fonctions ou pouvoirs qui sont essentiellement de nature privée. Pour distinguer ces éléments publics et privés, il faut, suivant le principe général, interpréter strictement le texte de l'art. 7 à l'encontre de la partie qui invoque la protection spéciale de cette disposition. Pour ce faire, le tribunal est inévitablement appelé à tracer une ligne de démarcation, ce qui l'oblige à examiner la nature du pouvoir ou de la fonction confié par la loi à l'autorité publique poursuivie, ainsi que la nature du comportement dont se plaint le demandeur. Dans le cas qui nous occupe, par exemple, le Conseil a l'obligation de fournir des services éducatifs au public. Pour réaliser son programme, il doit construire des écoles et engager des enseignants. S'il était poursuivi par un enfant blessé lui reprochant de ne pas avoir assuré la sécurité à l'école ou par des parents affirmant qu'il a refusé à tort d'intégrer un enfant à une classe, ces recours viseraient des fonctions publiques de l'école et se heurteraient au délai spécial de prescription. Par 12

their claim clearly relates to the execution by the school of its public mandate, it is incidental thereto. The builder or caterer would be asserting private rights under private contracts. Their claims would not be within the intended scope of the disability imposed by the special limitation period.

13 For purposes of this analysis, it does not matter whether the claim arises in contract or in tort. The analysis is directed to whether the claim, whatever it is, "correlates" to a public power or duty exercised or owed by the authority.

14 These observations follow from a consideration of the decided cases, not all of which are readily reconcilable. Arnup J.A. has traced the roots of the Ontario legislation back to a 1609 English statute entitled *An Acte for ease in pleading against troublesome and contencious Suites prosecuted against Justices of the Peace, Maiors, Constables and certain other his Majestie's Officers, for the lawfull execucion of their Office*, 7 Jas. 1, c. 5 (see *Re Colledge and Niagara Regional Police Commission* (1983), 44 O.R. (2d) 289 (C.A.), at pp. 294 *et seq.*, and the historical appendix starting at p. 312). As Aylesworth J.A. noted in *Lacarte v. Board of Education of Toronto*, [1954] O.R. 435 (C.A.), at p. 451: "Many eminent judges have given eloquent expression to the difficulty of determining precisely what acts or classes of act are excluded by the statute."

15 At least three different views emerge from the case law about the proper scope of s. 7 of the Act:

16 (i) The first, and most expansive, view is that the limitation applies whenever the cause of action relates to the exercise or failure to exercise a statutory or prerogative power. As most public authorities are creatures of statute, this view includes within the limitation almost everything done by the

contre, le recours d'un entrepreneur mécontent fondé sur un contrat de construction d'une école ou celui d'un fournisseur de services alimentaires impayé sont différents. Bien que l'objet de tels recours se rapporte clairement à l'exécution par l'école de sa mission publique, il est accessoire à celle-ci. Ces personnes invoqueraient des droits privés en vertu de contrats privés. Leurs recours ne tomberaient pas sous le coup du délai spécial de prescription.

Dans le cadre de la présente analyse, il est sans importance que l'action intentée ait un fondement contractuel ou délictuel. L'analyse vise à déterminer s'il y a «corrélation» entre cette action, quel que soit son fondement, et un pouvoir ou une fonction d'ordre public de l'autorité concernée.

Ces observations découlent de l'examen des décisions portant sur la question, lesquelles ne sont par ailleurs pas toutes faciles à concilier entre elles. Le juge Arnup fait remonter les origines de la loi ontarienne à une loi anglaise de 1609 intitulée *An Acte for ease in pleading against troublesome and contencious Suites prosecuted against Justices of the Peace, Maiors, Constables and certain other his Majestie's Officers, for the lawfull execucion of their Office*, 7 Jas. 1, ch. 5 (voir *Re Colledge and Niagara Regional Police Commission* (1983), 44 O.R. (2d) 289 (C.A.), aux pp. 294 et suiv., ainsi que l'historique figurant en annexe, à partir de la p. 312). Comme l'a souligné le juge Aylesworth dans l'arrêt *Lacarte c. Board of Education of Toronto*, [1954] O.R. 435 (C.A.), à la p. 451: [TRADUCTION] «Nombre d'éminents juges ont exprimé avec éloquence la difficulté de déterminer précisément quels sont les actes ou catégories d'actes qui sont exclus par la loi».

Au moins trois interprétations se dégagent de la jurisprudence concernant la portée de l'art. 7 de la Loi:

(i) Selon la première, qui est aussi la plus large, le délai de prescription s'applique dans tous les cas où la cause d'action se rapporte soit à l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi ou d'une prérogative, soit à l'omission de le faire. Comme la plupart des autorités publiques sont créées par une loi, cette

public authority. The acts of a public authority, on this view, must of necessity be for a public purpose and in furtherance of a public policy (see, e.g., Henry J. in *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.* (1976), 71 D.L.R. (3d) 56 (Ont. H.C.), at p. 59). Some support for variants of this view is found in the decision of the Ontario Court of Appeal, in *Lacarte*, *supra*, and in the majority decision of the British Columbia Court of Appeal in *Riddle v. University of Victoria* (1979), 95 D.L.R. (3d) 193, and in their progeny.

(ii) A second more restrictive view is that the limitation applies only where the act complained of relates to duties owed to that "public" which the general operations of the public authority were intended to benefit (or burden), as opposed to acts which are indistinguishable in substance from transactions in the private sector (such as breach of a contract between a government ministry and its supplier). Judicial support for this more limited view is found in *Clarke v. Ottawa Board of Education* (1975), 54 D.L.R. (3d) 321 (Ont. Co. Ct.); *Re Beauchamp and Town of Espanola* (1981), 122 D.L.R. (3d) 149 (Ont. Div. Ct.), aff'd (1981), 128 D.L.R. (3d) 766 (Ont. C.A.), *per* MacKinnon A.C.J.O.; the dissenting judgment of Taggart J.A. in *Riddle*, *supra*; as well as trial level judgments in *Collier v. Lake Superior Board of Education* (1986), 14 C.C.E.L. 183 (Ont. Dist. Ct.); and *Molloy v. Ontario (Human Rights Commission)* (1992), 41 C.C.E.L. 101 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

(iii) A third and even more restrictive view holds that not only is the limitation confined to the "direct performance" of statutory powers and duties owed to the public, but it excludes acts in furtherance of that performance which are of an internal or operational nature, having a predominantly private aspect. This view has been endorsed by this Court over the years, notably in *McGonegal v. Gray*, [1952] 2 S.C.R. 274, and

interprétation assujettit au délai de prescription presque tous leurs actes, ceux-ci devant nécessairement être accomplis dans une fin publique et en application d'une politique d'intérêt général (voir, par exemple, les motifs du juge Henry dans *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.* (1976), 71 D.L.R. (3d) 56 (H.C. Ont.), à la p. 59). Des variantes de cette interprétation trouvent un certain appui dans l'arrêt *Lacarte*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario et dans la décision de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Riddle c. University of Victoria* (1979), 95 D.L.R. (3d) 193, ainsi que dans les jugements qui se sont inspirés de ces arrêts.

(ii) Selon une deuxième interprétation, plus restrictive, le délai de prescription ne s'applique que lorsque l'acte reproché se rapporte aux responsabilités qui incombent à l'autorité publique envers le «public» censé bénéficier des activités générales de cette dernière (ou être assujetti à celles-ci), par opposition aux actes qui ne peuvent substantiellement être distingués d'actes survenant dans le secteur privé (par exemple un manquement à un contrat liant un ministère et un fournisseur). Au soutien de cette interprétation plus limitée, mentionnons les décisions suivantes: *Clarke c. Ottawa Board of Education* (1975), 54 D.L.R. (3d) 321 (C. cté Ont.); *Re Beauchamp and Town of Espanola* (1981), 122 D.L.R. (3d) 149 (C. div. Ont.), confirmée à (1981), 128 D.L.R. (3d) 766 (C.A. Ont.), le juge en chef adjoint MacKinnon; l'opinion dissidente du juge Taggart dans *Riddle*, précité; ainsi que les décisions de première instance suivantes: *Collier c. Lake Superior Board of Education* (1986), 14 C.C.E.L. 183 (C. dist. Ont.), et *Molloy c. Ontario (Human Rights Commission)* (1992), 41 C.C.E.L. 101 (C. Ont. (Div. gén.)). 17

(iii) Selon une troisième interprétation, encore plus restrictive, non seulement le délai spécial de prescription ne s'applique-t-il qu'à l'«exercice direct» de pouvoirs et fonctions prévus par la loi au profit du public, mais sont exclus du champ d'application de ce délai les actes accomplis dans l'exercice de ces pouvoirs et fonctions et qui sont de nature interne ou courante et où le caractère privé prédomine. Notre Cour a souscrit à cette 18

especially in *Berardinelli*, *supra*, where Estey J. said, at p. 280, that s. 7 (formerly s. 11) ". . . attracts a strict interpretation and any ambiguity found upon the application of the proper principles of statutory interpretation should be resolved in favour of the person whose right of action is being truncated". Estey J. went on to observe: "There is little doubt about the presence of ambiguity and uncertainty of meaning in the section". On a policy level, Estey J. held at p. 284 that a broader interpretation in that case would have created an objectionable double standard, i.e., "different conditions of owner liability for two apparently similar housing facilities".

19 One might have expected that in a well-ordered system of justice the third and narrowest view, having on at least two occasions been endorsed by this Court, would have prevailed. What seems to have happened, however, is that in the mid-1950s a series of wrongful dismissal "teacher cases" became detached from the main body of jurisprudence under s. 7 of the Act and related statutes. I do not share Major J.'s view that the "teacher cases" are of no consequence to the case at bar. They established a contrary line of jurisprudence which led directly to the decision in appeal: the court below, relying solely on *Gallant*, *supra*, summarily found that the acts complained of were "not subordinate acts to the public duty". The disposition of the present appeal requires a review of the correctness of these authorities. The fork in the road seems to have been created by the decision of Aylesworth J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Lacarte*, *supra*, a decision to which I will return shortly.

20 I propose first to take the observations listed at the outset and identify some relevant support in the case law.

interprétation au fil des ans, notamment dans *McGonegal c. Gray*, [1952] 2 R.C.S. 274, et tout particulièrement dans *Berardinelli*, précité, où le juge Estey a dit, à la p. 280, relativement à l'art. 7 (auparavant l'art. 11), que «[t]oute ambiguïté découlant de l'application des règles appropriées d'interprétation des lois doit donc être résolue en faveur de la personne dont les droits sont diminués». Le juge Estey a poursuivi en faisant l'observation suivante: «Il est indubitable que la disposition contestée est ambiguë et imprécise». Sur le plan des principes généraux, le juge Estey a conclu, à la p. 284, que l'application dans cette affaire d'une interprétation plus large aurait pour effet d'établir une double norme intolérable, c'est-à-dire de créer «deux situations distinctes en matière de responsabilité du propriétaire pour deux logements apparemment semblables».

On aurait pu s'attendre à ce que, dans un pays doté d'un système de justice bien ordonné, la troisième interprétation — en l'occurrence la plus restrictive — l'emporte, puisqu'elle a reçu l'aval de notre Cour à deux occasions. Toutefois, il semble que, au milieu des années cinquante, une série d'affaires de «congédiement injustifié» d'enseignants se soient écartées du principal courant jurisprudentiel concernant l'art. 7 de la Loi et des lois connexes. Contrairement au juge Major, je ne crois pas que les «affaires touchant des enseignants» soient sans incidence en l'espèce. Elles ont établi un courant jurisprudentiel contraire dont est directement issue la décision qui fait l'objet du présent pourvoi: s'appuyant uniquement sur l'arrêt *Gallant*, précité, la Cour d'appel a conclu sommairement que les actes reprochés «n'[étaient] pas accessoires à la fonction d'ordre public». Afin de statuer sur le présent pourvoi, il faut se demander si ces décisions sont correctes. L'arrêt qui semble être à l'origine de la bifurcation est la décision du juge Aylesworth de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Lacarte*, précitée, que je vais bientôt examiner.

Je me propose tout d'abord de reprendre les observations faites plus tôt et de dégager certains appuis à leur égard dans la jurisprudence.

1. *Classification of Statutory Duties Into Those of a "Public" Character and Those of a Predominantly "Private" Character*

Not all of the statutory authority exercised and duties performed by a "public authority" fall within the protection of the statute. The cases suggest two related approaches, namely (i) the nature of the statutory power or duty relied upon by the defendant and (ii) the nature of the correlative right being asserted by the plaintiff.

(i) Is the Statutory Power or Duty Relied Upon by the Defendant Public Authority of a Public or Private Nature?

The statutory powers and duties of a public authority are classified as either "public" within the meaning of s. 7, or of "a private executive or private administrative application or are subordinate in nature" (*per* Estey J. in *Berardinelli*, *supra*, at p. 283). In part, this classification turns on asking to whom the duty is owed, *per* Lord Buckmaster L.C. in *Bradford Corp. v. Myers*, [1916] 1 A.C. 242 (H.L.), at p. 247:

> In other words, it is not because the act out of which an action arises is within their power that a public authority enjoy the benefit of the statute. It is because the act is one which is either an act in the direct execution of a statute, or in the discharge of a public duty, or the exercise of a public authority. I regard these latter words as meaning a duty owed to all the public alike or an authority exercised impartially with regard to all the public. It assumes that there are duties and authorities which are not public, and that in the exercise or discharge of such duties or authorities this protection does not apply. [Emphasis added.]

Public authorities, for example, exercise certain powers and are subject to specified duties of an internal government nature under the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, and their provincial counterparts. These are not duties

1. *La classification des fonctions d'ordre public en fonctions à caractère «public» et fonction à caractère principalement «privé»*

Les fonctions et les pouvoirs d'origine législative exercés par une «autorité publique» ne bénéficient pas tous de la protection de la loi. Deux approches connexes se dégagent de la jurisprudence: (i) l'approche fondée sur la nature du pouvoir ou de la fonction d'origine législative invoqué par la partie défenderesse, (ii) l'approche fondée sur la nature du droit corrélatif invoqué par la partie demanderesse. 21

(i) Est-ce que le pouvoir ou la fonction d'origine législative invoqué en défense par l'autorité publique est de nature publique ou privée?

Les pouvoirs et les fonctions d'origine législative d'une autorité publique sont qualifiés soit de pouvoirs ou fonctions «d'ordre public» au sens de l'art. 7, soit de pouvoirs ou fonctions qui ont «une connotation d'administration ou de gestion privée ou qui sont par leur nature même accessoires» (le juge Estey, *Berardinelli*, précité, à la p. 283). Leur classification dans l'une ou l'autre de ces catégories dépend en partie de l'identité de ceux pour qui la fonction (ou le devoir, pour reprendre le terme utilisé dans *Berardinelli*) est exercée, le lord chancelier Buckmaster dans *Bradford Corp. c. Myers*, [1916] 1 A.C. 242 (H.L.), à la p. 247: 22

> [TRADUCTION] Autrement dit, ce n'est pas parce que l'acte à l'origine d'une poursuite relève du pouvoir d'une autorité publique que cette dernière a droit à la protection de la loi. C'est parce que l'acte découle de l'exécution directe d'une loi, de l'accomplissement d'un devoir public ou de l'exercice d'un pouvoir public. J'emploie ces mots dans le sens d'un devoir envers le public en général ou d'un pouvoir exercé impartialement à l'égard du public en général. Cela suppose donc que certains devoirs et pouvoirs ne sont pas de nature publique et que la loi n'accorde pas de protection quand on les accomplit. [Je souligne.]

Par exemple, tant en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, que des lois provinciales équivalentes, des autorités publiques exercent certains pouvoirs de régie interne en plus d'être assujetties à des devoirs de

which in any meaningful sense can be said to be "owed to all the public alike". On the other hand, there will be other powers and duties which are owed to members of the public, as was the duty to provide safe public housing in *Berardinelli* itself, which are nevertheless not classified as "public" within the scope of the limitation period, because they are considered "subordinate in nature" to the public authority's public role. Estey J.'s classification of powers and duties that are of a "private executive or private administrative application or are subordinate in nature" (p. 283 (emphasis added)) must therefore be read disjunctively.

même nature. Il est impossible d'affirmer, dans quelque sens concret que ce soit, qu'il s'agit de devoirs qui incombent à ces autorités «envers le public en général». Par contre, il existe d'autres pouvoirs et devoirs qui sont exercés en faveur du public — tel le devoir de fournir des logements sociaux sûrs qui était en litige dans l'arrêt *Berardinelli* —, mais qui ne sont néanmoins pas qualifiés «d'ordre public» pour l'application du délai de prescription parce qu'ils sont considérés de «par leur nature même accessoires» au rôle de l'autorité publique concernée. Il faut donc considérer que, lorsque le juge Estey (à la p. 283) parle des pouvoirs et devoirs qui ont une «connotation d'administration ou de gestion privée ou qui sont par leur nature même accessoires» (je souligne), il établit une classification disjonctive.

23 An example of the usual sort of case where the limitation clearly applies is *Cloudfoam Ltd. v. Toronto Harbour Commission*, [1968] 2 O.R. 497 (H.C.), aff'd [1969] 2 O.R. 194 (C.A.). In that case, the defendant port authority stored cargo arriving by ship at its terminal in Toronto harbour in the open air. When the shipments were picked up by the plaintiff owner, they were discovered to be soaked with rain and irretrievably damaged. The plaintiffs alleged that the defendant was negligent in storing the goods without protection from the weather. The defendant claimed the benefit of the Act. The Toronto Harbour Commissioners had been established in 1911 to operate the harbour including the provision of terminalling and cargo services. The cargo terminal was part of its mandate to serve the public and the plaintiff, a cargo owner, was a member of the "public" for whose benefit the facility had been created. The limitations defence rightly applied. For a similar case, see *Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. v. Singapore Harbour Board*, [1952] A.C. 452 (P.C.).

L'affaire *Cloudfoam Ltd. c. Toronto Harbour Commission*, [1968] 2 O.R. 497 (H.C.), décision confirmée à [1969] 2 O.R. 194 (C.A.), est un exemple du type de cas auxquels s'applique clairement le délai spécial de prescription. Dans cette affaire, les autorités portuaires défenderesses avaient entreposé à l'extérieur des marchandises qui venaient d'arriver par navire à son terminal du port de Toronto. Lorsque le propriétaire des marchandises en a pris livraison, il a constaté que la pluie les avait détrempées et irrémédiablement endommagées. La demanderesse a plaidé que la défenderesse avait fait montre de négligence en entreposant les marchandises sans les protéger contre les intempéries. La défenderesse a invoqué la protection de la Loi. La commission du havre de Toronto avait été créée en 1911 pour exploiter le port, notamment en fournissant des installations de terminal et des services d'entreposage de marchandises. L'entreposage de marchandises au terminal faisait partie des services offerts au public, et le demandeur, un propriétaire de marchandises, faisait partie du «public» au bénéfice duquel les installations avaient été établies. Le moyen de défense fondé sur la prescription s'appliquait à juste titre. Pour une affaire analogue, voir: *Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. c. Singapore Harbour Board*, [1952] A.C. 452 (C.P.).

An examination of the earlier English cases whose "line of distinction" was adopted by Rand J. in *McGonegal*, *supra*, at p. 289, provides insight into his ruling. (For all practical purposes, the wording of the applicable English limitation, repealed in 1954, was the same as s. 7 of the Ontario Act.)

Myers, *supra*, involved an action against a municipality whose employees had "shot" a ton of coke through the plaintiff's shop window. The municipality pointed out that it was required to supply natural gas to its inhabitants, and that a by-product of the manufacture of natural gas was coke. Coke, once brought into existence, had to be disposed of. The preferred method of disposal was to sell it to people who could burn the coke for heat. The municipality thus reasoned that marketing coke was "an act done in pursuance or execution or intended execution of any other statute, or of any public duty or authority" (p. 251), and argued that no liability should attach to such incidental mishaps as precipitating a quantity of coke through the window of a customer's shop. In an argument similar to the one made by the Board in this appeal, the municipality in *Myers* argued (at p. 243):

> A public authority directed to do a particular act is directed to do everything which is incidental to the doing of that act.
>
> . . .
>
> If a statute directs the performance of a specific duty and leaves the mode of performance to be selected by the public authority, an act done in working out the selected mode is an act is done in the execution of the statutory duty.

The Lord Chancellor disagreed, concluding that the "public" duty of the municipality did not extend to disposition of a by-product in its production of natural gas. The negligent delivery of coke to the shopkeeper was too remote from the execution of the public mandate for which Parliament had intended protection. The initiative was held to

L'examen des vieilles décisions anglaises qui ont établi la [TRADUCTION] «ligne de démarcation» adoptée par le juge Rand dans l'arrêt *McGonegal*, précité, à la p. 289, nous éclaire sur la décision de ce dernier. (À toutes fins utiles, le texte de la disposition anglaise établissant le délai de prescription, abrogée en 1954, était le même que celui de l'art. 7 de la Loi.) 24

L'affaire *Myers*, précitée, concernait une action intentée contre une municipalité dont les employés avaient «déchargé» une tonne de coke dans la vitrine du commerce de la partie demanderesse. La municipalité avait invoqué le fait qu'elle était tenue d'approvisionner les habitants en gaz naturel et qu'un résidu de la fabrication de ce gaz, le coke, devait être éliminé. La meilleure façon de le faire était de vendre le coke aux gens qui s'en servaient pour le chauffage de leur maison. La municipalité a donc fait valoir que la vente du coke constituait [TRADUCTION] «un acte accompli dans l'exécution ou en vue de l'exécution d'une loi ou encore d'une fonction ou d'un pouvoir d'ordre public» (p. 251) et elle a plaidé qu'aucune responsabilité ne pouvait lui être imputée relativement à un événement fortuit comme le déchargement d'une certaine quantité de coke dans la vitrine d'un client. La municipalité a présenté (à la p. 243) un argument semblable à celui avancé par le Conseil en l'espèce: 25

> [TRADUCTION] L'autorité publique qui est requise d'accomplir un acte particulier est tenue de faire tout ce qui est accessoire à l'accomplissement de cet acte.
>
> . . .
>
> Lorsqu'une loi requiert une autorité publique de s'acquitter d'une fonction donnée tout en lui laissant le choix des modalités d'exécution, les actes accomplis suivant les modalités choisies sont des actes accomplis dans l'exécution de la fonction prévue par la loi.

Le lord chancelier a exprimé son désaccord, concluant que la fonction «de nature publique» de la municipalité ne s'étendait pas à la disposition d'un sous-produit issu de la production du gaz naturel. Le déchargement négligent de coke dans la vitrine du commerçant était trop étranger à l'exécution de la mission publique que le Parlement 26

be *intra vires*, but was held not to be in the "direct" discharge of a duty owed to "all the public alike". It makes no difference, the Lord Chancellor said (at p. 246), whether the claim is formulated in contract or in tort. In context, I think "all the public alike" means the class of people for whose benefit or burden the public authority was conferred. It need not be everybody in the jurisdiction. A statute that laid special duties on the public authority in respect of the cargo owners in *Cloudfoam*, for example, was not on that account excluded from the protection of the statute.

avait voulu protéger. L'acte était *intra vires*, mais il a été jugé ne pas avoir été accompli «directement» dans l'exécution d'une fonction au profit [TRADUCTION] «du public en général». Le lord chancelier a dit (à la p. 246) qu'il importe peu que l'action ait un fondement contractuel ou délictuel. Dans le contexte, je crois que l'expression «public en général» s'entend de la catégorie de personnes qui sont censées soit bénéficier de l'exercice du pouvoir public qui a été conféré, soit être assujetties à celui-ci. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse de tous les habitants du territoire en cause. Dans l'affaire *Cloudfoam*, par exemple, la fonction spéciale confiée par la loi à l'autorité publique à l'égard des propriétaires de marchandises n'était pas exclue de la protection de la loi pour ce motif.

(ii) Is the Right Being Asserted by the Plaintiff "Correlative" to a Public Duty Imposed on the Public Authority?

(ii) Y a-t-il «corrélation» entre le droit invoqué par le demandeur et une fonction d'ordre public imposée à l'autorité publique défenderesse?

27 The usefulness of considering the precise nature of the plaintiff's claim in assessing the public or private character of the defendant's duty was signalled in an earlier English decision on which *Myers* relied, namely *Sharpington v. Fulham Guardians*, [1904] 2 Ch. 449. In that case, the defendants were a public authority constituted as guardians of the poor and they had undertaken to convert an old mansion into a receiving house for poor children. The provision of such a receiving house was within the statutory powers and duties of the defendants. The plaintiff, a builder, sued for contract extras. As stated above, the statute under which the defence of limitation was raised contained a provision almost identical to s. 7 of the Act. Clearly, the building renovations were *intra vires* the public authority and referable to its "public" mandate. However, the defence was rejected by Farwell J. at p. 456:

L'utilité de la détermination de la nature précise de l'action d'un demandeur en s'interrogeant sur le caractère public ou privé de la fonction exercée par le défendeur a été signalée dans une vieille décision anglaise sur laquelle s'est appuyé l'arrêt *Myers*, en l'occurrence *Sharpington c. Fulham Guardians*, [1904] 2 Ch. 449. Dans cette affaire, la partie défenderesse, autorité publique qui avait été constituée administrateurs de l'assistance publique, avait entrepris de transformer un vieux manoir en centre d'accueil pour les enfants pauvres. La mise sur pied d'un tel établissement relevait des pouvoirs et fonctions confiés par la loi à la partie défenderesse. Le demandeur, un entrepreneur en construction, avait engagé une poursuite pour obtenir le versement de sommes supplémentaires en application d'un contrat. Comme il a été indiqué plus tôt, le texte de loi établissant le délai de prescription invoqué en défense comportait des dispositions presque identiques à celles de l'art. 7 de la Loi. Manifestement, les travaux de rénovation du bâtiment étaient *intra vires* des pouvoirs de l'autorité publique et pouvaient être rattachés à sa mission «publique». Le juge Farwell a toutefois rejeté ce moyen de défense à la p. 456:

The public duty which is here cast upon the guardians is to supply a receiving house for poor children; a breach or negligent performance of that duty would be an injury to the children, or possibly to the public, who might be injured by finding the children on the highway. In order to carry out this duty they have power to build a house or alter a house, and they accordingly entered into a private contract. It is a breach of this private contract that is complained of in this action. It is not a complaint by a number of children or by a member of the public in respect of the public duty. It is a complaint by a private individual in respect of a private injury done to him. The only way in which the public duty comes in at all is, as I have pointed out, that if it were not for the public duty any such contract would be ultra vires. But that would apply to every contract. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] La fonction publique confiée en l'espèce aux administrateurs est d'établir un centre d'accueil à l'intention des enfants pauvres; un manquement à cette obligation ou l'exécution négligente de celle-ci causerait un préjudice aux enfants et, peut-être, au public qui pourrait subir un préjudice du fait que des enfants errent dans les rues. Pour s'acquitter de cette obligation, les administrateurs ont le pouvoir de construire une maison ou de modifier un bâtiment et ils ont, en conséquence, conclu un contrat privé à cette fin. C'est d'un manquement à ce contrat privé dont on se plaint dans la présente action. Il ne s'agit pas d'une plainte présentée par un certain nombre d'enfants ou par un citoyen relativement à la fonction d'ordre public. Il s'agit d'une plainte formulée par un citoyen à l'égard d'un préjudice privé qui lui a été causé. Comme je l'ai souligné, la seule façon dont la fonction publique entre en jeu en l'espèce est que, si elle n'existait pas, tout contrat de cette nature serait ultra vires. Il en serait d'ailleurs ainsi de tous les contrats. [Je souligne.]

This case was quoted with approval by Lord Atkinson in *Myers* where he stated, at p. 260:

Cet arrêt a été cité et approuvé dans *Myers*, par lord Atkinson, qui dit ceci, à la p. 260:

Every word of that judgment, which, in my view, as in that of the learned Lords Justices in the Court of Appeal, is sound in principle and consistent with authority, is applicable in the present case.

[TRADUCTION] Chaque mot de ce jugement — qui, selon moi, et de l'avis des lords juges de la Cour d'appel, est fondé sur le plan des principes et conforme à la jurisprudence — s'applique à la présente affaire.

Identification of the community for whose benefit the statutory power or duty exists may help in the classification of the statutory power or duty as public or "predominantly private". Once the classification of the power or duty is determined to be public, any claim against the public authority "correlative" thereto attracts the protection of the special limitation period. Examples of school situations where the plaintiff came within the "public" intended to be benefited include *Griffiths v. Smith*, [1941] A.C. 170 (H.L.) (a parent injured attending a school exhibition of her son's classroom work), and *Moffatt v. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351 (C.A.) (a child injured by an unsafe assignment by his teacher to move a piano).

La détermination de l'identité du public au bénéfice duquel le pouvoir ou la fonction d'origine législative existe peut aider à dire s'il s'agit d'un pouvoir à caractère public ou dont «le caractère privé prédomine». Dès qu'il est déterminé qu'il s'agit d'une fonction de nature publique, tout recours «corrélatif» exercé contre l'autorité publique est assujetti au délai spécial de prescription. Parmi les affaires scolaires dans lesquelles il a été jugé que le demandeur faisait partie du «public» censé bénéficier de l'avantage prévu, mentionnons: *Griffiths c. Smith*, [1941] A.C. 170 (H.L.) (parent blessé lors d'une exposition des travaux de la classe de son fils), et *Moffatt c. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351 (C.A.) (enfant blessé en exécutant une tâche dangereuse confiée par son professeur, en l'occurrence le déplacement d'un piano). 28

29 The correlative right approach was first proposed by Lord Shaw of Dunfermline in *Myers*, at pp. 263-64:

> If there be a duty arising from statute or the exercise of a public function, there is a correlative right similarly arising. A municipal tramway car depends for its existence and conduct on, say, a private and many public Acts, and the corporation in running it is performing a public duty. When a citizen boards such a car, in one sense he makes, by paying his fare, a contract; but the boarding of the car, the payment of the fare, and the charging of the corporation with the responsibility for safe carriage are all matter of right on the part of the passenger, a public right of carriage which he shares with all his fellow citizens, correlative to the public duty which the corporation owes to all. . . .
>
> But where the right of the individual cannot be correlated with a statutory or public duty to the individual, the foundation of the relations of parties does not lie in anything but a private bargain which it was open for either the municipality or the individual citizen, consumer, or customer to enter into or to decline. [Emphasis added.]

It will be noted that in Lord Shaw's illustration there was "in one sense, . . . by paying [a] fare . . . a contract", nevertheless the limitation applied because the contractual claim could be correlated "to the public duty which the corporation owes to all". The "correlative right" approach usefully highlights the analysis that must be made of a plaintiff's statement of claim in these cases, and, with respect, I do not share Major J.'s concern (at para. 94) that this approach will remove "all claims in contract from the protection of the statute" or will exclude "most tort claims as well" (para. 95). It is true, as my colleague points out at para. 99, that the Court has to look at the conduct of the public authority within this framework of public powers and duties, but that is another way of saying that the application of the statute ultimately turns on the precise characterization of the plaintiff's claim.

L'approche fondée sur l'existence d'un droit corrélatif a été proposée pour la première fois par lord Shaw of Dunfermline dans l'arrêt *Myers*, aux pp. 263 et 264:

> [TRADUCTION] À tout devoir découlant de la loi ou de l'exercice d'une fonction de nature publique correspond un droit corrélatif. L'existence et l'exploitation d'un tramway municipal dépendent, disons, d'une loi d'intérêt privé et de nombreuses lois d'intérêt public, et la municipalité qui l'exploite exécute de ce fait un devoir public. L'usager qui monte à bord du tramway et paie le prix du billet conclut, en un sens, un contrat. Mais le fait de monter à bord, de payer le prix du billet et de conférer à la municipalité l'obligation de le transporter en toute sécurité confère un droit au passager, un droit de nature publique, au transport qu'il partage avec les autres citoyens et qui est corrélatif au devoir d'ordre public qu'a la municipalité envers tous les citoyens . . .
>
> Toutefois, lorsque le droit du particulier ne peut être mis en corrélation avec un devoir de nature législative ou d'ordre public envers lui, le fondement des rapports entre les parties repose uniquement sur un marché privé que la municipalité, d'une part, et le citoyen, le consommateur ou le client, d'autre part, étaient libres de conclure ou de refuser. [Je souligne.]

On notera que dans l'exemple de lord Shaw, celui-ci disait que «[l']usager qui [. . .] paie le prix du billet conclut, en un sens, un contrat», mais que le délai de prescription s'appliquait malgré tout parce que le recours contractuel pouvait être corrélé au «devoir d'ordre public qu'a[vait] la municipalité envers tous les citoyens». L'approche fondée sur l'existence d'un «droit corrélatif» expose utilement l'analyse à laquelle il faut soumettre la déclaration du demandeur dans ce genre d'affaires et, avec égards, je ne partage pas l'inquiétude du juge Major (au par. 94) que cette approche exclut «tous les recours contractuels de la protection de la loi» ou «a également pour effet d'exclure la plupart des recours délictuels» (par. 95). Il est vrai, comme le souligne mon collègue au par. 99, que la Cour doit examiner la conduite de l'autorité publique au regard de ses pouvoirs et fonctions d'ordre public, mais cela n'est qu'une autre façon de dire que l'application du texte de loi dépend en bout de ligne de la caractérisation précise de l'action du demandeur.

The linkage between plaintiffs' rights and correlative public duties developed in *Sharpington* and refined in *Myers* was not only reflected in *McGonegal* and *Berardinelli* but is emphasized in more recent English decisions such as *Government of Malaysia v. Lee Hock Ning*, [1974] A.C. 76 (P.C.). In that case, the Government of Malaysia had entered into contracts with the respondent contractor for the construction of classrooms at primary schools. A sum fell due for payment to the contractor under a contract. The Government pleaded that the claim was barred by the provision of s. 2 of the *Public Authorities Protection Ordinance, 1948* (Malaysia), No. 19, the action not having been commenced within 12 months of the default complained of. In rejecting the defence, Lord Kilbrandon said, at p. 84:

> Here the right of the contractor, as in *Sharpington* . . . is correlated not with a statutory right or duty, which is the provision of education, but with the obligations entered into by the authority in their contract with him.
>
> . . .
>
> In other words, to use Lord Shaw of Dunfermline's test, the rights of their customers were correlated with a statutory duty owed to them as members of the commercial community in whose interests the statutory functions were to be performed, and not merely with obligations in a contract entered into as an auxiliary to the carrying out of those functions, in which no one not a party to that contract could be concerned.

This branch of the "strict" analysis was expounded and applied in the scholarly dissent of Taggart J.A. in the British Columbia Court of Appeal in *Riddle*, *supra*. In that case, the appellant had been employed by the university as an assistant professor in the Department of English; she received salary increases for satisfactory performance evaluations. She expected that the Department would renew her contract for a further two-year term as had been done two years earlier.

Non seulement le lien entre les droits du demandeur et des devoirs corrélatifs d'ordre public, qui a été dégagé dans *Sharpington* puis précisé dans *Myers*, a-t-il été retenu par notre Cour dans les arrêts *McGonegal* et *Berardinelli*, mais son importance a été mise en évidence dans des décisions anglaises plus récentes, par exemple *Government of Malaysia c. Lee Hock Ning*, [1974] A.C. 76 (C.P.). Dans cette affaire, le gouvernement de la Malaysie avait conclu avec l'entrepreneur intimé des contrats pour la construction de salles de classe dans des écoles élémentaires. Une somme est devenue exigible par l'entrepreneur en application d'un contrat. Le gouvernement a plaidé que l'action intentée par l'entrepreneur à cet égard était prescrite par l'effet de l'art. 2 de la *Public Authorities Protection Ordinance, 1948* (Malaysie), nº 19, puisqu'elle n'avait pas été intentée dans les 12 mois du manquement reproché. Rejetant ce moyen de défense, lord Kilbrandon a dit ce qui suit, à la p. 84: 30

> [TRADUCTION] En l'espèce, tout comme dans *Sharpington*, [. . .] le droit de l'entrepreneur est corrélé non pas à un droit ou à une fonction prévus par la loi, savoir la prestation de services d'éducation, mais plutôt à des obligations prises par l'autorité lorsqu'elle a contracté avec lui.
>
> . . .
>
> En d'autres termes, si on applique le critère établi par lord Shaw of Dunfermline, il y avait corrélation entre les droits de leurs clients et un devoir prévu par la loi dont ils étaient créanciers en tant que membres de la collectivité commerçante dans l'intérêt de laquelle les fonctions conférées par la loi devaient être exercées, et non simplement des obligations issues d'un contrat conclu accessoirement à l'exercice de ces fonctions, ces obligations n'intéressant que les seules parties à ce contrat.

Ce volet de l'analyse «stricte» a été expliqué et appliqué dans les savants motifs de dissidence du juge Taggart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Riddle*, précité. Dans cette affaire, l'appelante avait été engagée par l'université à titre de professeur adjoint au département d'anglais; elle avait reçu des augmentations de salaire par suite d'évaluations satisfaisantes de son rendement. Elle s'attendait à ce que le département renouvelle son contrat pour une période supplé- 31

However, the Department applied a "publish or perish" standard of review to her limited output of academic writing and decided not to recommend the renewal of her contract. She did not commence an action until more than four years after she had been given notice of non-renewal of her contract. The University claimed that in deciding not to renew the appellant's contract, it had made a staffing decision pursuant to the provisions of the *Universities Act*, S.B.C. 1963, c. 52, and pleaded a six-month limitation contained in s. 11(2) of the British Columbia *Statute of Limitations* in respect of acts "done in pursuance or execution, or intended execution, of any Act of the Legislature, or of any public duty or authority, or in respect of any alleged neglect or default in the execution of any such Act, duty or authority". Relying mostly on the reasons of Estey J. in *Berardinelli*, *supra*, and the English authorities already discussed, Taggart J.A. concluded, at p. 219:

I do not think it can be said that the actions of the respondent complained of by the appellant arose out of the exercise of an authority exercised impartially with regard to all the public. Rather they were exercised in relation to the appellant alone. In these circumstances I think the comments of Smith, Co. Ct. J. [with respect to the *Lacarte* decision], in *Clarke v. Ottawa Board of Education* [*supra*] are apt. In the case at bar, as in the *Clarke* case, the right of action arises out of dealings between the respondent and the appellant, a private individual who is not and was not meant to be primarily a recipient of the benefits flowing from the pursuit by the respondent of the powers conferred on it by the *Universities Act*. In the case at bar, as in the *Clarke* case, the important consideration is that the respondent, while pursuing its objects generally, was doing a private act involving a private person.

Taggart J.A. wrote in dissent. Leave to appeal the majority decision to this Court was refused, [1979] 1 S.C.R. xii (June 19, 1979), but of course refusal of leave is not to be taken to indicate any view by members of this Court of the merits of the decimentaire de deux ans, comme il l'avait fait deux ans plus tôt. Toutefois, mesurant la faible production de travaux universitaires publiés par l'appelante à l'aune de la norme «publie ou péris», le département a décidé de ne pas recommander le renouvellement de son contrat. L'appelante n'a pris action que plus de quatre ans après avoir été avisée du non-renouvellement de son contrat. L'université a fait valoir que, en décidant de ne pas renouveler le contrat de l'appelante, elle avait pris une décision en matière de dotation conformément aux dispositions de la *Universities Act*, S.B.C. 1963, ch. 52, et elle a invoqué le délai de prescription de six mois qui est prévu au par. 11(2) de la *Statute of Limitations* de la Colombie-Britannique et qui s'applique aux actions intentées par suite d'actes [TRADUCTION] «accomplis dans l'exécution ou en vue de l'exécution d'une loi provinciale, d'une fonction ou d'un pouvoir d'ordre public, ou pour cause de négligence ou de manquement dans l'exécution de la loi, de la fonction ou du pouvoir en question». S'appuyant principalement sur les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Berardinelli*, précité, et sur les décisions anglaises examinées précédemment, le juge Taggart a conclu ainsi, à la p. 219:

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'il soit possible d'affirmer que les actes que l'appelante reproche à l'intimée découlent d'un pouvoir exercé impartialement à l'égard du public en général. Les actes ont été accomplis en rapport avec l'appelante uniquement. Dans ces circonstances, j'estime que les commentaires faits par le juge Smith de la Cour de comté [relativement à l'arrêt *Lacarte*] dans l'affaire *Clarke c. Ottawa Board of Education* [précitée] sont justes. En l'espèce, tout comme dans *Clarke*, le droit d'action est issu des rapports entre l'intimée et l'appelante, personne physique qui ne bénéficiait pas ni n'était censée bénéficier au premier chef de l'exercice par l'intimée des pouvoirs qui lui sont conférés par la *Universities Act*. Dans la présente affaire, tout comme dans *Clarke*, le facteur important est le fait que l'intimée, bien qu'elle poursuivait ses objectifs en général, accomplissait un acte privé vis-à-vis d'une personne privée.

Le juge Taggart a exposé des motifs de dissidence dans cette affaire. L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre la décision majoritaire a été refusée: [1979] 1 R.C.S. xii (19 juin 1979). Évidemment, ce refus ne doit pas être interprété

sion. As I read his opinion, Taggart J.A. was applying a variant of Lord Shaw's "correlative right" test. The plaintiff's claim did not correlate to a duty owed by the University "to all the public alike" (to reiterate Lord Buckmaster L.C.'s phrase in *Myers*). The duty relied on by the plaintiff thus fell outside the protection of the statute. I share Taggart J.A.'s view that her claim ought to have been allowed to proceed.

comme l'expression d'un point de vue par les juges de notre Cour quant au fond de l'affaire. À mon sens, le juge Taggart a appliqué une variante du critère fondé sur l'existence d'un «droit corrélatif» énoncé par lord Shaw. Il n'y avait pas corrélation entre l'action de la demanderesse et un devoir de l'université «envers le public en général» (pour reprendre les termes employés par lord chancelier Buckmaster dans *Myers*). Le devoir invoqué par la demanderesse tombait donc en dehors du champ d'application de la protection de la loi. Je partage l'avis du juge Taggart de la Cour d'appel que l'on aurait dû permettre que l'action suive son cours.

The case of *Clarke v. Ottawa Board of Education*, *supra*, referred to by Taggart J.A., is another example of the "correlative right" approach, though not identified as such, as is evident from the comments of Smith Co. Ct. J., at p. 328:

> It is accordingly my view of the law as laid down in the cases that the *Public Authorities Protection Act* does not apply when the board is dealing with private individuals, for instance, in the supply of materials or furnishings for school purposes or in the construction of schools, nor does the Act have application in any litigation resulting from the board's dealings with any of its servants, whether they are teachers or other staff, and whether these dealings refer to salaries, benefits or other remuneration or other matter of private concern to such employees or servants. This I believe to be the effect of the line of cases cited starting with the *Sharpington* case.

L'affaire *Clarke c. Ottawa Board of Education*, précitée, à laquelle s'est référé le juge Taggart, est un autre exemple d'application de l'approche fondée sur l'existence d'un «droit corrélatif» — quoiqu'elle ne soit pas présentée ainsi — comme l'indiquent clairement les commentaires suivants du juge Smith de la Cour de comté, à la p. 328: 32

> [TRADUCTION] Je suis par conséquent d'avis que, suivant l'état du droit exposé dans la jurisprudence, la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public* ne s'applique pas lorsque le conseil fait affaire avec une personne privée, par exemple pour la fourniture de matériaux ou d'ameublement scolaire ou pour la construction d'écoles. J'estime que la Loi ne s'applique pas non plus aux différends qui opposent le conseil à ses préposés — qu'il s'agisse d'enseignants ou d'autres membres de son personnel — et portent sur le salaire, les avantages ou d'autres postes de rémunération ou sur toute autre question de nature privée intéressant ces personnes. Je crois que c'est ce qui découle des différents arrêts cités, à commencer par *Sharpington*.

Another illustration of the "correlative right" approach is the decision of the Ontario Divisional Court, in *Comstock International Ltd. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 126 D.L.R. (3d) 323, which rejected the claim of the provincial Crown to the limitation defence. The plaintiff Comstock entered into a contract with the provincial government for the construction of a sewage treatment plant, a pumping station and a well pumphouse in the Village of Hornepayne in northern Ontario. The plaintiff failed to commence its action for damages within six months. The issue

Un autre exemple d'application de l'approche fondée sur l'existence d'un «droit corrélatif» est l'affaire *Comstock International Ltd. c. The Queen in right of Ontario* (1981), 126 D.L.R. (3d) 323, où la Cour divisionnaire de l'Ontario a rejeté le moyen de défense fondé sur la prescription invoqué par la Couronne provinciale. Comstock, la partie demanderesse, avait conclu avec le gouvernement provincial un contrat pour la construction d'une station d'épuration des eaux usées, d'une station de pompage et d'un bâtiment des pompes dans le village de Hornepayne, dans le nord de 33

before the court was "whether in an action for damages arising out of a private contract for the construction of facilities that the Ontario Ministry of the Environment had a statutory function to construct, the Queen is entitled to the protection of s. 11 [now s. 7] of the *Public Authorities Protection Act*". The court held, at p. 325, that: "[t]he only duty owed by the appellants to him [the plaintiff] emerges from that contract, not from the statute. It is a duty owed to one man, not to the public". In terms of Lord Shaw's approach in *Myers*, the plaintiff's claim did not "correlate" to a public duty owed by the public authority. The Divisional Court, relying on *Government of Malaysia*, *supra*, concluded, at p. 326:

> . . . the claim by Comstock is in its personal capacity as a builder and not for any loss or damage it suffered as a member of the public affected by the operations conducted by the Ministry. Section 11 of the *Public Authorities Protection Act* only applies where the relationship between the parties is based on a public duty owed by the public authority to the plaintiff or other claimant as a member of the public, and not where the relationship between the two is essentially governed by a contract or some other private legal pact.

Comstock was followed in *Collier*, *supra*. I agree with Major J. that the important analysis is not who the plaintiff is, but what the public authority was doing. The point, however, is that the nature of the claim being asserted by the plaintiff is often a good indication of whether what "the public authority was doing" was of a public or private character.

34 The appellant's argument in the present case, of course, is that the respondent Board's public mandate is to provide an educational service for the

l'Ontario. La demanderesse n'a pas intenté son action en dommages-intérêts dans le délai de six mois. La cour devait trancher la question de savoir [TRADUCTION] «si, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts fondée sur un contrat privé conclu pour la construction d'installations dont l'aménagement était, suivant la loi, une des fonctions du ministère ontarien de l'Environnement, la Couronne avait droit à la protection de l'art. 11 [maintenant l'art. 7] de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*». La cour a conclu, à la p. 325, que [TRADUCTION] «[l]e seul devoir auquel étaient tenus les appelants envers [le demandeur] découlait du contrat, et non d'une loi. Il s'agit d'un devoir à l'égard d'une personne, et non à l'égard du public». Pour reprendre les termes employés par lord Shaw dans *Myers*, il n'y avait pas de «corrélation» entre l'action du demandeur et un devoir d'ordre public auquel était tenue l'autorité publique. S'appuyant sur la décision *Government of Malaysia*, précitée, la Cour divisionnaire a tiré la conclusion suivante, à la p. 326:

> [TRADUCTION] . . . l'action de Comstock est présentée en sa qualité d'entrepreneur, et non sur le fondement d'une perte ou d'un préjudice subi à titre de membre du public touché par les activités du ministère. L'article 11 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public* ne s'applique que lorsque les rapports entre les parties résultent d'un devoir public auquel l'autorité publique est tenue envers le demandeur ou une autre partie en leur qualité de membre du public, et elle ne s'applique pas lorsque les rapports entre les parties sont essentiellement régis par un contrat ou quelque autre entente juridique privée.

La décision rendue dans *Comstock* a été suivie dans *Collier*, précité. Je suis d'accord avec le juge Major que ce qui importe ce n'est pas de s'interroger sur l'identité du demandeur, mais plutôt de se demander ce que faisait l'autorité publique. Cependant, le fait est que la nature de l'action du demandeur est souvent un bon indice afin de déterminer si «ce que faisait l'autorité publique» avait un caractère public ou privé.

En l'espèce, évidemment, l'appelant prétend que la mission publique de l'intimé consiste à fournir des services éducatifs au bénéfice du public en

benefit of the broader public and that its dealings with the appellant are not in "direct" performance of that public mandate, but have a "predominantly private aspect" (*Berardinelli*, *per* Estey J., at p. 284 (emphasis deleted)).

2. *Is the Activity of the Public Authority Complained of by the Plaintiff "Incidental or Ancillary" to the Discharge of the Public Mandate?*

To this point, the analysis has focussed on various approaches to characterizing the statutory powers or duties of the public authority. However, Estey J. dealt in *Berardinelli*, *supra*, with a statutory authority that he concluded provided an ambiguous answer. Section 6(2) of the *Housing Development Act* authorized a wide range of activities, only some of which could be considered "public" for purposes of attracting the limitation period. Accordingly, he speaks not only of the need to make a "segretation of statutory powers into public and private categories" but also to "segregate the actions which the respondent might undertake in the course of exercising the powers and duties" (p. 284 (emphasis added)).

In *McGonegal*, *supra*, Rand J. was also preoccupied with actions, at p. 290:

> The serving of these meals in a public aspect is confined to the pupils, even though such a private concern of the teacher's may be said to have a remote interest for school administration generally.... [T]he act which resulted in the injury was not one in the course of executing any direct public purpose for the children: it had not yet reached any public aspect: it was a private act, under a private authority.... If soup for some of the pupils had been put on the stove to warm, or they had shared in it, that subsequent action would be distinguishable; and if, for instance, in the course of heating it or of carrying it from the stove, a child had been scalded, then, doubtless, the contention would be much stronger that that act was in the execution of a public authority.

général, et que les rapports de l'intimé avec lui n'ont pas lieu «directement» dans l'exécution de cette mission, mais sont plutôt des activités où le «caractère privé prédomine» (*Berardinelli*, le juge Estey, à la p. 284 (italiques omis)).

2. *L'activité reprochée à l'autorité publique est-elle «accessoire ou incidente» à l'exécution de sa mission publique?*

Jusqu'ici, l'analyse s'est attachée aux différentes approches appliquées pour qualifier les pouvoirs ou fonctions confiés par la loi à l'autorité publique. Cependant, dans *Berardinelli*, précité, le juge Estey a examiné un pouvoir d'origine législative qui, a-t-il conclu, apportait une réponse ambiguë. En effet le par. 6(2) de la *Housing Development Act* autorisait un large éventail d'activités, dont certaines seulement pouvaient être considérées comme étant «d'ordre public» et visées par le délai spécial de prescription. En conséquence, il parle non seulement de la nécessité d'une «séparation des pouvoirs légaux entre ce qui est privé et ce qui est public», mais aussi de «séparer en deux catégories les actes que l'intimée peut accomplir en exécution de ses pouvoirs et devoirs» (p. 284 (je souligne)). 35

Dans *McGonegal*, précité, le juge Rand s'est lui aussi soucié de la nature des actes, à la p. 290: 36

> [TRADUCTION] Le fait de servir ces repas ne prend un aspect public que lorsqu'il se limite aux élèves, même s'il est possible d'affirmer que ce dévouement privé de l'institutrice revêt, de façon éloignée, un intérêt pour l'administration de l'école en général . . . [L]'acte à l'origine de la blessure n'a pas été accompli dans l'exécution d'une responsabilité publique directement liée aux intérêts des enfants: il n'avait pas atteint ce caractère public; il s'agissait d'un acte de nature privée accompli en vertu d'un pouvoir de nature privée. [. . .] Si de la soupe avait été mise à chauffer à l'intention de certains écoliers, ou si certains d'entre eux en avaient mangé, il aurait été possible de distinguer cet acte subséquent; si, par exemple, pendant que la soupe chauffait ou était transportée depuis le réchaud, un enfant avait été ébouillanté, il aurait certainement été plus facile de soutenir que l'acte avait été accompli dans l'exercice d'un pouvoir d'ordre public.

37 Rand J., at pp. 288-89, also approved the reasoning of the English Court of Appeal in *Clarke v. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J. (K.B.) 17, *per* Swinfen Eady L.J., at pp. 21-22. In that case, the defendant provided a chauffeured car to carry its officials around on its public business. This was considered to be in furtherance of its public mandate. In terms of the actual activities, the court thought that while officials riding in the car may have been engaged in the discharge of a public duty, the chauffeur's job was merely "incidental" to the public duty, and the *Public Authorities Protection Act, 1893* (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 61, did not apply to limit the action of the injured plaintiff for damages arising out of the motor vehicle accident. The argument in the present case is that while teachers and school superintendents, by analogy with chauffeurs, are instrumental in delivering the educational program, their labour relations are incidental or ancillary thereto.

Le juge Rand, aux pp. 288 et 289, a lui aussi approuvé le raisonnement de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *Clarke c. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J. (K.B.) 17, le lord juge en chef Swinfen Eady, aux pp. 21 et 22. Dans cette affaire, le conseil défendeur fournissait à ses cadres une voiture avec chauffeur pour les déplacements qu'ils effectuaient dans l'exercice des fonctions publiques du Conseil. Il a été jugé que cette mesure était prise en vue de la réalisation de la mission publique de celui-ci. Toutefois, pour ce qui est des activités elles-mêmes, la Cour d'appel a estimé que, même si les cadres se trouvant dans l'automobile avaient pu y être dans l'accomplissement d'une fonction d'ordre public, le travail du chauffeur n'était qu'«accessoire» à cette fonction, et que l'action en dommages-intérêts qu'avaient intentée les demandeurs blessés dans un accident de voiture n'était pas prescrite par l'application de la *Public Authorities Protection Act, 1893* (R.-U.), 56 & 57 Vict., ch. 61. En l'espèce, on fait valoir que même si les professeurs et les surintendants, par analogie avec les chauffeurs, contribuent à la mission éducative, leurs relations de travail sont accessoires ou incidentes à cette mission.

38 As stated above, the "strict construction" adopted in *McGonegal*, *supra*, was reiterated by this Court in *Berardinelli*, *supra*. In that case, a resident of a public housing development sued for personal injuries suffered in a fall on ice or snow in what he alleged was a negligently maintained common area. The respondent housing authority had a public mandate to provide public housing and to that end was clothed with "such powers and duties as are deemed expedient to . . . plan, construct and manage any building development or housing project . . .". Unlike *Myers*, *supra*, therefore, *Berardinelli* did not involve an activity collateral to the fulfilment of a public duty, but arose directly out of a statutory mandate to provide housing. The plaintiff was one of the housing authority's tenants, and asserted a right which was "correlative" to the statutory duty of the public authority to provide public housing. Estey J., speaking for this Court, pointed out at p. 279 that the housing authority's powers and duties were

Comme il a été mentionné plus tôt, l'«interprétation stricte» retenue dans *McGonegal*, précité, a été appliquée par notre Cour dans *Berardinelli*, précité. Dans cette affaire, un résidant d'un complexe de logements sociaux avait intenté une action pour les blessures qu'il avait subies en chutant sur de la glace ou de la neige pendant qu'il passait sur des terrains communs qui, alléguait-il, étaient mal entretenus. L'organisme en cause avait le mandat public d'établir des logements sociaux et avait, à cette fin, [TRADUCTION] «les pouvoirs et devoirs jugés nécessaires . . . et le pouvoir de planifier, de construire et de gérer pareille entreprise. . .». Par conséquent, contrairement à *Myers*, précité, l'affaire *Berardinelli* ne mettait pas en cause une activité accessoire à l'exécution d'une fonction publique de l'organisme, mais découlait directement du mandat confié par la loi à celui-ci, savoir l'établissement de logements. Le demandeur était un des locataires de la société d'habitation et faisait valoir un droit «corrélatif»

broad enough "to include virtually the entire range of executive and administrative activities in all of their operational facets and details in the establishment and operation of a housing facility". He concluded at p. 283 that:

> . . . the reference in s. 11 [now s. 7] to "any statutory or other public duty" applies in the context of s. 6(2) of *The Housing Development Act* to those aspects of the statutory powers and duties there established which have a public aspect or connotation, and does not comprehend those planning, construction and managerial responsibilities (to paraphrase s. 6(2)) which have a private executive or private administrative application or are subordinate in nature.

Estey J. considered it useful to position the respondent housing authority's activities along a "spectrum". Those at one end of the spectrum he characterized as "public" within the meaning of s. 7 (formerly s. 11) of the Act, and those activities at the other end of the spectrum, he classified as "predominantly in character a 'subordinate' or 'incidental' act or 'of a private interest' ", at p. 286:

> In the spectrum of the exercise of its mandate under s. 6(2) the removal of snow by the respondent is a private and operational matter in contrast to those burdens of planning, construction and management of a housing complex which have a public character. It is something done every winter by almost every householder in Canada.

As stated earlier, Estey J., at p. 280, was concerned that if all actions pursuant to that mandate "however minor or minuscule", were considered to be part of the housing authority's public purpose, the six-month limitation period would create an objectionable double standard for tenants living in public housing who were caught by a six-month limitation and those living in private housing who would generally have six years to bring a claim. Unlike Major J., I do not read Estey J.'s comments as applicable only "where a private litigant could

au devoir imposé par la loi à l'autorité publique concernée, savoir l'établissement de logements sociaux. S'exprimant au nom de notre Cour, le juge Estey a souligné, à la p. 279, que les pouvoirs et devoirs de la société d'habitation étaient assez larges pour «couvrir pratiquement toutes les activités administratives et de gestion, sous toutes leurs facettes et dans tous les détails matériels, dans la construction et l'exploitation de logements». Il a tiré la conclusion suivante, à la p. 283:

> . . . l'expression «un devoir . . . conféré par la loi ou . . . autre devoir . . . public» à l'art. 11 [maintenant l'art. 7] vise, dans le contexte du par. 6(2) de *The Housing Development Act*, les aspects des pouvoirs et devoirs légaux qui ont une connotation ou un aspect public et ne comprend pas les responsabilités de planification, de construction et d'administration (pour reprendre le par. 6(2)) qui ont une connotation d'administration ou de gestion privée ou qui sont par leur nature même accessoires.

39 Le juge Estey a estimé utile de situer, le long d'un continuum, les différentes activités de la société intimée. Il a qualifié les activités se trouvant à une extrémité de ce continuum d'activités «d'ordre public» au sens de l'art. 7 (à l'époque l'art. 11) de la Loi, et il a dit des activités situées à l'autre extrémité qu'il s'agissait «principalement [d'] acte[s] à caractère "accessoire", "incident" ou "privé"» à la p. 286:

> L'enlèvement de la neige par l'intimée constitue, dans le cadre de l'exécution de son mandat en vertu du par. 6(2), une activité à caractère privé et courant par opposition à ses obligations de planifier, de construire et de gérer un complexe d'habitation, qui ont un caractère public. C'est une tâche qui incombe à presque tous les propriétaires au Canada en hiver.

40 Comme je l'ai indiqué précédemment, le juge Estey a exprimé la crainte, à la p. 280, que si tout acte, «même tout à fait mineur», accompli en vertu de ces pouvoirs était considéré comme relevant de la mission publique de la société d'habitation, l'application du délai de prescription de six mois créerait une double norme inacceptable: les locataires de logements sociaux seraient assujettis à un délai de six mois pour prendre action, alors que les locataires de logements privés disposeraient généralement d'un délai de six ans pour le faire.

not anticipate that his or her rights against the public authority are different from the rights enjoyed against an indistinguishably similar private body" (para. 85 (emphasis added by Major J.)). Concerns about double limitation standards flow more, I think, from the reality that claims against public authorities in some areas of activity (labour relations for example) are virtually identical to those made against private organizations. Claimants are subjected to much shorter limitation periods for reasons that appear to have little to do with any legitimate need to give greater protection to public authorities because of the special mandate and vulnerabilities that distinguish them from the private sector. Accordingly, notwithstanding the fact that snow removal was in fulfilment of the respondent housing authority's statutory mandate, Estey J. considered, at p. 286, that it lacked a "public aspect" and was

predominantly in character a "subordinate" or "incidental" act or "of a private interest" to refer again to the words of Rand J. in [*McGonegal*]. [Emphasis added.]

Contrairement au juge Major, je ne considère pas que les commentaires du juge Estey visent uniquement le cas où «un plaideur privé ne pouvait pas prévoir que ses droits vis-à-vis de l'autorité publique en cause seraient différents de ceux dont il jouirait vis-à-vis d'une organisation privée par ailleurs identique» (par. 85 (le soulignement est du juge Major)). Selon moi, les inquiétudes concernant l'application d'un double délai de prescription découlent davantage du fait que, dans certains secteurs d'activité (par exemple les relations du travail), les actions intentées contre des autorités publiques sont presque identiques à celles intentées contre des organisations privées. Les demandeurs sont assujettis à des délais de prescription beaucoup plus courts, et ce pour des motifs qui ne semblent pas correspondre à quelque besoin légitime d'accorder une protection plus grande aux autorités publiques en raison de leur mission spéciale et de leur vulnérabilité particulière, facteurs qui les distinguent des organisations privées. Par conséquent, malgré le fait que l'enlèvement de la neige était accompli dans l'exécution du mandat confié par la loi à la société d'habitation intimée, le juge Estey a estimé, à la p. 286, que cette activité n'avait pas un «caractère public» et qu'il s'agissait

principalement d'un acte à caractère «accessoire», «incident» ou «privé», selon la terminologie du juge Rand dans [*McGonegal*]. [Je souligne.]

As sometimes happens, the *ratio decidendi* of the majority is, if anything, made clearer by the dissent. In *Berardinelli*, Martland J. dissented on precisely this proposition, at p. 296:

I find no authority which supports the proposition that the operational or mundane functions of management are excluded from the protection afforded by s. 11. If the default alleged relates to the function of management of the project, then, in my opinion, there is nothing to justify the suggestion that this is not a default in the execution of authority within the meaning of s. 11. [Emphasis added.]

Comme cela se produit parfois, la dissidence éclaire la *ratio decidendi* des juges majoritaires. Dans *Berardinelli*, la dissidence du juge Martland portait précisément sur cette proposition, à la p. 296:

Je ne trouve aucune jurisprudence à l'appui de la prétention que les aspects courants ou matériels de la gestion sont exclus de la protection de l'art. 11. Si l'omission alléguée se rapporte à la gestion de l'entreprise, j'en conclus que rien ne justifie la prétention qu'il ne s'agit pas d'une omission dans l'exécution d'un pouvoir au sens de l'art. 11. [Je souligne.]

41 A court that has to grapple with s. 7 of the Act will therefore have to consider both the nature of the statutory (or other lawful) *power or duty* of the defendant, as well as the particular *activity* com-

Le tribunal saisi d'une affaire fondée sur l'art. 7 de la Loi doit donc s'interroger et sur la nature du *pouvoir ou de la fonction* confiés par la loi (ou par ailleurs licite) à la partie défenderesse et sur

plained of by the plaintiff, and the relationship between the two. Before proposing a test that attempts to integrate these elements, it may be useful to examine the problematic Act trail of interpretation laid down by the Ontario "teacher cases".

3. *The "Teacher Cases"*

The origin of the difficulty in the present appeal can be traced to the "teacher" cases in Ontario, and in particular the 1954 decision of Aylesworth J.A. in *Lacarte*, *supra*. The plaintiff, a teacher by profession, was dismissed by the board because of her persistent complaints and criticisms of the board and her colleagues. Both the trial judge, and the Court of Appeal at p. 447, concluded that, "in the interests of the institution, it was manifestly impossible to retain her on the staff of Danforth Technical School and where, so far as transfer to some other school was concerned, other school principals were unwilling to accept her". The Court of Appeal thus rejected her claim on the facts. However, Aylesworth J.A. went on in *obiter* to consider the limitation defence under the Act. After adverting to some of the English cases mentioned above, and quoting *Myers* (at p. 452) to the effect that "there are duties and authorities which are not public", Aylesworth J.A. cited (at p. 453) the statutory provision giving the board and its Advisory Committee power to "select teachers and determine a schedule of salaries . . . and generally do all other things necessary for carrying out the objects and intent of this Part". Aylesworth J.A. then concluded, as I read his reasons, that what was done by the board to the teacher was in "the best interests of the school" (p. 455) and thus fell within the public mandate and the protection of the statute. *Lacarte*, *supra*, was appealed to this Court. Rand J. (the author of *McGonegal*, *supra*) wrote for the majority to dismiss the appeal but did not place any reliance on the limitation defence. Only

l'*activité* dont se plaint la partie demanderesse, ainsi que sur la corrélation entre les deux. Avant de proposer un critère tendant à intégrer ces éléments, il pourrait être utile d'examiner les problèmes d'interprétation de la Loi qui ont été créés par les «affaires touchant des enseignants» en Ontario.

3. *Les «affaires touchant des enseignants»*

42 L'origine de la difficulté que pose le présent pourvoi peut être retracée aux affaires «touchant des enseignants» en Ontario et, en particulier, à la décision rendue en 1954 par le juge Aylesworth de la Cour d'appel dans l'affaire *Lacarte*, précitée. Le conseil scolaire avait congédié la demanderesse, une enseignante, parce qu'elle ne cessait de se plaindre du conseil et ses collègues et de les critiquer. Le juge de première instance, ainsi que la Cour d'appel, à la p. 447, ont conclu que, [TRADUCTION] «dans l'intérêt de l'établissement, il était manifestement impossible qu'elle [l'enseignante] continue à faire partie du personnel de la Danforth Technical School et que, pour ce qui était de la muter à une autre école, aucun directeur n'était disposé à l'accueillir». La Cour d'appel a donc rejeté l'action de l'enseignante à la lumière des faits de l'affaire. Toutefois, dans des remarques incidentes, le juge Aylesworth s'est penché sur le moyen de défense fondé sur le délai de prescription prévu par la Loi. Après s'être référé à certaines décisions anglaises susmentionnées et avoir cité un extrait de l'arrêt *Myers* (à la p. 452) portant que [TRADUCTION] «certains devoirs et pouvoirs ne sont pas de nature publique», le juge Aylesworth a fait mention (à la p. 453) de la disposition législative conférant au conseil et au comité consultatif le pouvoir [TRADUCTION] «de choisir des enseignants et d'établir une échelle salariale [. . .] et, de façon générale, de prendre toute autre mesure nécessaire pour réaliser les objectifs de la présente partie». Selon mon interprétation de ses motifs, le juge Aylesworth a ensuite conclu que les mesures prises par le conseil à l'endroit de l'enseignante étaient [TRADUCTION] «dans le meilleur intérêt de l'école» (p. 455) et, de ce fait, relevaient de la mission publique du conseil et bénéficiaient de la protection de la loi. L'arrêt *Lacarte*, précité, a fait l'objet d'un pourvoi devant notre Cour, et le juge Rand (qui avait rédigé les motifs dans *McGonegal*,

Locke J. expressed support for Aylesworth J.A.'s opinion.

43 It seems to me, with respect, that *Lacarte*, *supra*, illustrates the problematic analysis criticized by Estey J. in *Berardinelli*, *supra*. It infers from the existence of the public mandate that acts in fulfilment of the mandate were protected by the limitation period. In *Berardinelli*, by contrast, snow clearance was clearly recognized by this Court as furthering the mandate of the Ontario Housing Commission and it was held to be in the best interest of the public that the Ontario Housing Commission provide safe, affordable housing. At that point, I think, the *Lacarte* analysis stops. In *Berardinelli*, on the other hand, this Court takes an extra step and concludes that snow shovelling is nevertheless excluded from the protection because, as Estey J. said at p. 286, it was *predominantly* a "private and operational matter".

44 *Lacarte* was followed by Lacourcière J.A. in *Gallant*, *supra*. *Gallant* was relied on in the present case by the Ontario Court of Appeal. In *Gallant*, Lacourcière J.A., tracking the language and concepts of Aylesworth J.A. in *Lacarte*, stated as follows at pp. 163-64:

> [TRANSLATION] Let us say, first of all, that the school board, by accepting the appellant's resignation, by acting in good faith and in the interests of the board and of the school in question, is a legal entity acting in conformity with or in execution of a statutory or other public duty and, therefore, it has a right to the protection given to such an entity. [Emphasis added.]

I do not doubt that the actions of the board in that case were in conformity with its statutory powers. The missing step was the omission to analyse the relevant activities of the board pursuant to its statutory powers and to classify them as predominantly private or public in nature. I do not accept that what was in the "best interest" of the school could

précité), s'exprimant au nom des juges majoritaires, a rejeté le pourvoi, sans toutefois s'appuyer d'aucune façon sur le moyen de défense fondé sur la prescription. Seul le juge Locke a donné son appui à l'opinion du juge Aylesworth.

Avec égards, il me semble que l'affaire *Lacarte*, précitée, illustre l'analyse problématique qui a été critiquée par le juge Estey dans *Berardinelli*, précité. Dans *Lacarte*, on a inféré de l'existence de la mission publique que les actes accomplis dans la réalisation de cette mission étaient protégés par le délai de prescription. À l'opposé, dans *Berardinelli*, notre Cour a clairement reconnu que l'enlèvement de la neige était une activité accomplie en vue de la réalisation de la mission de la société ontarienne d'habitation et qu'il était dans l'intérêt public que celle-ci fournisse des logements sûrs et abordables. Je crois que, dans *Lacarte*, l'analyse ne va pas plus loin. Dans *Berardinelli*, par contre, notre Cour franchit une étape supplémentaire et conclut que l'enlèvement de la neige est néanmoins exclu de la protection parce que, d'affirmer le juge Estey, à la p. 286, il s'agissait *principalement* d'une «activité à caractère privé et courant».

L'arrêt *Lacarte* a été suivi par le juge Lacourcière dans *Gallant*, précité. Cet arrêt a été invoqué en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans *Gallant*, s'inspirant du langage et des concepts utilisés par le juge Aylesworth dans *Lacarte*, le juge Lacourcière a dit ce qui suit, à la p. 155:

> Disons en premier lieu que le conseil scolaire, en acceptant la démission de l'appelante, agissant de bonne foi et dans l'intérêt du conseil et de l'école en question, est une personne qui agit en conformité ou en exécution d'un devoir conféré par la loi ou d'un autre devoir public et par conséquent, a droit à la protection qui est accordée à une telle personne. [Je souligne.]

Je ne doute pas que, dans cette affaire, les actes du conseil ont été accomplis en conformité avec les pouvoirs que lui confère la loi. L'étape qui manque est l'omission d'analyser les activités pertinentes du conseil au regard des pouvoirs que lui confère la loi et de dire si elles sont principalement de nature privée ou publique. Je ne peux accepter que

not also, and at the same time, have been "private and operational". The *Gallant* analysis is, in turn, reflected in the majority decision of the British Columbia Court of Appeal in *Riddle*, *supra*.

ce qui était «dans l'intérêt» de l'école ne pouvait pas également avoir un caractère «privé et courant». L'analyse faite dans *Gallant* a à son tour été reprise par les juges majoritaires dans l'arrêt *Riddle*, précité, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Lacourcière J.A. was a member of the Ontario Court of Appeal panel that gave effect to the six-month limitation in *Berardinelli* in 1977. That decision was reversed by this Court in 1979. In his later decision in *Gallant*, *supra*, in 1985, Lacourcière J.A. apparently did not take this Court's decision in *Berardinelli*, *supra*, as having thrown doubt on his own earlier decision in *Berardinelli* nor on the still earlier decision of Aylesworth J.A. in *Lacarte*, *supra*. Over time, the *Lacarte* line of cases expanded to impressive proportions, including *Moffatt*, *supra*, and a number of trial decisions in Ontario involving the alleged wrongful dismissals of teachers, *Stewart v. Lincoln County Board of Education* (1972), 8 O.R. (2d) 168 (H.C.), *Goodwin v. Oxford County Board of Education* (1980), 30 O.R. (2d) 359 (H.C.), and *Wright v. Board of Education for the City of Hamilton* (1977), 16 O.R. (2d) 828 (H.C.), and, one involving an investigator, *Cossette v. Ombudsman* (1980), 28 O.R. (2d) 92 (H.C.).

45 Le juge Lacourcière faisait partie de la formation de la Cour d'appel de l'Ontario qui a appliqué le délai de prescription de six mois dans *Berardinelli* en 1977. Cette décision a été infirmée par notre Cour en 1979. Plus tard, en 1985, dans sa décision ultérieure dans *Gallant*, précité, le juge Lacourcière n'a apparemment pas considéré que la décision de notre Cour dans *Berardinelli*, précité, avait eu pour effet de mettre en doute la décision qu'il avait lui-même rendue plus tôt dans cette affaire ou la décision, plus ancienne encore, du juge Aylesworth dans *Lacarte*, précité. Au fil des ans, la jurisprudence qu'a inspirée l'arrêt *Lacarte* a pris des proportions impressionnantes, mentionnons à cet égard l'arrêt *Moffatt*, précité, ainsi qu'un certain nombre de décisions de tribunaux de première instance en Ontario dans des affaires de congédiement injustifié d'enseignants: *Stewart c. Lincoln County Board of Education* (1972), 8 O.R. (2d) 168 (H.C.), *Goodwin c. Oxford County Board of Education* (1980), 30 O.R. (2d) 359 (H.C.), et *Wright c. Board of Education for the City of Hamilton* (1977), 16 O.R. (2d) 828 (H.C.); et dans une affaire analogue concernant un enquêteur, *Cossette c. Ombudsman* (1980), 28 O.R. (2d) 92 (H.C.).

The *Lacarte* line of cases was occasionally criticized by trial judges who took note of the more nuanced approach adopted in *McGonegal* and, subsequently, by Estey J. in *Berardinelli*. In *Clarke v. Ottawa Board of Education*, *supra*, for example, Smith Co. Ct. J. surveyed the jurisprudence and concluded with respect to *Lacarte*, *supra*, at p. 327, that:

46 La jurisprudence fondée sur l'arrêt *Lacarte* a, à l'occasion, été critiquée par des juges de première instance qui ont signalé l'interprétation plus nuancée adoptée dans *McGonegal*, et, subséquemment, par le juge Estey dans *Berardinelli*. Par exemple, dans *Clarke c. Ottawa Board of Education*, précité, le juge Smith de la Cour de comté, après avoir fait une revue de la jurisprudence, a tiré la conclusion suivante relativement à l'arrêt *Lacarte*, précité, à la p. 327:

... the case is undoubtedly deserving of the greatest respect, but it does seem to fly in the face of the established authorities discussed earlier and it is, perhaps, the

[TRADUCTION] ... la décision mérite certes le plus grand respect, mais elle semble aller à l'encontre de la jurisprudence établie citée plus tôt, et il vaut peut-être

better view, at this time, to consider the question as being at large still in this Province.

47 Similar sentiments were expressed in *Hanna v. Ontario Hydro* (1982), 37 O.R. (2d) 783 (H.C.), *per* Montgomery J., at p. 784; *Collier*, *supra*, *per* Wright D.C.J., at p. 189; and *Molloy*, *supra*, *per* Ground J., at p. 105.

48 As stated, the problem with the *Lacarte* and *Gallant* line of cases is that it does not sufficiently distinguish between the different activities of a public authority and the need to look for a "correlation" between the claim of a plaintiff and the *public* powers and functions of the defendant public authority. While it is true in a general sense, as suggested by Henry J. in *Berardinelli*, *supra*, at the motions court level, that all of the acts or omissions of a public authority can ultimately be related in some fashion or another to a public purpose or in furtherance of a public interest, the limitations statute clearly contemplates that some of these activities will not receive the special protection, but will be dealt with according to the ordinary law of limitations. The notion expressed in *Gallant*, *supra*, at pp. 163-64, that the actions of the school board in that case were the actions of [TRANSLATION] "a legal entity acting in conformity with or in execution of a statutory or other public duty and, therefore, it has a right to the protection given to such an entity" (emphasis added), is simply too broad because it does not ask the proper questions about the nature of the power or duty, the specific activities complained of, and whether or not the plaintiff's claim correlates to a public power or duty, as previously discussed. The test propounded in *Lacarte* and *Gallant*, as interpreted in the later "teacher cases", virtually reduces the analysis to a simple issue of *intra vires*. My problem is not, as Major J. suggests in para. 114, with what Lacourcière J.A. said. My problem with *Gallant*, with respect, is with what Lacourcière J.A. did *not* say, and with the more detailed analysis that Lacourcière J.A. did *not* consider it necessary to perform. Arguably, on his view, even *ultra vires* conduct could be protected because the statute refers to "execution or *intended* execution of any statutory or other public duty" (emphasis

mieux, à ce moment-ci, considérer que la question n'est pas réglée dans la province.

Des sentiments analogues ont été exprimés dans les décisions suivantes: *Hanna c. Ontario Hydro* (1982), 37 O.R. (2d) 783 (H.C.), le juge Montgomery, à la p. 784; *Collier*, précité, le juge Wright, à la p. 189; et *Molloy*, précité, le juge Ground, à la p. 105.

Comme je l'ai indiqué plus tôt, le problème que pose la jurisprudence fondée sur les arrêts *Lacarte* et *Gallant* est qu'elle ne distingue pas suffisamment entre les différentes activités d'une autorité publique et la nécessité de chercher une «corrélation» entre l'action du demandeur et les pouvoirs et fonctions *d'ordre public* de l'autorité publique. Même s'il est vrai, dans un sens général, comme l'a suggéré le juge Henry dans l'affaire *Berardinelli*, précitée, que toutes les actions ou omissions d'une autorité publique peuvent en bout de ligne être rattachées d'une manière ou d'une autre à une fin d'ordre public ou à la défense de l'intérêt public, la loi établissant le délai de prescription prévoit clairement que certaines de ces activités ne jouissent pas de la protection spéciale, mais sont plutôt assujetties aux règles de droit ordinaires en matière de prescription. L'idée énoncée dans l'arrêt *Gallant*, précité, à la p. 155, que les actes du conseil scolaire dans cette affaire étaient les actes d'«une personne qui agit en conformité ou en exécution d'un devoir conféré par la loi ou d'un autre devoir public et par conséquent, a droit à la protection qui est accordée à une telle personne» (je souligne), a tout simplement une portée trop étendue parce qu'elle ne pose pas les bonnes questions relativement à la nature du pouvoir ou de la fonction, aux activités particulières qui sont reprochées, et elle ne demande pas si l'action du demandeur peut être corrélée avec un pouvoir ou une fonction, comme nous l'avons vu plus tôt. Le critère proposé dans les arrêts *Lacarte* et *Gallant*, tel qu'il a été interprété dans les «affaires touchant des enseignants» décidées ultérieurement, réduit virtuellement l'analyse à la seule question de l'*intra vires*. Contrairement à ce que suggère le juge Major au par. 114, je ne vois pas de problème dans ce que le juge Lacourcière a dit. Avec égards, le problème que pose selon moi l'arrêt *Gallant* découle plutôt

added). It is true, as Major J. suggests at para. 76, that even claims against the breach of a "public duty" have a private aspect. The issue, however, is that the claim must correlate to a statutory power or duty, the exercise of which itself is classified as public as opposed to private. Only the latter fall outside the protection of the statute.

4. *The Recommended Approach*

Section 7 of the Act has been variously described as a "drastic enactment" (Rand J. in *McGonegal*, at p. 289) and "draconian" (by Krever J.A. in *Schnurr v. Royal Ottawa Hospital* (1986), 56 O.R. (2d) 589 (C.A.), at p. 593). An assessment of the foregoing issues should be addressed on the basis that s. 7 is to be read restrictively and in favour of "the person whose right of action is being truncated" (Estey J. in *Berardinelli*, at p. 280).

A court confronted with a pleading under s. 7 of the Act or similarly worded limitations statutes may wish to proceed as follows:

(1) Is the defendant a public authority within the class of entities or individuals for whom the limitation protection was intended? While most public authorities will satisfy the requirements, *Schnurr*, *supra*, illustrates problems that may arise.

(2) What was the public authority doing, and pursuant to what duty or power was it doing it? This information will generally appear from the pleadings. In this case, the necessary informa-

de ce que le juge Lacourcière *n'*a *pas* dit et de l'analyse plus détaillée qu'il *n'*a *pas* estimé nécessaire de faire. Selon ce point de vue, on pourrait prétendre que même un acte *ultra vires* est protégé, puisque la loi vise expressément les actes accomplis «dans l'exercice ou *en vue* de l'exercice d'une fonction prévus par la loi ou d'ordre public» (italiques ajoutés). Il est vrai, comme le suggère le juge Major, au par. 76, que même les actions reprochant un manquement à une «fonction d'ordre public» comporte un aspect privé. Toutefois, la question est de savoir s'il y a corrélation entre l'action et un pouvoir ou une fonction prévus par la loi, dont l'exercice est qualifié de public et non de privé. Ce n'est que dans le second cas que la protection de la loi ne s'applique pas.

4. *L'approche recommandée*

L'article 7 de la Loi a été qualifié de [TRADUCTION] «mesure radicale» (le juge Rand dans *McGonegal*, à la p. 289) et de [TRADUCTION] «mesure draconienne» (le juge Krever dans *Schnurr c. Royal Ottawa Hospital* (1986), 56 O.R. (2d) 589 (C.A.), à la p. 593). L'examen des questions mentionnées précédemment doit être fait en tenant pour acquis que l'art. 7 doit être interprété restrictivement et en faveur de «la personne dont les droits sont diminués» (le juge Estey dans *Berardinelli*, à la p. 280). 49

Le tribunal appelé à se prononcer sur le moyen de défense prévu par l'art. 7 de la Loi ou par une disposition analogue peut appliquer la démarche suivante: 50

(1) La partie défenderesse est-elle une autorité publique appartenant à la catégorie des personnes physiques ou entités visées par la protection accordée par le délai de prescription? Même si la plupart des autorités publiques satisfont à cette exigence, l'affaire *Schnurr*, précitée, illustre le genre de problèmes susceptibles de se présenter.

(2) Que faisait l'autorité publique, et dans l'exercice de quel pouvoir ou de quelle fonction? Cette information figure généralement dans les actes de procédure. En l'espèce, l'infor-

tion appears on the face of the Board's resolutions.

(3) Is the power or duty relied on as part of the plaintiff's cause of action properly classified as entailing "a public aspect or connotation" or on the other hand, is it more readily classifiable as "private executive or private administrative . . . or . . . subordinate in nature" (*per* Estey J. in *Berardinelli*, at p. 283)?

(4) Is the activity of the defendant public authority that is the subject matter of the complaint "inherently of a public nature" or is it more of "an internal or operational nature having a predominantly private aspect" (*per* Estey J. in *Berardinelli*, at p. 284 (emphasis deleted))?

(5) Looking at it from the plaintiff's perspective, does the plaintiff's claim or alleged right "correlate" to the exercise by the defendant public authority of a public power or duty or does it relate to the breach of a public duty or does it complain about an activity of a public character, thus classified?

51 If the answer to question five is in the affirmative, the limitation period applies.

5. *Application to the Facts of This Case*

52 There is no doubt that the reorganization of the Separate School Board for Prescott-Russell was an important public initiative. Delivery of an educational program efficiently and at least cost to the taxpayer is a responsibility that the Board owes to all members of the public alike and which the Board intended to further in its Resolutions of April 27, 1992. However, the appellant's claim is not an attack on the Board's reorganization. His alleged injury was created by the Board's in-house implementation of its public reorganization, thereby raising only routine labour relations issues in his claim against the Board as his employer. He does not accept the Board's argument that the downsizing inevitably involved injury to one or other of the superintendents, and that the authority to downsize was therefore authority to inflict such injury. His position is that if the Board had implemation nécessaire se trouve dans les résolutions du Conseil.

(3) Est-ce que le pouvoir ou la fonction invoqué pour fonder en partie la cause d'action du demandeur peut à juste titre être considéré comme ayant «une connotation ou un aspect public» ou comme ayant plutôt une «connotation d'administration ou de gestion privée ou [comme étant de] par [sa] nature même accessoir[e]» (*Berardinelli*, le juge Estey, à la p. 283)?

(4) Est-ce que l'activité de la partie défenderesse qui fait l'objet de la plainte est «de nature essentiellement publique» ou plus «de nature interne ou courante et où le caractère privé prédomine» (*Berardinelli*, le juge Estey, à la p. 284 (italiques omis))?

(5) Du point de vue du demandeur, est-ce que son action ou le droit qu'il invoque peut «être corrélé» avec l'exercice, par la partie défenderesse, d'un pouvoir d'ordre public, se rapporte à un manquement à une fonction d'ordre public, ou reproche une activité à caractère public, compte tenu de la qualification appropriée?

Si la réponse à la question cinq est oui, le délai de prescription s'applique.

5. *Application aux faits de l'espèce*

Il ne fait aucun doute que la réorganisation du Conseil constituait une mesure publique importante. L'exécution efficace d'un programme d'éducation, au plus bas coût pour les contribuables, est une responsabilité qui incombe au Conseil envers le public en général et dont il visait à s'acquitter en adoptant les résolutions du 27 avril 1992. Toutefois, l'action de l'appelant ne se veut pas une attaque contre la réorganisation du Conseil. Le préjudice dont il se plaint a été le fait de la mise en œuvre interne par le Conseil de sa réorganisation publique, de sorte que son action contre ce dernier en tant qu'employeur ne soulève que des problèmes courants de relations de travail. Il n'accepte pas l'argument du Conseil qu'il était inévitable que la réduction de l'effectif causerait préjudice à l'un ou l'autre des surintendants, et que le pouvoir d'abolir des postes emportait celui de causer un tel

mented the downsizing in accordance with its own management policies, in other words, had the Board played according to the rules, *none* of the superintendents would have had any legal basis to complain.

I do not agree, with respect, with Major J.'s comment (at para. 82) that this analysis "deconstruct[s]" a single action into "sub-actions". On the contrary, in my view, the respondent Board should not be permitted to aggregate a number of discrete actions under the umbrella of a generalized appeal to the public interest in order to widen the application of the special limitation period.

The respondent Board is undeniably a public authority entitled, where applicable, to the protection of the Act. It appears from the pleadings that the nub of the complaint is that the Board singled out the appellant as one of two superintendents to be declared redundant, and shifted him to what he regards as lesser work. The appellant claims that he was not given his contractual entitlement to "supervisory and administrative responsibilities as similar as possible to those of his or her previous position" within the meaning of s. 7(2) of Regulation 309. The Board says it met its obligations to him under the contract, the Regulation and the *Education Act*.

Section 7(2) of Regulation 309 provides explicitly for the appellant's rights and entitlements following a declaration of redundancy. It creates a statutory framework for the employment by contract of "supervisory officers", as follows:

(2) Where a board declares the position of a supervisory officer redundant, the board shall,

(a) give the supervisory officer at least three months' notice in writing that the position has been declared redundant;

(b) transfer the supervisory officer to a position for which he or she is qualified, with supervisory and

préjudice. Il est d'avis que si le Conseil avait réduit l'effectif conformément à ses propres politiques de gestion, en d'autres mots si le Conseil avait agi selon les règles, *aucun* surintendant n'aurait eu de raison de se plaindre sur le plan juridique.

Avec égards, je ne partage pas l'avis du juge Major (au par. 82) selon lequel cette analyse a pour effet de «décompos[er]» tout acte en une série d'«éléments». Au contraire, je suis d'avis que l'intimé ne devrait pas être autorisé à regrouper plusieurs actes distincts pour lancer un appel général à l'intérêt public afin d'élargir le champ d'application du délai spécial de prescription. 53

Il est indéniable que l'intimé est une autorité publique qui a droit, dans les cas qui s'y prêtent, à la protection de la Loi. Il ressort des actes de procédure que l'essence de la plainte est la décision du Conseil portant que l'appelant était l'un des deux surintendants dont les postes devaient être déclarés excédentaires, ainsi que l'affectation de ce dernier à des tâches qu'il juge de niveau inférieur. L'appelant soutient que, contrairement aux conditions de son contrat de travail, il n'a pas été affecté à [TRADUCTION] «des tâches administratives et de supervision aussi semblables que possible à celles qu'il remplissait dans le poste précédent» au sens du par. 7(2) du Règlement 309. Le Conseil affirme qu'il s'est acquitté de ses obligations envers l'appelant conformément au contrat, au Règlement et à la *Loi sur l'éducation*. 54

Le paragraphe 7(2) du Règlement 309 indique expressément quels sont les droits de l'appelant si son poste est déclaré excédentaire. Cette disposition crée le cadre législatif applicable au contrat de travail des «agents de supervision»: 55

[TRADUCTION]

(2) Si le Conseil déclare que le poste d'un agent de supervision est excédentaire, il prend les mesures suivantes:

a) il avise, par écrit, l'agent de supervision, au moins trois mois à l'avance, que le poste qu'il occupe a été déclaré excédentaire;

b) il mute l'agent de supervision à un poste pour lequel celui-ci possède les qualités requises et qui com-

administrative responsibilities as similar as possible to those of his or her previous position; and

(c) pay the supervisory officer for at least one year following the date of the transfer with no reduction in his or her rate of salary. [Emphasis added.]

56 I agree with Major J. that the act of downsizing will invariably have both public and private aspects, and that these private aspects cannot remove a clearly public action from the ambit of s. 7 of the Act. However, I do not share his view (at para. 77) of the appellant's submissions in this case. The appellant, I think, is not complaining about "'private aspects' of actions done in execution of public duties". On the contrary, the appellant complains of a decision on his dossier (i.e., being singled out and subsequently assigned to a position for which he was over-qualified) that is distinct, separate, subordinate and incidental to the execution of the School Board's public duty and authority. If the Board had transferred him to a position with supervisory and administrative responsibilities as similar as possible to those of his previous position, the success of the Board's downsizing would not have been affected. Indeed, he states, if the Board had transferred the appellant according to the Board's own rules, no one would have had any legal basis for complaint.

57 My view is that Regulation 309 is a piece of indoor management which, to use Estey J.'s expression in *Berardinelli*, has predominantly a "private connotation". It is a regulatory document that governs the *private* relationship between the Board and its superintendents created by an employment contract. It consists of two parts. The first part sets out a certification procedure including academic and professional qualifications and related provisions governing individuals seeking that type of employment. The second part addresses the transfer and dismissal of such supervisory officers. The contents would not be out of place in an *Employment Standards Act* directed to private employers, or duplicated in the human resources manual of a comparably bureaucratic

prend des tâches administratives et de supervision aussi semblables que possible à celles qu'il remplissait dans le poste précédent;

c) il rémunère l'agent de supervision pendant au moins un an après la date de la mutation, sans réduction de traitement. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge Major que des mesures de réduction de l'effectif auront invraisemblablement des aspects publics et des aspects privés, et que ces derniers aspects ne peuvent soustraire un acte manifestement d'ordre public à l'application de l'art. 7 de la Loi. Je ne partage toutefois pas l'opinion qu'il exprime (au par. 77) en ce qui concerne les prétentions de l'appelant en l'espèce. Selon moi, l'appelant ne s'en prend pas aux «aspects privés d'un acte accompli dans l'exercice de fonctions d'ordre public». Au contraire, il se plaint d'une décision sur son dossier (c.-à-d. le fait qu'on ait choisi son poste et qu'on l'ait ensuite muté à un poste pour lequel il était surqualifié), qui est distincte de l'exercice des pouvoirs et fonctions d'ordre public du Conseil, et qui leur est accessoire ou incidente. Si le Conseil l'avait muté à un poste comportant des tâches administratives et de supervision aussi semblables que possible à celles qu'il remplissait dans son poste précédent, cela n'aurait pas empêché le Conseil de réaliser la réduction de son effectif. De fait, affirme l'appelant, si le Conseil l'avait muté en conformité avec ses propres règles, personne n'aurait eu de raison de se plaindre sur le plan juridique.

Je suis d'avis que le Règlement 309 est un instrument de régie interne qui, pour reprendre l'expression employée par le juge Estey dans *Berardinelli*, a principalement une «connotation privée». Il s'agit d'un texte réglementaire régissant les rapports *privés* entre le Conseil et ses surintendants qui sont créés par le contrat de travail. Le règlement comprend deux parties. La première partie énonce la procédure d'agrément, notamment les exigences en matière de diplômes et de qualification professionnelle, et elle comporte des dispositions régissant la tenue d'examens annuels et fixant une norme de passage, ainsi que des dispositions connexes applicables aux personnes se portant candidates à ce genre de poste. La seconde partie porte sur la mutation et le congédiement des

private corporation. The only reason it appears in the form of a regulation is that we are dealing here with a public sector employer.

I acknowledge that the duties laid on the Board in favour of supervisory personnel are expressed in obligatory terms ("shall") and that some of the earlier cases drew a distinction between mandatory conduct (which was thought to be covered by the limitation) and discretionary activity (which possibly might not be); see, e.g., *Compton v. Council of the County Borough of West Ham*, [1939] Ch. 771, and *McManus v. Bowes*, [1938] 1 K.B. 98 (C.A.). In this case, as in *Berardinelli*, the mandatory nature of the obligation does not save it from being "more of an internal or operational nature having a predominantly private aspect" (p. 284 (underlining added; italics deleted)). The appellant's complaint is that his selection for reassignment was contrary to the Board's own internal rules of seniority because it based its decision on the appellant's seniority as a superintendent rather than on his seniority as a Board employee. Having improperly singled out the appellant, the Board then compounded its fault (the appellant says) by assigning him to a position for which he was over-qualified, and which required him to teach 30 percent of his time instead of being allowed to administer all of his time. With due respect for the contrary view, these actions by the Board were not the inevitable consequence of the decision to downsize its complement of superintendents, and the illustration of back-to-work legislation is not comparable, even supposing such legislation could give rise to litigation. The appellant's basic point is that downsizing in the public interest could and ought to have been implemented without actionable wrong to any of the employees. I am aware that in *Riddle*, *supra*, the majority distinguished between contract problems with teachers and the "more mundane function of providing maintenance staff" (*per* Hinkson J.A., at p. 228), but in either case, it seems to me, the teaching of *Berardinelli*, *supra*, is

agents de supervision. Son contenu pourrait figurer dans une loi relative aux normes d'emploi visant les employeurs du secteur privé ou être reprise dans le guide des ressources humaines d'une société privée bureaucratisée. La seule raison pour laquelle ce document prend la forme d'un règlement est qu'il s'adresse à un employeur du secteur public.

Je reconnais que les obligations faites au Conseil à l'égard du personnel de supervision sont énoncées en langage impératif (au moyen du présent de l'indicatif) et que, dans certaines décisions antérieures, on a établi une distinction entre les activités obligatoires (qui ont été considérées visées par le délai de prescription) et les activités discrétionnaires (qui pourraient ne pas l'être); voir, par exemple, *Compton c. Council of the County Borough of West Ham*, [1939] Ch. 771, et *McManus c. Bowes*, [1938] 1 K.B. 98 (C.A.). Dans le présent cas, tout comme dans l'affaire *Berardinelli*, la nature impérative de l'obligation ne l'empêche pas de relever des activités qui sont «plus de nature interne ou courante et où le caractère privé prédomine» (p. 284 (je souligne; italiques omis)). L'appelant reproche au Conseil d'avoir enfreint ses propres règles en matière d'ancienneté lorsqu'il a décidé de le réaffecter, parce qu'il a fondé cette décision sur son ancienneté en tant que surintendant plutôt qu'à titre d'employé du Conseil. L'ayant à tort choisi aux fins de réduction de l'effectif, le Conseil a exacerbé cette erreur (d'affirmer l'appelant) en l'affectant à un poste pour lequel il était surqualifié et qui exigeait qu'il consacre 30 pour 100 de son temps à l'enseignement, au lieu de lui permettre de consacrer tout son temps à l'administration. Avec égards pour l'opinion contraire, ces actes du Conseil n'étaient pas la conséquence inévitable de la décision de réduire l'effectif de surintendants, et l'exemple de la loi de retour au travail n'est pas comparable, même en supposant qu'une telle loi pourrait donner lieu à des poursuites. L'argument fondamental de l'appelant est que la réduction de l'effectif accomplie dans l'intérêt du public aurait pu et aurait dû être réalisée sans causer à quelque employé que ce soit de préjudice donnant ouverture à poursuite civile. Je suis conscient que, dans l'arrêt *Riddle*, précité,

58

to avoid subjecting such routine problems of management and mundane labour relations to a double limitation standard depending on whether they happen to arise with a private employer or a public employer.

59 I conclude, therefore, that the six-month limitation period does not apply and that the appellant's action may proceed. In light of this conclusion, it is not necessary to address the appellant's alternative contentions that his cause of action is of a recurring or continuing nature that brings him within the six-month bar (because he continues to occupy a position not commensurate with his talents and experience), or that his pleading of bad faith against the Board and its Trustees and Director of Education prevents the Court from determining, as a preliminary question of law, the application of the limitation period in his case. I should only add that the order of the motions judge striking out the action against the individual respondents was not the subject of an appeal to this Court.

VI. Disposition

60 The appeal is therefore allowed with costs, the order of the Ontario Court of Appeal is set aside, and the order of the motions judge dated November 25, 1993, ruling inapplicable s. 7 of the Act is reinstated permitting the action to proceed in the ordinary way against the Board.

The following are the reasons delivered by

61 MAJOR J. (dissenting) — The appellant, Florent Des Champs, appeals from a decision of the Ontario Court of Appeal declaring his lawsuit against the respondent School Board time-barred under s. 7(1) of the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38 (the "Act"). Because

les juges majoritaires ont établi une distinction entre les problèmes contractuels avec les enseignants et la [TRADUCTION] «tâche plus courante d'assurer la présence de personnel d'entretien» (le juge Hinkson, à la p. 228). Toutefois, il me semble que, dans l'un ou l'autre cas, l'arrêt *Berardinelli*, précité, nous enseigne qu'il faut éviter d'appliquer à de tels problèmes courants de gestion et de relations de travail des délais de prescription différents selon que l'employeur concerné appartient au secteur privé ou au secteur public.

Par conséquent, je conclus que le délai de prescription de six mois ne s'applique pas et que l'action de l'appelant peut suivre son cours. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire que j'examine les autres prétentions de l'appelant, savoir que, comme sa cause d'action est de nature récurrente ou continue, il respecte le délai de six mois (parce qu'il continue d'occuper un poste ne correspondant pas à son talent et à son expérience), ou encore que son allégation de mauvaise foi visant le Conseil, les conseillers et le directeur de l'éducation empêche la Cour de trancher la question de droit préliminaire consistant à déterminer si le délai de prescription s'applique en l'espèce. J'ajouterais seulement que l'ordonnance du juge des requêtes radiant l'action contre les défendeurs désignés nommément ne faisait pas l'objet d'un pourvoi devant notre Cour.

VI. Le dispositif

Le pourvoi est donc accueilli avec dépens, l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario est infirmée et l'ordonnance du juge des requêtes datée du 25 novembre 1993 déclarant inapplicable l'art. 7 de la Loi est rétablie, de sorte que l'action peut suivre son cours contre le Conseil selon la procédure ordinaire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — L'appelant, Florent Des Champs, interjette appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario qui a déclaré son action contre le Conseil scolaire intimé (le «Conseil») prescrite en vertu du par. 7(1) de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions*

I conclude that this lawsuit arises out of an action by the Board in direct execution of its public authority, I believe the Court of Appeal was correct in applying the Act. I respectfully disagree with the reasons of Binnie J. and would dismiss the appeal.

d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38 (la «Loi»). Comme j'arrive à la conclusion que l'action fait suite à une mesure prise par le Conseil directement dans l'exercice d'un pouvoir d'ordre public, j'estime que la Cour d'appel a eu raison d'appliquer la Loi. Avec égards, je suis en désaccord avec les motifs du juge Binnie et je rejetterais le pourvoi.

In July 1989, the appellant was appointed a superintendent of the Board. Three years later, his position was downsized pursuant to a reorganization of the Board's duties. The downsizing was effected by two Board resolutions passed consecutively on April 27, 1992, which read in relevant part as follows:

62 En juillet 1989, l'appelant est nommé à un poste de surintendant au sein du Conseil. Trois ans plus tard, son poste est déclaré excédentaire dans le cadre de la réorganisation des fonctions du Conseil. Cette mesure fait l'objet de deux résolutions adoptées consécutivement le 27 avril 1992 et dont voici les extraits pertinents:

RESOLUTION NO. 104:

[TRANSLATION] That following the approval of the Minister of Education and pursuant to the provisions of Regulation 276, the educational authority of the French language Roman Catholic separate schools of Prescott-Russell declare two superintendent positions redundant.

RÉSOLUTION nº 104:

Que suite à l'approbation du ministre de l'Éducation et selon les dispositions du règlement 276, le Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell déclare deux (2) postes d'agent de supervision excédentaires.

RESOLUTION NO. 105:

[TRANSLATION] That following the approval of the Minister of Education and pursuant to the provisions of Regulation 276, the French Language Roman Catholic Separate School Board of Prescott-Russell transfer superintendents Rhéal M. Bazinet and Florent Y. Des Champs to positions for which they are qualified with administrative and supervisory responsibilities as similar as possible to those of their previous positions.

RÉSOLUTION nº 105:

Que, suite à l'approbation du ministre de l'Éducation et selon les dispositions du règlement 276, le Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell mute MM. Rhéal M. Bazinet et Florent Y. Des Champs, agents de supervision, à un poste pour lequel ils possèdent les qualités requises qui comprend des tâches administratives et de supervision aussi semblables que possible à celles qu'ils remplissaient dans le poste précédent.

The appellant was given a position as a school principal, a transfer that he maintains violated R.R.O. 1990, Reg. 309 ("Regulation 309"), promulgated under Ontario's *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2. Section 7 of Regulation 309 states:

63 L'appelant est muté à un poste de directeur d'école, mutation qu'il considère contraire au Règlement 309, R.R.O. 1990 (le «Règlement 309»), pris en vertu de la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. E.2. Voici les passages pertinents de l'art. 7 du Règlement 309:

[TRADUCTION]

7. — (1) In this section, "redundant" in respect of the position of a supervisory officer means no longer required to be filled by reason of,

7. — (1) Pour l'application du présent article, le terme «excédentaire», en ce qui concerne le poste d'un agent de supervision, signifie que ce poste n'a plus besoin d'être pourvu pour l'une des raisons suivantes:

(a) the implementation by a board of a long range organizational plan of operation in respect of schools or of supervisory services that eliminates the position or merges it with another position;

. . .

(2) Where a board declares the position of a supervisory officer redundant, the board shall,

(a) give the supervisory officer at least three months' notice in writing that the position has been declared redundant;

(b) transfer the supervisory officer to a position for which he or she is qualified, with supervisory and administrative responsibilities as similar as possible to those of his or her previous position; and

(c) pay the supervisory officer for at least one year following the date of the transfer with no reduction in his or her rate of salary.

64 The appellant sued the Board, its individual trustees, and the Director of Education. The defendants sought to have the appellant's action dismissed based on s. 7(1) of the Act, which provides as follows:

No action, prosecution or other proceeding lies or shall be instituted against any person for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority, or in respect of any alleged neglect or default in the execution of any such duty or authority, unless it is commenced within six months next after the cause of action arose, or, in case of continuance of injury or damage, within six months after the ceasing thereof.

The motions judge denied the motion to dismiss as to the Board, finding that the special limitations period did not apply. However, the motions judge struck out the suit against the individual defendants on other grounds: (1993), 16 O.R. (3d) 278. The Court of Appeal allowed the Board's appeal, holding that the Act applied. Since the appellant had not commenced his lawsuit within six months of the conduct complained of, the Court of Appeal dismissed the action: [1997] O.J. No. 125 (QL).

a) la mise en œuvre par le conseil d'un plan de réorganisation à long terme du fonctionnement des écoles ou des services de supervision, qui a pour effet d'éliminer ce poste ou de le fusionner avec un autre;

. . .

(2) Si le conseil déclare que le poste d'un agent de supervision est excédentaire, il prend les mesures suivantes:

a) il avise, par écrit, l'agent de supervision, au moins trois mois à l'avance, que le poste qu'il occupe a été déclaré excédentaire;

b) il mute l'agent de supervision à un poste pour lequel celui-ci possède les qualités requises et qui comprend des tâches administratives et de supervision aussi semblables que possible à celles qu'il remplissait dans le poste précédent;

c) il rémunère l'agent de supervision pendant au moins un an après la date de la mutation, sans réduction de traitement.

L'appelant intente une poursuite contre le Conseil, les conseillers individuellement et le directeur de l'éducation. Les intimés demandent le rejet de l'action en invoquant le par. 7(1) de la Loi, qui est rédigé ainsi:

Nulle action, poursuite ou autre instance n'est recevable contre quiconque pour un acte accompli dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public, ou pour cause de négligence ou de manquement dans l'exercice de cette fonction ou de ce pouvoir, si elle n'est pas introduite dans les six mois suivant immédiatement le moment où la cause d'action a pris naissance ou, dans le cas où le préjudice s'est poursuivi pendant une certaine période, dans les six mois de la cessation du préjudice.

Le juge des requêtes refuse de rejeter l'action intentée contre le Conseil, concluant que le délai spécial de prescription n'est pas applicable. Toutefois, il radie, pour d'autres motifs, l'action visant les défendeurs individuellement: (1993), 16 O.R. (3d) 278. La Cour d'appel accueille l'appel du Conseil et statue que la Loi s'applique. Comme l'appelant n'a pas intenté son action dans les six mois de l'acte reproché, la Cour d'appel rejette l'action: [1997] O.J. No. 125 (QL).

I. Purpose and Construction of the Act

Public bodies engage in numerous commercial and contractual activities in which they are frequently indistinguishable from private corporations. Government can be employers, merchants, landlords, bailees and common carriers, and their conduct in these capacities can give rise to a variety of private causes of action. In this context, it seems unnecessary, even unfair, to accord public bodies special protection from private lawsuits. Yet this is precisely the purpose of certain Canadian statutes, including s. 7(1) of Ontario's Act.

The wisdom and necessity of s. 7(1)'s statute of limitations may be debatable, nonetheless, it is a statute of Ontario that must be applied to any action intended by the legislature to fall within the categories enumerated in the statute. The Province of Ontario has chosen to distinguish between a plaintiff's rights against a public body and rights against a private body, notwithstanding that the activities engaged in and the damages caused may be the same.

This legislation is unpopular and may produce unfair results. Its repeal was sought by the Ontario Law Reform Commission as early as 1969. (See Ontario Law Reform Commission, *Report of the Ontario Law Reform Commission on Limitation of Actions* (1969)). Their efforts have failed. As long as the legislation remains, courts are obliged to apply it. It is obvious that this legislation has produced and will continue to produce awkward and dubious distinctions. If the legislature wishes to retain some degree of protection for public authorities, it should clarify the law to prevent the strained interpretations that result under the statute in its current form.

The purpose of this type of limitation statute was summed up in *Bradford Corp. v. Myers*, [1916] 1 A.C. 242 (H.L.), *per* Lord Shaw of

I. L'objet et l'interprétation de la Loi

65 Les organismes publics exercent de nombreuses activités commerciales et contractuelles dans le cadre desquelles il est fréquemment impossible de les distinguer des entreprises privées. En effet, un gouvernement peut agir comme employeur, commerçant, locateur, dépositaire ou transporteur public, et les actes qu'il accomplit en ces diverses capacités peuvent faire naître une variété de causes d'action privées. Dans ce contexte, il paraît inutile, voire injuste, d'accorder aux organismes publics une protection spéciale contre les poursuites privées. Pourtant, c'est précisément l'objet de certaines mesures législatives au Canada, notamment le par. 7(1) de la Loi ontarienne en cause.

66 La sagesse et la nécessité du délai de prescription prévu au par. 7(1) sont peut-être discutables, mais cette disposition n'en demeure pas moins une loi de l'Ontario qui doit être appliquée à toute action que le législateur a entendu inclure dans les catégories énumérées dans ce texte. La province d'Ontario a choisi d'établir une distinction entre les droits qu'a un demandeur contre un organisme public et ceux qu'il aurait contre une organisation privée, malgré le fait que les activités exercées et les préjudices subis puissent être les mêmes.

67 Ce texte de loi est impopulaire et peut engendrer des résultats injustes. Dès 1969, la Commission de réforme du droit de l'Ontario recommandait son abrogation. (Voir le document de la Commission de réforme du droit de l'Ontario intitulé *Report of the Ontario Law Reform Commission on Limitation of Actions* (1969)). Ces efforts ont été vains. Tant que la Loi existe, les tribunaux sont tenus de l'appliquer. Il est évident que son application a engendré et continuera d'engendrer des distinctions inopportunes, au bien-fondé douteux. Si le législateur désire continuer d'accorder une certaine protection aux autorités publiques, il devrait clarifier le droit pour éviter les interprétations difficiles auxquelles donne lieu le texte de loi dans sa forme actuelle.

68 L'objet de ce type de loi établissant un délai de prescription a été résumé comme suit dans l'arrêt *Bradford Corp. c. Myers*, [1916] 1 A.C. 242

Dunfermline, at p. 260: it "allows a safer periodical budget, prevents one generation of ratepayers from being saddled with the obligations of another, and secures steadiness in municipal and local accounting".

(H.L.), par lord Shaw of Dunfermline, à la p. 260: elle [TRADUCTION] «permet l'établissement d'un budget périodique plus certain, elle empêche qu'une génération de contribuables se voit refiler les obligations contractées par une autre et elle assure la stabilité de la comptabilité municipale et locale».

69 Another apparent purpose is the desire to exempt newly elected governments from lawsuits flowing from the conduct of prior administrations. Section 7(1) of the Act is the mechanism for implementing this: it allows public bodies to consider themselves free of potential lawsuits after six months, a shorter statute of limitations than the usual six years for breach of contract suits between private parties.

Un autre objet apparent est le désir de soustraire les administrations nouvellement élues aux poursuites découlant des actes de l'administration précédente. Le paragraphe 7(1) de la Loi est le moyen retenu pour atteindre cet objectif. Cette disposition permet aux organismes publics de se considérer à l'abri des poursuites après six mois, délai de prescription plus court que le délai habituel de six ans applicable en cas de rupture de contrat entre parties privées.

70 As the limitation provision of the Act restricts the rights of persons seeking redress from the actions of public bodies, courts have been careful to give it a narrow application. Despite s. 7(1)'s purported application to "any person for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority" (emphasis added), similar predecessor statutes have been interpreted as applying only to constituted public bodies, not private persons acting under a public mandate. See *Myers*, *supra*, at p. 247.

Comme la disposition de la Loi qui établit le délai de prescription limite le droit de demander réparation pour les actes des organismes publics, les tribunaux ont pris soin de l'appliquer strictement. Bien que le par. 7(1) soit censé s'appliquer à «quiconque pour un acte accompli dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public» (je souligne), des mesures législatives analogues ont été interprétées comme ne s'appliquant qu'aux organismes publics et non aux personnes privées agissant en vertu d'un mandat public. Voir l'arrêt *Myers*, précité, à la p. 247.

71 There has also been a judicial narrowing of the statute in interpreting what kinds of acts are "done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority". On its face, this provision is broad and could plausibly encompass any action performed by a public authority, provided it was within the authority's properly authorized powers. However, its scope has been narrowed to apply only to acts performed in direct execution of the authority's public purpose. Acts that are "incidental" to the public purpose are held to be outside the protection of the

Les tribunaux ont en outre restreint le champ d'application du texte de loi en interprétant quels sont les types d'actes susceptibles d'être «accompli[s] dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public». Selon son libellé, cette disposition a une large portée et pourrait vraisemblablement englober tout acte accompli par une autorité publique, pourvu que cet acte ressortisse aux pouvoirs dont celle-ci est dûment investie. Cependant, le champ d'application du texte de loi a été restreint aux actes accomplis directement dans l'exécution de la mission publique de l'autorité concernée. On considère que les actes «accessoires» à cette mission ne bénéficient pas de la protection du

statute and, therefore, subject to the normal statute of limitations.

As expected, determining which actions are "directly" related to executing a public authority's duties and which are "incidental" requires careful line-drawing. In some incidents, the conduct complained of is so far removed from the public authority's mandate that there is no need to delineate the distinction with any great precision. That is not the case here.

II. "Direct" or "Incidental"?

The narrow question for decision is whether a school board's decision to declare a school superintendent's position redundant was an action taken in direct execution of the school board's public purpose.

The starting point is the uncontested fact that the act of downsizing itself is clearly public in nature. The appellant properly conceded this and I do not see how it could be denied. A school board's primary duty is to provide educational services in an efficient and economic manner. The Ontario government's decision to reorganize the Board's duties by reducing the number of schools under its supervision and the Board's consequent decision to downsize its supervisory personnel are clearly in direct pursuit of this objective.

The appellant sought to distinguish between downsizing in general and "downsizing" the appellant in particular. It was submitted that, since the appellant has no quarrel with the public decision to downsize Board superintendents, he is not attacking a public act of the School Board. He submits that the downsizing has a private aspect, and it is that aspect that affects him in his personal capacity as an employee: namely, the particular choice that he would be one person whose position was abolished.

I agree that the act of downsizing can have both a public and a private aspect and that the appel-

texte de loi et sont donc assujettis au délai de prescription ordinaire.

72 Comme on peut le deviner, il faut délimiter avec soin les actes qui sont «directement» liés à l'exercice des fonctions d'une autorité publique et ceux qui y sont «accessoires». Dans certains cas, l'acte reproché est à ce point étranger à la mission de l'autorité publique qu'il n'est pas nécessaire d'établir la distinction avec grande précision. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce.

II. Mesure «directe» ou «accessoire»?

73 Il s'agit essentiellement de déterminer si la décision du Conseil de déclarer excédentaire un poste de surintendant était un acte accompli directement dans l'exécution de sa mission publique.

74 Le point de départ de l'analyse est le fait incontesté que la réduction de l'effectif est clairement un acte de nature publique. L'appelant l'a à juste titre reconnu, et je ne vois pas comment on pourrait le nier. La fonction première d'un conseil scolaire est de pourvoir à la prestation de services éducatifs de manière efficace et économique. La décision du gouvernement ontarien de réorganiser les fonctions du Conseil en réduisant le nombre d'écoles relevant de son autorité ainsi que la décision subséquente du Conseil de réduire son personnel de supervision sont clairement des décisions qui tendent directement à la réalisation de cet objectif.

75 L'appelant a tenté d'établir une distinction entre la réduction de l'effectif en général et l'abolition de son poste en particulier. On a plaidé que, comme l'appelant ne conteste pas la décision de nature publique de réduire le nombre de surintendants du Conseil, il ne conteste pas un acte de nature publique du Conseil scolaire. Il soutient que la réduction de l'effectif a un aspect privé et que c'est cet aspect qui le touche personnellement en sa qualité d'employé, c'est-à-dire la décision portant qu'il serait un de ceux dont le poste serait aboli.

76 Je conviens que l'acte de réduction de l'effectif peut revêtir à la fois un aspect public et un aspect

lant's lawsuit arises out of the private aspect. However, that is true of most suits against public authorities. In order to have standing to sue, a plaintiff must show some kind of injury against his personal interest. Lord Wright stated the matter aptly in *Griffiths v. Smith*, [1941] A.C. 170 (H.L.), at pp. 192-93:

> Mr. Clothier [for the plaintiff] has, however, contended that . . . this was not a default in the execution of a public duty or authority, but simply a breach of a private duty, owed to a private person, . . . arising out of a private transaction, namely, the invitation to attend the display. But this argument would apply, if sound, to almost all, if not all cases, in which the Public Authorities Protection Act is in practice invoked. The plaintiff in such cases is a private litigant, complaining of a wrong done to him in his private capacity. But though the wrong is in this sense private, the question is whether it was committed by the defendant in the execution or intended execution of a public duty or authority. [Emphasis added.]

77 The fact that a public action has a private aspect does not remove it from the application of s. 7(1) of the Act. Section 7(1) prevents the institution after six months of any action "for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority" (emphasis added). There is no basis to carve out an exception for lawsuits based on the "private aspects" of actions done in execution of public duties. See *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, *per* Estey J., at p. 284:

> The effect of construing [s. 7] in this manner is to segregate the actions which the respondent might undertake in the course of exercising the powers and duties under . . . its parent statute into two categories, the one being those actions which entail a public aspect or are inherently of a public nature and the other being a category of activities, including managerial, which are more of an *internal or operational nature having a predominantly private aspect.* [Underlining added; italics in original.]

privé et que la poursuite de l'appelant découle d'un aspect privé. Toutefois, c'est le cas de la plupart des actions intentées contre des autorités publiques. Pour se voir reconnaître qualité pour agir, un demandeur doit établir qu'il a subi un certain préjudice touchant ses intérêts personnels. Dans *Griffiths c. Smith*, [1941] A.C. 170 (H.L.), lord Wright a bien exposé ce principe, aux pp. 192 et 193:

> [TRADUCTION] Monsieur Clothier [pour la partie demanderesse] a cependant fait valoir [. . .] qu'il ne s'agissait pas d'un manquement dans l'exécution d'une fonction ou d'un pouvoir de nature publique, mais simplement d'un manquement à un devoir de nature privée envers une personne privée, [. . .] découlant d'un acte privé, savoir l'invitation à visiter l'exposition. Toutefois, s'il était fondé, cet argument s'appliquerait à presque toutes, sinon toutes les affaires où la Public Authorities Protection Act est invoquée dans les faits. Dans ces affaires, le demandeur est une personne privée qui intente une action pour le préjudice qui lui a été infligé à titre personnel. Bien que, à cet égard, le préjudice revête un caractère privé, la question est de savoir s'il a été infligé par la partie défenderesse dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir d'ordre public. [Je souligne.]

Le fait qu'un acte de nature publique comporte un aspect privé ne le soustrait pas à l'application du par. 7(1) de la Loi. Cette disposition interdit que soit intentée, après l'expiration d'un délai de six mois, toute action visant «un acte accompli dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public» (je souligne). Rien ne justifie d'établir une exception à l'égard des poursuites fondées sur les «aspects privés» d'un acte accompli dans l'exercice de fonctions d'ordre public. Voir l'arrêt *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275, le juge Estey, à la p. 284:

> Cette interprétation de l'art. 11 [maintenant l'art. 7] a pour effet de séparer en deux catégories les actes que l'intimée peut accomplir en exécution de ses pouvoirs et devoirs en vertu [. . .] de sa loi constitutive; il s'agit d'une part des actes à caractère public ou de nature essentiellement publique et d'autre part d'une catégorie d'activités, dont celles de gestion, qui sont plus *de nature interne ou courante et où le caractère privé prédomine.* [Je souligne; en italique dans l'original.]

The reason for focusing on the public authority's action, rather than on the aspect of the action implicated by the lawsuit, is self-evident. The statute's purpose is to allow public authorities to plan their budgets and activities in the expectation that no lawsuits will arise more than six months after an action taken in execution of a public duty or power. If the statute only applied to the "public aspects" of such an action, a suit could always be raised years later if it was based on a private litigant's private interests. The statute would then be a dead letter, insufficient to fulfill its obvious purpose of giving public authorities earlier repose from the threat of lawsuits arising from actions taken in direct execution of a public duty or power.

La raison pour laquelle il convient de mettre l'accent sur l'acte de l'autorité publique plutôt que sur l'aspect de l'acte visé par les poursuites est évidente. La Loi a pour objet de permettre aux autorités publiques d'établir leurs budgets et de planifier leurs activités en tenant pour acquis qu'aucune poursuite ne sera intentée contre elles plus de six mois après qu'un acte a été accompli dans l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir d'ordre public. Si la Loi ne s'appliquait qu'aux «aspects publics» d'un tel acte, une poursuite fondée sur les droits personnels du plaideur pourrait toujours être intentée plusieurs années plus tard. La Loi serait alors sans effet, car elle ne permettrait pas la réalisation de son objet manifeste, qui est d'éliminer rapidement les possibilités de poursuites fondées sur des actes accomplis par des autorités publiques directement dans l'exercice d'un pouvoir ou d'une fonction d'ordre public. 78

Binnie J. correctly identifies this analysis in paras. 35 to 39 of his reasons. Generally speaking, I have no quarrel with his summary of the test in these paragraphs. However, I respectfully disagree with his application of the test to the case at bar.

Le juge Binnie décrit bien cette analyse aux par. 35 à 39 de ses motifs. De façon générale, je n'ai rien à redire en ce qui concerne le résumé qu'il fait du test à ces paragraphes. Toutefois, je ne suis pas d'accord avec son application de ce test en l'espèce. 79

Binnie J. concludes that the decision to "downsize" the appellant by changing his employment was in fact a separate act from the decision to downsize a superintendent in general. While the decision to downsize in itself was in direct execution of a public duty or authority, the particular implementation of that decision is, according to Binnie J., "subordinate and incidental" to that public duty.

Le juge Binnie conclut que la décision d'«abolir le poste» de l'appelant et de le muter à d'autres fonctions constituait en fait un acte distinct de la décision de supprimer un poste de surintendant en général. Bien que la décision de réduire l'effectif comme telle a été prise directement dans l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir d'ordre public, les mesures particulières de mise en œuvre de cette décision sont, selon le juge Binnie, «accessoires ou incidentes» à cette fonction d'ordre public. 80

I do not agree. There is no meaningful distinction between the action of downsizing and the action of "downsizing" a particular individual. The action does not exist until the action's object has been specified. The Board cannot downsize in the air. The Board performed the downsizing and the transfers of the superintendents to their new positions at a single Board meeting on April 27, 1992. Resolution 104 declared two unspecified positions redundant, and Resolution 105 operated to transfer the appellant and a colleague to different positions.

Je ne suis pas d'accord. Il n'existe pas de distinction significative entre l'action de réduire l'effectif et l'action d'«abolir le poste» d'une personne en particulier. L'action n'existe qu'à partir du moment où son objet est déterminé. Le Conseil ne peut réduire l'effectif dans l'abstrait. Le Conseil a procédé à l'abolition de certains postes de surintendant et à la mutation de leurs titulaires à de nouvelles fonctions à l'occasion de sa réunion du 27 avril 1992. La résolution nº 104 déclarait excédentaires deux postes sans préciser lesquels, alors que 81

Resolution 104, as worded, could not have had any effect without Resolution 105, which identified the particular individuals whose positions were declared redundant. The two resolutions effectively performed the single action attacked by the appellant: his transference from his abolished position to a new, allegedly unsatisfactory position.

la résolution nº 105 indiquait que l'appelant et un collègue étaient mutés à d'autres postes. Compte tenu de son libellé, la résolution nº 104 n'aurait pu avoir aucun effet sans la résolution nº 105, qui précisait l'identité des personnes dont les postes étaient déclarés excédentaires. Les deux résolutions ont accompli dans les faits l'acte contesté par l'appelant, savoir sa mutation de son ancien poste, désormais aboli, à de nouvelles fonctions qu'il considère insatisfaisantes.

82 The distinction advanced by Binnie J. would, in my opinion, allow any action, however clearly public, to be deconstructed into a series of subactions, with the portion of the activity affecting the plaintiff being described as an "in-house implementation" or a "minor or minuscule" function. For instance, in *Griffiths*, *supra*, a parent was injured while attending an exhibition of her child's schoolwork when the schoolhouse floor gave way. Viscount Maugham of the House of Lords held, at p. 187, that such an exhibition was part of the function of running a school, and consequently "a thing done in direct discharge of a public duty, namely, that of carrying on the school to the best advantage". Under the analysis proposed by Binnie J., one could distinguish between the general act of holding an exhibition, which is public, and the specific action of holding it on the structurally unsound upper floor of the building, which can be labeled a mere private implementation, a matter of logistics and administration of property.

À mon avis, la distinction proposée par le juge Binnie aurait pour effet de permettre que tout acte, même s'il s'agit clairement d'un acte de nature publique, puisse être décomposé en une série d'éléments et que l'aspect de l'activité qui touche le demandeur soit qualifié de mesure de «mise en œuvre interne» ou de fonction «tout à fait mineure». Par exemple, dans l'affaire *Griffiths*, précitée, une mère qui visitait l'exposition des travaux scolaires de son enfant s'est blessée lorsque le plancher de la pièce où elle se trouvait a cédé. Le vicomte Maugham de la Chambre des lords a conclu, à la p. 187, que la tenue d'une telle exposition faisait partie des activités inhérentes au fonctionnement d'une école et constituait, par conséquent, [TRADUCTION] «un acte accompli directement dans l'exécution d'une fonction publique, soit celle de veiller au bon fonctionnement de l'école». Suivant l'analyse proposée par le juge Binnie, il serait possible de distinguer entre l'acte général qui consiste à organiser une exposition, acte de nature publique, et l'acte précis qui consiste à tenir cette exposition dans un immeuble, à un étage supérieur dont la charpente n'est pas suffisamment solide, lequel acte peut être qualifié de simple mesure de mise en œuvre d'ordre privé, de question de logistique et d'administration immobilière.

83 The notion that a specific implementation of a public act should be considered a separate "private" act exempt from the shorter limitation period was, in my view, answered by Lord Porter's reasons in *Griffiths*, *supra*, at p. 207:

L'argument voulant qu'une mesure particulière de mise en œuvre d'un acte public doive être considérée comme un acte distinct «de nature privée» échappant à l'application du délai de prescription plus court a, selon moi, été rejeté dans les motifs de lord Porter dans l'affaire *Griffiths*, précitée, à la p. 207:

But, say the appellants, . . . the managers [of the school] were under no duty to carry out their work in the way they chose — there was no need to hold a display or invite parents to attend it. Again, I think this immaterial. As Scrutton L.J. said in *Edwards* v. *Metropolitan Water Board* [[1922] 1 K.B. 291, at p. 306]: "Nor does it matter that the duty could have been carried out in another way". . . . If the argument were sound the Public Authorities Protection Act would be of little use, since, I imagine, in most cases there are at least two ways of performing a duty and it might be said that the alternative to that actually chosen could have been adopted.

[TRADUCTION] Toutefois, supposons que les appelants, [. . .] les administrateurs [de l'école] n'étaient aucunement tenus d'exercer leurs fonctions comme ils ont choisi de le faire — qu'il n'existait aucune obligation d'organiser une exposition ou d'inviter les parents à la visiter. Encore une fois, je crois que ce n'est pas pertinent. Comme l'a dit le lord juge Scrutton dans *Edwards* c. *Metropolitan Water Board* [[1922] 1 K.B. 291, à la p. 306]: «Le fait que la fonction aurait pu être exercée d'une autre manière est également sans importance» [. . .] Si cet argument était fondé, la Public Authorities Protection Act aurait peu d'utilité, car j'imagine que, dans la plupart des cas, il y a au moins deux façons de s'acquitter d'une fonction, et on pourrait prétendre que la solution de rechange à la solution choisie aurait pu être retenue.

Consequently, Binnie J.'s observation that the appellant's misfortune was not the "inevitable consequence of the decision to downsize" (at para. 58) is irrelevant. The fact that the Board could have acted such that "no one would have had any legal basis for complaint" (para. 56), does not change the fact that the action was in the direct execution of a public authority. Consequently I do not think the fact that the School Board chose the appellant, rather than a colleague, strips the downsizing action of its public nature.

Par conséquent, l'observation du juge Binnie (au par. 58) selon laquelle l'infortune de l'appelant n'était pas «la conséquence inévitable de la décision de réduire l'effectif» n'est pas pertinente. Le fait que le Conseil aurait pu agir de telle sorte que «personne n'aurait eu de raison de se plaindre sur le plan juridique» (par. 56) ne change rien au fait que l'acte en cause a été accompli directement dans l'exercice d'un pouvoir d'ordre public. En conséquence, je ne crois pas que le fait que le Conseil scolaire ait choisi d'abolir le poste de l'appelant plutôt que celui d'un collègue enlève à l'acte de réduction de l'effectif sa nature publique.

I also disagree with Binnie J.'s suggestion (at paras. 52 and 58) that "routine problems" of management and "mundane" labour relations are categorically of a "private" nature. *Berardinelli*, *supra*, is certainly no authority for this proposition; that case involved a lawsuit by a pedestrian who slipped on ice or snow on the premises of a public housing development. It is a large step from snow removal to "management and labour relations", which can include a wide array of governmental actions. In particular, if a downsizing can be called a "routine" matter, it is hard to see why labour strikes are not equally "routine", since most private and public employers must confront them. Can the ending of a government employees' strike through the passage of back-to-work legislation

84 Je ne suis pas non plus d'accord avec l'affirmation du juge Binnie (aux par. 52 et 58) que des «problèmes courants de gestion et de relations de travail» sont nettement de nature «privée». L'arrêt *Berardinelli*, précité, n'étaye certes pas cette affirmation. Il était question, dans cette affaire, d'une poursuite intentée par un piéton qui avait fait une chute sur de la glace ou de la neige en passant sur les terrains d'un ensemble résidentiel public. Il y a une grande différence entre l'enlèvement de la neige et la «gestion et les relations de travail», activités qui peuvent donner lieu à un large éventail de mesures gouvernementales. Plus particulièrement, s'il est possible d'affirmer qu'une réduction de l'effectif est un simple problème «courant», il est difficile de voir pourquoi on ne pourrait qualifier de la sorte les grèves, puisqu'il s'agit d'une situation à laquelle la plupart des employeurs du secteur public et du secteur privé doivent faire face.

really be called "private"? If it can, not much remains of the limitation provision.

Peut-on vraiment qualifier d'acte de nature «privée» l'adoption d'une loi de retour au travail pour mettre fin à une grève d'employés de l'État? Si oui, il ne reste pas grand-chose de la disposition établissant le délai de prescription.

85 Finally, I do not think the concern regarding a "double limitation standard" arises in this case. Estey J.'s judgment in *Berardinelli*, *supra*, at p. 280, points out that a problematic double standard arises only in a very specific context:

Enfin, je ne crois pas que la présente espèce soulève de problème de «double délai de prescription». Dans ses motifs dans l'arrêt *Berardinelli*, précité, à la p. 280, le juge Estey souligne qu'un tel problème ne se présente que dans un contexte très précis:

> The imposition of this limitation period for this special class would have the direct result of producing two categories of housing units in the community; the one operated by persons having a statutory mandate to which a six month limitation period would extend; and the other operated by a person without statutory authority to which the general limitation period would apply. Of course both housing projects would appear identical in fact to the attending public whose rights are directly affected by the distinction. [Emphasis added.]

> L'imposition de cette prescription à cette classe spéciale aurait pour effet direct de créer deux catégories de logements: les logements exploités par des personnes mandatées par la Loi et protégées par la prescription de six mois et les logements exploités par des personnes sans pouvoirs conférés par la loi et à l'égard desquelles la prescription générale s'appliquerait. Bien évidemment, les membres du public dont les droits sont directement atteints par la distinction ne pourront voir de différence entre les deux sortes de complexes d'habitation. [Je souligne.]

The problem of the double limitation standard arises where a private litigant could not anticipate that his or her rights against the public authority are different from the rights enjoyed against an indistinguishably similar private body. Estey J. re-emphasized the factor of similarity at p. 284, where he stated that applying the shorter limitations period would "create different conditions of owner liability for two apparently similar housing facilities" (emphasis added).

Le problème du double délai de prescription se pose lorsqu'un plaideur privé ne pouvait pas prévoir que ses droits vis-à-vis de l'autorité publique en cause seraient différents de ceux dont il jouirait vis-à-vis d'une organisation privée par ailleurs identique. À la p. 284, le juge Estey insiste à nouveau sur le facteur de la similarité, affirmant que l'application d'un délai de prescription plus court «créerait deux situations distinctes en matière de responsabilité du propriétaire pour deux logements apparemment semblables» (je souligne).

86 In contrast, there is no risk here that a public school employee might unwittingly assume that his employment-related rights were the same as that of a private school employee. Employment in the public educational system implies a comprehensive regulatory scheme that is widely different from employment in private education. The difference between working in public education and private education is much broader than the difference between slipping on snow in front of a public building and a private one. Hence this is not a case where applying the statute would "create different

À l'opposé, il n'existe en l'espèce aucun risque qu'un employé d'une école publique ait pu, par inadvertance, supposer que les droits liés à son emploi étaient identiques à ceux d'un employé d'une école privée. Les relations de travail au sein du système public d'enseignement font l'objet d'une réglementation détaillée, qui diffère considérablement des conditions applicables dans le secteur privé. La différence entre le fait de travailler au sein du système public d'enseignement et celui de travailler au sein du système privé d'enseignement est beaucoup plus grande que celle qui existe

conditions" of employer liability for "apparently similar" employment situations.

Binnie J. justifies parsimonious application of the statute because it applies "for reasons that appear to have little to do with any legitimate need to give greater protection to public authorities because of the special mandate and vulnerabilities that distinguish them from the private sector" (para. 40). With respect, disagreement with the policies underlying the statute is not grounds for interpreting it more narrowly than its wording and the case law allow. In my view, there is no basis in jurisprudence for labeling the complicated and politically-charged set of "labour relations" activities together as "subordinate and incidental" to a public authority's powers. If this is truly the intent of the Ontario legislature, it is free to amend or repeal the statute.

III. Are Other Queries Appropriate?

As stated above, I am in general agreement with Binnie J.'s statement of the test in paras. 35 to 39 of his reasons, which finds expression in the fourth step of his "recommended approach" (para. 50). However, he propounds two further criteria that warrant brief comment.

Binnie J. first asks whether the "statutory power or duty relied upon" by the public authority is public or private. This inquiry is explained in paras. 22 to 26 of his reasons and corresponds to the third step of the recommended approach. This criterion is explained by reference (at para. 22) to Lord Chancellor Buckmaster's statement in *Myers*, *supra*, that not all *intra vires* actions by a public authority are protected by the statute, and the distinction made by Estey J. in *Berardinelli*, *supra*, between activities that have a "public aspect

entre le fait de chuter sur la neige devant un immeuble public ou devant un immeuble privé. Il ne s'agit donc pas, en l'occurrence, d'une affaire où l'application du texte de loi en cause «créerait deux situations distinctes» en matière de responsabilité de l'employeur pour deux emplois «apparemment semblables».

87 Le juge Binnie justifie l'application parcimonieuse de la Loi parce qu'elle s'appliquerait «pour des motifs qui ne semblent pas correspondre à quelque besoin légitime d'accorder une protection plus grande aux autorités publiques en raison de leur mission spéciale et de leur vulnérabilité particulière, facteurs qui les distinguent des organisations privées» (par. 40). Avec égards, le fait d'être en désaccord avec les principes qui sous-tendent la loi ne justifie pas de lui donner une interprétation plus stricte que celle que permettent son libellé et la jurisprudence. À mon avis, rien dans la jurisprudence ne permet de qualifier l'ensemble des activités complexes et à saveur politique qui se rattachent aux «relations du travail» d'activités «accessoires ou incidentes» aux pouvoirs d'une autorité publique. Si telle est réellement l'intention du législateur ontarien, il est libre de modifier ou d'abroger la loi en question.

III. Y a-t-il lieu de se poser d'autres questions?

88 Comme je l'ai dit plus tôt, je suis de façon générale d'accord avec la manière dont le juge Binnie a formulé le test aux par. 35 à 39 de ses motifs, test qui trouve son expression dans le quatrième volet de l'approche qu'il recommande (par. 50). Toutefois, il propose deux critères additionnels qui appellent quelques brefs commentaires.

89 Le juge Binnie demande tout d'abord si le «pouvoir ou la fonction d'origine législative» qui est invoqué par l'autorité publique a un caractère public ou privé. Cette analyse est expliquée aux par. 22 à 26 de ses motifs et correspond au troisième volet de l'approche qu'il recommande. Pour expliquer ce critère, il réfère (au par. 22) à l'affirmation du lord chancelier Buckmaster dans l'arrêt *Myers*, précité, selon laquelle ce ne sont pas tous les actes *intra vires* d'une administration publique qui sont protégés par le texte de loi, et à la distinc-

or connotation" and those that have a "private executive or private administrative application or are subordinate in nature" (p. 283).

90 I am at a loss to conceive how this inquiry differs from the "incidental or ancillary" inquiry Binnie J. discusses in paras. 35 to 39. If the public body's power or duty, which is nothing other than the source of authority for the act complained of, falls on the "public" end of the spectrum, then the activity will be directly related to the public authority's public role. If the public authority's power is somehow more "private" in nature, such as the gas company's power to dispose of coke by-products in *Myers*, *supra*, then the activity resulting from that power will *a fortiori* be "incidental or ancillary" to the public authority's duties. Similarly, in *Berardinelli*, *supra*, Estey J.'s discussion of "operational and more mundane functions of management" (p. 285) does not treat the public authority's power to perform those functions differently from their actual performance in the act complained of. Consequently, I do not think that the third step of Binnie J.'s recommended approach adds anything to the fourth step.

91 The second and more nuanced point is expressed in paras. 27 to 34 and the fifth step of the "recommended approach" in Binnie J.'s reasons. It is held that, for the limitation provision to apply, the plaintiff's claim must assert that the public authority violated a duty to the plaintiff that can be called "public". Under this view, the limitations provision does not apply unless the claim rests upon a duty that the public authority owes to the public at large, instead of to the plaintiff as an individual.

92 It is important at this stage to distinguish two uses of the word "duty". A public authority's duty, as used in the statute's phrase "an act done in

tion que fait le juge Estey dans *Berardinelli*, précité, entre les activités qui ont «une connotation ou un aspect public» et celles qui ont une «connotation d'administration ou de gestion privée ou qui sont par leur nature même accessoires» (p. 283).

J'ai de la difficulté à saisir en quoi cette analyse diffère de l'analyse du caractère «accessoire ou incident» dont traite le juge Binnie aux par. 35 à 39. Si le pouvoir ou la fonction de l'organisme public, qui n'est rien d'autre que la source du pouvoir fondant l'acte reproché, se situe à l'extrémité du continuum où se trouvent les activités «d'ordre public», l'activité est alors directement liée au rôle public de l'autorité concernée. Par contre, si le pouvoir de l'autorité publique a un caractère davantage «privé», tel le pouvoir qu'avait la société gazière de disposer des sous-produits du coke dans l'arrêt *Myers*, précité, l'activité résultant de l'exercice de ce pouvoir sera a fortiori «accessoire ou incidente» aux fonctions de l'autorité publique. De même, dans l'arrêt *Berardinelli*, précité, dans son analyse des «activités administratives à caractère courant et plus matériel» (p. 285), le juge Estey ne traite pas le pouvoir de l'autorité publique d'exécuter ces fonctions différemment de l'exécution concrète de l'acte reproché. Par conséquent, je ne crois pas que le troisième volet de l'approche recommandée par le juge Binnie ajoute quoi que ce soit au quatrième volet.

Le deuxième critère, plus nuancé celui-là, est exprimé aux par. 27 à 34 des motifs du juge Binnie ainsi qu'au cinquième volet de l'«approche recommandée» par celui-ci. Pour que s'applique la disposition établissant le délai de prescription, affirme-t-il, le demandeur doit alléguer dans son action que l'autorité publique a manqué envers lui à une fonction qui peut être qualifiée de «publique». Suivant cette interprétation, la disposition établissant le délai de prescription ne s'applique pas, sauf si l'action repose sur une fonction qui incombe à l'autorité publique envers le public en général plutôt qu'envers le demandeur individuellement.

Il est important, à ce stade-ci, de faire la distinction entre deux usages du mot «fonction». Une fonction d'une autorité publique, au sens où ce mot

pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority" (emphasis added) is synonymous with its mandate, the things the public authority can or must do to carry out its function. It is, for purposes of the limitation provision, related to a public authority's "power": it provides the motivation and justification for the public authority's performance of particular actions. When used in this sense, the public authority's "duty" must be of a public nature in order for the limitation provision to apply. As stated above, this is the same as saying that the public authority's action (taken pursuant to that public power or duty) must be in direct pursuit of its mandate.

est utilisé dans l'expression «un acte accompli dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public» (je souligne) qui figure dans la loi, est assimilable à la mission de cette autorité, aux choses que cette dernière peut et doit faire pour s'acquitter de son rôle. Pour l'application de la disposition établissant le délai de prescription, cette fonction se rattache au pouvoir d'une «autorité publique»: elle motive et justifie la prise de mesures particulières par l'autorité publique. Lorsque le mot «fonction» est utilisé dans ce sens, la «fonction» exercée par l'autorité publique doit être de nature publique pour que s'applique la disposition établissant le délai de prescription. Comme je l'ai dit précédemment, cela revient à dire que l'acte en cause de l'autorité publique (accompli conformément au pouvoir ou à la fonction d'ordre public) doit avoir été fait directement en vue de la réalisation de sa mission.

The second meaning of "duty", however, concerns the duty owed by the public authority to a plaintiff. When suing a public authority, a plaintiff alleges that the authority has violated some duty and caused the plaintiff some cognizable harm. If I understand correctly, Binnie J. holds that this duty must also be "public" in nature; put another way, the claim raised by the plaintiff cannot rest on a "private" relationship that does not exist between the public authority and the public at large.

93 Toutefois, le second sens de «fonction» correspond au devoir qui incombe à l'autorité publique envers un demandeur. Le demandeur qui prend action contre une autorité publique reproche à celle-ci d'avoir manqué à un devoir et de lui avoir causé un préjudice ouvrant droit à action en justice. Si je comprends bien, le juge Binnie conclut que ce devoir doit également être de nature «publique»: en d'autres mots, la cause d'action invoquée par le demandeur ne peut reposer sur des rapports «privés» qui n'existent pas entre l'autorité publique concernée et le public en général.

I do not believe this claim-based criterion accords with earlier statements of law. To begin with, it removes all claims in contract from the protection of the statute. A plaintiff asserting a contract-based claim necessarily asserts a breach of a duty owed to that plaintiff alone, not to the public as a whole. Contract rights are always based in a private bargain, no matter how "directly" the bargain relates to the public authority's direct execution of its mandate. I cannot imagine any lawsuit for breach of contract that could pass the test propounded by Binnie J. Yet, as Binnie J. acknowledges, categorical exclusion of contractual claims from the protection of the statute has long been

94 Je ne crois pas que ce critère basé sur le fondement de l'action soit compatible avec les énoncés antérieurs de l'état du droit. Tout d'abord, il exclut tous les recours contractuels de la protection de la loi. Le demandeur qui fonde son droit d'action sur un contrat invoque nécessairement un manquement à une obligation qui n'existe qu'envers lui seulement et non envers le public en général. Les droits contractuels sont toujours fondés sur un marché privé, peu importe la mesure dans laquelle ce marché se rapporte «directement» à l'exécution par l'autorité publique de sa mission. Je ne peux pas imaginer comment une poursuite pour rupture de contrat pourrait satisfaire au critère proposé par le

rejected. See reasons of Binnie J. at para. 13; *Myers*, *supra*, at p. 246 (*per* Lord Buckmaster L.C.), p. 264 (*per* Lord Shaw of Dunfermline).

95 Binnie J.'s claim-based test excludes most tort claims as well. A suit alleging physical harm or damage to property is generally based on the duty not to behave negligently toward all foreseeable plaintiffs or, in rare cases, on a duty not to inflict intentional harm. These are not "public" duties; they apply to all persons, public and private. They are not particular to constituted public authorities and do not emanate from their public mandates. Yet prior cases have applied the limitation provision of the Act to tort claims alleging negligence causing physical injury. I cannot imagine how, in *Griffiths*, *supra*, the school's duty not to injure invitees through negligence could be called "public".

96 Similarly, although this Court did not apply the limitation provision in *Berardinelli*, *supra*, it nowhere suggested that a private plaintiff would be spared from the statute if his claim was not based on a duty owed to all the public. If this were a correct statement of the law, *Berardinelli* could have been resolved on this simpler ground and avoided discussion of the "incidental and ancillary" character of the conduct sued upon.

97 There is a significant difference between Binnie J.'s notion that the claim itself must allege a breach of a public duty and the notion, expressed in both Canadian and English cases, that the claim must be based on an act that "correlates" with a public power or duty. The latter concept, which I believe is correct, is simply a different way of saying

juge Binnie. Pourtant, comme il le reconnaît lui-même, l'exclusion systématique des recours contractuels de la protection du texte de loi est depuis longtemps rejetée. Voir les motifs du juge Binnie au par. 13; *Myers*, précité, à la p. 246 (lord chancelier Buckmaster), et à la p. 264 (lord Shaw of Dunfermline).

Le critère basé sur le fondement de l'action que propose le juge Binnie a également pour effet d'exclure la plupart des recours délictuels. Une action intentée à la suite de blessures corporelles ou de dommages matériels repose généralement sur le devoir qu'a une personne de ne pas agir de manière négligente à l'égard de tous les demandeurs prévisibles ou, dans de rares cas, sur celui de ne pas causer intentionnellement un préjudice à autrui. Il ne s'agit pas de devoirs «publics»; ces devoirs s'appliquent à toutes personnes, publiques ou privées. Ils ne sont pas particuliers aux organismes publics et ils ne découlent pas de leurs missions publiques. Néanmoins, dans certaines décisions, on a appliqué le délai de prescription prévu par la Loi à des recours délictuels reprochant de la négligence ayant entraîné des blessures corporelles. Je ne peux pas imaginer comment, dans *Griffiths*, précité, le devoir qui incombait à l'école de ne pas causer par sa négligence des blessures à des invités pourrait être qualifié de «public».

De même, bien que dans *Berardinelli*, précité, notre Cour n'ait pas appliqué la disposition établissant le délai de prescription, elle n'a d'aucune façon suggéré qu'un demandeur privé pourrait être soustrait à l'application du texte de loi si son action n'est pas fondée sur un devoir envers le public en général. S'il s'agissait là d'un énoncé correct du droit, l'affaire *Berardinelli* aurait pu être tranchée sur le fondement de ce motif plus simple, ce qui aurait permis d'éviter l'analyse du caractère «accessoire ou incident» de l'acte reproché.

Il existe une différence importante entre, d'une part, l'idée exprimée par le juge Binnie selon laquelle l'action elle-même doit alléguer un manquement à une fonction d'ordre public et, d'autre part, la proposition, formulée dans la jurisprudence canadienne et la jurisprudence anglaise, que l'action doit être fondée sur un acte qui est en

ing that, for the limitation period to apply, the act complained of must have been undertaken in direct execution of a public authority or mandate, and not as an action incidental thereto.

«corrélation» avec un pouvoir ou une fonction d'ordre public. Ce dernier concept, exact à mon avis, est tout simplement une autre façon de dire que, pour que s'applique le délai de prescription, l'acte reproché doit résulter directement, et non pas accessoirement, de l'exécution d'un pouvoir ou d'une mission d'ordre public.

All of the English cases interpreting the analogous statute in the United Kingdom, the *Public Authorities Protection Act, 1893* (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 61, focus exclusively on the question of whether the act complained of was done in direct execution of a statutory duty or power. The holding in *Sharpington v. Fulham Guardians*, [1904] 2 Ch. 449, which involved a lawsuit against a public authority based on a construction contract, was that the act complained of was of a private character. The limitation provision did not apply because the lawsuit was based on an action (failing to pay an amount of money) that was merely incidental to the Fulham Guardians' public function of caring for poor children.

98 Toutes les décisions anglaises relatives à la loi analogue du Royaume-Uni (*Public Authorities Protection Act, 1893* (R.-U.), 56 & 57 Vict., ch. 61) s'attachent exclusivement à la question de savoir si l'acte reproché a été accompli directement dans l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi. Dans l'affaire *Sharpington c. Fulham Guardians*, [1904] 2 Ch. 449, où une action avait été intentée contre une autorité publique sur le fondement d'un contrat de construction, le tribunal a conclu que l'acte reproché avait un caractère privé. Le délai spécial de prescription ne s'appliquait pas parce que l'action en justice découlait d'un acte (l'omission de payer une somme d'argent) qui était simplement accessoire à la fonction publique de Fulham Guardians qui était de venir en aide aux enfants pauvres.

That this is the correct interpretation of *Sharpington* is clear from the cases that follow it. *Myers* focused specifically on whether "the act is one which is either an act in the direct execution of a statute, or in the discharge of a public duty, or the exercise of a public authority" (p. 247, *per* Lord Buckmaster L.C.). Lord Shaw of Dunfermline's discussion of the "correlation" of rights and duties is only a vehicle for determining whether the conduct at issue resulted from a public power or duty, or from a private bargain. Lord Shaw's final question in *Myers* (at p. 264) is

99 Le fait qu'il s'agit là de la bonne interprétation de l'arrêt *Sharpington* ressort clairement des jugements qui suivent cette décision. Dans *Myers*, on s'est attaché précisément à la question de savoir si [TRADUCTION] «l'acte découle de l'exécution directe d'une loi, de l'accomplissement d'un devoir public ou de l'exercice d'un pouvoir public» (p. 247, lord chancelier Buckmaster). L'analyse que fait, dans cette affaire, lord Shaw of Dunfermline de la «corrélation» entre les droits et les obligations n'est qu'un moyen permettant de déterminer si le comportement en litige découlait soit de l'exercice d'un pouvoir ou d'une fonction d'ordre public, soit d'un marché privé. La dernière question posée par lord Shaw dans l'arrêt *Myers* (à la p. 264) est la suivante:

> [W]hat was the kind of duty in which the corporation was engaged: was it a public duty or a private duty owing to some individual, and that exactly in the sense already explained? If the former, the Act applies; if the latter, it does not. [Emphasis added.]

> [TRADUCTION] [D]e quelle nature était le devoir de la personne morale: s'agissait-il d'un devoir d'ordre public ou d'un devoir d'ordre privé envers un individu donné, suivant l'explication qui a déjà été donnée de ces concepts? Dans le premier cas, la Loi s'applique, alors que dans le second, elle ne s'applique pas. [Je souligne.]

His question is directed to the public authority's duty as mandated, the function that the public authority was fulfilling in performing the conduct sued upon. If indeed Lord Shaw meant to impose a more restrictive claim-based criterion, the notion was not accepted by his colleagues. The other judgments in *Myers* clearly focused on the nature of the authority's action, not that of the plaintiff's claim. See *Myers*, *supra*, at p. 247 (*per* Lord Buckmaster L.C., Lord Dunedin concurring); at p. 252 (*per* Viscount Haldane); at p. 260 (*per* Lord Atkinson).

100 Consequently, where s. 7(1) of the Act is at issue, the only proper inquiry is Estey J.'s question in *Berardinelli*: did the act sued upon have a public character or was it incidental or subordinate to the public mandate? Further queries about the public nature of the statutory power or the correlation of the plaintiff's claim are, in my opinion, unjustified and unnecessary.

IV. The Plaintiff's Status

101 The appellant submitted that, for the shorter limitation period to apply, a plaintiff must be a "member of the community" served by the public authority in question. The Act does not limit its application to lawsuits instigated by persons who are part of the "public" served by the public authority. In my opinion, the idea that a public authority's ability to rely on the limitation defence should depend on the identity of the plaintiff is impractical and not supported by precedent.

102 The effect of the requirement advanced by the appellant would be that, in cases where a public authority acts in direct execution of its public mandate, s. 7(1) of the Act would protect the public authority provided that the plaintiff is a member of its constituency. Otherwise, a longer statute of limitations would apply.

Cette question porte sur le devoir qui incombe à l'autorité publique aux termes de son mandat, sur la fonction qu'elle exerçait lorsqu'elle a accompli l'acte reproché. Si lord Shaw voulait, dans les faits, imposer un critère basé sur le fondement de l'action qui soit plus restrictif, cette idée n'a pas été acceptée par ses collègues. Les autres opinions dans l'arrêt *Myers* s'attachent clairement à la nature de l'acte de l'autorité, et non à celle de l'action du demandeur. Voir *Myers*, précité, à la p. 247 (motifs du lord chancelier Buckmaster, auxquels a souscrit lord Dunedin); à la p. 252 (vicomte Haldane); et à la p. 260 (lord Atkinson).

Par conséquent, lorsque l'application du par. 7(1) de la Loi est en litige, je crois que la seule question qu'il convient de se poser est celle formulée par le juge Estey dans l'arrêt *Berardinelli*: l'acte reproché a-t-il un caractère public ou est-il accessoire ou incident à l'exécution de la mission publique de l'autorité concernée? Toute autre question additionnelle relativement à la nature publique du pouvoir conféré par la loi ou à la corrélation de l'action du demandeur est, à mon avis, injustifiée et inutile.

IV. La qualité du demandeur

L'appelant a plaidé que, pour que s'applique le délai de prescription plus court, le demandeur doit être un «membre de la collectivité» servie par l'autorité publique concernée. La Loi ne limite pas son application aux poursuites intentées par les personnes faisant partie du «public» servi par l'autorité publique. À mon avis, l'idée que la capacité de l'autorité publique d'invoquer la prescription en défense dépende de l'identité du demandeur n'est pas pratique et ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence.

L'effet de la condition préconisée par l'appelant est que, dans les cas où une autorité publique agit directement dans l'exécution de sa mission publique, le par. 7(1) de la Loi ne la protège que si le demandeur fait partie du public qu'elle sert. Dans le cas contraire, un délai de prescription plus long s'appliquerait.

This framework is liable to produce strange results. For instance, if a municipal water authority expropriates land owned by someone who lives within the municipality and who was served by water from the authority, the landowner would have only six months to commence an action, since he would be a member of the relevant "public" or in the public authority's "constituency". However, his neighbour who lives outside the municipality and who does not benefit from the authority's endeavours would have a significantly longer time to sue.

Un tel régime serait susceptible de produire des résultats étranges. Par exemple, si une régie municipale des eaux expropriait un terrain appartenant à une personne habitant la municipalité et desservie par la régie, le propriétaire n'aurait que six mois pour prendre action, puisqu'il fait partie du «public» visé ou de la «collectivité» servie par l'autorité publique. Par contre, le voisin d'une telle personne, qui réside à l'extérieur de la municipalité et ne profite pas des services de l'autorité publique, disposerait d'un délai beaucoup plus long pour ester en justice. 103

This distinction is not borne out by the case law. In *Sharpington*, *supra*, Farwell J. pointed out (at p. 456) that a public duty was owed "to the children, or possibly to the public, who might be injured by finding the children on the highway" (emphasis added). He then stated that the builder's action was not barred because it was "not a complaint by a number of children or by a member of the public in respect of the public duty" (emphasis added). Quite obviously, Mr. Sharpington was a member of the public and would have been subject to the limitations period had his lawsuit arisen from an action taken in direct execution of the Fulham Guardians' public authority.

Cette distinction n'est pas étayée par la jurisprudence. Dans *Sharpington*, précité, le juge Farwell a souligné (à la p. 456) l'existence d'une fonction de nature publique en faveur des [TRADUCTION] «enfants et peut-être [du] public qui pourrait subir un préjudice du fait que des enfants errent dans les rues» (je souligne). Il a ajouté que l'action de l'entrepreneur n'était pas prescrite, car il ne s'agissait pas [TRADUCTION] «d'une plainte présentée par un certain nombre d'enfants ou par un citoyen relativement à la fonction d'ordre public» (je souligne). Manifestement, M. Sharpington était un membre du public et le délai de prescription se serait appliqué à son cas si la poursuite avait découlé d'un acte accompli directement dans l'exercice du pouvoir d'ordre public confié à Fulham Guardians. 104

Likewise, in *Griffiths*, *supra*, it was concluded (at p. 178) that the only questions to be decided in determining the applicability of the limitation provision were:

> First, are the [school's] managers a public authority? Second, was the neglect or default proved against them neglect or default in the execution of their statutory duty or authority?

De même, dans *Griffiths*, précité, à la p. 178, il a été jugé que les seules questions qui devaient être tranchées pour statuer sur l'applicabilité de la disposition établissant le délai de prescription étaient les suivantes: 105

> [TRADUCTION] Premièrement, les administrateurs [de l'école] constituent-ils une autorité publique? Deuxièmement, la négligence ou le manquement dont ils sont responsables à la lumière de la preuve découle-t-il de l'exécution des fonctions ou des pouvoirs qui leurs sont confiés par la loi?

It was not considered relevant whether a parent attending a school exhibition was a member of the public for whose benefit the school was instituted. Since a school's public function is aimed at the benefit of its students, the plaintiff in *Griffiths* did

La question de savoir si le père ou la mère qui assiste à une exposition dans une école est ou non un membre du public au bénéfice duquel cette école a été créée n'a pas été jugée pertinente. Comme c'est au bénéfice des étudiants qui la fréquentent qu'une école s'acquitte de sa fonction publique, la demanderesse dans *Griffiths* ne

not meet this criterion. Yet the House of Lords found that the limitations provision applied.

106 The Canadian cases that follow these English precedents make no reference to the plaintiff's status as a member of the relevant "public". Rand J.'s reasons in *McGonegal v. Gray*, [1952] 2 S.C.R. 274, focus exclusively on "the act which resulted in the injury" (p. 290). In *McGonegal*, a pupil was injured when a teacher asked him to light a stove to make soup. This Court split four to three on the factual issue of whether the teacher was preparing the soup for herself or for the students. This fact was deemed relevant because it went to the character of the teacher's action: a teacher who is performing tasks that are not for the students' benefit is performing "a private act, under a private authority" (p. 290). Since the majority of that Court concluded that the teacher intended to make soup for herself, not for the students, they held that she was not acting in the execution of a public authority. There was unanimity in *McGonegal* that, if the teacher had been making soup primarily for the students rather than herself, her action would have been pursuant to a public authority and subject to the shorter limitation period. See *McGonegal*, at pp. 284 (*per* Kerwin J.), 290 (*per* Rand J.), 295 (*per* Estey J.), and 298 (*per* Locke J.).

107 There is nothing in *McGonegal* to suggest that the plaintiff's identity affected the application of the limitation period. If the teacher had been preparing soup for the pupils, the act would have been a public one and the limitation period would have applied; it would not have mattered whether the person commissioned to light the stove was a pupil, a maintenance worker, another teacher, or a stranger off the street. As mentioned above, it would be a strange result if a suit by a pupil

satisfaisait pas à ce critère. Néanmoins, la Chambre des lords a conclu à l'application du délai de prescription en cause.

Les décisions canadiennes qui suivent ces précédents anglais ne font pas état de la qualité du demandeur en tant que membre du «public» visé. Les motifs du juge Rand dans *McGonegal c. Gray*, [1952] 2 R.C.S. 274, mettent l'accent uniquement sur [TRADUCTION] «l'acte à l'origine de la blessure» (p. 290). Dans cette affaire, un écolier s'était blessé après qu'une institutrice lui ait demandé d'allumer un réchaud pour préparer de la soupe. Relativement à la question factuelle de savoir si l'institutrice faisait réchauffer la soupe pour elle-même ou pour les écoliers, notre Cour s'est partagée, quatre juges contre trois. Ce fait était jugé pertinent parce qu'il permettait de qualifier l'acte de l'institutrice: l'enseignante qui accomplit des tâches qui ne sont pas au bénéfice des étudiants accomplit [TRADUCTION] «un acte de nature privée, en vertu d'un pouvoir de nature privée» (p. 290). Ayant conclu que l'institutrice entendait préparer de la soupe pour elle-même et non pour les étudiants, la majorité de notre Cour a statué qu'elle n'avait pas agi dans l'exercice d'un pouvoir d'ordre public. Dans *McGonegal*, les juges étaient unanimement d'avis que, si l'institutrice avait préparé de la soupe principalement pour les écoliers et non pour elle-même, son acte aurait alors été accompli dans l'exercice d'un pouvoir d'ordre public et aurait justifié l'application du délai de prescription plus court. Voir *McGonegal*, aux pp. 284 (le juge Kerwin), 290 (le juge Rand), 295 (le juge Estey) et 298 (le juge Locke).

Rien dans l'arrêt *McGonegal* ne tend à indiquer que l'identité du demandeur ait eu quelque incidence sur l'application du délai de prescription. Si l'institutrice avait préparé de la soupe pour les écoliers, l'acte aurait été qualifié de public et le délai de prescription plus court se serait appliqué, peu importe que la personne chargée d'allumer le réchaud ait été un écolier, un préposé à l'entretien, un autre instituteur ou encore un pur inconnu. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il serait étrange

suffering damage from his teacher's negligence were time-barred and a suit by a stranger were not.

Similarly, in *Berardinelli*, *supra*, Estey J. never mentioned the plaintiff's membership in the group of people for whose benefit the Ontario Housing Corporation was founded. Although the Ontario Court of Appeal had commented that "[t]he appellant was one of the members of the public for whose benefit the statutory authority in question was to be exercised", the point was not considered by this Court. Likewise, in *Moffatt v. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351 (C.A.), the fact that the plaintiff was a student at the school was not mentioned at all in the context of the analysis of the Act.

I recognize that certain decisions in Canada have interpreted *Sharpington* and its progeny differently, to prescribe a strict rule that a plaintiff is automatically relieved of the limitation period if he falls outside "that public which the public authority was intended to benefit" (see *Comstock International Ltd. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 126 D.L.R. (3d) 323 (Ont. Div. Ct.), at p. 326). This view was first developed in *Clarke v. Ottawa Board of Education* (1975), 54 D.L.R. (3d) 321 (Ont. Co. Ct.), where Smith Co. Ct. J. noted that both *Sharpington* and the *Clarke* case involved a suit by "a private individual who is not and was not meant to be a primary recipient of the benefits flowing from the pursuit by the board of its objects" (p. 327). As I noted above, I question whether this is factually correct, since Mr. Sharpington clearly was a member of the public who, in Farwell J.'s words, "might be injured by finding the children on the highway" (p. 456). Even assuming the contrary, however, I do not see how this amounts to anything more than an interesting factual similarity between the two

que l'action intentée par un écolier blessé à cause de la négligence de son instituteur soit prescrite et que celle intentée par un étranger ne le soit pas.

De même, dans l'arrêt *Berardinelli*, précité, le juge Estey n'a fait aucune mention de l'appartenance du demandeur au groupe de personnes au bénéfice desquelles la société ontarienne d'habitation a été créée. Quoique la Cour d'appel de l'Ontario ait fait observer que [TRADUCTION] «[l]'appelant [était] un membre du public au profit duquel le pouvoir en question [devait] être exercé», ce point n'a pas été retenu par notre Cour. Dans l'affaire *Moffatt c. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351 (C.A.), le fait que le demandeur était un étudiant de l'école n'a pas été mentionné du tout dans l'analyse de la Loi. 108

Je reconnais que, au Canada, certains tribunaux ont interprété différemment l'arrêt *Sharpington* et les décisions qui l'ont suivi, concluant qu'ils établissaient une règle stricte selon laquelle le demandeur est automatiquement soustrait à l'application du délai de prescription s'il ne fait pas partie [TRADUCTION] «du public au profit duquel le pouvoir public est censé être exercé» (voir *Comstock International Ltd. c. The Queen in right of Ontario* (1981), 126 D.L.R. (3d) 323 (C. div. Ont.), à la p. 326). Cette opinion a été formulée pour la première fois dans *Clarke c. Ottawa Board of Education* (1975), 54 D.L.R. (3d) 321 (C. cté Ont.), où le juge Smith a fait remarquer que tant l'affaire *Sharpington* que celle dont il était saisi portaient sur une poursuite intentée par [TRADUCTION] «une personne privée qui ne profitait pas et n'était pas censée profiter des avantages découlant de l'accomplissement par le conseil de sa mission» (p. 327). Comme je l'ai indiqué précédemment, je me demande si cette affirmation est factuellement exacte, étant donné que M. Sharpington faisait clairement partie du public qui, pour reprendre les termes du juge Farwell, [TRADUCTION] «pourrait subir un préjudice du fait que des enfants errent dans les rues» (p. 456). Toutefois, même en supposant le contraire, je n'y vois pas autre chose qu'une ressemblance intéressante entre les faits des deux affaires; ce facteur n'a certainement pas joué un 109

cases; it was certainly not essential to the holding in *Sharpington*.

110 I do not read Binnie J.'s reasons as accepting the appellant's argument that a plaintiff must be a member of the relevant public in order for the limitation period to apply. Although Binnie J. points out when certain plaintiffs in other cases met the criterion (paras. 23, 26 and 28), the criterion finds no place in his final "recommended approach". Consequently, this Court is unanimous in rejecting it.

V. The "Teacher Cases"

111 I do not share Binnie J.'s conclusions regarding the decisions referred to as the "teacher cases", which hold employment-related actions by school boards to be "public" acts subject to s. 7(1)'s shorter limitation period. It is claimed that these cases represent a departure from the *McGonegal-Berardinelli* analysis because they hold that any action taken *intra vires* the public authority is automatically covered by s. 7(1).

112 In *Lacarte v. Board of Education of Toronto*, [1954] O.R. 435 (C.A.), Aylesworth J.A. considered (at p. 452) the English precedents on point, notably *Myers* and *Griffiths*, and specifically quoted language (from *Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. v. Singapore Harbour Board*, [1952] A.C. 452 (P.C.), at pp. 464-65) indicating that not all actions of a public authority are necessarily covered by the limitations provision:

> It is essential to the protection afforded by the statute that the act or default in question should be in the discharge of a *public* duty or the exercise of a *public* authority. This assumes that there are duties and authorities which are not public. (See *per* Lord Buckmaster in the *Bradford Corporation* case, [1916] 1 A.C. 242, 247.). . . .
>
> Their Lordships consider that the following passage from *Griffiths*' case, in the speech of Viscount Maugham (which speech was expressly approved by

rôle essentiel dans la décision du tribunal dans l'affaire *Sharpington*.

Je ne considère pas que, dans ses motifs, le juge Binnie accepte l'argument de l'appelant selon lequel un demandeur doit appartenir au public visé pour que s'applique le délai de prescription. Même si le juge Binnie fait état de cas où des demandeurs ont satisfait à ce critère (par. 23, 26 et 28), ce critère ne se retrouve pas dans l'approche qu'il recommande en bout de ligne. Par conséquent, notre Cour le rejette à l'unanimité.

V. Les «affaires touchant des enseignants»

Je ne souscris pas aux conclusions du juge Binnie concernant les décisions que l'on a appelées les «affaires touchant des enseignants» et dans lesquelles on a jugé que les mesures prises par les conseils scolaires en matière d'emploi sont des actes «de nature publique» qui emportent l'application du délai de prescription plus court prévu au par. 7(1). On prétend que ces décisions dérogent à l'analyse faite dans les arrêts *McGonegal* et *Berardinelli*, puisqu'on y a jugé que tout acte *intra vires* de l'autorité publique est automatiquement visé par le par. 7(1).

Dans *Lacarte c. Board of Education of Toronto*, [1954] O.R. 435 (C.A.), le juge Aylesworth a examiné (à la p. 452) la jurisprudence anglaise pertinente, notamment les affaires *Myers* et *Griffiths*, et il a cité des extraits de *Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. c. Singapore Harbour Board*, [1952] A.C. 452 (C.P.), aux pp. 464 et 465, indiquant que les actes d'une autorité publique ne sont pas tous nécessairement visés par la disposition établissant le délai de prescription:

> [TRADUCTION] Il est essentiel, pour que s'applique la protection prévue par la loi, que l'action ou l'omission en cause résulte de l'exécution d'une fonction de nature *publique* ou de l'exercice d'un pouvoir *public*. Cela suppose donc que certaines fonctions et certains pouvoirs ne sont pas de nature publique. (Voir les motifs de lord Buckmaster dans l'arrêt *Bradford Corporation*, [1916] 1 A.C. 242, à la p. 247.) . . .
>
> Leurs seigneuries considèrent que l'extrait suivant des propos tenus par le vicomte Maugham (expressément approuvés par le vicomte Simon) dans l'arrêt *Griffiths*

Viscount Simon), affords them most assistance in the determination of the present case: he there says: "It is sufficient to establish that the act was in substance done in the course of exercising for the benefit of the public an authority or a power conferred on the public authority not being a mere incidental power, such as a power to carry on a trade." The word "incidental" is here used in the sense of "subsidiary." [Emphasis in original.]

In his holding, Aylesworth J.A. states (at p. 454) that "the respondent in its termination of appellant's employment was not only acting in the performance of a public authority conferred upon it but was actually acting in the performance of its public duty". This conclusion is consonant with *McGonegal* and *Berardinelli*.

Similarly, the decision in *Re Gallant et Conseil des écoles séparées catholiques romaines du district de Sudbury* (1985), 56 O.R. (2d) 151 (C.A.) (English translation reported at p. 160), relies on a finding that the acceptance of a teacher's resignation was an act done in conformity with or in execution of a statutory or other public duty. I disagree that Lacourcière J.A. "virtually reduce[d] the analysis to a simple issue of *intra vires*" (see Binnie J. at para. 48). Lacourcière J.A. clearly determined (at pp. 163-64) that it was the public authority's action, not the mere fact of it being a public authority, which triggered the limitations provision:

[TRANSLATION] Let us say, first of all, that the school board, by accepting the appellant's resignation, by acting in good faith and in the interests of the board and of the school in question, is a legal entity acting in conformity with or in execution of a statutory or other public duty and, therefore, it has a right to the protection given to such an entity. [Emphasis added.]

Although Lacourcière J.A.'s reasoning on the point is abbreviated, his application of the limitation provision is clearly predicated on a finding concerning the public authority's particular action, not merely a finding that the public authority acted *intra vires*.

est des plus utiles pour trancher le présent cas: «Il suffit de démontrer qu'un acte a essentiellement été accompli dans l'exercice, au bénéfice du public, d'un pouvoir conféré à l'autorité publique, et non simplement d'un pouvoir accessoire, comme celui d'exploiter un commerce». Le terme «accessoire» est utilisé en l'espèce au sens de «subsidiaire». [En italique dans l'original.]

Le juge Aylesworth conclut (à la p. 454) que, [TRADUCTION] «en mettant fin à l'emploi de l'appelante, l'intimé a non seulement agi dans l'exercice d'un pouvoir d'ordre public qui lui avait été conféré, mais il a dans les faits agi dans l'exécution de sa fonction d'ordre public». Cette conclusion est compatible avec les arrêts *McGonegal* et *Berardinelli*.

De même, la décision rendue dans l'affaire *Re Gallant et Conseil des écoles séparées catholiques romaines du district de Sudbury* (1985), 56 O.R. (2d) 151 (C.A.), s'appuie sur la conclusion que l'acceptation de la démission de l'enseignante était un acte accompli dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public. Je ne suis pas d'accord avec l'opinion selon laquelle le juge Lacourcière «réduit virtuellement l'analyse à la seule question de l'*intra vires*» (le juge Binnie, au par. 48). Le juge Lacourcière est clairement arrivé à la conclusion (à la p. 155) que c'était l'acte de l'autorité publique, et non le simple fait qu'il s'agissait d'une autorité publique, qui avait déclenché l'application du délai de prescription: 113

Disons en premier lieu que le conseil scolaire, en acceptant la démission de l'appelante, agissant de bonne foi et dans l'intérêt du conseil et de l'école en question, est une personne qui agit en conformité ou en exécution d'un devoir conféré par la loi ou d'un autre devoir public et par conséquent, a droit à la protection qui est accordée à une telle personne. [Je souligne.]

Bien que le raisonnement du juge Lacourcière soit succinct, l'application de la disposition établissant le délai de prescription repose clairement sur une conclusion concernant l'acte en cause de l'autorité publique, et non pas seulement sur la conclusion que l'autorité publique avait agi dans les limites de ses pouvoirs.

114 Binnie J. takes issue (at para. 48) with the "notion expressed in *Gallant*" that the limitation period applies because the school board acted [TRANSLATION] "in conformity with or in execution of a statutory or other public duty". This "notion", however, is a direct quotation of a French translation of the statute in this Court's decision in *Berardinelli* (*per* Estey J., at p. 278) which reads: "Aucune action, poursuite ou autre procédure n'est recevable ou ne peut être intentée contre une personne pour un acte fait en conformité ou en exécution d'un devoir ou pouvoir conféré par la loi . . ." (emphasis added). It is clear from the French translation that Lacourcière J.A. was not seeking to make a novel interpretation of the law as Binnie J.'s reasons suggest, but was merely upholding the trial judge's finding of fact that the conduct complained of fell within the purview of the statute.

Le juge Binnie exprime son désaccord (au par. 48) avec «[l]'idée énoncée dans l'arrêt *Gallant*», savoir que le délai de prescription s'appliquait parce que le conseil scolaire avait agi «en conformité ou en exécution d'un devoir conféré par la loi ou d'un autre devoir public». Cette «idée», toutefois, ne fait que reproduire directement un passage de la traduction française du texte de loi qui était en litige dans l'arrêt *Berardinelli* de notre Cour (le juge Estey, à la p. 278): «Aucune action, poursuite ou autre procédure n'est recevable ou ne peut être intentée contre une personne pour un acte fait en conformité ou en exécution d'un devoir ou pouvoir conféré par la loi . . .» (je souligne). Il ressort clairement de cette traduction que le juge Lacourcière ne cherchait pas à donner une nouvelle interprétation de la règle de droit comme le suggèrent les motifs du juge Binnie, mais qu'il confirmait simplement la conclusion de fait du juge de première instance que l'acte reproché tombait sous le coup du texte de loi.

115 This interpretation is consistent with the decision of the Court of Appeal panel in *Berardinelli*, of which Lacourcière J.A. was a member, summarized as follows by Estey J. (at p. 279):

> In [the Court of Appeal] it was determined unanimously that even if the respondent is in law a Crown agency some of its duties and authorities are of such a nature that in respect of their exercise or discharge the Corporation is not entitled to invoke [the limitations provision]. Hence the Court of Appeal proceeded to what was said to be a second issue, namely "whether the alleged neglect or default of the Corporation was in the exercise of any statutory or other public duty".

Cette interprétation est compatible avec la décision qu'a rendue la formation de la Cour d'appel (dont faisait partie le juge Lacourcière) dans *Berardinelli*, et qui a été résumée ainsi par le juge Estey (à la p. 279):

> [La Cour d'appel] a jugé à l'unanimité que même si l'intimée est en droit mandataire de Sa Majesté, certains de ses devoirs et pouvoirs sont de telle nature que la Société ne peut invoquer [la disposition établissant le délai spécial de prescription] à leur égard. En conséquence, la Cour d'appel a analysé ce qu'on a appelé le deuxième point litigieux, savoir si [TRADUCTION] «la négligence ou l'omission en cause a été commise dans l'exécution d'un devoir ou d'un pouvoir conféré par la loi ou d'un autre devoir ou pouvoir public».

This summary indicates that the Court of Appeal in *Berardinelli* asked the right question. Indeed, this Court's majority reasons in that case express no disapproval of the analysis followed by the Court of Appeal. The disagreement in this Court was one of application, of drawing the line between a public authority's public and private activities.

Ce résumé indique que la Cour d'appel s'est posé la bonne question dans l'affaire *Berardinelli*. De fait, dans leurs motifs dans cette affaire, les juges de la majorité de notre Cour n'ont pas désapprouvé l'analyse suivie par la Cour d'appel. Leur désaccord a plutôt porté sur l'application de cette analyse, savoir l'établissement de la distinction entre les activités d'ordre public d'une autorité publique et ses activités d'ordre privé.

The Ontario Court of Appeal has not maintained that a public authority acting *intra vires* invariably enjoys the protection of the Act. Instead, its decisions have focused on whether the particular act complained of, though *intra vires*, might nonetheless not have been undertaken in direct execution of a public authority or duty. The lower court cases cited by Binnie J. (at para. 45) are in agreement.

La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas jugé qu'une autorité publique qui agit dans les limites de ses pouvoirs jouit invariablement de la protection de la Loi. Au contraire, dans ses décisions, elle s'attache plutôt à déterminer si l'acte reproché, quoique *intra vires*, a néanmoins pu ne pas avoir été accompli directement dans l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir d'ordre public. Les décisions des tribunaux inférieurs citées par le juge Binnie (au par. 45) vont dans le même sens. 116

It is not necessary to rely on the "teacher cases" to conclude that the Board's "downsizing" of the appellant in this case was a public act subject to the shorter limitation provision. In my opinion, the facts in this case are more compelling than a decision to fire a teacher, since the "downsizing" occurred after a significant School Board reorganization and was authorized by a specific regulation. I express no opinion on the correctness of the dispositions in the "teacher cases". I note only that they are not deviations from precedent and that their persuasive authority should not be dismissed lightly.

Il n'est pas nécessaire d'invoquer les «affaires touchant des enseignants» pour conclure que l'«abolition du poste» de l'appelant par le Conseil constituait en l'espèce un acte de nature publique assujetti au délai de prescription plus court. À mon avis, les faits de la présente affaire commandent encore plus clairement cette conclusion que ne le ferait, par exemple, la décision de congédier un enseignant, car l'abolition du poste de l'appelant est survenue à la suite d'une importante réorganisation du Conseil scolaire et elle était autorisée par un règlement précis. Je n'exprime aucune opinion sur la justesse des décisions rendues dans les «affaires touchant des enseignants». Je souligne seulement qu'elles ne dérogent pas à la jurisprudence et qu'il ne faut pas faire abstraction à la légère de leur valeur persuasive. 117

VI. Further Issues

VI. Les autres questions en litige

My rejection of the appellant's interpretation of s. 7(1) of the Act requires addressing two further submissions. First, the appellant argues that the respondent cannot rely on the statute of limitations because it acted in bad faith in selecting him for redundancy and in transferring him to his new position. Second, he claims that his transfer, which he alleges violates Regulation 309, constitutes an ongoing "continuing injury" such that the statute of limitations has not yet expired.

Puisque j'écarte l'interprétation du par. 7(1) de la Loi préconisée par l'appelant, il me faut examiner deux autres prétentions. Premièrement, l'appelant affirme que l'intimé ne peut invoquer la prescription puisque ce dernier a agi de mauvaise foi en déclarant son poste excédentaire et en le mutant à ses nouvelles fonctions. Deuxièmement, il fait valoir que sa mutation — selon lui contraire au Règlement 309 — constitue un «préjudice qui se poursuit», de telle sorte que le délai de prescription n'a pas encore expiré. 118

Regarding the allegations of bad faith, I agree with the disposition of the trial judge and the Court of Appeal: the bald assertion of bad faith and the allegation of irrelevant facts are inadequate to sustain such a plea. The facts alleged either concern matters other than the downsizing at issue or show

En ce qui concerne les allégations de mauvaise foi, je suis d'accord avec la décision du juge de première instance et celle de la Cour d'appel à cet égard: le simple fait d'affirmer qu'il y a eu mauvaise foi et d'invoquer des faits non pertinents ne suffit pas pour étayer une telle allégation. Les faits 119

only that the Board violated its duty under Regulation 309. A violation of a regulation alone is not enough to warrant a finding of bad faith.

120 I also reject the appellant's argument that the transfer to a new position is a "continuing injury" that allows him to sue at any point until he is given an appropriate job under Regulation 309. The injury complained of arises from the action of abolishing his position as a superintendent and transferring him to a new position. That action occurred at a fixed point in time, that is, when the Board passed its resolutions on April 27, 1992. The action's latest arguable consequence was on May 29, 1992, when the appellant received notice of the transfer. Even taking this date as the starting point of the limitation period, the appellant's claim (filed December 22, 1992) does not fall within the shorter six-month limitation period.

VII. Disposition

121 I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, MAJOR J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Nelligan Power, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Genest Murray DesBrisay Lamek, Toronto.

invoqués portent sur d'autres questions que la réduction de l'effectif en litige ou montrent seulement que l'intimé a manqué au devoir qui lui incombe en vertu du Règlement 309. La violation d'un règlement ne permet pas à elle seule de conclure à la mauvaise foi.

Je rejette aussi l'argument de l'appelant que sa mutation à un nouveau poste constitue un «préjudice qui se poursuit», lui permettant d'intenter une action à tout moment jusqu'à ce qu'un poste convenable lui soit attribué conformément au Règlement 309. Le préjudice allégué découle de la décision d'abolir son poste de surintendant et de le muter à un nouveau poste. Ces mesures sont survenues à un moment précis, c'est-à-dire lorsque le Conseil a adopté ses résolutions le 27 avril 1992. La conséquence la plus tardive qui puisse être imputée à ces mesures date du 29 mai 1992, lorsque l'appelant a reçu l'avis de mutation. Même en faisant courir le délai de prescription à partir de cette date, l'action de l'appelant (déposée le 22 décembre 1992) n'a pas été intentée dans le délai plus court de prescription de six mois.

VII. Le dispositif

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge MAJOR *est dissident.*

Procureurs de l'appelant: Nelligan Power, Ottawa.

Procureurs des intimés: Genest Murray DesBrisay Lamek, Toronto.

Alfred Abouchar *Appellant*

v.

Ottawa-Carleton French-language School Board — Public Sector, Rosaire Léger, Supervisor, and Her Majesty The Queen in right of Ontario (Ministry of Municipal Affairs) *Respondents*

INDEXED AS: ABOUCHAR *v.* OTTAWA-CARLETON FRENCH-LANGUAGE SCHOOL BOARD — PUBLIC SECTOR

File No.: 25899.

1998: November 10; 1999: September 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Limitation of actions — Public Authorities — School Board — School Board declaring superintendent's position redundant and transferring him to non-supervisory position — Superintendent commencing action more than one year after events giving rise to cause of action — Whether six-month limitation period in s. 7 of Public Authorities Protection Act applicable to bar action — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7.

The appellant was a superintendent of the respondent School Board. The Board was restructured and the appellant's position declared redundant. He was transferred to the position of a project officer. More than a year after the events that gave rise to his complaint, he commenced an action claiming contractual entitlements under s. 7(2) of Regulation 309 of the *Education Act*. The respondents brought a motion to have the action dismissed relying on a six-month limitation period under s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*. The motions judge dismissed the motion but the Court of Appeal set aside the decision, concluding that the action was barred by the six-month limitation period. This case raises the same issues as are discussed in the companion case *Des Champs v. Conseil des écoles séparées*

Alfred Abouchar *Appelant*

c.

Conseil scolaire de langue française d'Ottawa-Carleton — Section publique, Rosaire Léger, superviseur et Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario (Ministère des Affaires municipales) *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ABOUCHAR *c.* CONSEIL SCOLAIRE DE LANGUE FRANÇAISE D'OTTAWA-CARLETON — SECTION PUBLIQUE

N° du greffe: 25899.

1998: 10 novembre; 1999: 17 septembre.

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

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

Prescription — Autorités publiques — Conseil scolaire — Poste de surintendant déclaré excédentaire par le Conseil scolaire et mutation de l'employé à un poste ne comportant pas de tâches de supervision — Action intentée par le surintendant plus d'un an après les événements ayant donné naissance à la cause d'action — Est-ce que le délai de prescription de six mois prévu par la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique et rend l'action irrecevable? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7.

L'appelant occupait un poste de surintendant au sein du Conseil scolaire intimé. Le Conseil scolaire a été restructuré et le poste de l'appelant a été déclaré excédentaire. L'appelant a alors été muté à un poste d'agent de projet. Plus d'un an après les événements ayant donné naissance à sa plainte, l'appelant a pris action, invoquant les droits prévus au par. 7(2) du Règlement 309 pris en vertu de la *Loi sur l'éducation* que lui accordait son contrat de travail. Les intimés ont, par voie de requête, demandé le rejet de l'action en invoquant le délai de prescription prévu par l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. Cette requête a été rejetée par le juge qui en était saisi, mais la Cour d'appel a annulé cette décision, concluant à l'irrecevabilité de l'action par l'effet du délai de prescription de six mois. La présente affaire soulève les mêmes questions que celles analysées dans le pourvoi

catholiques de langue française de Prescott-Russell, [1999] 3 S.C.R. 281.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Binnie JJ.: The six-month limitation under s. 7 of the *Public Authorities Protection Act* does not apply. The appellant's complaint is directed to the internal implementation of the reorganization of the Board and to the selection of the appellant for redundancy. The appellant's claim relates to duties of the Board that are incidental or subordinate to its direct performance of its public mandate and that are predominantly of a private character. The motions judge's order, that s. 7 of the Act is inapplicable, is reinstated, permitting the appellant's action to proceed against the respondents on its merits.

Per Major J. (dissenting): This case is indistinguishable from *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell.* The Court of Appeal was correct in holding that s. 7 applied to bar the action. The pleadings of bad faith were insufficient to allow the case to proceed.

Cases Cited

By Binnie J.

Followed: *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 S.C.R. 281.

By Major J. (dissenting)

Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell, [1999] 3 S.C.R. 281.

Statutes and Regulations Cited

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2.
Municipal Affairs Act, R.S.O. 1980, c. 303, Part III.
Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7.
R.R.O. 1990, Reg. 309, s. 7.

connexe *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281.

Arrêt (le juge Major est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Binnie: Le délai de prescription de six mois prévu par l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public* ne s'applique pas. La plainte de l'appelant vise la mise en œuvre interne des mesures de réorganisation du Conseil et le fait que ce soit le poste de l'appelant qu'on ait choisi de déclarer excédentaire. L'action de l'appelant se rapporte à des fonctions du Conseil qui sont accessoires ou incidentes à l'exécution directe de sa mission publique et qui ont principalement un caractère privé. L'ordonnance du juge des requêtes déclarant inapplicable l'art. 7 de la Loi est rétablie, ce qui permettra à l'action intentée par l'appelant contre les intimés d'être instruite au fond.

Le juge Major (dissident): Aucune distinction ne peut être faite entre le présent cas et l'affaire *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell.* La Cour d'appel a eu raison de conclure que l'art. 7 s'appliquait et rendait l'action irrecevable. Les allégations de mauvaise foi étaient insuffisantes pour justifier que l'on permette à l'affaire de suivre son cours.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt suivi: *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281.

Citée par le juge Major (dissident)

Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell, [1999] 3 R.C.S. 281.

Lois et règlements cités

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2.
Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7.
Loi sur les affaires municipales, L.R.O. 1980, ch. 303, partie III.
R.R.O. 1990, Règl. 309, art. 7.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1997] O.J. No. 125 (QL), allowing an appeal from a decision of the Ontario Court (General Division), [1993] O.J. No. 2854 (QL), which declared that s. 7 of the *Public Authorities Protection Act* did not apply to bar the appellant's action. Appeal allowed, Major J. dissenting.

Denis J. Power, Q.C., and *Steven Welchner*, for the appellant.

Paul S. Rouleau and *Bruce Hutchison*, for the respondents.

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

BINNIE J. — This case involves a claim of wrongful dismissal by a former Superintendent of Education against the Ottawa-Carleton French-language School Board — Public Sector. The School Board seeks to have the action against it dismissed on the strength of s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38, which in its relevant part provides that no action may be instituted against a public authority for an act done in execution of "any statutory or other public duty or authority" unless it is commenced within six months of the act complained of. This case was argued here and in the courts below together with *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 S.C.R. 281, in which reasons are being released concurrently today. In light of the analysis set out in *Des Champs*, the ruling of the Ontario Court of Appeal in the present case also cannot stand and the decision of the motions judge rejecting the special limitation defence must be restored. The appeal will therefore be allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1997] O.J. No. 125 (QL), qui a accueilli un appel formé contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1993] O.J. No. 2854 (QL), qui avait déclaré que l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public* ne s'appliquait pas et que l'action de l'appelant n'était donc pas irrecevable. Pourvoi accueilli, le juge Major dissident.

Denis J. Power, c.r., et *Steven Welchner*, pour l'appelant.

Paul S. Rouleau et *Bruce Hutchison*, pour les intimés.

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

LE JUGE BINNIE — La présente affaire porte sur une plainte de congédiement injustifié déposée par un ancien surintendant de l'éducation contre l'intimé, le Conseil scolaire de langue française d'Ottawa-Carleton — Section publique. Le Conseil scolaire demande le rejet de l'action intentée contre lui en invoquant l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*, L.R.O. 1990, ch. P.38 (la «Loi»), dont le passage pertinent précise que nulle action n'est recevable contre quiconque pour un acte accompli dans l'exercice «d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public», si elle n'est pas intentée dans les six mois qui suivent l'acte reproché. Tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures la présente affaire a été plaidée en même temps que l'affaire *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281, dans laquelle des motifs sont également déposés aujourd'hui. Compte tenu de l'analyse faite dans l'affaire *Des Champs*, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire ne peut pas non plus être maintenu, et la décision du juge des requêtes rejetant la défense fondée sur le délai spécial de prescription doit être rétablie. Le pourvoi est donc accueilli. 1

Facts

2 On September 13, 1991, at the request of the Minister of Municipal Affairs, the Ontario Municipal Board made an order under the special provisions of Part III of the *Municipal Affairs Act*, R.S.O. 1980, c. 303, granting the Minister broad powers over the respondent School Board's financial situation. In the previous fiscal year, the School Board had accumulated a financial deficit of over $18 million and anticipated a further deficit of $23.1 million in the then current year, placing it among the leaders of the 72 school boards in Ontario which had failed in a major way to stay within budget. The order of the Ontario Municipal Board allowed the Minister to appoint the respondent, Rosaire Léger, as Supervisor of the School Board's Public Sector with a mandate to restore financial order, and to exercise other powers under the Act. The subsequent restructuring of the Public Sector of the School Board, orchestrated by Mr. Léger, resulted in a 35 percent budget cut at the level of the schools and 136 employees of the School Board itself being declared redundant. This included two superintendent positions.

3 The appellant was advised by letter dated April 28, 1992, that his position was one of two superintendent positions declared redundant pursuant to s. 7 of R.R.O. 1990, Reg. 309, made under the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2. He was advised that he would be transferred to a position with similar supervisory and administrative responsibilities. In September 1992, the appellant was assigned to the position of project officer, which he regarded as a poor substitute and contrary to his contractual entitlement to the benefit of the provisions of Regulation 309.

4 The present action was commenced against the School Board, Mr. Rosaire Léger and the Ministry of Municipal Affairs on May 7, 1993, more than a

Les faits

Le 13 septembre 1991, à la demande du ministre des Affaires municipales, la Commission des affaires municipales de l'Ontario a, en vertu des dispositions extraordinaires de la partie III de la *Loi sur les affaires municipales*, L.R.O. 1980, ch. 303, pris un ordre conférant au ministre des pouvoirs considérables à l'égard de la situation financière du Conseil scolaire intimé. Pendant l'exercice précédent, le Conseil scolaire avait accumulé un déficit de plus de 18 millions de dollars et prévoyait un déficit supplémentaire de 23,1 millions de dollars pour l'exercice alors en cours, de sorte que, des 72 conseils scolaires ontariens qui avaient considérablement excédé leur budget, il se trouvait parmi ceux dont la performance était la moins reluisante. L'ordre de la Commission des affaires municipales a autorisé le ministre à nommer l'intimé Rosaire Léger superviseur de la Section publique du Conseil scolaire, en lui donnant le mandat d'assainir la situation financière et d'exercer d'autres pouvoirs prévus par la Loi. Par suite de la restructuration subséquente de la Section publique du Conseil scolaire orchestrée par M. Léger, des réductions budgétaires de l'ordre de 35 pour 100 ont été imposées aux écoles et 136 employés du Conseil scolaire lui-même ont été déclarés excédentaires, notamment deux postes de surintendant.

Dans une lettre datée du 28 avril 1992, l'appelant a été avisé que son poste était l'un des deux postes de surintendant déclarés excédentaires en application de l'art. 7 du Règl. 309 des R.R.O. 1990, pris en vertu de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2. Il a également été avisé qu'il serait muté à un poste comportant des responsabilités similaires en matière de supervision et d'administration. En septembre 1992, l'appelant a été muté à un poste d'agent de projet. Il estime que ce poste est un piètre substitut et que la décision de le muter à ce poste va à l'encontre du droit de profiter des dispositions du Règlement 309 que lui accorde son contrat de travail.

Dans la présente affaire, l'action a été intentée contre le Conseil scolaire, M. Rosaire Léger et le ministère des Affaires municipales le 7 mai 1993,

year after the events giving rise to the appellant's complaint took place. The appellant says that he was dismissed altogether from his employment effective July 28, 1993.

Judgments

The motions judge, for the reasons he gave in *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell* (1993), 16 O.R. (3d) 278 did not agree with the defendants that Mr. Abouchar's action was statute-barred pursuant to s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*: [1993] O.J. No. 2854 (QL). However, the Ontario Court of Appeal allowed the defendants' appeal and dismissed Mr. Abouchar's action as it had not been commenced within the six-month limitation period: [1997] O.J. No. 125 (QL). It appears that in this case, unlike *Des Champs*, no application was made to have the action struck out against the individual defendants.

Analysis

In this appeal, as in *Des Champs*, the starting point of the appellant's complaint lies in a reorganization of a school board carried out in the public interest. Any action directed to the reorganization itself would have to have been commenced within the six-month period. However, as in *Des Champs*, the appellant's complaint is not directed to a reorganization as such, but to the internal implementation necessitated by a reorganization. More specifically, the complaint is directed to the singling out of the appellant for redundancy when, in his view, proper application of the School Board's own rules governing seniority ought to have deflected the axe onto one of his colleagues.

The case thus raises the same type of indoor management issues as are discussed in *Des Champs*. While Regulation 309 has a "public" aspect, my view is that the appellant's claim relates to duties of the respondent Board that are incidental or subordinate to the direct performance

soit plus d'un an après les événements ayant donné naissance à la plainte de l'appelant. Ce dernier affirme qu'il a à toutes fins pratiques été congédié le 28 juillet 1993.

L'historique des procédures judiciaires

Pour les motifs qu'il a exposés dans *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell* (1993), 16 O.R. (3d) 278, le juge des requêtes n'a pas retenu l'argument des défendeurs que l'action de M. Abouchar était prescrite par application de l'art. 7 de la Loi: [1993] O.J. No. 2854 (QL). Cependant, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par les défendeurs et rejeté l'action de M. Abouchar parce qu'elle n'avait pas été intentée dans le délai de prescription de six mois prévu: [1997] O.J. No. 125 (QL). En l'espèce, contrairement à l'affaire *Des Champs*, il semble qu'aucune demande sollicitant le rejet de l'action contre les défendeurs individuellement n'ait été présentée. 5

L'analyse

Dans le présent pourvoi, tout comme dans l'affaire *Des Champs*, la plainte de l'appelant découle de mesures de réorganisation d'un conseil scolaire prises dans l'intérêt public. Toute action visant la réorganisation elle-même aurait dû être intentée dans le délai de six mois. Cependant, tout comme dans *Des Champs*, la plainte de l'appelant ne vise pas la réorganisation elle-même, mais plutôt les mesures de mise en œuvre interne requises par cette réorganisation. Plus précisément, la plainte vise le fait que ce soit le poste de l'appelant qu'on ait choisi de déclarer excédentaire alors que, selon lui, si le Conseil scolaire avait bien appliqué ses propres règles en matière d'ancienneté, le couperet aurait plutôt dû tomber sur le poste d'un de ses collègues. 6

Le présent cas soulève donc le même type de questions de régie interne que celles analysées dans *Des Champs*. Bien que le Règlement 309 ait un aspect «public», je suis d'avis que l'action de l'appelant se rapporte à des fonctions du Conseil intimé qui sont accessoires ou incidentes à l'exécu- 7

by the respondent Board of its public mandate and are predominantly of a private character. As such, the complaint does not attract the special six-month limitation under s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*.

Disposition

8 The appeal is allowed with costs, the order of the Ontario Court of Appeal is set aside, and the order of the motions judge, dated November 25, 1993, is reinstated, permitting the appellant's action to proceed against the respondents on its merits.

The following are the reasons delivered by

9 MAJOR J. (dissenting) — This case was heard together with *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 S.C.R. 281, in which reasons are being released concurrently. Since this case is indistinguishable from *Des Champs*, it follows that I believe the Ontario Court of Appeal ([1997] O.J. No. 125 (QL)) was correct in holding that s. 7(1) of the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38, applied to bar the appellant's action.

10 I agree with the Court of Appeal's holding that the pleadings of bad faith were insufficient to allow the case to proceed. A plaintiff alleging bad faith must do more than merely assert the point; he must allege specific facts that, if proven, would justify a finding in the plaintiff's favour. A bald assertion of racial discrimination is not sufficient; discrimination, like bad faith, is a legal conclusion that must have some basis in facts pleaded with particularity.

11 I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, MAJOR J. *dissenting.*

tion directe de sa mission publique et qui ont principalement un caractère privé. Par conséquent, l'action n'est pas visée par le délai spécial de prescription de six mois prévu par l'art. 7 de la Loi.

Le dispositif

Le pourvoi est accueilli avec dépens, l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario est infirmée et l'ordonnance du juge des requêtes datée du 25 novembre 1993 est rétablie, ce qui permettra à l'action intentée par l'appelant contre les intimés d'être instruite au fond.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281, dans laquelle des motifs sont également déposés aujourd'hui. Comme aucune distinction ne peut être faite entre le présent cas et l'affaire *Des Champs*, je suis donc d'avis que la Cour d'appel de l'Ontario ([1997] O.J. No. 125 (QL)) a eu raison de conclure que le par. 7(1) de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*, L.R.O. 1990, ch. P.38, s'appliquait et rendait l'action de l'appelant irrecevable.

Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel que les allégations de mauvaise foi étaient insuffisantes pour justifier que l'on permette à l'affaire de suivre son cours. Le demandeur qui plaide la mauvaise foi ne doit pas se contenter d'invoquer ce motif, il doit alléguer des faits précis qui, s'ils étaient prouvés, justifieraient le tribunal de trancher en sa faveur. Le simple fait d'invoquer la discrimination raciale ne suffit pas. Tout comme la mauvaise foi, la discrimination est une conclusion de droit qui doit être fondée sur des faits énoncés avec précision.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge MAJOR *dissident.*

Solicitors for the appellant: Nelligan Power, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Genest Murray DesBrisay Lamek, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Nelligan Power, Ottawa.

Procureurs des intimés: Genest Murray DesBrisay Lamek, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 1999 Vol. 3

3e cahier, 1999 Vol. 3

Cited as [1999] 3 S.C.R. 351-567

Renvoi [1999] 3 R.C.S. 351-567

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2000.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

CONTENTS

Guarantee Co. of North America *v.* Gordon Capital Corp. **423**

Civil procedure — Summary judgment — Test for summary judgment — Motions judge determining that record sufficient to deal with motion for summary judgment — No genuine issue requiring trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with motions judge's determination.

Contracts — Insurance — Misrepresentation — Rescission — Repudiation — Distinction between rescission and repudiation.

Contracts — Insurance — Contractual limitation periods — Wrongful rescission — Construction approach to fundamental breach — Whether contractual limitation period in bond survived wrongful rescission of bond.

Perron-Malenfant *v.* Malenfant (Trustee of) **375**

Bankruptcy — Property of bankrupt — Life insurance policy — Right to surrender — Policy not exempt from seizure under provincial law — Whether cash surrender value of policy should be excluded from property divisible among creditors in bankruptcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67(1) — Civil Code of Lower Canada, arts. 2547, 2552, 2554.

Poulin *v.* Serge Morency et Associés Inc. **351**

Bankruptcy — Property of bankrupt — Exemption from seizure — Registered retirement savings plan — Whether sums contributed by employee to Government and Public Employees Retirement Plan continued to be unseizable after being transferred into RRSP — Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan, R.S.Q., c. R-10, s. 222 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 553(12) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67(1)(b).

R. *v.* Marshall **456**

Indians — Treaty rights — Fishing rights — Accused, a Mi'kmaq Indian, fishing with prohibited net during close period and selling fish caught without a licence in violation of federal fishery regulations — Whether accused possessed treaty right to catch and sell fish that exempted him from compliance with regulations — Mi'kmaq Treaties of 1760-61 — Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, ss. 4(1)(a), 20 — Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).

R. *v.* Marshall **533**

Indians — Treaty rights — Fishing rights — Accused, a Mi'kmaq Indian, acquitted of charges of fishing in violation of federal fishery regulations — Accused found to possess treaty

Continued on next page

SOMMAIRE

Banque Royale du Canada *c.* W. Got & Associates Electric Ltd. **408**

Mise sous séquestre — Nomination préjudiciable d'un séquestre — Ordonnance portant nomination du séquestre obtenue par la banque — Document trompeur présenté au protonotaire — Saisie et liquidation de l'actif du débiteur par le séquestre — La responsabilité de la banque est-elle engagée?

Contrats — Préavis — Contrat silencieux quant au préavis — Demande de remboursement du prêt sans préavis ou avec un délai de préavis minimal — Le créancier est-il responsable de violation de contrat?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts exemplaires — Protonotaire induit en erreur par la demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous séquestre — Inconduite non assimilée à de la fraude, à des poursuites abusives ni à un abus de procédure — L'octroi de dommages-intérêts exemplaires est-il justifié?

Guarantee Co. of North America *c.* Gordon Capital Corp. **423**

Procédure civile — Jugements sommaires — Critère applicable aux jugements sommaires — Décision du juge des requêtes que le dossier est suffisant pour trancher une motion visant à obtenir un jugement sommaire — Absence de véritable question requérant la tenue d'un procès — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes?

Contrats — Assurance — Déclaration inexacte — Résiliation — Répudiation — Distinction entre résiliation et répudiation.

Contrats — Assurance — Délais de prescription contractuels — Résiliation injustifiée — Façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation — Le délai de prescription prévu dans la police a-t-il continué de s'appliquer après la résiliation injustifiée de cette dernière?

Perron-Malenfant *c.* Malenfant (Syndic de) **375**

Faillite — Biens du failli — Police d'assurance-vie — Droit à la valeur de rachat — Police saisissable en vertu du droit en vigueur dans la province — La valeur de rachat de la police devrait-elle être exclue des biens constituant le patrimoine attribué aux créanciers d'une faillite? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1) — Code civil du Bas Canada, art. 2547, 2552, 2554.

Poulin *c.* Serge Morency et Associés inc. **351**

Faillite — Biens du failli — Insaisissabilité — Régime enregistré d'épargne-retraite — Les sommes cotisées par l'employé au Régime de retraite des employés du gouvernement et des

Suite à la page suivante

rights exempting him from compliance with regulations — Whether accused should have been acquitted absent new or further trial to determine justification of regulations — Whether government can regulate treaty right to fish by licensing regulations and closed seasons — Scope of government power to regulate treaty right — Whether judgment should be stayed pending disposition of rehearing if so ordered.

Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Rehearing — Intervener in appeal applying for rehearing — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain application — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 1 "party".

Royal Bank of Canada *v.* W. Got & Associates Electric Ltd. **408**

Receivership — Wrongful appointment of receiver — Bank obtaining order for appointment of receiver — Misleading material placed before Master — Receiver seizing and liquidating debtor's assets — Whether bank liable.

Contracts — Notice — Contract with no provision as to notice — Demand for repayment of loan made with no or minimal notice — Whether creditor liable for breach of contract.

Damages — Exemplary damages — Master misled in application for order of receivership — Misconduct not on level of fraud, malicious prosecution or abuse of process — Whether exemplary damages warranted.

organismes publics ont-elles conservé leur caractère d'insaisissabilité après avoir été transférées dans un REER? — Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., ch. R-10, art. 222 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 553(12) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1)b).

R. *c.* Marshall **456**

Indiens — Droits issus de traités — Droits de pêche — Indien mi'kmaq accusé d'avoir pêché pendant la période de fermeture à l'aide d'un filet prohibé et d'avoir vendu du poisson pêché sans permis en contravention de la réglementation fédérale sur les pêches — L'accusé possédait-il un droit issu de traité l'autorisant à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la réglementation? — Traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761 — Règlement de pêche des provinces maritimes, DORS/93-55, art. 4(1)a), 20 — Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 35(2).

R. *c.* Marshall **533**

Indiens — Droits issus de traités – Droits de pêche — Indien mi'kmaq acquitté d'accusations d'avoir pêché en contravention de règlements fédéraux sur la pêche — Accusé déclaré titulaire de droits issus de traité l'exemptant de l'obligation de se conformer à la réglementation — L'accusé aurait-il dû être acquitté en l'absence d'un nouveau procès ou de la poursuite du litige afin qu'il soit statué sur la justification de la réglementation? — Le gouvernement peut-il réglementer l'exercice d'un droit de pêche issu de traité en imposant par règlement des périodes de pêche et l'obligation de se procurer un permis? — Étendue du pouvoir du gouvernement de réglementer l'exercice d'un droit issu de traité — La prise d'effet du jugement devrait-elle être suspendue jusqu'au prononcé de la décision au terme de la nouvelle audience, si la tenue d'une telle audience est ordonnée?

Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Nouvelle audition — Requête en nouvelle audition présentée par une intervenante au pourvoi — La Cour suprême a-t-elle compétence pour connaître de cette requête? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1 «partie».

Gilles Poulin *Appellant*

v.

Serge Morency et Associés Inc. *Respondent*

and

RBC Dominion Securities Inc. *Mis en cause*

INDEXED AS: POULIN *v.* SERGE MORENCY ET ASSOCIÉS INC.

File No.: 26340.

1999: April 21; 1999: September 17.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy — Property of bankrupt — Exemption from seizure — Registered retirement savings plan — Whether sums contributed by employee to Government and Public Employees Retirement Plan continued to be unseizable after being transferred into RRSP — Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan, R.S.Q., c. R-10, s. 222 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 553(12) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67(1)(b).

In 1991, after his termination of employment, the appellant asked the Government of Quebec's Commission administrative des régimes de retraite et d'assurance (CARRA) to transfer into his RRSP the sums that stood to his credit in the Government and Public Employees Retirement Plan. The appellant's RRSP is a self-directed fixed-term annuity plan. Under this plan, the funds are invested mainly in guaranteed investment certificates or in Canadian securities, and may be withdrawn in whole or in part, subject to the conditions imposed by tax legislation. The appellant exercised that right on one occasion. In 1993, the appellant made an assignment into bankruptcy. The amount transferred by CARRA in 1991 was worth $77,603 on December 31, 1993. The trustee requested the reimbursement of the appellant's RRSP. The appellant refused and filed an application for declaratory judgment in which he asked

Gilles Poulin *Appelant*

c.

Serge Morency et Associés inc. *Intimée*

et

RBC Dominion valeurs mobilières inc. *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ: POULIN *c.* SERGE MORENCY ET ASSOCIÉS INC.

N° du greffe: 26340.

1999: 21 avril; 1999: 17 septembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite — Biens du failli — Insaisissabilité — Régime enregistré d'épargne-retraite — Les sommes cotisées par l'employé au Régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics ont-elles conservé leur caractère d'insaisissabilité après avoir été transférées dans un REER? — Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., ch. R-10, art. 222 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 553(12) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1)b).

En 1991, après sa cessation d'emploi, l'appelant demande à la Commission administrative des régimes de retraite et d'assurance du gouvernement du Québec (CARRA) de transférer dans son REER les sommes qu'il détient dans le Régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics. Le REER de l'appelant est un régime autogéré de rente à terme fixe. En vertu de ce régime, les fonds sont principalement placés dans des certificats de dépôts garantis ou investis dans des valeurs mobilières canadiennes et peuvent être retirés en tout ou en partie, sous réserve des conditions prévues par les lois fiscales. L'appelant s'est d'ailleurs prévalu de ce droit à une occasion. En 1993, l'appelant fait cession de ses biens. Le montant transféré par la CARRA en 1991 vaut 77 603 $ au 31 décembre 1993. Le syndic demande le remboursement du REER de l'appelant mais celui-ci refuse et présente une requête en

that the sums held in his RRSP be declared unseizable. The Superior Court found that the amount transferred by CARRA was unseizable, together with an amount for appreciation in proportion to the total increase in the value of the plan. However, it declared the portion of the RRSP funds derived from the appellant's personal contributions to be seizable. The Court of Appeal, in a majority decision, reversed that judgment and declared that all of the assets of which the appellant's RRSP was composed were seizable.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 67 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* refers to the laws that apply in the province within which the bankrupt resides and within which the property is situated in order to determine what property is exempt from execution or seizure. Articles 1980 and 1981 *C.C.L.C.* set out the principle that seizability is the rule and unseizability the exception. Provisions that depart from this principle must be narrowly construed. Article 553(12) *C.C.P.* includes in the list of unseizable property anything declared unseizable "by law". In the instant case, s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* provides that "[a]ll sums paid or reimbursed under Titles I and IV [of the Act] are inalienable and unseizable". The sums that were reimbursed to the appellant and then transferred into his RRSP are not included in the expression "sums paid or reimbursed". It cannot be said that the appellant holds "sums" in his RRSP. When the sum reimbursed was transferred at the appellant's request into his RRSP, its nature, and the appellant's rights in it, changed. That sum was used to acquire an RRSP, that is, to create an onerous contract or purchase a "tax envelope". As of that moment, and from then on, the appellant's rights, and the sum invested, were governed by the contract. Moreover, the only way not to produce an absurdity and to give some meaning to the words "inalienable" and "*incessible*" in s. 222 is to interpret the expression "sums paid or reimbursed" to mean "the right to payment or to reimbursement of sums". Once that right has been extinguished, that is, once the sums have in fact been paid or reimbursed, their inalienable and unseizable nature has been permanently lost. This interpretation of the expression "sums paid or reimbursed" is consistent with the manner in which other declarations of unseizability have been construed. However, if the sum reimbursed to the appellant had been transferred directly into an unseizable plan, it would

jugement déclaratoire dans laquelle il demande que les sommes détenues dans son REER soient déclarées insaisissables. La Cour supérieure conclut à l'insaisissabilité du montant transféré par la CARRA, augmenté d'une plus-value proportionnelle à l'accroissement total du régime. Elle déclare toutefois saisissable la partie des fonds du REER provenant des contributions personnelles de l'appelant. La Cour d'appel, à la majorité, infirme ce jugement et déclare que la totalité des valeurs constituant le REER de l'appelant est saisissable.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'article 67 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* renvoie aux lois applicables dans la province dans laquelle réside le failli et où sont situés ses biens afin de déterminer quels biens sont exempts d'exécution ou de saisie. Les articles 1980 et 1981 *C.c.B.C.* énoncent le principe selon lequel la saisissabilité est la règle et l'insaisissabilité, l'exception. Les dispositions dérogeant à ce principe doivent donc être interprétées de façon restrictive. Le paragraphe 553(12) *C.p.c.* inclut dans la liste des biens insaisissables toutes les choses déclarées insaisissables «par quelque disposition de la loi». En l'espèce, l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* prévoit que «[t]outes sommes payées ou remboursées en vertu des titres I et IV [de la loi] sont incessibles et insaisissables». Les sommes remboursées à l'appelant et transférées ensuite dans son REER ne sont pas visées par l'expression «sommes payées ou remboursées». On ne peut affirmer que l'appelant détient des «sommes» dans son REER. Lorsque la somme remboursée a été transférée à la demande de l'appelant dans son REER, sa nature a changé de même que les droits de l'appelant à son endroit. En effet, cette somme a été utilisée pour adhérer à un REER, c'est-à-dire pour constituer un contrat à titre onéreux ou acheter une «enveloppe fiscale». À partir de ce moment, les droits de l'appelant ainsi que la somme investie étaient désormais régis par le contrat. De plus, la seule façon de ne pas aboutir à une absurdité et de donner un sens aux mots «incessibles» et «*inalienable*» à l'art. 222 est d'interpréter l'expression «sommes payées ou remboursées» comme signifiant «le droit au paiement ou au remboursement des sommes». Une fois ce droit éteint, c'est-à-dire une fois les sommes effectivement payées ou remboursées, le caractère incessible et insaisissable est définitivement perdu. Une telle interprétation de l'expression «sommes payées ou remboursées» est conforme à l'interprétation qui a été donnée à d'autres déclarations d'insaisissabilité. Toutefois, si la somme remboursée à l'appelant avait été transférée directement dans un régime insaisissable, elle

have remained sheltered from any seizure. The appellant instead chose a seizable RRSP.

It is also impossible to accept that the appellant's RRSP is unseizable because of the source of the funds used to create it, because the wording of s. 222 is not sufficiently clear to establish a new case of investment, reinvestment or real subrogation. Although there is a general principle of personal subrogation in civil law, our law contains no general principle of real subrogation and applies it only in a fragmented fashion. In addition, investment and reinvestment cases are exceptional and are expressly provided for in the law. When the Quebec legislature intended to extend the unseizability of certain sums derived from a retirement plan to the RRSP into which they had been transferred, it did so expressly and clearly.

Cases Cited

Referred to: *Re Neuls* (1985), 56 C.B.R. 132; *Quebec Association of Protestant School Boards v. Wadsworth*, J.E. 92-1421; *Re Moysey* (1977), 80 D.L.R. (3d) 152; *Lachance-Gariépy v. Page*, [1983] C.A. 562; *Caisse populaire de Lévis v. Maranda*, [1950] B.R. 249; *Cie Trust Royal v. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Barreau du Québec v. Morin*, [1988] R.J.Q. 2629.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Family Assistance Allowances, R.S.Q., c. A-17, s. 16.3 [ad. 1989, c. 4, s. 2].

Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan, R.S.Q., c. R-10, ss. 48 [am. 1983, c. 24, s. 1; am. 1987, c. 47, s. 26; *idem*, c. 107, s. 170; am. 1988, c. 82, s. 20; am. 1990, c. 5, s. 25; repl. 1990, c. 87, s. 41], 51 [am. 1983, c. 24, s. 1; am. 1987, c. 47, s. 28; *idem*, c. 107, s. 173; am. 1988, c. 82, s. 23; am. 1990, c. 5, s. 26], 54 [am. 1983, c. 24, s. 1; am. 1987, c. 47, s. 31; am. 1988, c. 82, s. 26], 152, 222 [ad. 1983, c. 24, s. 1].

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67(1)(*b*) [am. 1992, c. 27, s. 33].

Civil Code of Lower Canada, arts. 1154, 1980, 1981, 2552.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 418, 450, 450(3), 451, 1230, 1244, 1651, 2497, 2644, 2645.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 552 [am. 1986, c. 55, s. 3; am. 1992, c. 57, s. 296], 553(7) [am. 1979, c. 37, s. 29; am. 1980, c. 21, s. 4;

serait demeurée à l'abri de toute saisie. L'appelant a cependant choisi un REER de nature saisissable.

L'insaisissabilité du REER de l'appelant ne saurait non plus découler de la provenance des fonds qui ont servi à le constituer, car le libellé de l'art. 222 n'est pas suffisamment clair pour créer un nouveau cas d'emploi, de remploi ou de subrogation réelle. Bien qu'il existe une règle générale de subrogation personnelle en droit civil, notre droit ne connaît pas de principe général de subrogation réelle et n'en fait que des applications fragmentaires. Quant aux cas d'emploi et de remploi, ils sont exceptionnels et prévus expressément dans la loi. Lorsque le législateur québécois a voulu étendre l'insaisissabilité de certaines sommes provenant d'un régime de retraite au REER dans lequel elles avaient été transférées, il l'a fait expressément et de façon claire.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Re Neuls* (1985), 56 C.B.R. 132; *Quebec Association of Protestant School Boards c. Wadsworth*, J.E. 92-1421; *Re Moysey* (1977), 80 D.L.R. (3d) 152; *Lachance-Gariépy c. Page*, [1983] C.A. 562; *Caisse populaire de Lévis c. Maranda*, [1950] B.R. 249; *Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Barreau du Québec c. Morin*, [1988] R.J.Q. 2629.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1154, 1980, 1981, 2552.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 418, 450, 450(3), 451, 1230, 1244, 1651, 2497, 2644, 2645.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 552 [mod. 1986, ch. 55, art. 3; mod. 1992, ch. 57, art. 296], 553(7) [mod. 1979, ch. 37, art. 29; mod. 1980, ch. 21, art. 4; mod. 1989, ch. 55, art. 30], 553(11) [mod. 1986, ch. 55, art. 4; mod. 1992, ch. 57, art. 297], 553(12).

Décret nº 92-755 du 31 juillet 1992, J.O., 5 août 1992, 10530, art. 44.

Loi nº 91-650 du 9 juillet 1991, J.O., 14 juillet 1991, 9228, art. 15.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1)*b*) [mod. 1992, ch. 27, art. 33].

Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., ch. R-10, art. 48 [mod. 1983, ch. 24, art. 1; mod. 1987, ch. 47, art. 26; *idem*, ch. 107, art. 170; mod. 1988, ch. 82, art. 20; mod. 1990, ch. 5, art. 25;

am. 1989, c. 55, s. 30], 553(11) [am. 1986, c. 55, s. 4; am. 1992, c. 57, s. 297], 553(12).

Décret nº 92-755 du 31 juillet 1992, J.O., August 5, 1992, 10530, s. 44.

Loi nº 91-650 du 9 juillet 1991, J.O., July 14, 1991, 9228, s. 15.

Pension Benefits Act, 1992, S.S. 1992, c. P-6.001, s. 63(1).

Regulation respecting supplemental pension plans, (1990) 122 O.G. II, 2318, s. 28(3).

Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 2(4), 98, 264 [am. 1997, c. 19, s. 19].

abr. 1990, ch. 87, art. 41], 51 [mod. 1983, ch. 24, art. 1; mod. 1987, ch. 47, art. 28; *idem*, ch. 107, art. 173; mod. 1988, ch. 82, art. 23; mod. 1990, ch. 5, art. 26], 54 [mod. 1983, ch. 24, art. 1; mod. 1987, ch. 47, art. 31; mod. 1988, ch. 82, art. 26], 152, 222 [aj. 1983, ch. 24, art. 1].

Loi sur les allocations d'aide aux familles, L.R.Q., ch. A-17, art. 16.3 [aj. 1989, ch. 4, art. 2].

Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 2(4), 98, 264 [mod. 1997, ch. 19, art. 19].

Pension Benefits Act, 1992, S.S. 1992, ch. P-6.001, art. 63(1).

Règlement sur les régimes complémentaires de retraite, (1990) 122 G.O. II, 3246, art. 28(3).

Authors Cited

Baudouin, Louis. *Le droit civil de la province de Québec: Modèle vivant de droit comparé*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.

Carbonnier, Jean. *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 14e éd. Paris: P.U.F., 1991.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.

Croze, Hervé. "Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution: Guide de lecture", *J.C.P.* 1992.I.3635.

Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues, 2e éd. Comité de rédaction: Paul-André Crépeau et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991, "incessibilité", "cession".

L'Heureux, Nicole, et Édith Fortin. *Droit bancaire*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

Paré, Michel-B., Lucie Quesnel et Germain Carrière. "Les régimes d'épargne-retraite", [1986] 1 *C.P. du N.* 151.

Ranouil, Véronique. *La subrogation réelle en droit civil français*. Paris: L.G.D.J., 1985.

Terré, François, et Philippe Simler. *Droit civil — Les biens*, 5e éd. Paris: Dalloz, 1998.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] R.J.Q. 2421, 16 C.C.P.B. 293, [1997] Q.J. No. 2950 (QL), reversing a decision of the Superior Court, J.E. 95-1850. Appeal dismissed.

Mireille Arseneault and *Nathalie Giguère*, for the appellant.

Doctrine citée

Baudouin, Louis. *Le droit civil de la province de Québec: Modèle vivant de droit comparé*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.

Carbonnier, Jean. *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 14e éd. Paris: P.U.F., 1991.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.

Croze, Hervé. «Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution: Guide de lecture», *J.C.P.* 1992.I.3635.

Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues, 2e éd. Comité de rédaction: Paul-André Crépeau et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991, «incessibilité», «cession».

L'Heureux, Nicole, et Édith Fortin. *Droit bancaire*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

Paré, Michel-B., Lucie Quesnel et Germain Carrière. «Les régimes d'épargne-retraite», [1986] 1 *C.P. du N.* 151.

Ranouil, Véronique. *La subrogation réelle en droit civil français*. Paris: L.G.D.J., 1985.

Terré, François, et Philippe Simler. *Droit civil — Les biens*, 5e éd. Paris: Dalloz, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1997] R.J.Q. 2421, 16 C.C.P.B. 293, [1997] A.Q. nº 2950 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 95-1850. Pourvoi rejeté.

Mireille Arseneault et *Nathalie Giguère*, pour l'appelant.

Daniel O'Brien and *Marie-Pierre Allard*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

I — Issue

This appeal raises a very specific issue relating to the interpretation of the expression "sums paid or reimbursed" found in s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*, R.S.Q., c. R-10, and the extent to which those sums are unseizable under that section. The issue may be put as follows: did the sums contributed by the appellant to the Government and Public Employees Retirement Plan continue to be unseizable after they were transferred into a registered retirement savings plan (RRSP)?

II — Facts

The appellant is a physician. From March 17, 1981 to November 30, 1990, while he was employed by the Government of Quebec, he contributed to the Government and Public Employees Retirement Plan (Retirement Plan). On November 30, 1990, the accumulated value of the appellant's retirement plan was $55,982.31.

On December 20, 1990, the appellant acquired a self-directed RRSP. The Société nationale de fiducie was the trustee, and McNeil, Mantha Inc. was the agent. On January 21, 1991, the appellant asked the Government of Quebec's Commission administrative des régimes de retraite et d'assurance (CARRA) to transfer into his RRSP the sums that stood to his credit in the Retirement Plan. Since there was a waiting period of 210 days from the date of termination of employment before the contributions could be refunded, the appellant had to complete a second application for reimbursement, which he did on July 2, 1991. It was

Daniel O'Brien et *Marie-Pierre Allard*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I — La question en litige

Le présent pourvoi soulève une question très précise relativement à l'interprétation de l'expression «sommes payées ou remboursées» que l'on retrouve à l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., ch. R-10, et à l'étendue du caractère d'insaisissabilité que cet article confère auxdites sommes. Cette question peut être formulée ainsi: les sommes cotisées par l'appelant au Régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics ont-elles conservé leur caractère d'insaisissabilité après avoir été transférées dans un régime enregistré d'épargne-retraite (REER)? 1

II — Les faits

L'appelant est médecin. Du 17 mars 1981 au 30 novembre 1990, alors qu'il est à l'emploi du gouvernement du Québec, il cotise au Régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (Régime de retraite). En date du 30 novembre 1990, la valeur accumulée du régime de retraite de l'appelant s'élève à 55 982,31 $. 2

Le 20 décembre 1990, l'appelant adhère à un REER autogéré. La Société nationale de fiducie agit à titre de fiduciaire et McNeil, Mantha inc., à titre d'agent. Le 21 janvier 1991, l'appelant demande à la Commission administrative des régimes de retraite et d'assurance du gouvernement du Québec (CARRA) de transférer dans son REER les sommes qu'il détient dans le Régime de retraite. Étant donné que le remboursement des cotisations est assujetti à un délai d'attente de 210 jours à compter de la date de cessation d'emploi, l'appelant doit compléter une seconde demande de remboursement, ce qu'il fait le 2 juillet 1991. 3

not until September 3, 1991 that CARRA finally sent the Société nationale de fiducie a cheque for $55,982.31, as reimbursement of the contributions paid by the appellant.

4 In the meantime, the appellant had an RRSP that he held with Lévesque Beaubien Geoffrion Inc. transferred to McNeil, Mantha Inc. On March 31, 1991, the appellant's two accounts with McNeil, Mantha Inc. were merged. On May 15, 1991, the appellant requested that his initial RRSP be replaced by an "unseizable RRSP" and a self-directed fixed-term annuity plan was then substituted for the original plan. The appellant designated his sister as beneficiary. That designation is revocable. On August 31, 1991, before the reimbursement was received from CARRA, the appellant had accumulated $16,778.36 in his RRSP.

5 In early 1992, the *mis en cause* acquired all accounts and plans held by McNeil, Mantha Inc., and Montreal Trust became the trustee of the appellant's RRSP. On February 10, 1992, the *mis en cause* RBC Dominion Securities Inc. sent the appellant a letter informing him that he had become its customer, and that [TRANSLATION] "[b]ased on current trends in the case law, your 'unseizable' RRSP account could in fact become seizable".

6 Under the appellant's fixed-term annuity plan, the funds are invested mainly in guaranteed investment certificates or in Canadian securities, and they may be withdrawn in whole or in part, subject to the conditions imposed by tax legislation. The appellant exercised that right when he withdrew $4,950 from his RRSP on February 26, 1993. He invested an additional $1,974 on November 4, 1992.

7 On April 6, 1993, the appellant made an assignment into bankruptcy. On December 31, 1993, the amount transferred by CARRA ($55,982.31) was worth $77,603. The other sums invested by the appellant were worth $20,011 on that date.

Ce n'est finalement que le 3 septembre 1991 que la CARRA fait parvenir à la Société nationale de fiducie un chèque de 55 982,31 $ émis en remboursement des cotisations versées par l'appelant.

Dans l'intervalle, l'appelant fait transférer chez McNeil, Mantha inc. un REER qu'il détient chez Lévesque Beaubien Geoffrion inc. Le 31 mars 1991, les deux comptes de l'appelant chez McNeil, Mantha inc. sont fusionnés. Le 15 mai 1991, l'appelant demande à ce qu'un «REER insaisissable» remplace son REER initial et un régime autogéré de rente à terme fixe est alors substitué au régime initial. L'appelant désigne sa sœur comme bénéficiaire. Cette désignation est révocable. Le 31 août 1991, soit avant le remboursement de la CARRA, l'appelant a accumulé 16 778,36 $ dans son REER.

Au début de l'année 1992, la mise en cause acquiert tous les comptes et régimes détenus par McNeil, Mantha inc. et Montréal Trust devient fiduciaire du REER de l'appelant. Le 10 février 1992, la mise en cause RBC Dominion valeurs mobilières inc. fait parvenir une lettre à l'appelant afin de l'informer qu'il est devenu son client et que, «[d]'après les tendances actuelles de la jurisprudence, le caractère "insaisissable" de votre compte REER "insaisissable" pourrait, dans les faits, devenir saisissable».

En vertu du régime de rente à terme fixe de l'appelant, les fonds sont principalement placés dans des certificats de dépôts garantis ou investis dans des valeurs mobilières canadiennes et peuvent être retirés en tout ou en partie, sous réserve des conditions prévues par les lois fiscales. L'appelant s'est d'ailleurs prévalu de ce droit en retirant 4 950 $ de son REER le 26 février 1993. Il a investi un montant supplémentaire de 1 974 $ le 4 novembre 1992.

Le 6 avril 1993, l'appelant fait cession de ses biens. Au 31 décembre 1993, le montant transféré par la CARRA (55 982,31 $) vaut 77 603 $. Quant aux autres sommes investies par l'appelant, elles valent 20 011 $ à la même date.

On April 5, 1994, the respondent requested the reimbursement of the appellant's RRSP. When the appellant refused, it informed him by letter dated November 24, 1994, that it would act unilaterally unless proceedings were taken to contest the trustee's position. On December 6, 1994, the appellant served an application for declaratory judgment on the respondent in which he asked that the sums held in his RRSP be declared unseizable. In the Superior Court, Landry J. found that an amount equal to the amount transferred by CARRA was unseizable, together with an amount for appreciation in proportion to the total increase in the value of the plan. However, he declared the portion of the RRSP funds derived from the appellant's personal contributions to be seizable. That decision was reversed by the Quebec Court of Appeal, which declared, by a majority, that all of the assets of which the appellant's RRSP was composed were seizable. Rousseau-Houle J.A. dissented.

Le 5 avril 1994, l'intimée demande le remboursement du REER de l'appelant. Suite au refus de celui-ci, elle l'informe dans une lettre datée du 24 novembre 1994 qu'elle agira unilatéralement en l'absence de procédures de contestation de la position du syndic. Le 6 décembre 1994, l'appelant fait signifier à l'intimée une requête en jugement déclaratoire dans laquelle il demande que les sommes détenues dans son REER soient déclarées insaisissables. En Cour supérieure, le juge Landry conclut au caractère insaisissable d'un montant égal à celui transféré par la CARRA augmenté d'une plus-value proportionnelle à l'accroissement total du régime. Il déclare toutefois saisissable la partie des fonds du REER provenant des contributions personnelles de l'appelant. Cette décision est renversée par la Cour d'appel du Québec qui déclare à la majorité que la totalité des valeurs constituant le REER de l'appelant est saisissable. Madame le juge Rousseau-Houle est dissidente. 8

III — Relevant Statutory Provisions

III — Les dispositions législatives pertinentes

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3 (*B.I.A.*)

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 (*L.F.I.*) 9

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

. . .

(*b*) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides. . . .

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de lois de la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli. . .

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25 (*C.C.P.*)

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25 (*C.p.c.*)

553. The following are exempt from seizure:

553. Sont insaisissables:

. . .

(7) Benefits payable under a supplemental pension plan to which an employer contributes on behalf of his employees, other amounts declared unseizable by an Act governing such plans and contributions paid or to be paid into such plans;

7. Les prestations accordées au titre d'un régime complémentaire de retraite auquel cotise un employeur pour le compte de ses employés, les autres sommes déclarées insaisissables par une loi régissant ces régimes ainsi que les cotisations qui sont ou doivent être versées à ces régimes;

. . .

(12) Anything declared unseizable by law.

Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan, R.S.Q., c. R-10

222. All sums paid or reimbursed under Titles I and IV are inalienable and unseizable.

IV — Judicial History

A. *Superior Court of Quebec*, J.E. 95-1850

10 For the purposes of his analysis, Landry J. drew a distinction between the funds accumulated by the appellant in the Retirement Plan and the RRSP accumulated through his personal investments. He dealt first with the funds that derived from the Retirement Plan. After noting that s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*, unlike the legislative provision at issue in *Re Neuls* (1985), 56 C.B.R. 132 (Sask. C.A.), on which the respondent relied, refers to sums reimbursed and not to "moneys payable", Landry J. said he was of the view that the legislature had intended to express a different intention by using different terminology, that is, to protect "the principal" and not only "the act of reimbursement". Landry J. cited *Quebec Association of Protestant School Boards v. Wadsworth*, J.E. 92-1421 (Sup. Ct.), in support of that position. He concluded that by virtue of the combined effect of art. 553(7) *C.C.P.* and s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*, the sums reimbursed to the appellant after his employment terminated were unseizable and continued to be unseizable even when they were invested in an RRSP with the *mis en cause*. He pointed out that the appellant had at no time had in his possession the sums transferred.

11 On the question of the sums that had been accumulated through personal investments, Landry J. held that they were seizable, given that the designated beneficiary of the appellant's fixed-term annuity RRSP was not one of the beneficiaries referred to in art. 2552 *C.C.L.C.*, and accordingly

12. Toutes choses déclarées telles par quelque disposition de la loi.

Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., ch. R-10

222. Toutes sommes payées ou remboursées en vertu des titres I et IV sont incessibles et insaisissables.

IV — L'historique des procédures

A. *Cour supérieure du Québec*, J.E. 95-1850

Pour les fins de son analyse, le juge Landry établit une distinction entre les fonds accumulés par l'appelant au Régime de retraite et le REER accumulé par ses mises de fonds personnelles. Il traite d'abord des fonds provenant du Régime de retraite. Après avoir fait remarquer que, contrairement à la disposition législative en cause dans la décision *Re Neuls* (1985), 56 C.B.R. 132 (C.A. Sask.), sur laquelle s'appuie l'intimée, l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* vise les sommes remboursées et non pas les «*moneys payable*», le juge Landry se dit d'avis que le législateur a voulu marquer une intention différente en employant une terminologie différente, soit protéger «le capital» et non pas seulement «l'acte de remboursement». Le juge Landry cite la décision *Quebec Association of Protestant School Boards c. Wadsworth*, J.E. 92-1421 (C.S.), pour soutenir cette position. Il conclut que grâce à l'effet combiné du par. 553(7) *C.p.c.* et de l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, les sommes remboursées à l'appelant après sa cessation d'emploi sont insaisissables et conservent leur caractère d'insaisissabilité, même investies dans un REER chez la mise en cause. Il croit bon de rappeler que l'appelant n'a en aucun temps eu en sa possession les sommes transférées.

Pour ce qui est des sommes accumulées par mises de fonds personnelles, le juge Landry estime qu'elles sont saisissables étant donné que le bénéficiaire désigné du REER de rente à terme fixe de l'appelant n'est pas l'un de ceux mentionnés à l'art. 2552 *C.c.B.C.* et que, par conséquent, les

that the requirements in order for s. 178 of the *Act respecting Trust Companies and Savings Companies*, R.S.Q., c. S-29.01, to apply had not been met.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1997] R.J.Q. 2421

Since the appellant had withdrawn his incidental appeal on the question of whether the sums that derived from his personal investments were unseizable, the only issue to be resolved by the Court of Appeal was the issue relating to the funds accumulated in the Retirement Plan by the appellant and later transferred into his RRSP.

(1) Deschamps J.A. (Tourigny J.A. concurring)

Deschamps J.A. pointed out that most decisions at the trial level in which an RRSP has been declared to be unseizable when the funds used to create it were initially unseizable have relied either on one another or on *Re Moysey* (1977), 80 D.L.R. (3d) 152, a decision of the Saskatchewan Court of Queen's Bench. She was of the opinion that a cautious approach must be taken in examining common law decisions, and that because of the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Re Neuls*, *supra*, the position adopted in *Re Moysey*, *supra*, no longer carries the weight that was formerly attributed to it.

Deschamps J.A. found it difficult to include the securities held in the appellant's self-directed RRSP in the "sums paid or reimbursed" that s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* declares to be unseizable. After noting that cases of reinvestment are exceptional, she pointed out that the appellant's rights in respect of his self-directed RRSP had nothing in common with the rights he had in respect of the Retirement Plan. In her view, a creditor of protected rights can rely on the unseizable nature of the sums only so long as they retain the characteristics that are the reason the law protects them.

Deschamps J.A. rejected the argument that the different wording of s. 222 of the *Act respecting*

conditions d'application de l'art. 178 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., ch. S-29.01, ne sont pas remplies.

B. *Cour d'appel du Québec*, [1997] R.J.Q. 2421

12 L'appelant s'étant désisté de son appel incident portant sur l'insaisissabilité des sommes provenant de ses mises de fonds personnelles, la seule question que devait résoudre la Cour d'appel était celle relative aux fonds accumulés par l'appelant dans le Régime de retraite et transférés plus tard dans son REER.

(1) Le juge Deschamps (avec l'appui du juge Tourigny)

13 Le juge Deschamps souligne que la plupart des décisions de première instance qui ont déclaré insaisissable un REER lorsque les fonds utilisés pour le constituer étaient initialement insaisissables s'appuient l'une sur l'autre ou sur la décision *Re Moysey* (1977), 80 D.L.R. (3d) 152, de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Elle est d'avis que les décisions de common law doivent être étudiées avec circonspection et qu'en raison de l'arrêt *Re Neuls*, précité, de la Cour d'appel de la Saskatchewan, la position adoptée dans l'affaire *Re Moysey*, précitée, n'a plus la portée qu'on a pu lui prêter.

14 Le juge Deschamps estime que les valeurs mobilières détenues dans le REER autogéré de l'appelant peuvent difficilement être assimilées aux «sommes payées ou remboursées» que l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* déclare insaisissables. Après avoir déclaré que les cas de remploi sont exceptionnels, elle fait remarquer que les droits de l'appelant à l'égard de son REER autogéré n'ont rien de commun avec les droits qu'il avait à l'égard du Régime de retraite. À son avis, le créancier des droits protégés ne peut invoquer l'insaisissabilité que pendant que les sommes conservent les caractéristiques qui font que la loi les protège.

15 Le juge Deschamps rejette l'argument selon lequel le libellé différent de l'art. 222 de la *Loi sur*

the Government and Public Employees Retirement Plan, that is, the use of the expression "sums paid or reimbursed" instead of the expression "benefits payable", meant that the position adopted by the Court of Appeal in *Lachance-Gariépy v. Page*, [1983] C.A. 562, could be rejected, and the protection against seizure extended to the reinvestment of sums derived from the Retirement Plan. In her view, the words "sums paid or reimbursed" are insufficient to create a separate body of property that would allow the protection against seizure to be perpetuated.

16 In conclusion, Deschamps J.A. wrote, at p. 2433:

> [TRANSLATION] Because only the property specifically set out in the Act is unseizable, because the vehicle chosen by the respondent is not one such type of property, because neither s. 222 of the Act nor art. 553 C.P. create a separate body of property which would allow for tracing, the securities held in his RRSP devolved in their entirety to the trustee.

(2) Rousseau-Houle J.A. (dissenting)

17 Rousseau-Houle J.A. was of the opinion that the trial judge was correct in declaring the sum accumulated by the appellant while he was contributing to the Retirement Plan, which was then transferred into an RRSP, to be unseizable. In her opinion, the sums that were reimbursed to the appellant did not cease to be benefits paid to an employee under a supplemental pension plan when they were reimbursed. Accordingly, those sums were exempt from seizure in the new retirement plan to which they were directly transferred, regardless of whether or not the new plan was seizable. Rousseau-Houle J.A. found that the amendments to art. 553(7) *C.C.P.* and the new wording of s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* clearly indicated that the legislature intended to declare both sums paid and sums reimbursed after withdrawal from the Retirement Plan to be unseizable. Moreover, those changes meant that the decision of the Quebec Court of Appeal in *Lachance-Gariépy v. Page*, *supra*, and the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Re Neuls*, *supra*, no longer applied. Rousseau-Houle J.A. concluded as

le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, soit l'utilisation de l'expression «sommes payées ou remboursées» au lieu de l'expression «bénéfices payables», permet d'écarter la position adoptée par la Cour d'appel dans l'affaire *Lachance-Gariépy c. Page*, [1983] C.A. 562, et d'étendre l'insaisissabilité au remploi des sommes provenant du Régime de retraite. Selon elle, les mots «sommes payées ou remboursées» sont insuffisants pour créer une masse distincte permettant de perpétuer la protection contre l'insaisissabilité.

En conclusion, le juge Deschamps écrit à la p. 2433:

> Parce que seuls les biens spécifiques prévus par la loi sont insaisissables, parce que le véhicule choisi par l'intimé n'est pas l'un de ceux-là, parce que ni l'article 222 de la loi ni l'article 553 C.P. ne créent de masse distincte donnant ouverture au «tracing», les valeurs détenues dans son REER sont dévolues au syndic dans leur entier.

(2) Le juge Rousseau-Houle (dissidente)

Le juge Rousseau-Houle est d'avis que le juge de première instance a eu raison de déclarer insaisissable la somme accumulée par l'appelant alors qu'il cotisait au Régime de retraite et ensuite transférée dans un REER. À son avis, les sommes qui ont été remboursées à l'appelant n'ont pas cessé, lors du remboursement, d'être des bénéfices accordés à un employé en vertu d'un régime complémentaire de retraite. Par conséquent, ces sommes sont exemptes de saisie dans le nouveau régime de retraite où elles ont été directement transférées, peu importe que ce nouveau régime soit saisissable ou non. Le juge Rousseau-Houle estime que les modifications apportées au par. 553(7) *C.p.c.* de même que la nouvelle formulation de l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* indiquent clairement l'intention du législateur de déclarer insaisissables tant les sommes payées que les sommes remboursées après le retrait du Régime de retraite. En outre, ces modifications rendent dorénavant inapplicables la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Lachance-Gariépy c. Page*, précitée,

follows, at p. 2424: [TRANSLATION] "If the sums paid derive from a pension fund that was itself unseizable by law, they continue to be unseizable in the new retirement plan in which they have been reinvested."

V — Analysis

A. *Introduction*

Section 67 *B.I.A.* refers to the laws that apply in the province within which the bankrupt resides and within which the property is situated in order to determine what property is exempt from execution or seizure. Articles 1980 and 1981 *C.C.L.C.* read as follows at the time the appellant made an assignment into bankruptcy:

1980. Whoever incurs a personal obligation, renders liable for its fulfilment all his property, moveable and immoveable, present and future, except such property as is specially declared to be exempt from seizure.

However, a creditor may agree with his debtor that the latter will be bound to fulfil his obligation only on the property they describe and which is affected with a legal cause of preference in favour of the creditor.

1981. The property of a debtor is the common pledge of his creditors, and where they claim together they share its price rateably, unless there are amongst them legal causes of preference.

The following are the corresponding articles of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64:

2644. The property of a debtor is charged with the performance of his obligations and is the common pledge of his creditors.

2645. Any person under a personal obligation charges, for its performance, all his property, movable and immovable, present and future, except property which is exempt from seizure or property which is the object of a division of patrimony permitted by law.

However, the debtor may agree with his creditor to be bound to fulfil his obligation only from the property they designate.

These articles set out the principle that seizability is the rule and unseizability the exception.

ainsi que la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Re Neuls*, précitée. Le juge Rousseau-Houle conclut ainsi à la p. 2424: «Si les sommes versées proviennent d'un fonds de pension lui-même insaisissable en vertu de la loi, elles demeurent insaisissables dans le nouveau régime de retraite où elles sont réinvesties.»

V — Analyse

A. *Introduction*

L'article 67 *L.F.I.* renvoie aux lois applicables dans la province dans laquelle réside le failli et où sont situés ses biens afin de déterminer quels biens sont exempts d'exécution ou de saisie. Les articles 1980 et 1981 *C.c.B.C.* étaient ainsi libellés au moment où l'appelant a fait cession de ses biens: 18

1980. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont spécialement déclarés insaisissables.

Toutefois, un créancier peut convenir avec son débiteur que celui-ci ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils décrivent et qui sont affectés d'une cause légitime de préférence en faveur du créancier.

1981. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et, dans le cas de concours, le prix s'en distribue par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence.

Voici le texte des articles correspondants dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64:

2644. Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers.

2645. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi.

Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent.

Ces articles énoncent le principe selon lequel la saisissabilité est la règle et l'insaisissabilité,

Provisions that depart from this principle must be narrowly construed: see *Caisse populaire de Lévis v. Maranda*, [1950] B.R. 249, at pp. 259 (Galipeault C.J.) and 262 (Bissonnette J.). In addition, given that all declarations that property is unseizable affect the rights of the creditors, they may be expected to be worded clearly and precisely.

19 The Quebec legislature has included declarations that property is unseizable in a number of statutes, but they are found primarily in arts. 552 and 553 *C.C.P.* Paragraph 7 of art. 553 *C.C.P.* concerns supplemental pension plans. Since para. 12 of that article includes in the list of unseizable property anything declared unseizable "by law", and s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* declares "[a]ll sums paid or reimbursed under Titles I and IV" of that Act to be unseizable, it is not necessary to decide whether art. 553(7) *C.C.P.* is applicable and whether the Retirement Plan to which the appellant contributed constitutes a supplemental pension plan despite the fact that it is not governed by the *Supplemental Pension Plans Act*, R.S.Q., c. R-15.1 (s. 2(4) of that Act excludes from its application pension plans established by an Act). The issue can be decided by referring solely to s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*. But before looking further at that section, it is necessary to examine the overall scheme of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*, and the nature of an RRSP in Quebec civil law.

B. *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*

20 The *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* is divided into five titles. Section 222 is part of Title V, "Miscellaneous and Transitional Provisions". Title I, to which s. 222 refers, includes provisions regarding the

l'exception. Les dispositions dérogeant à ce principe doivent être interprétées de façon restrictive: voir *Caisse populaire de Lévis c. Maranda*, [1950] B.R. 249, aux pp. 259 (le juge en chef Galipeault) et 262 (le juge Bissonnette). De plus, étant donné que toutes les déclarations d'insaisissabilité affectent les droits des créanciers, on est en droit de s'attendre à ce qu'elles soient formulées en des termes clairs et précis.

Le législateur québécois a inséré des déclarations d'insaisissabilité dans différentes lois, mais on les retrouve principalement aux art. 552 et 553 *C.p.c.* Le paragraphe 7 de l'art. 553 *C.p.c.* concerne les régimes complémentaires de retraite. Étant donné que le par. 12 du même article inclut dans la liste des biens insaisissables toutes les choses déclarées insaisissables «par quelque disposition de la loi» et que l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* déclare insaisissables «[t]outes sommes payées ou remboursées en vertu des titres I et IV» de cette loi, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si le par. 553(7) *C.p.c.* est applicable et si le Régime de retraite auquel a cotisé l'appelant constitue un régime complémentaire de retraite malgré le fait qu'il n'est pas régi par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., ch. R-15.1 (le par. 2(4) de cette loi exclut en effet de son application les régimes de retraite établis par une loi). La question en litige peut être tranchée en se référant uniquement à l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*. Mais avant de se pencher davantage sur cet article, il importe d'examiner l'économie de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, de même que la nature d'un REER en droit civil québécois.

B. *La Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*

La *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* est divisée en cinq titres. L'article 222 est compris dans le titre V «Dispositions diverses et transitoires». Le titre I, auquel réfère l'art. 222, inclut des

scope of application of the Act, pensionable salary, years of service, contributions and contributory amounts, benefits, and transfer and purchase of service. Titles II and III deal with regulations and the administration of retirement plans, respectively. Title IV deals with "Temporary Measures", including sabbatical leave with deferred salary, early retirement, anticipation of pension benefits, and persons placed on reserve.

Under that Act, an employer to which the Act applies must withhold the contribution set by the Act from its employee's salary. It must then pay that contribution to CARRA at the same time as its own contribution to the plan. By contributing to the Retirement Plan, an employee becomes entitled to receive a pension when he or she retires. The annual amount of the pension is based on the employee's average pensionable salary and years of service.

Reimbursement of contributions is governed by Title I of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*, and more specifically by Division III of Chapter IV. At present, an employee who has at least two years of service and who ceases to participate in the Retirement Plan is not entitled to have his or her contributions reimbursed. Such an employee is entitled only to a deferred annuity: see s. 51. However, at the time when the appellant ceased to be employed, s. 48 read as follows:

48. Except where section 21 applies, if an employee ceases to participate in the plan before becoming entitled to a pension or to a deferred annuity, he may, if he has at least two years of service, apply for a deferred annuity or obtain, provided he does not again participate in the plan and subject to section 58, the refund of his contributions as long as he has not attained 65 years of age.

In case of death, the contributions shall be refunded to his spouse or, if he has no spouse, to his assigns.

Thus in 1990 an employee who ceased to participate in the Retirement Plan had the option of choosing a refund or a deferred annuity. However, an employee who ceased to be employed before

dispositions relatives au domaine d'application de la loi, au traitement admissible, aux années de service, aux cotisations et contributions, aux prestations et aux transferts et achats de service. Les titres II et III portent respectivement sur les règlements et l'administration des régimes de retraite. Enfin, le titre IV traite des «Mesures d'application temporaire», incluant les congés sabbatiques à traitement différé, la retraite anticipée, l'anticipation des prestations de retraite et les mises en disponibilité.

En vertu de cette loi, l'employeur à qui la loi s'applique doit retenir sur le traitement de son employé la cotisation fixée par la loi. Il doit ensuite la verser à la CARRA en même temps que sa propre contribution au régime. En cotisant au Régime de retraite, un employé acquiert le droit de se voir accorder une pension au moment de sa retraite. Le montant annuel de la pension est fonction du traitement admissible moyen et des années de service de l'employé. 21

Le remboursement des cotisations est prévu au titre I de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, plus précisément à la section III du chapitre IV. À l'heure actuelle, un employé qui possède au moins deux années de service et qui cesse de participer au Régime de retraite n'a pas droit au remboursement de ses cotisations. Il n'a droit qu'à une pension différée: voir l'art. 51. Toutefois, au moment où l'appelant a cessé d'occuper ses fonctions, l'art. 48 se lisait ainsi: 22

48. Sauf dans le cas où l'article 21 s'applique, si l'employé cesse de participer au régime avant d'être admissible à une pension ou d'avoir droit à une pension différée et s'il a au moins deux années de service, il peut demander une pension différée ou obtenir, à la condition de ne pas participer de nouveau au régime et sous réserve de l'article 58, le remboursement de ses cotisations tant qu'il n'a pas atteint 65 ans.

En cas de décès, les cotisations sont remboursées au conjoint ou, à défaut, aux ayants droit.

Donc, en 1990, un employé qui cessait de participer au Régime de retraite avait la possibilité de choisir entre un remboursement et une pension différée. Par contre, un employé qui cessait d'occuper

becoming eligible for a pension, and who was at least 45 years old and had at least 10 years' service, was not entitled to have his or her contributions refunded. Such an employee was entitled only to a deferred annuity or to a sum representing up to 25 percent of the actuarial value of that deferred annuity and a deferred annuity adjusted to take into account the payment of that sum (s. 51). The deferred annuity became payable to the pensioner only on the date of his or her sixty-fifth birthday (s. 54).

23 We see from reading s. 48 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* that the appellant had the option of leaving his contributions in the Retirement Plan and requesting a deferred annuity instead of reimbursement of his contributions. However, he chose to request a refund and to invest the reimbursed sum in an RRSP.

C. *Nature of an RRSP*

24 There are many varieties of RRSPs in Canada. They are offered by different institutions, including life insurance companies, trust companies, banks, caisses populaires, loan companies and securities brokers. RRSPs are tax creatures (M.-B. Paré, L. Quesnel and G. Carrière, "Les régimes d'épargne-retraite", [1986] 1 *C.P. du N.* 151, at p. 169). The Quebec Court of Appeal has examined the question of the nature of an RRSP in Quebec civil law, and concluded that an RRSP was simply a creditor-debtor relationship governed by the clauses of the contract between the two parties: see *Cie Trust Royal v. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550. Authors have written that [TRANSLATION] "the retirement savings plan is not property, but rather an agreement that produces rights and obligations or, if you prefer, a tax envelope by means of which certain property may be acquired": see Paré, Quesnel and Carrière, *supra*, at p. 171.

25 The sums invested in an RRSP are therefore used to acquire other property. Accordingly, the

une fonction avant d'être admissible à une pension et qui avait au moins 45 ans et 10 années de service, n'avait pas droit au remboursement des cotisations. Il n'avait droit qu'à une pension différée ou une somme représentant jusqu'à concurrence de 25 pour 100 de la valeur actuarielle de cette pension différée et une pension différée ajustée pour tenir compte du paiement de cette somme (art. 51). La pension différée ne devenait payable au pensionné qu'à compter de la date de son soixante-cinquième anniversaire de naissance (art. 54).

À la lecture de l'art. 48 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, on constate que l'appelant avait la possibilité de laisser ses cotisations dans le Régime de retraite et de demander une pension différée au lieu du remboursement de ses cotisations. Il a toutefois choisi de demander un remboursement et d'investir la somme remboursée dans un REER.

C. *Nature d'un REER*

Il existe une multiplicité de REER au Canada. Ils sont offerts par différentes institutions, notamment des compagnies d'assurance-vie, des compagnies de fiducie, des banques, des caisses populaires, des compagnies de prêt et des courtiers en valeurs mobilières. Le REER est une création fiscale (M.-B. Paré, L. Quesnel et G. Carrière, «Les régimes d'épargne-retraite», [1986] 1 *C.P. du N.* 151, à la p. 169). La Cour d'appel du Québec s'est déjà penchée sur la question de la qualification d'un REER en droit civil québécois et a conclu qu'un REER n'était qu'une relation créancier-débiteur régie par les clauses mêmes du contrat liant les deux parties: voir *Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550. Des auteurs ont écrit que «le régime d'épargne-retraite n'est pas un bien mais plutôt une convention dont découlent des droits et obligations, ou si vous préférez une enveloppe fiscale qui permet d'acquérir certains biens»: voir Paré, Quesnel et Carrière, *loc. cit.*, à la p. 171.

Les sommes investies dans un REER sont donc utilisées pour acquérir d'autres biens. Par consé-

nature of those sums changes, as do the rights of the person who invested them: they are then determined by the agreement between the parties.

In the instant case, the appellant acquired a self-administered RRSP offered by McNeil, Mantha Inc. Under the rules governing that RRSP, the trustee undertook to purchase an annuity payable to the Annuitant or to his or her spouse within the 120 days preceding the maturity date of the RRSP. The Annuitant in turn undertook not to contribute more than the maximum exemption permitted under federal and provincial income tax legislation. It is stated that [TRANSLATION] "[t]he contributions and any increase in the value thereof, in accordance with the instructions received from the Annuitant, may be retained in cash, invested in guaranteed investment certificates or invested, provided that no such investment is prohibited by the Income Tax Act or the regulations." (Emphasis added.) The appellant was therefore entitled to give instructions as to the investments to be made, something that he could not do when he was contributing to the Retirement Plan. Moreover, he had the option of withdrawing the funds invested, in whole or in part, at any time, subject to the conditions imposed by tax legislation. As I noted earlier, the appellant exercised that right by withdrawing $4,950 from his RRSP in February 1993.

D. *Meaning of the Expression "Sums Reimbursed"*

Section 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* declares certain "sums" ("*sommes*" in the French version) to be inalienable and unseizable. In the instant case, the appellant had a sum of money reimbursed to him. After the appellant applied for reimbursement and met all of the legal and administrative requirements, a sum of money equivalent to the contributions he had paid was transferred directly into his RRSP with McNeil, Mantha Inc., in accordance with his instructions. While the appellant never had that sum of money in his possession, he did have it reimbursed and his "claim" against CARRA was extinguished.

quent, leur nature change, de même que les droits de la personne qui les investit. En effet, ceux-ci sont dorénavant déterminés par la convention liant les parties.

En l'espèce, l'appelant a adhéré à un REER autogéré offert par McNeil, Mantha inc. En vertu des règlements régissant ce REER, le fiduciaire s'engage à acheter une rente ou une annuité payable au Rentier ou à son conjoint dans les 120 jours précédant l'échéance du REER. De son côté, le Rentier s'engage à ne pas contribuer plus que le maximum permis comme exemption par les lois fédérales et provinciales de l'impôt sur le revenu. Il est précisé que «[l]es contributions et tout accroissement d'icelles, en conformité avec les instructions reçues du Rentier, peuvent être conservées en espèces, placées dans des certificats de dépôts garantis ou investies dans des placements, pourvu qu'aucun de ces placements ne soit prohibé par la loi de l'impôt sur le revenu ou les règlements.» (Je souligne.) L'appelant pouvait donc donner des instructions quant aux placements à être effectués, chose qu'il ne pouvait pas faire lorsqu'il cotisait au Régime de retraite. En outre, il avait le loisir de retirer en tout temps les fonds investis, en tout ou en partie, sous réserve des conditions prévues par les lois fiscales. Comme je l'ai déjà souligné, l'appelant s'est prévalu de ce droit en retirant 4 950 $ de son REER en février 1993. 26

D. *Sens de l'expression «sommes remboursées»*

L'article 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* déclare incessibles et insaisissables certaines «sommes» («*sums*» en anglais). En l'espèce, l'appelant a obtenu le remboursement d'une certaine somme d'argent. Après en avoir fait la demande et rempli toutes les exigences légales et administratives, une somme d'argent équivalente aux cotisations versées par l'appelant a été, selon ses directives, transférée directement dans son REER chez McNeil, Mantha inc. Bien que l'appelant n'ait jamais eu cette somme d'argent en sa possession, il en a bel et bien obtenu le remboursement et son «droit de créance» à l'égard de la CARRA s'est éteint. 27

28 The appellant contends that the sums held in his RRSP are the same as the sums reimbursed by CARRA and that their nature has not changed. I cannot accept that argument, for two main reasons.

29 First, it cannot be said that the appellant holds "sums" in his RRSP. It will be recalled that under the appellant's fixed-term annuity plan, the funds invested are used to acquire guaranteed investment certificates, Canadian securities or other types of investments. As a result, when the sum reimbursed was transferred at the appellant's request into his RRSP, its nature, and the appellant's rights in it, changed. That sum was used to acquire an RRSP, that is, to create an onerous contract or purchase a "tax envelope". As of that moment, and from then on, the appellant's rights, and the sum invested, were governed by the contract. The appellant's rights under his RRSP are in fact different from the rights he had under the Retirement Plan, the most striking difference undoubtedly being that he had the option of withdrawing the funds invested in his RRSP, in whole or in part, at any time.

30 In short, what the appellant "holds" under his RRSP are rights that are conferred on him in the contract he has with the trustee and the agent. Those rights are not "sums paid or reimbursed", as the nature of those sums has changed. As a result, the declaration in s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* that the sums are unseizable no longer applies to them.

31 The second reason why I cannot accept the appellant's argument is that I am of the opinion that s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* does not protect the sums once they have been taken out of the Retirement Plan. If we were to interpret the expression "sums paid or reimbursed" in such a way as to cover the sums once they have been taken out of the Retirement Plan, the result would be absurd. If we read s. 222, we see that not only

L'appelant soutient que les sommes détenues dans son REER sont les mêmes que les sommes remboursées par la CARRA et qu'elles n'ont pas changé de nature. Je ne peux retenir cet argument, et ce, principalement pour deux raisons.

Premièrement, il n'est pas possible d'affirmer que l'appelant détient des «sommes» dans son REER. Rappelons qu'en vertu du régime de rente à terme fixe de l'appelant, les fonds investis sont employés pour acquérir des certificats de dépôts garantis, des valeurs mobilières canadiennes ou d'autres types de placements. Par conséquent, lorsque la somme remboursée a été transférée à la demande de l'appelant dans son REER, sa nature a changé de même que les droits de l'appelant à son endroit. En effet, cette somme a été utilisée pour adhérer à un REER, c'est-à-dire pour constituer un contrat à titre onéreux ou acheter une «enveloppe fiscale». À partir de ce moment, les droits de l'appelant ainsi que la somme investie étaient désormais régis par le contrat. Les droits de l'appelant en vertu de son REER sont d'ailleurs différents de ceux qu'il avait en vertu du Régime de retraite, la différence la plus frappante étant sans doute la possibilité pour l'appelant de retirer, en tout ou en partie, les fonds investis dans son REER, et ce, en tout temps.

Bref, ce que l'appelant «détient» en vertu de son REER, ce sont des droits stipulés en sa faveur dans le contrat le liant au fiduciaire et à l'agent. Ces droits ne sont plus des «sommes payées ou remboursées», celles-ci ayant changé de nature. Par conséquent, la déclaration d'insaisissabilité que l'on retrouve à l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne leur est pas applicable.

La deuxième raison pour laquelle je ne peux retenir l'argument de l'appelant est que je suis d'avis que l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne protège pas les sommes une fois qu'elles sont sorties du Régime de retraite. En effet, interpréter l'expression «sommes payées ou remboursées» de façon à couvrir les sommes une fois qu'elles sont sorties du Régime de retraite engendrerait une absurdité. En lisant le libellé de

has the Quebec legislature declared sums paid or reimbursed to be unseizable, but it has also declared them to be inalienable ("*incessible*" in the French version). Of what use might inalienable or unassignable sums of money be? Such sums could not be alienated in order to be applied to a payment and would quite simply be useless. Consequently, if we consider the nature of a sum of money, saying that a certain sum is inalienable or unassignable is nonsense, and produces an absurd result. As Dickson J. wrote in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 676:

> We must give the sections a reasonable construction and try to make sense and not nonsense, of the words. We should pay Parliament the respect of not assuming readily that it has enacted legislative inconsistencies or absurdities.

Concerning this rule of interpretation, see also *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 363-64, and P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 373 *et seq.* The only way not to produce an absurdity and to give some meaning to the words "inalienable" and "*incessible*" in s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* is to interpret the expression "sums paid or reimbursed" to mean "the right to payment or to reimbursement of sums". Moreover, the concept of *incessibilité* to which the French version of s. 222 refers usually applies only to rights. It is defined in the *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues* (2nd ed. 1991), at p. 301, as follows: [TRANSLATION] "Attribute of a right not susceptible of assignment." (Emphasis added.) The definition of the term "*cession*" ("assignment") is found at p. 81: [TRANSLATION] "*Inter vivos* transfer of a right, by onerous or gratuitous contract, in particular in relation to a claim." (Emphasis added.) Once the right to payment or to reimbursement has been extinguished, that is, once the sums have in fact been paid or reimbursed, their inalienable and unseizable nature has been permanently lost. It goes without saying, however, that sums paid or reimbursed that are transferred into another

l'art. 222, on constate que non seulement le législateur québécois a-t-il déclaré les sommes payées ou remboursées insaisissables, il les a également déclarées incessibles («*inalienable*» dans la version anglaise). Or, à quoi pourraient bien servir des sommes d'argent incessibles ou *inalienable*? De telles sommes ne pourraient être aliénées pour être appliquées à un paiement et seraient tout simplement inutiles. Par conséquent, si l'on considère la nature même d'une somme d'argent, affirmer qu'une certaine somme est incessible ou *inalienable* constitue un non-sens et engendre une absurdité. Comme l'écrivait le juge Dickson dans *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 676:

> Nous devons donner aux deux articles une interprétation raisonnable et tâcher de les lire d'une façon qui a du sens et non pas d'y voir un non-sens. Nous devons avoir envers le Parlement la courtoisie de ne pas présumer aisément qu'il a édicté des incohérences ou des absurdités.

Concernant cette règle d'interprétation, voir également *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, aux pp. 363 et 364, et P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), aux pp. 424 et suiv. La seule façon de ne pas aboutir à une absurdité et de donner un sens aux mots «incessibles» et «*inalienable*» que l'on retrouve à l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* est d'interpréter l'expression «sommes payées ou remboursées» comme signifiant «le droit au paiement ou au remboursement des sommes». D'ailleurs, la notion d'incessibilité à laquelle réfère la version française de l'art. 222 ne s'applique habituellement qu'aux droits. Elle est définie ainsi dans le *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues* (2e éd. 1991), à la p. 301: «Qualité d'un droit insusceptible de cession.» (Je souligne.) On retrouve la définition du terme «cession» à la p. 81: «Transfert entre vifs d'un droit, à titre onéreux ou à titre gratuit, spécialement à propos d'une créance.» (Je souligne.) Une fois le droit au paiement ou au remboursement éteint, c'est-à-dire une fois les sommes effectivement payées ou remboursées, le caractère incessible et insaisissable est définitivement perdu. Toutefois, il va de soi que les sommes payées ou remboursées qui sont transférées dans un autre

unseizable "vehicle" acquire the unseizable nature of their new "vehicle". Consequently sums reimbursed that are directly transferred into an unseizable "vehicle" remain sheltered from any seizure. Moreover, the appellant could have asked that the sums reimbursed be transferred into an unseizable plan, both at the time of reimbursement and later before his assignment into bankruptcy, but he did not do so, choosing instead a seizable RRSP.

«véhicule» insaisissable acquièrent alors le caractère insaisissable de leur nouveau «véhicule». Par conséquent, les sommes remboursées qui sont directement transférées dans un «véhicule» insaisissable demeurent à l'abri de toute saisie. Il était d'ailleurs loisible à l'appelant de demander à ce que les sommes remboursées soient transférées dans un régime insaisissable, tant au moment du remboursement que plus tard avant sa cession de biens, mais il ne l'a pas fait, choisissant plutôt un REER de nature saisissable.

32 I do not believe that interpreting the expression "sums paid or reimbursed" as meaning "the right to payment or to reimbursement of sums" does any violence to the text of s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*. On the contrary, this interpretation is consistent with the manner in which other declarations of unseizability have been construed. As Deschamps J.A. pointed out in her reasons, if we examine the situations in which the law provides for unseizability, the desire to protect claims for support in the broad sense seems to prevail. The objective is often to prevent seizures in the hands of third parties, that is, seizures at source. We need only consider art. 553(11) *C.C.P.*, which declares a portion of "gross salaries and wages" to be unseizable.

Je ne crois pas qu'interpréter l'expression «sommes payées ou remboursées» comme signifiant «le droit au paiement ou au remboursement des sommes» fasse violence au texte de l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*. Au contraire, cette interprétation est conforme à l'interprétation qui a été donnée à d'autres déclarations d'insaisissabilité. Comme l'a souligné le juge Deschamps dans ses motifs, si on examine les cas d'insaisissabilité prévus par la loi, le désir de protéger les créances alimentaires au sens large semble prédominer. L'objectif est souvent de prévenir les saisies en mains tierces, c'est-à-dire les saisies à la source. On n'a qu'à penser au par. 553(11) *C.p.c.* qui déclare insaisissable une partie des «traitements, salaires et gages bruts».

33 As Côté notes, *supra*, at pp. 236 *et seq.*, the meaning of words depends in part on the context in which they are used. The overall context of an enactment includes, *inter alia*, the other provisions of the statute, the related statutes and the other rules of the legal system. See *Barreau du Québec v. Morin*, [1988] R.J.Q. 2629 (C.A.), at pp. 2639-40. The manner in which other declarations of unseizability have been worded and construed is therefore a relevant factor to be considered in construing s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*. The fact that the Quebec legislature has clearly specified in certain enactments that it intends to grant protection for support claims after they are paid is also highly relevant. For example, s. 16.3 of the *Act respecting Family Assistance Allowances*, R.S.Q., c. A-17, provides that "[a]llowances are

Comme le souligne Côté, *op. cit.*, aux pp. 262 et suiv., le sens des mots dépend partiellement du contexte dans lequel ils sont employés. Le contexte global dans lequel s'insère un texte de loi comprend, entre autres, les autres dispositions de la loi, les lois connexes et les autres règles du système juridique. Voir *Barreau du Québec c. Morin*, [1988] R.J.Q. 2629 (C.A.), aux pp. 2639 et 2640. La façon dont les autres déclarations d'insaisissabilité ont été libellées et interprétées constitue donc un facteur pertinent à considérer en interprétant l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*. Est également fort pertinent le fait que le législateur québécois a clairement spécifié dans certains textes de loi son intention d'accorder une protection aux créances alimentaires après leur réalisation. Par exemple, l'art. 16.3 de la *Loi sur les*

unassignable and unseizable. They do not become part of the patrimony of the person who receives them." (Emphasis added.) Unlike the wording of that section, the wording of s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* does not extend the protection against seizure to the period after payment or reimbursement.

allocations d'aide aux familles, L.R.Q., ch. A-17, précise que «[l]es allocations sont incessibles et insaisissables. Elles n'entrent pas dans le patrimoine de la personne qui les reçoit.» (Je souligne.) Contrairement au libellé de cet article, le libellé de l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* n'étend pas la protection contre les saisies à la période suivant le paiement ou le remboursement.

In short, because the nature of the sums reimbursed has changed, and because s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* cannot be interpreted as protecting the sums that have been reimbursed once they have been taken out of the Retirement Plan, I believe that the sums that were reimbursed to the appellant and then transferred into his RRSP are not included in the expression "sums paid or reimbursed" in s. 222. 34

Bref, en raison de leur changement de nature et du fait que l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne peut pas être interprété comme protégeant les sommes remboursées une fois qu'elles sont sorties du Régime de retraite, je crois que les sommes remboursées à l'appelant et transférées ensuite dans son REER ne sont pas visées par l'expression «sommes payées ou remboursées» que l'on retrouve à l'art. 222.

E. *Property That Is Unseizable by Virtue of the Origin of the Funds*

E. *Insaisissabilité engendrée par la provenance des fonds*

The appellant further submits that an RRSP may become unseizable if the funds that were paid into it were themselves unseizable under a specific statute. I cannot accept that argument. That would amount to arbitrarily extending the meaning of the expression "sums paid or reimbursed" and creating a new category of unseizable property. It would also go against the rule that exemptions from seizure should be narrowly construed, since, it must be recalled, they are exceptions. 35

L'appelant soutient en outre qu'un REER peut acquérir un caractère insaisissable si les fonds qui y ont été versés étaient eux-mêmes insaisissables en vertu d'une loi particulière. Je ne peux accepter cet argument. Cela équivaudrait à étendre arbitrairement le sens de l'expression «sommes payées ou remboursées» et à créer une nouvelle catégorie de biens insaisissables. Cela irait également à l'encontre de la règle selon laquelle on doit interpréter restrictivement les cas d'insaisissabilité qui sont, rappelons-le, des cas d'exception.

The appellant's position, namely that there is property that is unseizable by virtue of the source of the funds used to acquire it, raises the problem of how to circumscribe the protection afforded by a declaration of unseizability. Where do we draw the line? Is the property unseizable in perpetuity, regardless of what use is made of the sums declared to be unseizable? Carrying the unseizable nature of certain sums over to an RRSP or to something else, as well as the very concept of "source of the funds", necessarily require that the rules of investment and reinvestment, and, it could 36

La position de l'appelant, à savoir qu'il existe des biens insaisissables de par la provenance des fonds ayant servi à les acquérir, pose le problème de circonscrire la protection accordée par une déclaration d'insaisissabilité. En effet, où tirer la ligne? Le caractère insaisissable perdure-t-il à jamais, peu importe l'utilisation qui est faite des sommes déclarées insaisissables? L'opération de reporter sur un REER ou sur quelque chose d'autre le caractère d'insaisissabilité de certaines sommes, ainsi que le concept même de «provenance des fonds», font nécessairement appel aux règles de

even be argued, of real subrogation, be applied, since [TRANSLATION] "[t]he new property takes the place of the former property and is subject to the same legal status": see J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 3, *Les biens* (14th ed. 1991), at p. 118. Reinvestment is in fact described as [TRANSLATION] "a particular application of real subrogation": see L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec* (1953), at p. 1035. Although there is a general principle of personal subrogation in civil law (arts. 1154 *C.C.L.C.* and 1651 *C.C.Q.*), our law contains no general principle of real subrogation, and applies it only in a fragmented fashion: see art. 450(3) *C.C.Q.* concerning the private property of the spouses, and art. 2497 *C.C.Q.* relating to the payment of an insurance indemnity to creditors holding hypothecs on the damaged property. See also Carbonnier, *supra*, at p. 118; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français* (1985), at p. 21; F. Terré and P. Simler, *Droit civil — Les biens* (5th ed. 1998), at pp. 334-37. In addition, investment and reinvestment cases are exceptional, and are expressly provided for in the law (see, for example, art. 418 *C.C.Q.* concerning the family patrimony, arts. 1230 and 1244 *C.C.Q.* concerning substitution and arts. 450 and 451 *C.C.Q.* concerning partnership of acquests). There is no provision of this sort in the case before us, and the expression "sums paid or reimbursed" cannot reasonably be construed in such a way as to create a new case of investment or reinvestment and to protect any use of such sums against seizure.

37 When the Quebec legislature intended to extend the unseizability of certain sums derived from a retirement plan to the RRSP into which they had been transferred, it did so expressly and clearly. For instance, s. 264 of the *Supplemental Pension Plans Act* provides:

264. Unless otherwise provided by law, the following amounts or contributions are unassignable and unseizable:

(1) all member or employer contributions paid or payable into the pension fund or to the insurer, with accrued interest;

l'emploi et du remploi et même, pourrait-on soutenir, de la subrogation réelle puisque «[l]e bien nouveau prend la place du bien ancien pour être soumis à la même condition juridique»: voir J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens* (14e éd. 1991), à la p. 118. Le remploi est d'ailleurs décrit comme étant «une application particulière de la subrogation réelle»: voir L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec* (1953), à la p. 1035. Or, bien qu'il existe une règle générale de subrogation personnelle en droit civil (art. 1154 *C.c.B.C.* et 1651 *C.c.Q.*), notre droit ne connaît pas de principe général de subrogation réelle et n'en fait que des applications fragmentaires: voir le par. 450(3) *C.c.Q.* concernant les biens propres des époux et l'art. 2497 *C.c.Q.* portant sur le versement de l'indemnité d'assurance aux créanciers titulaires d'une hypothèque sur le bien endommagé. Voir également Carbonnier, *op. cit.*, à la p. 118; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français* (1985), à la p. 21; F. Terré et P. Simler, *Droit civil — Les biens* (5e éd. 1998), aux pp. 334 à 337. De plus, les cas d'emploi et de remploi sont exceptionnels et prévus expressément dans la loi (voir, par exemple, l'art. 418 *C.c.Q.* en matière de patrimoine familial, les art. 1230 et 1244 *C.c.Q.* en matière de substitution et les art. 450 et 451 *C.c.Q.* en matière de société d'acquêts). Rien de tel n'est prévu dans le cas qui nous occupe et on ne peut raisonnablement interpréter l'expression «sommes payées ou remboursées» de façon à créer un nouveau cas d'emploi ou de remploi et à protéger contre la saisie toute utilisation de ces sommes.

Lorsque le législateur québécois a voulu étendre l'insaisissabilité de certaines sommes provenant d'un régime de retraite au REER dans lequel elles avaient été transférées, il l'a fait expressément et de façon claire. Ainsi l'art. 264 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* prévoit:

264. Sauf dispositions contraires de la loi, est incessible et insaisissable:

1° toute cotisation salariale ou patronale versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite ou à l'assureur, ainsi que les intérêts accumulés;

(2) all amounts refunded or pension benefits paid under a pension plan or this Act and derived from member or employer contributions;

(3) all amounts awarded to the spouse of a member following partition or any other transfer of benefits effected pursuant to Chapter VIII, with accrued interest, and the benefits deriving from such amounts.

Except as far as they derive from additional voluntary contributions, any of the above-mentioned amounts that have been transferred to a pension plan contemplated by section 98, with accrued interest, any refunds of and benefits resulting from such amounts, and any pension or payment having replaced a pension pursuant to section 92 are also unassignable and unseizable. [Emphasis added.]

Section 98 of the *Supplemental Pension Plans Act*, to which s. 264 refers, allows a member of a pension plan governed by that Act to transfer certain sums into another pension plan governed by the *Supplemental Pension Plans Act* or into any pension plan or annuity contract prescribed by regulation. Section 28(3) of the *Regulation respecting Supplemental Pension Plans*, (1990) 122 O.G. II, 2323, reads as follows:

28. The pension plans not governed by the Act and to which transfers may be made under sections 98 and 100 of the Act are:

. . .

(3) for the contributions and interest referred to in subparagraph 1 of the first paragraph of section 98 of the Act, a registered retirement savings plan or a deferred profit-sharing plan; [Emphasis added.]

By the combined effect of ss. 264 and 98 of the *Supplemental Pension Plans Act* and s. 28 of the Regulation, the unseizable nature of certain sums that are held in a pension plan governed by that Act may therefore be carried over to an RRSP. As I noted earlier in para. 19 of these reasons, the Retirement Plan into which the appellant paid is not governed by the *Supplemental Pension Plans Act*, and the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* contains no

2° toute somme remboursée ou toute prestation versée en vertu d'un régime de retraite ou de la présente loi et qui provient de cotisations salariales ou patronales;

3° toute somme attribuée au conjoint du participant à la suite d'un partage ou d'une autre cession de droits visés au chapitre VIII, avec les intérêts accumulés, ainsi que les prestations constituées avec ces sommes.

Sauf dans la mesure où elles proviennent de cotisations volontaires, l'incessibilité et l'insaisissabilité valent également à l'égard des sommes susmentionnées qui ont fait l'objet d'un transfert dans un régime de retraite visé à l'article 98, avec les intérêts accumulés, de tout remboursement de ces sommes et de toute prestation en résultant, ainsi qu'à l'égard de la rente ou du paiement ayant remplacé une rente en application de l'article 92. [Je souligne.]

L'article 98 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, auquel l'art. 264 renvoie, autorise un participant à un régime de retraite régi par cette loi à transférer certaines sommes dans un autre régime de retraite régi par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* ou dans tout régime ou contrat de rente déterminé par règlement. Le paragraphe 28(3) du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, (1990) 122 G.O. II, 3246, se lit ainsi:

28. Les régimes de retraite non régis par la Loi et dans lesquels des transferts peuvent être effectués en application des articles 98 et 100 de la Loi, sont:

. . .

3° pour les cotisations et intérêts visés au paragraphe 1° du premier alinéa de l'article 98 de la Loi, un régime enregistré d'épargne-retraite ou un régime d'intéressement différé; [Je souligne.]

Par l'effet combiné des art. 264 et 98 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et de l'art. 28 du Règlement, le caractère insaisissable de certaines sommes détenues dans un régime de retraite régi par cette loi peut donc être reporté sur un REER. Comme je l'ai déjà souligné au par. 19 des présents motifs, le Régime de retraite auquel l'appelant a cotisé n'est pas régi par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne comprend aucune disposition prévoyant le report du caractère

provision stipulating that the unseizable nature of the sums reimbursed is carried over to an RRSP.

38 It is also worth noting that other legislatures have also thought it advisable to make specific statutory provision for carrying over to an RRSP the unseizable nature of certain funds, in order to avoid any doubt. We might refer, for example, to s. 63(1) of the Saskatchewan *Pension Benefits Act, 1992*, S.S. 1992, c. P-6.001, which provides:

> **63**(1) Subject to subsection (3), benefits, moneys that have been transferred to another plan, to a prescribed RRSP or to any other prescribed retirement plan that is registered pursuant to the *Income Tax Act* (Canada), including moneys transferred before January 1, 1993, and moneys earned by those transferred moneys:
>
> (a) may not be assigned, charged, alienated or anticipated; and
>
> (b) are exempt from execution, seizure or attachment.

39 French legislation also expressly provides, in s. 15 of *Loi nº 91-650 du 9 juillet 1991*, J.O., July 14, 1991, 9228, and s. 44 of *Décret nº 92-755 du 31 juillet 1992*, J.O., August 5, 1992, 10530, that when a bank account is credited with an amount from an unseizable source, the unseizability is transferred to the extent of that amount to the balance in the account. In other words, it has provided an exception to the rule of the fungibility of money and instituted [TRANSLATION] "a genuine theory of unseizable claims": see H. Croze, "Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution: Guide de lecture", *J.C.P.* 1992.I.3635, at p. 560. No such theory as yet exists in Quebec law: see N. L'Heureux and É. Fortin, *Droit bancaire* (3rd ed. 1999), at pp. 90-91.

F. *Change of Wording*

40 The appellant attempted to base an argument on the change in the wording of s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*. The former s. 152 was worded as follows:

insaisissable des sommes remboursées sur un REER.

Il est également intéressant de noter que d'autres législateurs ont aussi cru bon de mentionner expressément dans la loi quand l'insaisissabilité de certains fonds était reportée sur un REER, ne laissant ainsi planer aucun doute. On peut par exemple se référer au par. 63(1) de la *Pension Benefits Act, 1992*, S.S. 1992, ch. P-6.001, de la Saskatchewan qui prévoit:

> [TRADUCTION] **63**(1) Sous réserve du paragraphe (3), les prestations, les sommes transférées dans un autre régime, dans un REER prescrit ou dans tout autre régime de retraite prescrit et enregistré en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale, y compris les sommes transférées avant le 1er janvier 1993, et les sommes qu'elles ont rapportées:
>
> a) ne peuvent être cédées, grevées de charge, aliénées ni escomptées;
>
> b) sont exemptes d'exécution, de saisie ou de saisie-arrêt.

Par ailleurs, le législateur français a également prévu de façon expresse à l'art. 15 de la *Loi nº 91-650 du 9 juillet 1991*, J.O., 14 juillet 1991, 9228, et à l'art. 44 du *Décret nº 92-755 du 31 juillet 1992*, J.O., 5 août 1992, 10530, que lorsqu'un compte bancaire est crédité du montant d'une créance insaisissable, l'insaisissabilité est reportée à due concurrence sur le solde du compte. Il a ainsi écarté la règle de la fongibilité de la monnaie et mis sur pied «une véritable théorie des créances insaisissables»: voir H. Croze, «Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution: Guide de lecture», *J.C.P.* 1992.I.3635, à la p. 560. Une telle théorie n'existe pas encore en droit québécois: voir N. L'Heureux et É. Fortin, *Droit bancaire* (3e éd. 1999), aux pp. 90 et 91.

F. *Changement de libellé*

L'appelant tente de tirer un argument du changement de libellé de l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*. L'ancien art. 152 était ainsi libellé:

152. The benefits payable under this act are inalienable and unseizable.

It is worth reproducing the wording of s. 222 in order to facilitate comparison between the two sections:

222. All sums paid or reimbursed under Titles I and IV are inalienable and unseizable.

The appellant contends that the use of the term "reimbursed" in s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* can mean nothing other than that the unseizable nature of funds that derive from the Retirement Plan is preserved, because otherwise [TRANSLATION] "the legislature would have spoken in vain". I do not agree with this submission. In view of the clear language used in s. 264 of the *Supplemental Pension Plans Act* and the meaning of the expression "sums reimbursed", I am unable to conclude that by using the word "reimbursed" in s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* the legislature intended to create a new case of reinvestment.

That does not mean, however, that the legislature spoke in vain when it amended s. 222. The previous version of s. 222 dealt only with "benefits payable", and did not cover reimbursements of contributions. The sums reimbursed could therefore be seized, even in the hands of third parties. That is in fact what had happened in *Lachance-Gariépy v. Page*, *supra*. In that case, the Court of Appeal concluded that a seizure in third party hands became possible once an application for reimbursement had been made, because as of that moment participation in the Retirement Plan was terminated and the right to withdraw amounts from the plan had become part of the debtor's patrimony. Section 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* now protects both benefits payable and sums reimbursable. Because the right to reimbursement is unseizable, seizures in the hands of third parties are no longer permitted, and the sums are protected until they are withdrawn from the Retirement Plan.

152. Les bénéfices payables en vertu de la présente loi sont incessibles et insaisissables.

Il est utile de reproduire de nouveau le libellé de l'art. 222 afin de faciliter la comparaison entre les deux articles:

222. Toutes sommes payées ou remboursées en vertu des titres I et IV sont incessibles et insaisissables.

L'appelant prétend que l'utilisation du terme «remboursées» à l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne peut signifier autre chose que le maintien du caractère insaisissable des fonds provenant du Régime de retraite, car, autrement, «le législateur aurait parlé pour ne rien dire». Je ne suis pas d'accord avec cette prétention. En effet, à la lumière du langage clair utilisé à l'art. 264 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et du sens de l'expression «sommes remboursées», il ne m'est pas possible de conclure qu'en utilisant le mot «remboursées» à l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, le législateur a souhaité créer un nouveau cas de remploi.

41 Cela ne signifie pas pour autant qu'en modifiant le libellé de l'art. 222 le législateur a parlé pour ne rien dire. La version antérieure de l'art. 222 ne traitait que des «bénéfices payables» et ne couvrait pas les cas de remboursements des cotisations. Les sommes remboursées pouvaient donc être saisies, même en mains tierces. C'est d'ailleurs ce qui s'était produit dans l'affaire *Lachance-Gariépy c. Page*, précitée. Dans cette affaire, la Cour d'appel a conclu qu'une saisie en mains tierces devenait possible dès qu'une demande de remboursement avait été faite, car, à partir de ce moment, la participation au Régime de retraite était terminée et le droit de retirer les montants du régime était intégré au patrimoine du débiteur. L'article 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* protège maintenant tant les bénéfices payables que les sommes remboursables. Comme le droit au remboursement est insaisissable, les saisies en mains tierces ne sont plus permises et les sommes sont protégées jusqu'à leur sortie du Régime de retraite.

G. *Conclusion*

42 In summary, I am of the opinion that the sums contributed by the appellant to the Retirement Plan did not retain their unseizable nature after they were transferred into an RRSP. The expression "sums paid or reimbursed" in s. 222 of the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan* does not cover sums that have been withdrawn from the Retirement Plan. In addition, the sums used to acquire an RRSP cannot be described as "sums reimbursed" under the *Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan*, because the nature of those sums, and the appellant's rights to those sums, changed upon their being used to fund that onerous contract. Lastly, it is not possible to accept the appellant's argument that his RRSP is unseizable because of the source of the funds used to create it, because the wording of s. 222 is not sufficiently clear to establish a new case of investment, reinvestment or real subrogation.

VI — Disposition

43 For the foregoing reasons, I am of the opinion that the appeal should be dismissed with costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Arseneault, Moreau, Webster, Charlesbourg.

Solicitor for the respondent: Daniel O'Brien, Québec.

G. *Conclusion*

En résumé, je suis d'avis que les sommes cotisées par l'appelant au Régime de retraite n'ont pas conservé leur caractère d'insaisissabilité après avoir été transférées dans un REER. En effet, l'expression «sommes payées ou remboursées» que l'on retrouve à l'art. 222 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne couvre pas les sommes qui sont sorties du Régime de retraite. De plus, on ne peut pas qualifier les sommes utilisées pour adhérer à un REER de «sommes remboursées» en vertu de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, car la nature de ces sommes, de même que les droits de l'appelant à leur égard, ont changé au moment où elles ont été utilisées pour constituer ce contrat à titre onéreux. Enfin, il n'est pas possible de retenir l'argument de l'appelant à l'effet que l'insaisissabilité de son REER découlerait de la provenance des fonds qui ont servi à le constituer, car le libellé de l'art. 222 n'est pas suffisamment clair pour créer un nouveau cas d'emploi, de remploi ou de subrogation réelle.

VI — Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Arseneault, Moreau, Webster, Charlesbourg.

Procureur de l'intimée: Daniel O'Brien, Québec.

In the Matter of the Bankruptcy of Raymond Malenfant, Colette Perron, Alain Malenfant, Eusthelle Malenfant, France Malenfant and Lynn Malenfant

between

Pierre Poliquin of the Firm Samson Bélair/Deloitte & Touche Inc., trustee in the Bankruptcy of debtors Raymond Malenfant, Colette Perron, Alain Malenfant, Eusthelle Malenfant, France Malenfant and Lynn Malenfant *Appellant*

v.

Colette Perron-Malenfant *Respondent*

and

La Laurentienne Vie Inc. *Respondent in the Quebec Superior Court*

INDEXED AS: PERRON-MALENFANT *v.* MALENFANT (TRUSTEE OF)

File No.: 26451.

1999: March 15; 1999: September 17.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy — Property of bankrupt — Life insurance policy — Right to surrender — Policy not exempt from seizure under provincial law — Whether cash surrender value of policy should be excluded from property divisible among creditors in bankruptcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67(1) — Civil Code of Lower Canada, arts. 2547, 2552, 2554.

The respondent policyholder insured her husband's life in a life insurance policy and designated herself a revocable beneficiary. She had the right to surrender the policy for its cash surrender value pursuant to the terms of the policy. The respondent, her husband and her children were petitioned into receivership. The trustee in

Dans l'affaire de la faillite de Raymond Malenfant, Colette Perron, Alain Malenfant, Eusthelle Malenfant, France Malenfant et Lynn Malenfant

entre

Pierre Poliquin de la firme Samson Bélair/Deloitte & Touche inc., syndic de faillite des débiteurs Raymond Malenfant, Colette Perron, Alain Malenfant, Eusthelle Malenfant, France Malenfant et Lynn Malenfant *Appelant*

c.

Colette Perron-Malenfant *Intimée*

et

La Laurentienne Vie inc. *Intimée en Cour supérieure du Québec*

RÉPERTORIÉ: PERRON-MALENFANT *c.* MALENFANT (SYNDIC DE)

N° du greffe: 26451.

1999: 15 mars; 1999: 17 septembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite — Biens du failli — Police d'assurance-vie — Droit à la valeur de rachat — Police saisissable en vertu du droit en vigueur dans la province — La valeur de rachat de la police devrait-elle être exclue des biens constituant le patrimoine attribué aux créanciers d'une faillite? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1) — Code civil du Bas Canada, art. 2547, 2552, 2554.

La preneuse intimée souscrit une police d'assurance sur la vie de son époux et se désigne à titre de bénéficiaire révocable. Elle a droit à la valeur de rachat de la police selon les conditions qui y sont prévues. L'intimée, son époux et ses enfants sont mis en faillite. Le syndic de faillite avise l'assureur qu'il exerce le droit de

bankruptcy advised the insurer that he was exercising the right to surrender the policy on behalf of the respondent, and that it should therefore resiliate the policy and pay into the bankruptcy its cash surrender value. The insurer complied. The Superior Court dismissed the respondent's motion for an order enjoining the trustee to return the cash surrender value to the insurer, and for another order enjoining the insurer to reinstate the policy. The Court of Appeal reversed the decision and ordered the trustee to return the cash surrender value to the insurer.

Held: The appeal should be allowed.

The trustee is entitled to seize the policy and exercise the surrender right to obtain its cash surrender value. The exemption provisions of the *Civil Code of Lower Canada* governing life insurance contracts were meant by the legislature to be exhaustive. The legislature's intention is derived from the language of arts. 2552 and 2554 *C.C.L.C.*, considering the legislative history of the provisions and in particular the fact that the articles were introduced into the *Civil Code of Lower Canada* as part of the comprehensive insurance-law revision that took place in Quebec in the early 1970s, and the interpretation of arts. 2552 and 2554 *C.C.L.C.* themselves in the context of the themes running through the revision of the *Civil Code of Lower Canada*. It is clear that the legislature intended the provisions to protect from seizure all rights under those contracts that qualify, especially the right to surrender. At the same time, the legislature specifically stipulated that these rights were exempt from seizure only under the two described classes of policies. The natural conclusion, *a contrario*, is that the rights under all other policies, including the right to surrender for a cash surrender value, are seizable. The legislature chose to protect two particular classes of policies from seizure because it perceived a significant threat to these, namely the threat that creditors, to whom the right to surrender a life insurance policy was otherwise generally available, could terminate a policy by exercising the right. It is open to the legislature to enact an exhaustive set of rules governing seizability in a particular area. Where that is the case, the express rules themselves, and only those rules, govern seizability.

By virtue of s. 67(1)(*b*) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, this exclusive provincial code of unseizability is determinative as to what rights the trustee can seize and exercise for the benefit of creditors. This determination avoids the need to consider the personal rights doctrine under both the *Bankruptcy and Insolvency Act* and

racheter la police au nom de l'intimée, et que l'assureur doit en conséquence résilier la police et en verser la valeur de rachat au syndic. L'assureur se conforme à la demande du syndic. La Cour supérieure rejette la requête de l'intimée visant à obtenir une ordonnance enjoignant au syndic de rembourser la valeur de rachat à l'assureur, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à l'assureur de remettre la police en vigueur. La Cour d'appel infirme cette décision et ordonne au syndic de rendre la valeur de rachat à l'assureur.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le syndic a le droit de saisir la police et d'exercer le droit de rachat afin d'en obtenir la valeur de rachat. Le législateur a voulu que soient exhaustives les dispositions du *Code civil du Bas Canada* relatives à l'insaisissabilité, qui régissent les contrats d'assurance-vie. L'intention du législateur ressort du libellé des art. 2552 et 2554 *C.c.B.C.*, compte tenu de l'historique législatif de ces dispositions et notamment du fait qu'elles ont été insérées dans le *Code civil du Bas Canada* dans le cadre de la réforme globale du droit des assurances qui a eu lieu au Québec au début des années 70 et de l'interprétation des art. 2552 et 2554 *C.c.B.C.* eux-mêmes, pris dans le contexte des thèmes qui ont imprégné la révision du *Code civil du Bas Canada*. Il est clair que le législateur voulait que les dispositions empêchent la saisie de tous les droits conférés par les contrats qui en relèvent, particulièrement le droit de rachat. En même temps, le législateur a expressément prévu que seuls les droits conférés par les deux catégories de police décrites étaient insaisissables. À l'inverse, il est normal de conclure que les droits conférés par toutes les autres polices, y compris le droit à leur valeur de rachat, sont saisissables. Le législateur a choisi de protéger de la saisie deux catégories particulières de polices parce qu'il considérait qu'elles étaient exposées à un risque important, à savoir le risque que les créanciers, qui par ailleurs disposaient généralement du droit de racheter une police d'assurance-vie, mettent fin à une police en exerçant ce droit. Le législateur peut adopter un ensemble exhaustif de règles régissant la saisissabilité dans un domaine particulier. Le cas échéant, ce sont les règles expresses elles-mêmes, et seulement ces règles, qui régissent la saisissabilité.

En application de l'al. 67(1)*b*) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, ce code provincial exclusif d'insaisissabilité est déterminant en ce qui concerne les droits dont le syndic peut se saisir et qu'il peut exercer au profit des créanciers. Cela étant, il n'est pas nécessaire de traiter de la théorie des droits personnels sous le régime

the general law of Quebec. The best interpretation of the life insurance seizability exemptions is that all the rights under a non-exempt policy are seizable, including the right to surrender the policy for its cash surrender value.

Here, the respondent's policy does not qualify under either of the only available exemptions, since under the policy, the respondent is both beneficiary and policyholder and since the designation of the respondent as beneficiary was never made irrevocable, and does not benefit from the presumption of irrevocability of art. 2547 *C.C.L.C.* Articles 2552 and 2554 *C.C.L.C.* therefore do not operate under s. 67(1)(*b*) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* to exclude the rights attached to the respondent's life insurance policy from the property that passes to the bankruptcy trustee. The Quebec legislature maintained the unseizable class of family life insurance policies defined *vis-à-vis* the beneficiary's relationship to the policyholder, not the life insured. This Court cannot undo the Quebec legislature's express choices and adopt the policy of the common law provinces, only because it is convenient to do so in a particular case. This is something to be left for the consideration of the legislature itself.

Cases Cited

Referred to: *Banque canadienne nationale v. Carette-Poulin* (1934), 56 B.R. 143; *Lauwers v. Tardiff*, [1966] C.S. 79; *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325; *Mercure v. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 S.C.R. 547; *Re Pearson* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44; *Zenith Tire & Repair v. Angle & Lemessurier Reg'd*, Sup. Ct. Mtl., E-106243, February 13, 1934; *Jarry Automobile Ltée v. Medicoff*, [1947] C.S. 465; *Gagnon v. City of Montreal*, [1956] R.P. 385; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17; *In re Max Mendelson* (1940), 21 C.B.R. 304; *Crown Life Insurance Co. v. Perras*, [1953] B.R. 659; *Fortier v. Nault*, [1954] C.S. 131; *Re de Grandpré* (1969), 15 C.B.R. (N.S.) 262; *Re Comptois* (1981), 40 C.B.R. (N.S.) 118; *Aubry (Syndic de)*, [1988] R.J.Q. 2211; *Banque Canadienne Nationale v. Carette*, [1931] S.C.R. 33; *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299; *Lalonde v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [1992] 3 S.C.R. 261.

de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et du droit commun québécois. Il faut interpréter les dispositions relatives à l'insaisissabilité en matière d'assurance-vie comme voulant que tous les droits conférés par une police saisissable soient saisissables, y compris le droit à la valeur de rachat de la police.

En l'espèce, la police de l'intimée ne répond pas aux critères de l'une ou l'autre des deux seules dispositions prévoyant l'insaisissabilité, étant donné que, en vertu de la police en cause, l'intimée est à la fois bénéficiaire et preneuse et que la désignation de l'intimée comme bénéficiaire n'a jamais été faite à titre irrévocable et ne bénéficie pas de la présomption d'irrévocabilité de l'art. 2547 *C.c.B.C.* Par conséquent, les art. 2552 et 2554 *C.c.B.C.* n'ont pas pour effet, en vertu de l'al. 67(1)*b*) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, d'exclure des biens qui sont transmis au syndic de faillite les droits attachés à la police d'assurance-vie de l'intimée. Le législateur québécois continue de définir la catégorie des polices d'assurance-vie familiales insaisissables en fonction de la relation du bénéficiaire avec le preneur et non pas en fonction de sa relation avec l'assuré. Notre Cour ne saurait mettre de côté les choix exprès du législateur québécois et adopter la politique des provinces de common law pour le seul motif qu'il convient de le faire dans un cas particulier. Il s'agit d'une question qui doit être laissée à l'appréciation du législateur lui-même.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Banque canadienne nationale c. Carette-Poulin* (1934), 56 B.R. 143; *Lauwers c. Tardiff*, [1966] C.S. 79; *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, Cie d'assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325; *Mercure c. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 R.C.S. 547; *Re Pearson* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44; *Zenith Tire & Repair c. Angle & Lemessurier Reg'd*, C.S. Mtl, E-106243, 13 février 1934; *Jarry Automobile Ltée c. Medicoff*, [1947] C.S. 465; *Gagnon c. City of Montreal*, [1956] R.P. 385; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17; *In re Max Mendelson* (1940), 21 C.B.R. 304; *Crown Life Insurance Co. c. Perras*, [1953] B.R. 659; *Fortier c. Nault*, [1954] C.S. 131; *Re de Grandpré* (1969), 15 C.B.R. (N.S.) 262; *Re Comptois* (1981), 40 C.B.R. (N.S.) 118; *Aubry (Syndic de)*, [1988] R.J.Q. 2211; *Banque Canadienne Nationale c. Carette*, [1931] R.C.S. 33; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299; *Lalonde c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*, [1992] 3 R.C.S. 261.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting insurance, R.S.Q., c. A-32.
Act respecting insurance, S.Q. 1974, c. 70.
Act to consolidate and amend the law to secure to wives and children the benefit of assurances on the lives of their husbands and parents, S.Q. 1878, 41-42 Vict., c. 13, ss. 12, 26.
Act to secure to Wives and Children the benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 2 "property", 67(1) [am. 1992, c. 27, s. 33].
Civil Code of Lower Canada [as am. 1974, c. 70], arts. 1031, 1265 [rep. 1980, c. 39, s. 45], 2468-2500, 2501-2561, 2562-2605, 2593*a*) [ad. 1933, c. 111, s. 1], 2606-2692.
Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2460-2462, 2696-2714.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 553(12).
Husbands' and Parents' Life Insurance Act, R.S.Q. 1925, c. 244.
Husbands and Parents Life Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 296, ss. 12, 30.

Authors Cited

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, vol. 2. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM, 1992.
Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald, eds. *Quebec Civil Law — An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
Couteau, Émile. *Traité des assurances sur la vie*, vol. 1. Paris: Marchal, Billard, 1881.
Hardy-Lemieux, Suzanne. *L'assurance de personnes au Québec*. Avec la collaboration de Alain Roch et les rédacteurs des Publications CCH/FM. Québec: Publications CCH/FM, 1989.
Lluelles, Didier. *Droit des assurances — aspects contractuels*, 2e éd. Montréal: Thémis, 1986.
Norwood, David, and John P. Weir. *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
Plamondon, Luc. "Des bénéficiaires et des propriétaires subrogés en assurance sur la vie". In Meredith Memorial Lectures 1978, *The New Quebec Insurance Act*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 115.
Plamondon, Luc. "Life Insurance in Quebec Since 1976: Some Points of Interest". In Meredith Memorial

Lois et règlements cités

Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., ch. 17.
Acte pour refondre et amender la loi pour assurer aux femmes et aux enfants, le bénéfice des assurances sur la vie des maris et parents, S.Q. 1878, 41-42 Vict., ch. 13, art. 12, 26.
Code civil du Bas Canada [mod. 1974, ch. 70], art. 1031, 1265 [abr. 1980, ch. 39, art. 45], 2468 à 2500, 2501 à 2561, 2562 à 2605, 2593*a*) [aj. 1933, ch. 111, art. 1], 2606 à 2692.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2460 à 2462, 2696 à 2714.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 553(12).
Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q. 1925, ch. 244.
Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q. 1964, ch. 296, art. 12, 30.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2 «biens», 67(1) [mod. 1992, ch. 27, art. 33].
Loi sur les assurances, L.Q. 1974, ch. 70.
Loi sur les assurances, L.R.Q., ch. A-32.

Doctrine citée

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, vol. 2. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM, 1992.
Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald, eds. *Quebec Civil Law — An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
Couteau, Émile. *Traité des assurances sur la vie*, vol. 1. Paris: Marchal, Billard, 1881.
Hardy-Lemieux, Suzanne. *L'assurance de personnes au Québec*. Avec la collaboration de Alain Roch et les rédacteurs des Publications CCH/FM. Québec: Publications CCH/FM, 1989.
Lluelles, Didier. *Droit des assurances — aspects contractuels*, 2e éd. Montréal: Thémis, 1986.
Norwood, David, and John P. Weir. *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
Plamondon, Luc. «Des bénéficiaires et des propriétaires subrogés en assurance sur la vie». Dans Conférences Memorial Meredith 1978, *The New Quebec Insurance Act*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 115.
Plamondon, Luc. «Life Insurance in Quebec Since 1976: Some Points of Interest». Dans Conférences

Lectures 1978, *The New Quebec Insurance Act*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 69.
Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, nº 82, le 19 novembre 1974, p. 2873.
Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. 1. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978.
Québec. Ministère des Institutions financières. Compagnies et Coopératives, Service des assurances. *Rapport Faribault*, 1957-60.
Versailles, Maurice. *Report on the Codification of Quebec Life Insurance Law*. Montreal, 1936.
Walton, Frederick Parker. *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 1, 2 C.B.R. (4th) 303, [1997] Q.J. No. 3716 (QL), setting aside a decision of the Superior Court, [1993] Q.J. No. 2117 (QL). Appeal allowed.

Maurice Dussault, *Madeleine Roy* and *Pierre Hémond*, for the appellant.

Jean-Philippe Gervais and *Simone Bonenfant*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — This case raises the following question: if a life insurance policy is not exempt from seizure under the law of Quebec, should its cash surrender value nevertheless be excluded from the property divisible among creditors in a bankruptcy? At the heart of this appeal is whether, notwithstanding the Quebec legislature's express choice to exempt from seizure the rights under only certain specific types of life insurance policies in arts. 2552 and 2554 of the *Civil Code of Lower Canada* (hereinafter "*Civil Code*"), the right to surrender a non-exempt policy should nevertheless be excluded from the trustee's seizin on the basis that it is a right strictly attached to the person. The analysis considers the relevant articles in the context of the *Civil Code* as a whole, while paying due attention to their source, *An Act respecting insurance*, S.Q. 1974, c. 70 (hereinafter

Memorial Meredith 1978, *The New Quebec Insurance Act*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 69.
Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, nº 82, le 19 novembre 1974, p. 2873.
Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978.
Québec. Ministère des Institutions financières. Compagnies et Coopératives, Service des assurances. *Rapport Faribault*, 1957-60.
Versailles, Maurice. *Report on the Codification of Quebec Life Insurance Law*. Montréal, 1936.
Walton, Frederick Parker. *Le domaine de l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Traduit par Maurice Tancelin. Toronto: Butterworths, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 1, 2 C.B.R. (4th) 303, [1997] A.Q. nº 3716 (QL), qui a annulé une décision de la Cour supérieure, [1993] A.Q. nº 2117 (QL). Pourvoi accueilli.

Maurice Dussault, *Madeleine Roy* et *Pierre Hémond*, pour l'appelant.

Jean-Philippe Gervais et *Simone Bonenfant*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Le pourvoi soulève la question suivante: si une police d'assurance-vie n'est pas insaisissable en vertu du droit du Québec, sa valeur de rachat doit-elle néanmoins être exclue des biens constituant le patrimoine attribué aux créanciers d'une faillite? Plus précisément, la question est de savoir si, malgré le fait que le législateur québécois a choisi expressément aux art. 2552 et 2554 du *Code civil du Bas Canada* (ci-après «*Code civil*») de ne déclarer insaisissables que les droits conférés par certains types particuliers de polices d'assurance-vie, le droit de racheter une police saisissable devrait néanmoins être exclu du patrimoine dont le syndic a la saisine pour le motif qu'il s'agit d'un droit exclusivement attaché à la personne. Nous analyserons les articles pertinents dans le contexte de l'ensemble du *Code civil*, tout en accordant une attention particulière à 1

"*Insurance Act*"), which introduced a new and complete code of rules to govern life insurance.

2 For the reasons set out below, I have concluded that the Quebec legislature intended its exemption provisions for life insurance contracts, that is arts. 2552 and 2554 of the *Civil Code*, to be exhaustive, and therefore, by virtue of s. 67(1)(*b*) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, determinative as to what rights the trustee can seize and exercise for the benefit of creditors. This determination avoids the need to consider the personal rights doctrine under both the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the general law of Quebec. In my view, the best interpretation of the life insurance seizability exemptions is that all the rights under a non-exempt policy are seizable, including the right to surrender the policy for its cash surrender value.

I – Facts

3 On March 30, 1978, the respondent insured her husband's life for $300,000 in a life insurance policy taken out with La Laurentienne Vie Inc. (hereinafter "the Company"). The respondent policyholder designated herself a revocable beneficiary. The respondent had the right to surrender the policy for its cash surrender value pursuant to the following term of the policy:

[TRANSLATION] **Cash surrender value or paid-up insurance**

On written request and in consideration of the cancellation of this coverage and of any related extended benefit, the policyholder may:

— obtain the amount of the surrender value as determined according to the attached Table A;

4 From the mid-1960s to December 1992, the respondent was in business with her husband. At some time during this period (the record not being clear on this point), their children joined in. They operated hotels and office buildings. In December 1992, they were petitioned into receivership. On April 16, 1993, the appellant trustee in bankruptcy

leur source, la *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70, qui a introduit un code complet de nouvelles règles régissant l'assurance-vie.

Pour les motifs que j'expose, je conclus que le législateur québécois a voulu que les art. 2552 et 2554 du *Code civil*, qui prévoient l'insaisissabilité de certains types de contrats d'assurance-vie, soient exhaustifs et qu'ils soient donc, en application de l'al. 67(1)*b*) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, déterminants en ce qui concerne les droits dont le syndic peut se saisir et qu'il peut exercer au profit des créanciers. Ceci étant, il n'est pas nécessaire de traiter de la théorie des droits personnels sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et du droit commun québécois. À mon avis, on doit interpréter les dispositions relatives à l'insaisissabilité en matière d'assurance-vie comme voulant que tous les droits conférés par une police saisissable soient saisissables, y compris le droit à la valeur de rachat de la police.

I – Les faits

Le 30 mars 1978, l'intimée souscrit auprès de La Laurentienne Vie inc. (ci-après la «Compagnie») une police d'assurance de 300 000 $ sur la vie de son époux. La preneuse intimée se désigne à titre de bénéficiaire révocable. L'intimée a droit à la valeur de rachat de la police conformément à la clause suivante de la police:

Valeur de rachat ou assurance libérée

Sur demande écrite et en considération de la résiliation de cette garantie et de toute garantie complémentaire s'y rapportant, le preneur peut:

— obtenir le montant de la valeur de rachat tel que déterminé d'après la Table A ci-jointe;

À compter du milieu des années 60 jusqu'en décembre 1992, l'intimée est en affaires avec son époux. À un moment donné au cours de cette période (le dossier ne permet pas de préciser la date), leurs enfants se joignent à eux. Ils exploitent des hôtels et des immeubles à bureaux. En décembre 1992, ils sont mis en faillite. Le 16 avril 1993,

advised the Company that he was exercising the right to surrender the policy on behalf of the respondent, and that the Company should therefore resiliate the policy and pay into the bankruptcy its cash surrender value. At that time, the cash surrender value was worth $84,900. The Company complied with the trustee's request, resiliating the policy on May 5, 1993.

The respondent brought a motion to the Superior Court for an order enjoining the appellant to return the cash surrender value to the Company, and for another order enjoining the Company to reinstate the policy.

II – Applicable Legislation

The relevant provisions from the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 (hereinafter "*Bankruptcy Act*"), are ss. 2 and 67(1):

2. In this Act,

. . .

"property" includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, and whether situated in Canada or elsewhere, and includes obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property;

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

(*a*) property held by the bankrupt in trust for any other person, [or]

(*b*) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides,

but it shall comprise

(*c*) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

le syndic appelant avise la Compagnie qu'il exerce le droit de racheter la police au nom de l'intimée et que la Compagnie doit en conséquence résilier la police et en verser la valeur de rachat au syndic. À l'époque, la valeur de rachat est de 84 900 $. La Compagnie se conforme à la demande du syndic et résilie la police le 5 mai 1993.

L'intimée présente à la Cour supérieure une requête en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à l'appelant de rembourser la valeur de rachat à la Compagnie, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à la Compagnie de remettre la police en vigueur. 5

II – Les dispositions législatives

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (ci-après la «*Loi sur la faillite*»), sont l'art. 2 et le par. 67(1): 6

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

«biens» Biens de toute nature, meubles ou immeubles, en droit ou en équité, qu'ils soient situés au Canada ou ailleurs. Leur sont assimilés les sommes d'argent, marchandises, droits incorporels et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de droits, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s'y rattachant.

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de lois de la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli,

mais ils comprennent:

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

(*d*) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit. [Emphasis added.]

7 The *Bankruptcy Act*, as it applies in this case, incorporates by reference the exemptions from seizure for life insurance policies under the laws applicable in Quebec. The policy, at the time of the bankruptcy, was governed by Chapter Second — "Of Insurance of Persons" — of Title Fifth of Book Fourth of the *Civil Code*. Within this chapter (arts. 2501-2561), the rights under two classes only of life insurance are exempt from seizure. These classes are defined by arts. 2552 and 2554:

2552. When the beneficiary of the insurance is the consort, descendant or ascendant of the policyholder or of the participant, the rights under the contract are exempt from seizure as long as the beneficiary has not received the sum insured.

2554. The stipulation of irrevocable designation binds the owner even if the beneficiary has no knowledge of it.

As long as the designation of a beneficiary as irrevocable subsists, the rights of the policyholder, the participant and the beneficiary are unseizable. [Emphasis added.]

These exemptions from seizure also serve as the relevant exemptions in the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25:

553. The following are exempt from seizure:

. . .

(12) Anything declared unseizable by law.

III – Judgments

A. *Superior Court*, No. 200-11-001360-919, November 5, 1993

8 Letarte J. of the Superior Court rejected the respondent's motion. In keeping with the dominant view of the jurisprudence and doctrine in Quebec, he held that the respondent, as policyholder and beneficiary of the policy, possessed in her patrimony the right to surrender the policy for its cash

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice. [Je souligne.]

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la faillite* incorporent donc par renvoi les dispositions des lois du Québec en matière d'insaisissabilité des polices d'assurance-vie. Au moment de la faillite, la police était régie par le chapitre deuxième — «Des assurances de personnes» — du titre cinquième du livre quatrième du *Code civil*. Dans ce chapitre (art. 2501 à 2561), seuls sont déclarés insaisissables les droits conférés par deux catégories d'assurance-vie, soit celles définies aux art. 2552 et 2554:

2552. Lorsque le bénéficiaire de l'assurance est le conjoint, le descendant ou l'ascendant du preneur ou de l'adhérent, les droits conférés par le contrat sont insaisissables tant que le bénéficiaire n'a pas touché la somme assurée.

2554. La stipulation d'irrévocabilité lie le propriétaire même hors la connaissance du bénéficiaire.

Tant que la désignation d'un bénéficiaire à titre irrévocable subsiste, les droits du preneur, de l'adhérent et du bénéficiaire sont insaisissables. [Je souligne.]

Ces dispositions relatives à l'insaisissabilité sont également reprises par le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25:

553. Sont insaisissables:

. . .

12. Toutes choses déclarées telles par quelque disposition de la loi.

III – Les décisions

A. *Cour supérieure*, nº 200-11-001360-919, 5 novembre 1993

Le juge Letarte de la Cour supérieure rejette la requête de l'intimée. Conformément à l'opinion la plus généralement admise dans la jurisprudence et la doctrine au Québec, il conclut que l'intimée, en sa qualité de preneuse et de bénéficiaire de la police, détient dans son patrimoine le droit à la

surrender value, and that this right passed to the trustee pursuant to ss. 2 and 67(1)(*c*) and (*d*) of the *Bankruptcy Act*. The respondent's policy was not of the kind that benefited from either of the two exemptions from seizure provided for in the *Civil Code*, namely the exemption for privileged beneficiaries (art. 2552) and the exemption for policies with the designation of an irrevocable beneficiary (art. 2554).

The trial judge rejected the respondent's theory that the right to surrender the policy for its cash surrender value could not pass to the trustee because such a right was "exclusively attached to the person" (*Civil Code*, art. 1031). Instead, Letarte J. endorsed the view that the provisions of the *Bankruptcy Act* extend further than art. 1031 of the *Civil Code*, even if this meant that the trustee in bankruptcy enjoyed greater rights than creditors did before bankruptcy.

B. *Court of Appeal*, [1998] R.J.Q. 1

The Court of Appeal reversed the decision of the trial judge. Writing the unanimous opinion of the court, Baudouin J.A. arrived at his conclusion working from what he identified as the two controlling principles in the case.

The court held that the right to surrender a life insurance policy, in civil matters, had always been considered a "purely personal" right or a right "exclusively attached to the person". In support, Baudouin J.A. cited a line of authority extending from *Banque canadienne nationale v. Carette-Poulin* (1934), 56 B.R. 143, to *Lauwers v. Tardiff*, [1966] C.S. 79, referred to also in several subsequent Federal Court and Provincial Court decisions of the early 1980s. Creditors could never exercise for their benefit those of their debtor's rights that were extrapatrimonial or "purely personal". This, according to Baudouin J.A., was an established principle of both civil and common law. In Quebec civil matters, this principle was illustrated by art. 1031 of the *Civil Code* (the oblique action).

valeur de rachat de la police et que ce droit est transmis au syndic conformément à l'art. 2 et aux al. 67(1)*c*) et *d*) de la *Loi sur la faillite*. La police de l'intimée n'est pas de celles visées par l'une ou l'autre des deux dispositions du *Code civil* en matière d'insaisissabilité touchant les bénéficiaires privilégiés (art. 2552) et les bénéficiaires désignés à titre irrévocable (art. 2554).

Le juge de première instance rejette la thèse de l'intimée selon laquelle le droit à la valeur de rachat de la police ne saurait être transmis au syndic parce qu'un tel droit est «exclusivement attach[é] à [l]a personne» (*Code civil*, art. 1031). Le juge Letarte est plutôt d'avis que les dispositions de la *Loi sur la faillite* ont une portée plus large que celle de l'art. 1031 du *Code civil*, même si cela signifie que le syndic de faillite jouit de droits plus importants que les créanciers avant la faillite. 9

B. *Cour d'appel*, [1998] R.J.Q. 1

La Cour d'appel infirme la décision du juge de première instance. Le juge Baudouin, qui rédige les motifs unanimes de la cour, fonde sa conclusion sur ce qu'il décrit comme étant les deux principes déterminants en l'espèce. 10

La Cour d'appel décide que le droit de racheter une police d'assurance-vie, en matière civile, a toujours été considéré comme un droit «purement personnel» ou un droit «exclusivement attaché à la personne». À l'appui, le juge Baudouin cite un courant de jurisprudence, depuis la décision *Banque canadienne nationale c. Carette-Poulin* (1934), 56 B.R. 143, jusqu'à *Lauwers c. Tardiff*, [1966] C.S. 79, invoqué également dans plusieurs décisions de la Cour fédérale et de la Cour provinciale du début des années 80. Les créanciers ne peuvent jamais exercer à leur profit les droits extrapatrimoniaux ou «purement personnels» de leur débiteur. Il s'agit là, selon le juge Baudouin, d'un principe bien établi tant en droit civil qu'en common law. En matière civile au Québec, ce principe est illustré par l'art. 1031 du *Code civil* (l'action oblique). 11

12 The court below extended this principle into the bankruptcy area, applying a second principle that Baudouin J.A. derived from this Court's decision in *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325: [TRANSLATION] "*bankruptcy cannot confer on creditors greater rights than they would have had if the bankruptcy had not occurred*" (*per* Baudouin J.A., at p. 5, italics in original). Since the bankruptcy could not place creditors in a better position *vis-à-vis* their debtor, and since the right to surrender the policy for its cash surrender value could not be exercised by creditors in an oblique action, the court below allowed the appeal, and ordered the trustee to return the cash surrender value to the Company.

IV – Issue

13 The issue before this Court is whether the right to surrender a bankrupt's life insurance policy is exempt from seizure, even though the rights under the policy are not exempt, and whether a trustee in bankruptcy is thereby prevented from exercising this right and distributing the policy's cash surrender value among the bankrupt's creditors.

V – Analysis

A. *The Bankruptcy Act*

14 The *Bankruptcy Act* gives the trustee broad seizin over the bankrupt's property. The trustee, in essence, steps into the shoes of the bankrupt at the onset of the bankruptcy. In *Mercure v. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 S.C.R. 547, de Grandpré J. considered the role of the trustee as regards the bankrupt's insurance policies, in that case a fire insurance policy. At p. 553, he wrote:

> When the trustee is appointed he assumes responsibility in two areas:
>
> (a) he becomes the debtor's representative;
>
> (b) he becomes the representative of all the general creditors to the extent that he can even act on their behalf against the debtor.
>
> . . .

La Cour d'appel étend ce principe au domaine de la faillite, appliquant un second principe que le juge Baudouin tire de l'arrêt de notre Cour *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, Cie d'assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325: «*la faillite ne peut pas conférer aux créanciers plus de droits qu'ils n'en auraient eu, si celle-ci ne s'était pas produite*» (le juge Baudouin, à la p. 5; en italique dans l'original). Comme la faillite ne peut pas placer les créanciers dans une meilleure position à l'égard de leur débiteur et comme le droit à la valeur de rachat de la police ne peut pas être exercé par les créanciers dans une action oblique, la Cour d'appel accueille l'appel et ordonne au syndic de rendre la valeur de rachat à la Compagnie.

IV – La question en litige

La question dont notre Cour est saisie est de savoir si le droit de racheter la police d'assurance-vie d'un failli est insaisissable même si les droits conférés par la police ne sont pas insaisissables et si un syndic de faillite se trouve, de ce fait, dans l'impossibilité d'exercer ce droit et de partager la valeur de rachat de la police entre les créanciers du failli.

V – Analyse

A. *La Loi sur la faillite*

La *Loi sur la faillite* accorde au syndic une saisine générale des biens du failli. Le syndic se substitue essentiellement au failli dès la mise en faillite. Dans l'arrêt *Mercure c. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 R.C.S. 547, le juge de Grandpré examine le rôle du syndic relativement aux polices d'assurance du failli, en l'occurrence une police d'assurance contre l'incendie. Il écrit, à la p. 553:

> Le syndic, lors de sa nomination, acquiert une double qualité:
>
> a) il devient le représentant du débiteur;
>
> b) il devient le représentant de l'ensemble des créanciers ordinaires au point qu'il peut même agir pour eux contre le débiteur.
>
> . . .

From the time of the bankruptcy onward, all insurance policies should read as if the trustee's name appeared in place of that of the debtor: nothing more.

In *Royal Bank*, *supra*, at para. 49, I adopted as a correct statement of the law the following passage from the reasons of Henry J. of the Ontario Supreme Court in *Re Pearson* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44, at p. 48:

> What comes into the hands of the trustee on the occurrence of the bankruptcy are the rights and interests of the insured in the insurance money and in the contract as they stood at the date of the bankruptcy.

Henry J.'s passage, and my reasons in *Royal Bank*, *supra*, at para. 49, went on to explain the relevance and operation of provincial exemptions from seizure in the bankruptcy context:

> . . . while an asset which is exempt under provincial law passes into the possession of the trustee at the time of bankruptcy, the exemption itself bars the trustee from dividing the asset among creditors where s. 67(1)(*b*) [of the *Bankruptcy Act*] is operative.

In this case, it would appear from the face of the relevant provincial legislation that s. 67(1)(*b*) is not operative. The respondent's life insurance policy is not exempt from seizure under the relevant law applicable in Quebec at the time of the bankruptcy, namely arts. 2552 and 2554 of the *Civil Code*. Article 2552 exempts from seizure the rights under a life insurance contract "[w]hen the beneficiary of the insurance is the consort, descendant or ascendant of the policyholder". The respondent's policy does not qualify for the exemption, since under her contract with the Company she is both beneficiary and policyholder. Being united in one person, there is no privileged relationship between the two "parties" that would attract the protection provided under art. 2552. Article 2554 exempts from seizure the rights of the policyholder and the beneficiary "[a]s long as the designation of a beneficiary as irrevocable subsists". Once again, the respondent's policy does not qualify for the statutory exemption, since the designation of the respondent as beneficiary was never made irrevocable, and does not benefit from the presumption of irrevocability of art. 2547 of the *Civil Code*.

À compter de la faillite, toutes les assurances doivent se lire comme si le nom du syndic y apparaissait à la place de celui du débiteur. Rien de plus.

Dans l'arrêt *Banque Royale*, précité, au par. 49, j'adopte, comme énoncé conforme du droit applicable, l'extrait suivant des motifs du juge Henry de la Cour suprême de l'Ontario dans *Re Pearson* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44, à la p. 48:

> [TRADUCTION] En cas de faillite, passent dans les mains du syndic, tels qu'ils étaient à la date de la faillite, les droits et intérêts de l'assuré dans les sommes assurées et dans le contrat.

Les motifs du juge Henry et mes motifs dans l'arrêt *Banque Royale*, précité, au par. 49, expliquent ensuite la pertinence et l'effet des dispositions provinciales relatives à l'insaisissabilité dans le contexte d'une faillite:

> . . . même si au moment de la faillite un bien exempt sous le régime des lois provinciales passe en la possession du syndic, l'exemption elle-même empêche ce dernier de partager le bien entre les créanciers lorsque l'al. 67(1)*b*) [de la *Loi sur la faillite*] s'applique.

Dans la présente affaire, il semble, à la lecture des dispositions législatives provinciales pertinentes, que l'al. 67(1)*b*) ne s'applique pas. La police d'assurance-vie de l'intimée n'est pas insaisissable en vertu du droit applicable au Québec au moment de la faillite, à savoir les art. 2552 et 2554 du *Code civil*. L'article 2552 déclare insaisissables les droits conférés par un contrat d'assurance-vie «[l]orsque le bénéficiaire de l'assurance est le conjoint, le descendant ou l'ascendant du preneur». La police de l'intimée n'est pas insaisissable puisque, en vertu de son contrat avec la Compagnie, l'intimée est à la fois bénéficiaire et preneuse. Les deux «parties» n'étant qu'une seule et même personne, il n'existe entre elles aucune relation privilégiée qui ferait intervenir la protection prévue à l'art. 2552. L'article 2554 déclare insaisissables les droits du preneur et du bénéficiaire «[t]ant que la désignation d'un bénéficiaire à titre irrévocable subsiste». Là encore, la police de l'intimée n'est pas insaisissable en vertu de la loi, étant donné que la désignation de l'intimée comme bénéficiaire n'a jamais été faite à titre irrévocable et ne bénéficie pas de la présomption d'irrévocabilité de

Articles 2552 and 2554 therefore do not operate under s. 67(1)(*b*) of the *Bankruptcy Act* to exclude the rights attached to the respondent's life insurance policy from the property that passes to the bankruptcy trustee.

B. *The Parties' Submissions*

16 The respondent submits that the right to surrender the policy is nevertheless exempt from seizure, drawing on jurisprudence under art. 1031 of the *Civil Code*. This provision codifies the creditor's remedy known as an oblique action:

> **1031.** Creditors may exercise the rights and actions of their debtor, when to their prejudice he refuses or neglects to do so; with the exception of those rights which are exclusively attached to the person. [Emphasis added.]

Over the years, Quebec courts were required to determine which rights were "exclusively attached to the person". They found that the surrender option was such a right.

17 In *Zenith Tire & Repair v. Angle & Lemessurier Reg'd*, Sup. Ct. Mtl., E-106243, February 13, 1934, the Superior Court held that allowing a judgment creditor to exercise his debtor's right to surrender a life insurance policy would be "an illegal and unjust interference both in the rights of the insured and in the business of the [insurance] Company" (p. 3). The right to surrender was also referred to as "personal", and therefore unavailable to a judgment creditor, in *Jarry Automobile Ltée v. Medicoff*, [1947] C.S. 465.

18 In the case *Gagnon v. City of Montreal*, [1956] R.P. 385 (Sup. Ct.), at p. 393, the court concluded as follows:

> If, as a matter of principle, any judgment creditor of an insured was to be held to be entitled, at all times, to the cash surrender value of an insurance policy issued on his debtor's life, then the purpose for which life insurance is sought and obtained and the protection given by law to insured and beneficiaries would become illusory, precarious and would consequently be defeated. . . . On the ground of public policy, the right to exercise the

l'art. 2547 du *Code civil*. Par conséquent, les art. 2552 et 2554 n'ont pas pour effet, en vertu de l'al. 67(1)*b*) de la *Loi sur la faillite*, d'exclure des biens qui sont transmis au syndic de faillite les droits attachés à la police d'assurance-vie de l'intimée.

B. *L'argumentation des parties*

L'intimée soutient que le droit de racheter la police est néanmoins insaisissable. Elle invoque la jurisprudence relative à l'art. 1031 du *Code civil*. Cette disposition codifie le recours d'un créancier connu sous le nom d'action oblique:

> **1031.** Les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne, lorsque, à leur préjudice, il refuse ou néglige de le faire. [Je souligne.]

Au fil des ans, les tribunaux québécois ont été appelés à décider quels droits étaient «exclusivement attachés à [l]a personne». Ils ont conclu que l'option de rachat était un tel droit.

Dans la décision *Zenith Tire & Repair c. Angle & Lemessurier Reg'd*, C.S. Mtl, E-106243, 13 février 1934, la Cour supérieure conclut que permettre au créancier judiciaire d'exercer le droit de son débiteur de racheter une police d'assurance-vie serait [TRADUCTION] «une ingérence illégale et injuste dans les droits de l'assuré et dans les affaires de la compagnie [d'assurances]» (p. 3). Dans *Jarry Automobile Ltée c. Medicoff*, [1947] C.S. 465, le droit de rachat est également qualifié de droit «personnel» qui ne peut donc pas être exercé par un créancier judiciaire.

Dans l'affaire *Gagnon c. City of Montreal*, [1956] R.P. 385 (C.S.), la cour conclut, à la p. 393:

> [TRADUCTION] Si, par principe, le créancier judiciaire d'un assuré avait droit, en tout temps, à la valeur de rachat d'une police d'assurance sur la vie de son débiteur, alors le but pour lequel l'assurance-vie est demandée et obtenue ainsi que la protection accordée par la loi à l'assuré et aux bénéficiaires deviendraient illusoires et précaires et seraient donc contrecarrés [. . .] Pour des raisons d'ordre public, le droit d'exercer l'option de

cash surrender value option which automatically cancels all other essential rights under the policy must be held to be exclusively personal to the insured.

In that case, the creditors were seeking payment of court costs owed to them by the debtor, who held an insurance policy on his own life for the benefit of his mother.

In *Lauwers v. Tardiff*, *supra*, the Superior Court refused to grant the creditor's motion to order the debtor to surrender his life insurance policy. The insurance provider was subject to a garnishment order, and the cash surrender value would have gone to the creditor. The court held, first, that the oblique action was not appropriate in these circumstances, since the debtor had not neglected to exercise a right in any meaningful sense; he had simply decided to opt for keeping his insurance in place. In addition, the court held that the right to surrender the policy was personal, and could not be exercised by the creditor (at p. 81):

[TRANSLATION] The right to exercise the surrender option accorded to the insured is personal; a creditor cannot decide to exercise this right in order to receive the cash surrender value. An insurance contract is an act which provides for future contingencies, and it would be contrary to its nature to allow creditors to divert it from its purpose by forcing surrender by the insured.

David Norwood, in his treatise on the law of life insurance in Canada, *Norwood on Life Insurance Law in Canada* (2nd ed. 1993), provides a comprehensive discussion on the protection against exigibility by an ordinary judgment creditor that the courts in Quebec and the rest of Canada have accorded to the right to surrender an in-force life insurance policy. I find it useful for our purposes to quote from his text (at pp. 246-48) at some length:

The contest of execution by a creditor of the insured is most commonly exemplified by the attempt by the creditor to force the surrender of an in-force life insurance policy to meet the debt owed by the insured. The [Uniform Life Insurance] Act and the [Civil] Code expressly protect certain beneficiaries, but the issue of exigibility is best tested where there is no beneficiary in

rachat, qui annule automatiquement tous les autres droits essentiels conférés par la police, doit être considéré comme étant exclusivement personnel à l'assuré.

Dans cette affaire, les créanciers demandaient le paiement des frais judiciaires que leur devait le débiteur qui avait souscrit une police d'assurance sur sa propre vie au profit de sa mère.

Dans l'affaire *Lauwers c. Tardiff*, précitée, la Cour supérieure refuse d'accueillir la requête du créancier visant à ordonner au débiteur de racheter sa police d'assurance-vie. La compagnie d'assurances était assujettie à une ordonnance de saisie-arrêt et la valeur de rachat aurait été remise au créancier. La cour statue d'abord que l'action oblique n'est pas appropriée dans les circonstances, car le débiteur n'a pas omis d'exercer un droit de manière significative; il a simplement décidé de maintenir son assurance en vigueur. En outre, la cour conclut que le droit de racheter la police est personnel et ne saurait être exercé par le créancier (à la p. 81): 19

L'exercice de la faculté de rachat accordée à l'assuré suppose son appréciation personnelle; le créancier ne peut lui substituer la sienne dans le but de toucher la valeur de rachat. Le contrat d'assurance est un acte de prévoyance et il serait contraire à son économie de permettre aux créanciers de le détourner de son but en forçant l'assuré à retirer la valeur de rachat.

Dans son traité sur le droit en matière d'assurance-vie au Canada, intitulé *Norwood on Life Insurance Law in Canada* (2e éd. 1993), David Norwood procède à une analyse complète de la protection contre l'exigibilité par un créancier judiciaire ordinaire que les tribunaux du Québec et du reste du Canada accordent au droit de rachat d'une police d'assurance-vie en vigueur. Je crois utile, pour les fins de la présente affaire, de citer un long extrait de son texte (aux pp. 246 à 248): 20

[TRADUCTION] La tentative du créancier de forcer le rachat d'une police d'assurance-vie en vigueur pour rembourser la dette de l'assuré est l'exemple le plus commun de saisie-exécution par un créancier de l'assuré. La [Uniform Life Insurance Act] et le Code [civil] protègent expressément certains bénéficiaires, mais la question de l'exigibilité est mieux évaluée quand

place, so that no statutory exemptions from execution or seizure cloud the picture.

As will be discussed in detail, the in-force life insurance product is simply not exigible at law by a judgment creditor to the point that it may be forced into surrender, even when the eventual policy benefit is in favour of the insured or the insured's estate, and a beneficiary has not been designated.

. . .

[S]urrender of a life insurance policy is **cancellation** of the contract and its insurance benefits. Surrender releases the insurer of its future obligation to pay insurance benefits upon the happening of the event insured against. The insurer may pay a cash surrender value for this release, but forcing surrender would destroy the basic purpose of the contract.

. . .

Cancellation of the life insurance contract by a creditor would bring about irretrievable consequences, since the insured cannot buy back or restore the life insurance contract, which one could accomplish in almost every other form of personal property siezed [*sic*] by a creditor. In other words, a debtor whose property is seized may replace it at a later stage by buying it back or buying other property of equal value. This is not so, in the case of an in-force life insurance policy, for the reasons that (i) the life insured may no longer be insurable and (ii) even if the life insured is insurable, the individual cannot be insured at the original premium price because the life insurance premium is geared to age.

In Quebec, civil law protects the insured from execution by a creditor against an in-force policy upon the basis that surrender is a **personal** right not available to the insured's creditors [art. 1031 of the *Civil Code*]. It is submitted that this has the same basis in logic as applies in the common law provinces. The Quebec courts have loudly pronounced the basic legal position that to permit a creditor to execute against the policy would cause an irrevocable loss contrary to the shelter inherent to the nature of life insurance.

. . .

Certainly, in the common law provinces as well as in Quebec, no court has allowed an ordinary judgment

il n'y a **pas** de bénéficiaire en place, de sorte qu'aucune exemption d'exécution de saisie prévue par la loi ne puisse entrer en ligne de compte.

Comme nous le verrons en détail, le produit d'une assurance-vie en vigueur n'est simplement pas exigible en droit par un créancier judiciaire au point de pouvoir en forcer le rachat, même si le bénéfice éventuel de la police est en faveur de l'assuré ou de la succession de l'assuré et qu'un bénéficiaire n'a pas été désigné.

. . .

[L]e rachat d'une police d'assurance-vie est une **annulation** du contrat et de ses prestations d'assurance. Le rachat libère l'assureur de son obligation future de verser des prestations d'assurance si jamais l'événement visé par l'assurance survient. L'assureur peut verser une valeur de rachat pour cette libération, mais forcer le rachat détruirait le but fondamental du contrat.

. . .

L'annulation du contrat d'assurance-vie par un créancier entraînerait des conséquences irrémédiables, du fait que l'assuré ne peut ni racheter ni remettre en vigueur le contrat d'assurance-vie, ce qui est possible dans le cas de presque toutes les autres sortes de biens personnels saisis par un créancier. Autrement dit, un débiteur dont les biens sont saisis peut les remplacer ultérieurement en les rachetant ou en achetant d'autres biens d'une valeur équivalente. Cela est impossible dans le cas d'une police d'assurance-vie en vigueur, parce que (i) l'assuré n'est peut-être plus assurable et (ii) même si l'assuré est assurable, il ne peut plus être assuré au même prix qu'il l'était au départ, car la prime d'assurance-vie est calculée en fonction de l'âge.

Au Québec, le droit civil protège l'assuré contre la saisie-exécution par un créancier d'une police en vigueur pour le motif que le rachat est un droit **personnel** dont ne peuvent se prévaloir les créanciers de l'assuré [art. 1031 du *Code civil*]. Il est allégué que cette protection a le même fondement logique que dans les provinces de common law. Les tribunaux québécois ont exprimé avec vigueur le point de vue juridique fondamental selon lequel permettre à un créancier de procéder à la saisie-exécution d'une police entraînerait une perte irrévocable qui serait contraire à la protection inhérente à la nature de l'assurance-vie.

. . .

Certes, dans les provinces de common law ainsi qu'au Québec, aucun tribunal n'a autorisé un créancier

creditor to force the surrender of an in-force life insurance policy, even when no beneficiary is in the picture. [Emphasis in original.]

The respondent seeks to import this protective logic into the bankruptcy context by one of two ways. The first method involves invoking a principle that I acknowledged in *Royal Bank*, *supra*, at para. 16: "creditors should not gain on bankruptcy any greater access to their debtors' assets than they possessed prior to bankruptcy". The second method involves using bankruptcy case law in which courts have decided that certain rights of the bankrupt will not vest in the trustee on account of their "personal" nature. See e.g. *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 38; *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17 (Ont. C.A.), at p. 35. In effect, we have been asked to find that the "personal rights" immunity coexists at all times with, and should apply in addition to, the statutory exemptions for rights under specific life insurance contracts provided in arts. 2552 and 2554.

The appellant trustee pointed this Court to authority that has consistently upheld a bankruptcy trustee's power to seize and exercise the bankrupt's right to surrender a life insurance policy. In the case *In re Max Mendelson* (1940), 21 C.B.R. 304, the bankrupt had a life insurance policy on his own life, and had designated his brother beneficiary. The bankrupt died. The Appellate Division of the Supreme Court of New Brunswick held that the trustee in bankruptcy could not take the life insurance proceeds, but only because the trustee had not changed the beneficiary before the bankrupt's death. Before his death, the court held, the trustee had all the powers of the bankrupt policyholder, and could have surrendered the policy for its cash value.

In *Crown Life Insurance Co. v. Perras*, [1953] B.R. 659, the Quebec Court of Appeal dismissed an appeal from a decision granting the trustee the power to surrender a life insurance policy, but only because the insured had acquiesced in the trustee's surrender. Barclay J.A., for the majority, dismissed the appeal because the bankrupt himself failed to

judiciaire ordinaire à forcer le rachat d'une police d'assurance-vie en vigueur, même à défaut de bénéficiaire. [En caractères gras dans l'original.]

L'intimée cherche à étendre cette logique protectrice au contexte de la faillite par deux moyens. Le premier moyen invoque un principe que je reconnais dans *Banque Royale*, précité, au par. 16: «les créanciers ne devraient pas, du fait d'une faillite, obtenir des droits plus étendus sur les biens de leurs débiteurs qu'ils n'en possédaient avant la faillite». Le deuxième moyen s'appuie sur une jurisprudence en matière de faillite voulant que certains droits du failli ne soient pas dévolus au syndic à cause de leur nature «personnelle». Voir, par exemple, *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, au par. 38; *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17 (C.A. Ont.), à la p. 35. En fait, on nous demande de conclure que l'immunité des «droits personnels» coexiste en tout temps avec les art. 2552 et 2554 qui prévoient l'insaisissabilité des droits conférés par certains contrats d'assurance-vie, et qu'elle s'ajoute à ces dispositions. 21

Le syndic appelant invoque par contre les décisions qui ont confirmé de façon constante le pouvoir du syndic de faillite de saisir et d'exercer le droit du failli de racheter une police d'assurance-vie. Dans l'affaire *In re Max Mendelson* (1940), 21 C.B.R. 304, le failli détenait une police d'assurance-vie sur sa propre vie et avait désigné son frère comme bénéficiaire. Le failli est décédé. La Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick conclut que le syndic ne peut pas s'emparer du produit de la police d'assurance-vie, mais seulement parce que celui-ci n'a pas changé le bénéficiaire avant le décès du failli. La cour conclut qu'avant le décès du failli, le syndic détenait tous les pouvoirs du preneur failli et aurait pu obtenir la valeur de rachat de la police. 22

Dans *Crown Life Insurance Co. c. Perras*, [1953] B.R. 659, la Cour d'appel du Québec rejette l'appel d'une décision accordant au syndic le pouvoir de racheter une police d'assurance-vie, mais seulement parce que l'assuré a consenti au rachat par le syndic. Le juge Barclay rejette l'appel, au nom de la majorité, parce que le failli lui-même 23

appear, and the insurance company who did appear was held to have no standing. In *Fortier v. Nault*, [1954] C.S. 131, the Superior Court addressed the merits of the issue, and concluded (against some of the *obiter dicta* of the judges in *Crown Life*, *supra*) that the trustee does indeed have the power to surrender the bankrupt's policy. Ste-Marie J. cited s. 39(*d*) of the *Bankruptcy Act* (now s. 67(1)(*d*)), which gives the trustee broad powers over the debtor's property, and concluded that its scope extended beyond the limits on creditors' rights that had been held to exist under art. 1031 of the *Civil Code*. We were also referred to *Re de Grandpré* (1969), 15 C.B.R. (N.S.) 262 (Que. Sup. Ct.); *Re Comptois* (1981), 40 C.B.R. (N.S.) 118 (Que. Sup. Ct.); and *Aubry (Syndic de)*, [1988] R.J.Q. 2211 (Sup. Ct.). In this review of the jurisprudence, it is also worth noting that in *Lauwers v. Tardiff*, *supra*, in which the surrender right was held to be "personal" and unavailable to an ordinary judgment creditor, Mayrand J. recognized that a different conclusion had been reached in the bankruptcy context, where a trustee's power had been held to include the exercise of the right (citing *Fortier*, *supra*).

n'a pas comparu et parce qu'il conclut que la compagnie d'assurances qui a comparu n'avait pas qualité pour agir. Dans *Fortier c. Nault*, [1954] C.S. 131, la Cour supérieure examine le bien-fondé de la question et conclut (contrairement aux opinions incidentes des juges dans *Crown Life*, précité) que le syndic a effectivement le pouvoir de racheter la police du failli. Le juge Ste-Marie cite l'al. 39*d*) de la *Loi sur la faillite* (maintenant l'al. 67(1)*d*)), qui accorde au syndic de vastes pouvoirs sur les biens du débiteur, et conclut que sa portée est plus étendue que les limites imposées aux droits des créanciers en vertu de l'art. 1031 du *Code civil*. On invoque également les décisions *Re de Grandpré* (1969), 15 C.B.R. (N.S.) 262 (C.S. Qué.), *Re Comptois* (1981), 40 C.B.R. (N.S.) 118 (C.S. Qué.), et *Aubry (Syndic de)*, [1988] R.J.Q. 2211 (C.S.). Dans cet examen de la jurisprudence, il est à noter également que, dans la décision *Lauwers c. Tardiff*, précitée, où le droit de rachat est considéré comme un droit «personnel» qui ne peut pas être exercé par un créancier judiciaire ordinaire, le juge Mayrand reconnaît qu'une conclusion différente a été tirée dans le contexte d'une faillite, où l'on a jugé que le pouvoir d'un syndic comportait l'exercice de ce droit (citant *Fortier*, précité).

24 The appellant also cited several learned authors who support the position that the trustee is vested with the power to exercise the surrender option under a life insurance contract. Didier Lluelles, in *Droit des assurances — aspects contractuels* (2nd ed. 1986), at p. 293, writes:

> [TRANSLATION] With respect to the trustee in bankruptcy, however, since the trustee is vested with the powers of the bankrupt in or over his or her property (*Bankruptcy Act*, R.C.S., 1970, c. B-3, s. 47(*d*)), the trustee may exercise the surrender option if there is no irrevocable beneficiary (C.c. 2554 and *Bankruptcy Act*, s. 47(*b*)) or no revocable beneficiary protected by article 2552 C.c. (*Bankruptcy Act*, s. 47(*b*)).

See also J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1992), vol. 2, at p. 474; S. Hardy-Lemieux, *L'assurance de personnes au Québec* (1989), at pp. 8,152 and 8,155. In his treatise at pp. 253-54, Norwood also devotes some attention to the trustee's, as opposed to an ordinary

L'appelant cite également plusieurs auteurs éminents qui sont d'avis que le pouvoir d'exercer l'option de rachat d'un contrat d'assurance-vie est dévolu au syndic. Didier Lluelles écrit dans *Droit des assurances — aspects contractuels* (2e éd. 1986), à la p. 293:

> Quant au syndic de faillite, toutefois, étant donné qu'il est investi des pouvoirs du failli sur ses biens (*Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, art. 47, par. d), il pourrait exercer la valeur de rachat en l'absence d'un bénéficiaire irrévocable (C.c. 2554 et *Loi sur la faillite*, art. 47, par. b) et d'un bénéficiaire révocable protégé par l'article 2552 C.c. (*Loi sur la faillite*, art. 47, par. b).

Voir également J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1992), vol. 2, à la p. 474; S. Hardy-Lemieux, *L'assurance de personnes au Québec* (1989), aux pp. 8,152 et 8,155. Dans son traité, aux pp. 253 et 254, Norwood consacre également un passage à la situation du syndic,

creditor's, position *vis-à-vis* the rights under the debtor's life insurance policy:

> Where the insured not only fails to meet a creditors's [*sic*] claim but goes bankrupt, federal law under the *Bankruptcy Act* meets up with provincial insurance common law and statutory law. In essence, the *Bankruptcy Act* prevails except where it expressly defers to provincial **exemptions**. . . . [T]he *Bankruptcy Act* honours the Uniform Act and the *Civil Code* when they exempt life insurance proceeds in the hands of a beneficiary since the proceeds fall outside of the estate of the insured, and exempt the in-force life insurance policy itself when a family beneficiary or an irrevocable beneficiary or a beneficiary for value is in place.
>
> Otherwise, the trustee in bankruptcy (unlike the ordinary judgment creditor) "steps into the shoes" of the insured, and may, accordingly, surrender the policy where it is payable to the estate of the insured or to a non-family beneficiary in circumstances where the insured himself could do so. [Emphasis in original.]

par opposition à celle d'un créancier ordinaire, en ce qui concerne les droits conférés par la police d'assurance-vie du débiteur:

> [TRADUCTION] Quand l'assuré, en plus de ne pas répondre aux réclamations des créanciers, fait faillite, le droit fédéral sous le régime de la *Loi sur la faillite* rejoint la common law et le droit d'origine législative en matière d'assurance qui sont en vigueur dans la province. Essentiellement, la *Loi sur la faillite* l'emporte, sauf lorsqu'elle s'en remet expressément à des **exemptions** provinciales. [. . .] [L]a *Loi sur la faillite* respecte la Uniform Act et le *Code civil* qui rendent insaisissable le produit de l'assurance-vie entre les mains d'un bénéficiaire, du fait que ce produit ne fait pas partie du patrimoine de l'assuré, et rendent insaisissable la police d'assurance-vie en vigueur elle-même dans les cas où il y a un bénéficiaire qui est un membre de la famille, un bénéficiaire irrévocable ou un bénéficiaire de la valeur de rachat.
>
> Autrement, le syndic de faillite (contrairement au créancier judiciaire ordinaire) «prend la place» de l'assuré et peut donc racheter la police quand elle est payable au patrimoine de l'assuré ou à un bénéficiaire qui n'est pas un membre de la famille, dans les circonstances où l'assuré lui-même pourrait le faire. [En caractères gras dans l'original.]

C. *Articles 2552 and 2554 of the Civil Code*

Reviewing these various arguments, I have decided that the most coherent way to approach this appeal is to decide first whether the exemption provisions of the *Civil Code* governing life insurance contracts, introduced in 1974 as part of a sweeping revision of insurance law in Quebec, were meant by the legislature to be exhaustive. To the extent that the legislature did so intend, arts. 2552 and 2554 displace and supersede, for the purposes of this appeal, the jurisprudence regarding the exigibility of the surrender value of life insurance contracts under art. 1031. Because I conclude that the legislature did so intend, this Court need not decide in this case whether the right to surrender a life insurance policy is a "personal right". Articles 2552 and 2554 of the *Civil Code* make irrelevant in the life insurance context any other basis for exemption which may have existed, and which might still exist for other purposes,

C. *Les articles 2552 et 2554 du Code civil*

À l'examen de ces divers arguments, je considère que la façon la plus logique d'aborder le présent pourvoi est de décider premièrement si le législateur a voulu que soient exhaustives les dispositions relatives à l'insaisissabilité qui régissent les contrats d'assurance-vie et qui ont été adoptées en 1974 dans le cadre d'une réforme en profondeur du droit des assurances au Québec. Dans la mesure où c'était là l'intention du législateur, les art. 2552 et 2554 remplacent et supplantent, pour les fins du présent pourvoi, la jurisprudence concernant l'exigibilité de la valeur de rachat des contrats d'assurance-vie en vertu de l'art. 1031. Vu ma conclusion que c'était bien là l'intention du législateur, notre Cour n'a pas à déterminer en l'espèce si le droit de racheter une police d'assurance-vie est un «droit personnel». Les articles 2552 et 2554 du *Code civil* rendent inapplicable, dans le contexte de l'assurance-vie, tout autre motif d'insaisissabi- 25

under the general law of Quebec or the *Bankruptcy Act*.

26 In undertaking my analysis, I have considered Baudouin J.A.'s warning (at p. 9) against confusing the unseizability of an asset with the inherent nature of a right:

> [TRANSLATION] The concept of seizability of property or an asset must not be confused with the nature of the right. In order for a right to be seizable by creditors, it must necessarily be patrimonial in nature. Thus, the legislator may exempt an asset from seizure by the creditors, as it did, for example, in articles 2552 C.C. and 2457 C.C.Q., since the debtor's patrimony is the "common pledge" of his or her creditors (art. 2644 C.C.Q.). It appears to me to be another matter to be determined that, as is the case here, despite its unquestionable economic value, the right itself cannot be exercised by anyone other than the bankrupt. In such a case, unseizability has no importance whatsoever nor any legal relevance because it is not the monetary value which is unavailable to the third party, but the very exercise of the right that could lead to the recovery of that value.

In my view, however, it is open to the legislature to enact an exhaustive set of rules governing seizability in a particular area. Where that is the case, the express rules themselves, and only those rules, govern seizability. The court applies those rules to the exclusion of other considerations not because it has confused seizability as provided by those rules with the inherent nature of the rights at issue, but because the legislature's express and exhaustive rules supersede considerations that would cut across and undo the legislated divisions.

27 In this case, the legislature's intention of creating a comprehensive and exhaustive "unseizability code" for life insurance contracts is derived from the language of arts. 2552 and 2554, considered in their proper context. The analysis proceeds in two steps. I first consider the legislative history of the provisions, and in particular the fact that the articles were introduced into the *Civil Code* as part of the comprehensive insurance-law revision that took place in Quebec in the early 1970s. With this background, I then focus in on the interpretation of

lité qui a pu exister, et qui pourrait toujours exister à d'autres fins, en vertu du régime de droit commun québécois ou de la *Loi sur la faillite*.

Dans mon analyse, je tiens compte de l'avertissement du juge Baudouin (à la p. 9) de ne pas confondre l'insaisissabilité d'un élément d'actif avec la nature inhérente d'un droit:

> Il ne faut pas confondre, en effet, le concept de saisissabilité d'un bien ou d'un actif avec celui de la nature du droit. Pour qu'un droit soit saisissable par les créanciers, il faut nécessairement qu'il ait un caractère patrimonial. Le législateur peut donc, comme il l'a fait, par exemple, aux articles 2552 C.C. et 2457 C.C.Q., soustraire un actif au recouvrement qu'en peuvent faire les créanciers, le patrimoine de leur débiteur étant leur «gage commun» (art. 2644 C.C.Q.). Autre chose me paraît être de constater, comme c'est le cas en l'espèce, que, malgré une incidence économique certaine, le droit lui-même ne peut être exercé par un autre que le failli. L'insaisissabilité, dans un tel cas, n'a aucune espèce d'importance ni aucune pertinence sur le plan juridique puisque ce n'est pas la valeur monétaire que l'on soustrait au tiers, mais l'exercice même du droit menant éventuellement à la récupération de cette valeur.

Toutefois, j'estime que le législateur peut adopter un ensemble exhaustif de règles régissant la saisissabilité dans un domaine particulier. Le cas échéant, ce sont les règles expresses elles-mêmes, et seulement ces règles, qui régissent la saisissabilité. Le tribunal les applique à l'exclusion d'autres considérations, non pas parce qu'il confond la saisissabilité prévue par ces règles avec la nature inhérente des droits en litige, mais parce que les règles expresses et exhaustives du législateur supplantent les considérations qui ne respectent pas l'approche législative.

Dans la présente affaire, l'intention du législateur de créer un «code d'insaisissabilité» complet et exhaustif qui s'applique aux contrats d'assurance-vie ressort du libellé des art. 2552 et 2554, examinés dans le contexte qui leur est propre. L'analyse comporte deux étapes. J'examine d'abord l'historique législatif des dispositions, et notamment le fait que les articles ont été insérés dans le *Code civil* dans le cadre de la réforme globale du droit des assurances qui a eu lieu au Québec au début des années 70. Avec cet histo-

arts. 2552 and 2554 themselves, in the context of the *Civil Code* as a whole.

1. Legislative History

Articles 2552 and 2554 were introduced into the *Civil Code* as part of a comprehensive revision of insurance law in Quebec initiated in 1974 by Bill 7, which was adopted as the *Insurance Act* (proclaimed in force in 1976). This statute modernized the insurance law of Quebec and, of particular relevance to this appeal, significantly expanded the scope and detail of life insurance regulation in the *Civil Code*.

Before the adoption of the *Insurance Act*, there was no comprehensive body of rules regulating life insurance in Quebec. When Bill 7 was introduced in the National Assembly, there were 10 articles governing life insurance in the *Civil Code*, and a special statute governing life insurance in a narrowly circumscribed area of family relations, the *Husbands and Parents Life Insurance Act*, R.S.Q. 1964, c. 296.

When Quebec's civil law was codified in 1866, marine insurance was the most important branch of insurance law, and its rules the most elaborated. Life insurance contracts were at that time looked upon with disfavour in the civil law, having been expressly prohibited in France until the mid-19th century. See É. Couteau, *Traité des assurances sur la vie* (1881), vol. 1, especially paras. 43-52. They were regulated in the *Civil Code* by a mere nine articles (arts. 2585-2593). A tenth (art. 2593*a*), relating to presumptions of death in relation to absentee insured, was added in 1933. None of these provisions exempted any class of life insurance from seizure.

The first life insurance legislation applicable in Quebec pre-dated Confederation. This was the *Act to secure to Wives and Children the benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17. This Act allowed a husband to insure his life for the benefit of his wife (and children), derogating from the

rique législatif en toile de fond, je traite de l'interprétation des art. 2552 et 2554 eux-mêmes, pris dans le contexte de l'ensemble du *Code civil*.

1. L'historique législatif

28 Les articles 2552 et 2554 relèvent d'une réforme globale du droit des assurances au Québec amorcée en 1974 par le projet de loi 7, adopté sous le nom de *Loi sur les assurances* (promulguée en 1976). Cette loi modernise le droit des assurances au Québec et, ce qui est particulièrement intéressant dans le présent pourvoi, augmente sensiblement la portée de la réglementation de l'assurance-vie dans le *Code civil*, et l'élabore.

29 Avant l'adoption de la *Loi sur les assurances*, il n'existe aucun ensemble complet de règles en matière d'assurance-vie au Québec. Lors du dépôt du projet de loi 7 à l'Assemblée nationale, l'assurance-vie fait l'objet de 10 articles du *Code civil*, et d'une loi spéciale applicable à l'assurance-vie dans un domaine très limité des relations familiales, la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, S.R.Q. 1964, ch. 296.

30 Quand le droit civil québécois est codifié en 1866, l'assurance maritime constitue le chapitre le plus important du droit des assurances et ses règles sont les plus élaborées. À l'époque, les contrats d'assurance-vie sont mal vus en droit civil, du fait qu'ils ont été expressément interdits en France jusqu'au milieu du XIX^{e} siècle. Voir É. Couteau, *Traité des assurances sur la vie* (1881), vol. 1, en particulier les par. 43 à 52. Seuls neuf articles du *Code civil* en traitent (les art. 2585 à 2593). Un dixième article (l'art. 2593*a*), portant sur la présomption de décès relativement à l'assuré absent, est ajouté en 1933. Aucune de ces dispositions ne prévoit l'insaisissabilité de quelque type d'assurance-vie.

31 La première loi sur l'assurance-vie applicable au Québec est antérieure à la Confédération. Il s'agit de l'*Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., ch. 17. Cette loi permet au mari d'assurer sa vie au profit de sa femme (et de ses enfants), ce qui déroge à l'inter-

prohibition against *inter vivos* gifts between spouses contained in art. 1265 of the *Civil Code*. The legislation was completely revised in 1878, by S.Q. 1878, 41-42 Vict., c. 13, which among other things introduced a policy of protecting family beneficiaries. The benefit of the life insurance policy could only be revoked in favour of another family beneficiary (s. 12), and the policy was "exempt from attachment for debts due either by the insured or by the persons benefited" (s. 26). In 1925, the Act became known as the *Husbands' and Parents' Life Insurance Act*, R.S.Q. 1925, c. 244. A discussion of the various permutations of this Act in the latter part of the 19th century, and a commentary on its policy of protecting the family, is provided in Rinfret J.'s decision in *Banque Canadienne Nationale v. Carette*, [1931] S.C.R. 33, at pp. 42-44.

32 Already in the 1930s, there was discontent with the state of insurance law in Quebec. In the introduction to his *Report on the Codification of Quebec Life Insurance Law* (1936), at pp. 1-2 and 8-9, M. Versailles summed up the situation:

> The chief end and purpose of this report is to determine how the *lacunae* of Quebec Life Insurance law can be remedied by means of a codification of the principles and rules of law governing this particular subject.
>
> The Civil Code of Lower Canada, which was promulgated on August 1, 1866, contains but nine articles dealing exclusively with the subject of life insurance.
>
> The Codifiers, at page 258 of their Seventh Report, say: "It is remarkable how few legal points relating to this contract have been litigated or settled by judicial authority. The reported cases are not numerous and they seem to have arisen oftener upon questions of fact than of law. The chapter consists of nine articles which have been derived chiefly from the few decisions alluded to, and some of them are taken from the Draft of a civil code for New York."
>
> This clearly shows the paucity of authorities on this subject when the Civil Code was enacted, and the juridical inadequacy of these few rules to cover the modern technical development of the life insurance contract.

diction des dons entre vifs faits entre époux prévue à l'art. 1265 du *Code civil*. La loi est complètement refondue en 1878 par S.Q. 1878, 41-42 Vict., ch. 13, qui introduit notamment une politique de protection des bénéficiaires membres de la famille. Le bénéfice d'une police d'assurance-vie ne peut être révoqué qu'en faveur d'un autre bénéficiaire membre de la famille (art. 12) et la police n'est «pas saisissabl[e] pour dettes dues soit par la personne assurée, soit par les personnes devant bénéficier de la police» (art. 26). En 1925, la Loi devient la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, S.R.Q. 1925, ch. 244. Le juge Rinfret analyse les différentes mutations de cette loi pendant la deuxième moitié du XIX^e^ siècle et commente sa politique de protection de la famille dans l'arrêt *Banque Canadienne Nationale c. Carette*, [1931] R.C.S. 33, aux pp. 42 à 44.

Déjà au cours des années 30, l'état du droit des assurances au Québec suscite le mécontentement. Dans l'introduction de son *Report on the Codification of Quebec Life Insurance Law* (1936), aux pp. 1, 2, 8 et 9, M. Versailles résume la situation:

> [TRADUCTION] L'objectif principal du présent rapport est de déterminer comment remédier aux lacunes du droit de l'assurance-vie au Québec au moyen d'une codification des principes et des règles de droit régissant ce domaine particulier.
>
> Le Code civil du Bas Canada, qui a été promulgué le 1^er^ août 1866, ne contient que neuf articles traitant exclusivement de l'assurance-vie.
>
> Les codificateurs affirment, à la page 258 de leur septième rapport: «Il est remarquable qu'aussi peu de questions de droit concernant ce contrat aient été soulevées en justice ou réglées par une autorité judiciaire. La jurisprudence publiée n'est pas abondante et semble porter plus souvent sur des questions de fait que sur des questions de droit. Le chapitre compte neuf articles qui s'inspirent principalement des quelques décisions qui sont mentionnées et certains sont tirés d'un avant-projet de code civil de New York.»
>
> Cela montre clairement la pénurie de précédents à ce sujet au moment de l'adoption du Code civil et l'insuffisance juridique de ces quelques règles pour répondre à l'évolution technique moderne du contrat d'assurance-vie.

In 1865, the Parliament of Canada passed an Act (29 Vict., ch. 17) entitled: "An act to secure to wives and children the benefit of assurance on the lives of their husbands and parents." This Act was evidently copied from some American statute. It is very superficial in character, containing but six sections or articles.

. . .

At present, in Quebec, we are in the anomalous position of having what I might call two different sets of rules governing the rights of beneficiaries under life insurance contracts.

If the beneficiary is the wife or child of the assured, the rights of such beneficiaries are governed by an Act passed in 1878. . . .

If the beneficiary is anyone but the wife or child of the assured, the rights of such beneficiaries are governed by the principles underlying Article 1029 CC. . . . [Emphasis added.]

Versailles recommended the repeal of the *Husbands' and Parents' Life Insurance Act* and of the then nine articles of the *Civil Code* that related to life insurance, and he suggested the adoption, with appropriate modifications, of a French code on the subject of life insurance law.

By the 1960s, a consensus had emerged in favour of a complete reordering of insurance law as treated by the *Civil Code*. See J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, eds., *Quebec Civil Law — An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at para. 812; see also L. Plamondon, "Life Insurance in Quebec Since 1976: Some Points of Interest", in Meredith Memorial Lectures 1978, *The New Quebec Insurance Act* (1979), 69, at p. 69. As early as 1959, a draft law to replace the title on insurance of the *Civil Code* had been proposed. See Québec, Ministère des Institutions financières, Compagnies et Coopératives, Service des assurances, *Rapport Faribault* (1957-60).

In 1974, the legislature finally reacted to these calls for reform, and adopted the *Insurance Act*. The wide-ranging criticism of the pre-existing state of insurance law is a compelling factor militating in favour of a finding that the legislature intended its revision of the law to be comprehensive. Such a conclusion is bolstered by the scope

En 1865, le Parlement canadien a adopté une loi (29 Vict., ch. 17) intitulée: «Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents.» Cette loi s'inspirait manifestement d'une loi américaine. Elle était de nature très superficielle, ne contenant que six articles.

. . .

À l'heure actuelle, au Québec, nous nous trouvons dans la situation anormale où il existe ce que je pourrais appeler deux ensembles différents de règles régissant les droits des bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie.

Si le bénéficiaire est la femme ou l'enfant de l'assuré, ses droits sont régis par une loi adoptée en 1878. . .

Si le bénéficiaire n'est ni la femme ni l'enfant de l'assuré, ses droits sont régis par les principes qui sous-tendent l'article 1029 C.C. . . . [Je souligne.]

Versailles recommande l'abrogation de la *Loi de l'assurance des maris et des parents* et des neuf articles du *Code civil* traitant de l'assurance-vie et il propose d'adopter, après lui avoir apporté les modifications appropriées, un code français sur le droit de l'assurance-vie.

33 Dès les années 60, il existe un consensus en faveur d'un remaniement complet du droit des assurances dans le *Code civil*. Voir J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald, dir., *Quebec Civil Law — An Introduction to Quebec Private Law* (1993), au par. 812; voir également L. Plamondon, «Life Insurance in Quebec Since 1976: Some Points of Interest», dans Conférences Memorial Meredith 1978, *The New Quebec Insurance Act* (1979), 69, à la p. 69. Dès 1959, un avant-projet de loi est proposé pour remplacer le titre des assurances dans le *Code civil*. Voir Québec, Ministère des Institutions financières, Compagnies et Coopératives, Service des assurances, *Rapport Faribault* (1957-60).

34 En 1974, le législateur réagit finalement à ces demandes de réforme et adopte la *Loi sur les assurances*. La critique généralisée de l'état antérieur du droit des assurances porte fortement à penser que le législateur a voulu que sa refonte du droit soit entière. Une telle conclusion est étayée par la portée et le détail de la réforme qui ressortent du

and detail of the reform apparent from the enactment itself. The *Insurance Act* replaced entirely the title on insurance of the *Civil Code* and re-organized completely the regulation of insurance contracts, including life insurance contracts. Some 100 new articles were added to the *Civil Code*. Articles 2468-2500 constituted a general introductory chapter on insurance. Reversing the priorities of the Code of 1866, provisions governing insurance of persons, including life insurance, received prominent treatment as the next chapter of the title on insurance (arts. 2501-2561). The *Insurance Act* also revised the regulation of property, fire and liability insurance (arts. 2562-2605), and to a lesser extent, because of its highly developed and detailed nature in the original Code of 1866, the provisions regulating marine insurance (arts. 2606-2692). In addition to introducing these amendments to the *Civil Code* in a first part, the *Insurance Act* also contained, in a second part, over 400 provisions that modernized and codified the administration and regulation of insurance companies as business entities (now R.S.Q., c. A-32).

35 With the necessary caution required in using this material (see *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299, at para. 20; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 364-67), I also draw attention to the legislative debates surrounding the adoption of Bill 7. These are of assistance in establishing the historical context within which the *Insurance Act* was passed, and show that the hypothesis of a legislative intention to enact a complete code on insurance law is not fanciful or far-fetched. On its second reading in the National Assembly, the Minister of Financial Institutions, Companies and Cooperatives, who sponsored the Bill, spoke generally about the proposed law:

[TRANSLATION] Bill 7 replaces the Insurance Act, the Husbands and Parents Life Insurance Act, the Diocesan Mutual Insurance Companies Act, the title on insurance in the Civil Code and the Claims Adjusters Act.

texte législatif lui-même. La *Loi sur les assurances* remplace totalement le titre des assurances dans le *Code civil* et réorganise complètement la réglementation des contrats d'assurance, y compris les contrats d'assurance-vie. Une centaine de nouveaux articles sont ajoutés au *Code civil*. Les articles 2468 à 2500 constituent un chapitre introductif général sur les assurances. Bousculant les priorités du Code de 1866, les dispositions régissant l'assurance de personnes, y compris l'assurance-vie, occupent la première place au chapitre suivant du titre des assurances (art. 2501 à 2561). La *Loi sur les assurances* modifie également la réglementation de l'assurance de biens, de l'assurance contre l'incendie et de l'assurance-responsabilité (art. 2562 à 2605) et, dans une moindre mesure, en raison de leur nature très élaborée et détaillée dans le premier Code de 1866, les dispositions régissant l'assurance maritime (art. 2606 à 2692). Outre la présentation de ces modifications du *Code civil* dans une première partie, la *Loi sur les assurances* contient aussi, dans une deuxième partie, plus de 400 dispositions qui modernisent et codifient l'administration et la réglementation des compagnies d'assurances en tant qu'entreprises commerciales (maintenant L.R.Q., ch. A-32).

Avec toute la prudence que requiert l'utilisation de ces documents (voir *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, au par. 20; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), aux pp. 414 à 418), j'attire également l'attention sur les débats législatifs ayant entouré l'adoption du projet de loi 7. Ils sont utiles pour établir le contexte historique dans lequel la *Loi sur les assurances* a été adoptée et montrent que la thèse d'une intention législative d'adopter un code qui soit complet en matière de droit des assurances n'est ni le fruit de l'imagination ni exagérée. Lors de la deuxième lecture à l'Assemblée nationale, le ministre des Institutions financières, Compagnies et Coopératives, qui parraine le projet de loi, parle en termes généraux de la loi proposée:

Le projet de loi nº 7 remplace la Loi des assurances, la Loi de l'assurance des maris et des parents, la Loi des compagnies diocésaines d'assurance mutuelle, le titre de l'assurance au code civil et la Loi des agents de

It partially amends the provisions of the Civil Code with respect to marine insurance.

Mr. Speaker, the first part of the bill concerns the insurance contract. It deals with all of its aspects.

. . .

The contractual part of the current bill is based on the work of Marcel Faribault and the Honourable Judge Gérard Trudel, the law of Ontario, French insurance law, the work of the Civil Code Revision Office, submissions by various associations and works from a variety of other sources. [Emphasis added.]

(Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 2nd sess., 30th Leg., vol. 15, No. 82, November 19, 1974, at p. 2873.)

Marcel Léger, Member of National Assembly for Lafontaine, contributed the following: [TRANSLATION] "If it is hardly an exaggeration to speak of a code one book of which will be in our statutes and the other in the Civil Code, it is no exaggeration either to speak of a modern code." (*Id.*, at p. 2875.)

The *Insurance Act* was therefore quite clearly intended to be a codification of insurance law in Quebec, in the sense given to the word by Côté in his text *The Interpretation of Legislation in Canada*, *supra*, at p. 43:

Applied to an entire statute, "codification" indicates the incorporation in a single enactment of a series of legal rules relating to a given subject. Codifiers may draw on both existing statutes and the rules of the common law. The result is deemed to give a coherent and sometimes exhaustive picture of the law in a specific field. The *Bills of Exchange Act* [R.S.C. 1985, c. B-4], the *Criminal Code* [R.S.C. 1985, c. C-46], and the *Quebec Labour Code* [R.S.Q., c. C-27] are examples. [Emphasis added.]

In other words, the legislature turned its mind to every aspect of insurance law, and where the *Civil Code*'s general provisions were not adequate, crafted new provisions, all contained in the expanded title on insurance, to set out its new vision of the law.

réclamations. Il modifie en partie les dispositions du code civil traitant de l'assurance maritime.

M. le Président, la première partie du projet concerne le contrat d'assurance. Elle traite de tous ses aspects.

. . .

La partie contractuelle de l'actuel projet s'inspire des travaux de Me Marcel Faribault et de l'honorable juge Gérard Trudel, de la loi de l'Ontario, de la loi française sur les assurances, des travaux de l'Office de révision du code civil, des mémoires de diverses associations et de travaux de différentes autres sources. [Je souligne.]

(Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, nº 82, le 19 novembre 1974, à la p. 2873.)

Marcel Léger, député de Lafontaine à l'Assemblée nationale, affirme ce qui suit: «Si on exagère à peine en parlant d'un code dont un livre se retrouvera dans nos statuts et l'autre dans le code civil, on n'exagère pas, non plus, lorsqu'on parle d'un code moderne.» (*Id.*, à la p. 2875.)

La *Loi sur les assurances* se veut donc très clairement une codification du droit des assurances au Québec, au sens donné à ce mot par Côté dans *Interprétation des lois*, *op. cit.*, aux pp. 47 et 48: 36

Appliqué à une loi entière, le terme «codification» désigne la réunion dans un texte législatif d'un ensemble de règles de droit portant sur une matière donnée. Les auteurs du code ont pu puiser aussi bien dans le droit écrit que dans la common law. Leur œuvre est censée donner une vue cohérente et parfois même exhaustive du droit dans une matière particulière. La *Loi sur les lettres de change* [L.R.C. (1985), ch. B-4], le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], et le *Code du travail* [L.R.Q., ch. C-27] sont, en ce sens, des codifications. [Je souligne.]

Autrement dit, le législateur s'est intéressé à tous les aspects du droit des assurances et, quand les dispositions générales du *Code civil* se sont avérées inadéquates, il a conçu de nouvelles dispositions, toutes contenues dans le titre augmenté des assurances, pour exposer sa nouvelle vision du droit.

37 The *Insurance Act* created an insurance code within the *Civil Code*. Each new provision, following the cardinal principle of interpretation of the *Code*, must also be read in the context of the *Civil Code* as a whole. See F. P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1980), at p. 100; Brierley and Macdonald, *supra*, at para. 113. With this in mind, I now turn to consider the interpretation of arts. 2552 and 2554.

2. Articles 2552 and 2554

38 Articles 2552 and 2554 exempt from seizure the rights under only two classes of life insurance contracts, those with "privileged" or family beneficiaries and those with irrevocable beneficiary designations:

2552. When the beneficiary of the insurance is the consort, descendant or ascendant of the policyholder or of the participant, the rights under the contract are exempt from seizure as long as the beneficiary has not received the sum insured.

2554. The stipulation of irrevocable designation binds the owner even if the beneficiary has no knowledge of it.

As long as the designation of a beneficiary as irrevocable subsists, the rights of the policyholder, the participant and the beneficiary are unseizable.

Given these provisions, should the rights under other types of life insurance contracts not declared exempt from seizure, such as the respondent's, also be exempt from seizure? In particular, should the right to surrender a policy be exempt from seizure under all life insurance contracts, whatever the particular relationships between policyholder, life insured and beneficiary therein? In my view, the provisions, considered as part of the *Insurance Act* reforms and within the context of the *Civil Code* as a whole, manifest a contrary legislative intention.

39 In undertaking its comprehensive reform of life insurance law, and determining what to exempt from seizure in arts. 2552 and 2554, the legislature must have had all elements of the life insurance contract in mind, including the right to surrender

La *Loi sur les assurances* crée un code des assurances à l'intérieur même du *Code civil*. Chaque nouvelle disposition, suivant le principe fondamental d'interprétation du *Code*, doit aussi être interprétée en fonction de l'ensemble du *Code civil*. Voir F. P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada* (1980), à la p. 100; Brierley et Macdonald, *op. cit.*, au par. 113. Dans cet esprit, je vais maintenant examiner l'interprétation des art. 2552 et 2554.

2. Les articles 2552 et 2554

Les articles 2552 et 2554 prévoient l'insaisissabilité des droits conférés par seulement deux catégories de contrats d'assurance-vie, ceux dont les bénéficiaires sont «privilégiés» ou membres de la famille et ceux dont les bénéficiaires ont été désignés à titre irrévocable:

2552. Lorsque le bénéficiaire de l'assurance est le conjoint, le descendant ou l'ascendant du preneur ou de l'adhérent, les droits conférés par le contrat sont insaisissables tant que le bénéficiaire n'a pas touché la somme assurée.

2554. La stipulation d'irrévocabilité lie le propriétaire même hors la connaissance du bénéficiaire.

Tant que la désignation d'un bénéficiaire à titre irrévocable subsiste, les droits du preneur, de l'adhérent et du bénéficiaire sont insaisissables.

Compte tenu de ces dispositions, les droits conférés par d'autres types de contrats d'assurance-vie qui ne sont pas déclarés insaisissables, comme ceux de l'intimée, devraient-ils également être insaisissables? En particulier, le droit de racheter une police devrait-il être insaisissable dans tous les contrats d'assurance-vie, peu importe les liens particuliers entre le preneur, l'assuré et le bénéficiaire dans ces contrats? À mon avis, les dispositions, examinées dans le contexte des réformes de la *Loi sur les assurances* et de l'ensemble du *Code civil*, témoignent d'une intention contraire du législateur.

En entreprenant sa réforme globale du droit de l'assurance-vie et en déterminant ce qui devait être insaisissable aux art. 2552 et 2554, le législateur doit avoir envisagé l'ensemble des éléments du contrat d'assurance-vie, y compris le droit à la

the contract for its cash surrender value. For a creditor, the most valuable right in his debtor's in-force life insurance policy is the right to surrender the policy for its cash surrender value. In this case, for example, that value amounted to $84,900. Indeed, it is the only right in an in-force life insurance policy that has the potential to create an immediate realization of value for the seizing creditor. At p. 251 of his treatise on life insurance law in Canada, Norwood discusses what other rights are available to a creditor if he cannot exercise the right to surrender the policy:

> The courts may make an order in favour of the creditor or appoint an equitable receiver to take any payment demanded by the insured from the insurer for **the insured** as and when the payment falls in, and this binds the insurer to turn over the payment which would otherwise flow into the hands of the debtor insured. In other words, if the insured later surrenders the policy or seeks the benefits of the policy, for example, in the form of eventually collecting annuity instalments, these proceeds have to flow to the creditor. [Bold in original; underlining added.]

In other words, if the exemption of "rights" in arts. 2552 and 2554 was not meant to protect the right to surrender the policy, the only remaining purpose of the articles would be to protect the debtor against a creditor who attaches the policy, and waits until the insured volunteers to surrender it or until some other payment eventually comes due. In my view, this would be an unreasonably restrictive reading of the provisions.

The legislature did not in any way restrict or qualify the use of the word "rights" in arts. 2552 and 2554. Moreover, art. 2501, in the same chapter of the *Code*, gives us important evidence of what "rights" the legislature had in mind in drafting the exemption provisions:

> **2501.** In addition to the particulars prescribed in article 2480, the policy of insurance of persons must, where such is the case, indicate:
>
> . . .
>
> (*e*) the right of the owner to the surrender value or to advances on the policy; [Emphasis added.]

valeur de rachat du contrat. Pour un créancier, le droit le plus précieux dans la police d'assurance-vie en vigueur de son débiteur est celui d'obtenir la valeur de rachat de cette police. Dans la présente affaire, par exemple, la valeur de rachat s'élève à 84 900 $. En fait, il s'agit du seul droit, dans une police d'assurance-vie en vigueur, qui peut donner lieu à une réalisation immédiate de valeur pour le créancier saisissant. À la page 251 de son traité sur le droit de l'assurance-vie au Canada, Norwood analyse les autres droits dont peut disposer le créancier qui ne peut pas exercer celui de racheter la police:

> [TRADUCTION] Les tribunaux peuvent rendre une ordonnance en faveur du créancier ou nommer un séquestre pour accepter au nom de **l'assuré** les paiements demandés par l'assuré à l'assureur quand le paiement devient exigible, et l'assureur est alors tenu de remettre le paiement qui tomberait autrement aux mains de l'assuré débiteur. Autrement dit, si l'assuré rachète ultérieurement la police ou demande le bénéfice de la police, par exemple, en percevant éventuellement des arrérages de rente, ce produit doit être versé au créancier. [En caractères gras dans l'original; je souligne.]

En d'autres termes, si l'insaisissabilité des «droits» prévue aux art. 2552 et 2554 n'était pas destinée à protéger le droit de racheter la police, les articles ne viseraient plus qu'à protéger le débiteur contre un créancier qui saisit la police et attend jusqu'à ce que l'assuré la rachète volontairement ou jusqu'à ce qu'un autre paiement devienne éventuellement exigible. À mon avis, il s'agirait d'une interprétation déraisonnablement restrictive des dispositions.

Le législateur n'a d'aucune façon restreint ou nuancé l'utilisation du mot «droits» aux art. 2552 et 2554. En outre, l'art. 2501 du même chapitre du *Code* nous donne une indication importante des «droits» auxquels le législateur songeait en rédigeant les dispositions relatives à l'insaisissabilité: 40

> **2501.** Outre les mentions prescrites à l'article 2480, la police d'assurance de personnes doit, le cas échéant, indiquer:
>
> . . .
>
> *e*) les droits du propriétaire à la valeur de rachat et aux avances sur police; [Je souligne.]

It is clear, therefore, that the legislature intended the provisions to protect from seizure all rights under those contracts that qualify, especially the right to surrender. At the same time, the legislature specifically stipulated that these rights were exempt from seizure only under the two described classes of policies. The natural conclusion, *a contrario*, is that the rights under all other policies, including the right to surrender for a cash surrender value, are seizable.

41 Any alternative interpretation of these articles empties them of much of their meaning. The respondent submits that arts. 2552 and 2554 simply supplement an underlying rule of unseizability for the right to surrender that exists for all policies under the general law, derived from art. 1031 of the *Civil Code*. If that were the case, however, the legislature's enactment of arts. 2552 and 2554 would in large part be redundant, given that the right to surrender, as we have seen, is the principal component of the life insurance contract that is being protected by these provisions. I prefer an interpretation which accords with the principle that the legislature does not speak for nothing. The legislature chose to protect two particular classes of policies from seizure because it perceived a significant threat to these, namely the threat that creditors, to whom the right to surrender a life insurance policy was otherwise generally available, could terminate a policy by exercising the right.

42 This interpretation is also suggested by the particularity of the language with which the legislature chose to express itself in arts. 2552 and 2554. Compared to art. 1031 for example, which is a general expression of the oblique action, arts. 2552 and 2554 are detailed and technical rules governing a particular feature of life insurance law. Article 1031 does not deal specifically with life insurance. Articles 2552 and 2554, on the other hand, describe in considerable detail the life insurance policies whose rights are exempt from seizure, and thereby set out, by necessary implication, those whose rights are not. This is an appropriate case in which to apply the maxim *generalia specialibus non derogant* and to give precedence to

Il est donc clair que le législateur voulait que les dispositions empêchent la saisie de tous les droits conférés par les contrats qui en relèvent, particulièrement le droit de rachat. En même temps, le législateur a expressément prévu que seuls les droits conférés par les deux catégories de police décrites étaient insaisissables. À l'inverse, il est normal de conclure que les droits conférés par toutes les autres polices, y compris le droit à leur valeur de rachat, sont saisissables.

Toute autre interprétation de ces articles les dépouille en grande partie de leur portée. L'intimée soutient que les art. 2552 et 2554 ne font qu'ajouter à une règle sous-jacente d'insaisissabilité du droit de rachat applicable à toutes les polices en vertu du droit commun, règle qui découle de l'art. 1031 du *Code civil*. Cependant, si c'était le cas, l'adoption par le législateur des art. 2552 et 2554 serait en grande partie redondante, étant donné que le droit de rachat, comme nous l'avons vu, est le principal élément du contrat d'assurance-vie que ces dispositions protègent. Je préfère une interprétation qui s'inspire du principe que le législateur ne parle pas pour ne rien dire. Le législateur a choisi de protéger de la saisie deux catégories particulières de polices parce qu'il considérait qu'elles étaient exposées à un risque important, à savoir le risque que les créanciers, qui, autrement, disposaient généralement du droit de racheter une police d'assurance-vie, mettent fin à une police en exerçant ce droit.

Cette interprétation ressort également du langage particulier que le législateur a choisi pour s'exprimer aux art. 2552 et 2554. Comparés à l'art. 1031, par exemple, qui est une définition générale de l'action oblique, les art. 2552 et 2554 établissent des règles précises et techniques qui régissent un aspect particulier du droit en matière d'assurance-vie. L'article 1031 ne traite pas spécifiquement de l'assurance-vie. Par contre, les art. 2552 et 2554 décrivent de façon très détaillée les polices d'assurance-vie dont les droits sont insaisissables et établissent donc implicitement celles dont les droits sont saisissables. En l'espèce, il y a lieu d'appliquer la maxime *generalia specialibus non derogant* et de donner préséance aux

the particular rules of arts. 2552 and 2554 introduced by the *Insurance Act*. See *Lalonde v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [1992] 3 S.C.R. 261, at pp. 278-79. The legislature's decision to express itself in such detailed and specific language indicates an intention not to have the rules contained therein undermined by the application of more general provisions.

This textual analysis alone, however, is not determinative of the issue. Ultimately, whether to read the unseizability provisions as a code unto themselves, and as impliedly excluding other bases of exemption from seizure, depends on the coherence of the framework they would provide as such a code. In my view, the exhaustiveness of arts. 2552 and 2554 is supported by the larger themes running through the insurance law reform of the 1970s.

As is apparent from the legislative debates, the *Insurance Act* reforms were part of the larger movement to revise the *Civil Code*. Indeed, one of the sources for the *Insurance Act* was work done within the Civil Code Revision Office. See *Journal des débats*, *supra*, at p. 2873; Brierley and Macdonald, *supra*, at paras. 72-73, 75. It is therefore not surprising that the new insurance contract provisions, brought in by the *Insurance Act*, are rooted in the very themes championed by the revision of the *Civil Code*. These 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. See Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. 1, at pp. xxix-xxxiii.

Consumer protection, while an overriding concern of the legislature in the reform of the insurance contract provisions of the *Civil Code* generally, plays no meaningful role in the interpretation of arts. 2552 and 2554. The legislative debates surrounding the adoption of the *Insurance Act*, on numerous occasions, attest to a concern for

règles particulières des art. 2552 et 2554 introduites par la *Loi sur les assurances*. Voir *Lalonde c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*, [1992] 3 R.C.S. 261, aux pp. 278 et 279. La décision du législateur de s'exprimer dans un langage aussi détaillé et précis témoigne de son intention d'éviter que les règles prévues à ces articles soient minées par l'application de dispositions plus générales.

Toutefois, cette analyse textuelle ne permet pas à elle seule de régler la question en litige. En fin de compte, la question de savoir s'il faut considérer les dispositions relatives à l'insaisissabilité comme étant un code en soi et comme excluant implicitement d'autres motifs d'insaisissabilité dépend de la cohérence du cadre qu'elles fourniraient en tant que code. À mon avis, le caractère exhaustif des art. 2552 et 2554 est étayé par les grands thèmes qui ont imprégné la réforme du droit des assurances pendant les années 70. 43

Comme le démontrent les débats législatifs, les réformes de la *Loi sur les assurances* s'inscrivaient dans le mouvement plus large de révision du *Code civil*. En fait, l'une des sources de la *Loi sur les assurances* a été le travail accompli à l'Office de révision du Code civil. Voir le *Journal des débats*, *op. cit.*, à la p. 2873; Brierley et Macdonald, *op. cit.*, aux par. 72, 73 et 75. Il n'est donc pas étonnant que les nouvelles dispositions en matière de contrat d'assurance, introduites par la *Loi sur les assurances*, s'inspirent des thèmes dominants de la révision du *Code civil*. 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. Voir l'Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. 1, aux pp. xxxi à xxxv. 44

La protection des consommateurs, bien qu'elle ait en général constitué une préoccupation dominante du législateur dans la réforme des dispositions relatives au contrat d'assurance du *Code civil*, n'est d'aucune utilité pour interpréter les art. 2552 et 2554. Les débats législatifs ayant entouré l'adoption de la *Loi sur les assurances* 45

consumer protection, as does art. 2500, which makes many of the provisions governing life insurance contracts of public order, and others a minimum standard of conduct from which the parties to the insurance contract can derogate only "to the extent that it is more favourable to the policyholder or to the beneficiary". The exemption provisions, however, have little to do with consumer protection, since they involve not the relationship between the policyholder and the insurance company, but rather the relationship between the policyholder and his or her creditors.

46 Of greater significance for evaluating the coherence of the exemptions set out in arts. 2552 and 2554 are the competing considerations of family protection and financial flexibility and innovation. The exemption provisions are a manifestation of the legislature's desire to strike an appropriate balance between these policies.

47 Article 2552 continues the important policy of exempting from seizure the rights under life insurance contracts involving certain family relationships. This policy first appeared in Quebec in 1865, in the original version of the *Husbands and Parents Life Insurance Act* which prohibited seizure by creditors of the insurance money due to beneficiaries at the maturation of the policy. Nothing was said in the legislation about seizure prematurity. In *Carette, supra*, however, Rinfret J. ruled that creditors could not terminate or seize an in-force policy under the Act, since that would harm the rights of the family beneficiaries. After several minor amendments in 1869-70, the legislature in 1878 consolidated the law to secure to wives and children the benefit of life insurance. The earlier acts were repealed, and replaced by a lengthier statute of 29 articles (S.Q. 1878, 41-42 Vict., c. 13). Section 12 thereof introduced the notion of limited revocability: the benefit of the insurance policy to a family beneficiary could only be revoked in favour of another permitted beneficiary. Section 26 introduced broad protection for

témoignent, à maintes reprises, d'un souci de protéger le consommateur, comme c'est le cas de l'art. 2500. On peut attribuer à ce souci le fait que de nombreuses dispositions régissant les contrats d'assurance-vie sont des dispositions d'ordre public et que d'autres dispositions sont une norme minimale de conduite à laquelle les parties au contrat d'assurance ne peuvent déroger que «dans la mesure où [la stipulation] est plus favorable au preneur ou au bénéficiaire». Cependant, les dispositions relatives à l'insaisissabilité ont peu à voir avec la protection du consommateur, étant donné qu'elles concernent non pas la relation entre le preneur et la compagnie d'assurances, mais plutôt la relation entre le preneur et ses créanciers.

Les considérations concurrentes de la protection familiale et de la flexibilité et de l'innovation financières sont de plus grande importance dans l'évaluation de la cohérence des dispositions relatives à l'insaisissabilité contenues aux art. 2552 et 2554. Ces dispositions sont une manifestation de la volonté du législateur d'établir un équilibre approprié entre ces politiques.

L'article 2552 maintient la politique importante de l'insaisissabilité des droits conférés par des contrats d'assurance-vie touchant certaines relations familiales. Cette politique fait son apparition au Québec en 1865 dans la première version de la *Loi de l'assurance des maris et des parents* qui interdit la saisie par les créanciers du montant d'une assurance dû aux bénéficiaires à l'échéance de la police. Cette loi ne traite nullement de la saisie avant l'échéance de la police. Toutefois, dans l'arrêt *Carette*, précité, le juge Rinfret décide que les créanciers ne peuvent pas mettre fin à une police en vigueur au sens de cette loi ni la saisir, parce que cela léserait les droits des bénéficiaires membres de la famille. À la suite de plusieurs modifications mineures apportées en 1869 et 1870, le législateur procède en 1878 à une refonte de la loi pour garantir aux femmes et aux enfants le bénéfice de l'assurance-vie. Les lois précédentes sont abrogées et remplacées par une loi plus longue de 29 articles (S.Q. 1878, 41-42 Vict., ch. 13). L'article 12 de cette loi introduit la notion de la révocabilité limitée: le bénéfice de la police

these insurance policies from creditors: it provided that the policies "shall be exempt from attachment for debts due either by the insured or by the persons benefited, and shall be unassignable by either of such parties". Such exemption did not apply, however, to any policy whose benefit reverted to and was held by the insured. The Act was amended several times thereafter, with no consequence to the exemption provision (except that it became s. 30, R.S.Q. 1964, c. 296). In *Carette*, *supra*, at p. 42, Rinfret J. noted that the policy of this special law, through its various permutations, was the protection of family beneficiaries. I underlined the importance of this policy in the bankruptcy context, in *Royal Bank*, *supra*, at para. 17, in that case implemented through s. 158(2) of the *Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-26:

[T]he policy of exempting life insurance investments and policies from execution or seizure under the [*Bankruptcy and Insolvency Act*], where family members are designated as beneficiaries, is sound. Given the importance of insurance in providing for the welfare of dependents upon the death of the insured, an insurance policy may be characterized as a necessity.

Articles 2552 and 2554 in one sense broadened the protection of family in the life insurance context. Article 2552 broadened the class of relationships attracting protection from seizure for insurance contracts from wives and children under the *Husbands and Parents Life Insurance Act* to consorts, descendants and ascendants. Moreover, to the extent that the policyholder now wanted to protect a beneficiary that fell outside of the traditional family unit, art. 2554 now allowed him or her to do so by simply designating that person as an irrevocable beneficiary.

The *Insurance Act* revisions also weakened the protection of family in the insurance context.

d'assurance d'un bénéficiaire membre de la famille ne peut être révoqué qu'en faveur d'un autre bénéficiaire autorisé. L'article 26 accorde à ces polices d'assurance une large protection contre les créanciers: il prévoit que ces polices «ne seront pas saisissables pour dettes dues soit par la personne assurée, soit par les personnes devant bénéficier de la police, et seront incessibles par toutes telles personnes». Toutefois, cette insaisissabilité ne s'applique à aucune police dont le bénéfice est retourné et appartient à l'assuré. La Loi est modifiée maintes fois par la suite, sans que cela ne touche la disposition relative à l'insaisissabilité (sauf qu'elle devient l'art. 30, S.R.Q. 1964, ch. 296). Dans *Carette*, précité, à la p. 42, le juge Rinfret note que la politique qui sous-tend cette loi spéciale, dans ses nombreuses mutations, est une politique de protection des bénéficiaires membres de la famille. Dans *Banque Royale*, précité, au par. 17, je souligne l'importance de cette politique dans le contexte d'une faillite; dans cette affaire, la politique en question faisait l'objet du par. 158(2) de la *Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-26:

[L]e fait, dans la [*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*], d'exempter des mesures d'exécution ou de saisie les polices et placements d'assurance-vie lorsque des membres de la famille sont désignés bénéficiaires est une politique judicieuse. En effet, vu l'importance de l'assurance pour le bien-être des personnes à charge de l'assuré après son décès, il est possible de qualifier les polices d'assurances de nécessité de la vie.

48 Dans un sens, les art. 2552 et 2554 élargissent la protection de la famille dans le contexte de l'assurance-vie. L'article 2552 élargit la catégorie des bénéficiaires protégés, et donc la catégorie des contrats d'assurance insaisissables, en la faisant passer des femmes et des enfants en vertu de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, au conjoint, au descendant ou à l'ascendant. En outre, dans la mesure où le preneur souhaite maintenant protéger un bénéficiaire qui ne fait pas partie de la cellule familiale traditionnelle, l'art. 2554 lui permet désormais de le faire en le désignant simplement bénéficiaire à titre irrévocable.

49 Par ailleurs, les réformes de la *Loi sur les assurances* affaiblissent la protection de la famille dans

For example, while the designation of a family beneficiary was essentially irrevocable under s. 12 of the *Husbands and Parents Life Insurance Act*, under art. 2547 of the *Civil Code*, introduced by the *Insurance Act*, only the designation of a spouse is presumed irrevocable, and the policyholder can defeat the presumption by contrary stipulation. In *Lalonde*, *supra*, at p. 277, I noted that "art. 2547 . . . reflects an intention on the part of the legislature to make protection of the family property less strict".

50 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.

51 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.*). It is also evident in the insurance provisions introduced by the *Insurance Act* in 1974. As a result of the insurance reforms, a policyholder can now assign and pledge his or her rights under an insurance contract, even where the beneficiary has been designated irrevocably (arts. 2556-2558 *C.C.L.C.*; now arts. 2460-2462 *C.C.Q.*). Moreover, the assignment of insurance entails the revocation of the revocable designation of the beneficiary (art. 2558 *C.C.L.C.*; now art. 2462 *C.C.Q.*). See L. Plamondon, "Des bénéficiaires et des propriétaires subrogés en assurance sur la vie", in Meredith Memorial Lectures 1978, *The New Quebec Insurance Act*, *supra*, 115, at pp. 134-36. This is a significant change

le contexte de l'assurance. Par exemple, alors que la désignation d'un bénéficiaire membre de la famille était essentiellement irrévocable sous le régime de l'art. 12 de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, en vertu de l'art. 2547 du *Code civil*, introduit par la *Loi sur les assurances*, seule la désignation d'un conjoint est présumée être à titre irrévocable et le preneur peut repousser la présomption au moyen d'une stipulation contraire. Dans *Lalonde*, précité, à la p. 277, je fais remarquer que «l'art. 2547 [. . .] reflète une intention du législateur de rendre la protection du patrimoine familial moins stricte».

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.*). Elle ressort également des dispositions en matière d'assurance introduites par la *Loi sur les assurances* en 1974. Grâce aux réformes en matière d'assurance, un preneur peut désormais céder et mettre en gage les droits que lui confère un contrat d'assurance, même quand le bénéficiaire a été désigné à titre irrévocable (art. 2556 à 2558 *C.c.B.C.*; maintenant les art. 2460 à 2462 *C.c.Q.*). En outre, la cession d'une assurance entraîne la révocation de la désignation révocable du bénéficiaire (art. 2558 *C.c.B.C.*; maintenant l'art. 2462 *C.c.Q.*). Voir L. Plamondon, «Des bénéficiaires et des propriétaires subrogés en assurance sur la vie», dans Conférences Memorial Meredith 1978, *The New Quebec Insurance Act*,

from the pre-existing law. Under the *Husbands and Parents Life Insurance Act*, s. 30, assignment of a family life insurance policy required agreement between the insured and the beneficiaries.

Against this background, it defies common sense to assume that the legislator wished to remain silent, in its exemption provisions, on the most important value of a life insurance policy for creditors — the cash surrender value. On the contrary, given the legislator's policy of making rights under insurance contracts more available to creditors as part of the policyholder's collateral, the most reasonable conclusion is that the cash surrender value of the insurance contract was exactly what the legislature had in mind when determining, in arts. 2552 and 2554, which policies should be exempt, and which should not be. The legislature, in carrying out its reform, would most certainly have wanted to address the very feature of the pre-existing law that hindered its policy, namely the tendency of the law to protect the cash surrender value from creditors. Why would a creditor want a policy as collateral if he could not exercise its principal value? It makes much more sense to conclude that the legislator wanted this value to be available to creditors, unless the policies themselves were exempt.

For these reasons, therefore, I conclude that the legislature intended arts. 2552 and 2554 to be a comprehensive and exclusive set of rules governing the seizability of rights under life insurance contracts.

D. *Application to This Case*

In this case, the respondent's policy fails to qualify for either exemption. For a policy to be exempt from seizure under art. 2552, the beneficiary must be the consort (or descendant/ascendant) of the policyholder. Here, the beneficiary is the consort not of the policyholder, but of the life insured (the individual whose life is insured). Nor does the respondent qualify for the exemption

op. cit., 115, aux pp. 134 à 136. Il s'agit d'un changement majeur par rapport au droit antérieur. En vertu de l'art. 30 de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, la cession d'une police d'assurance-vie familiale requérait une entente entre l'assuré et les bénéficiaires.

Dans ce contexte, il est contraire au bon sens de présumer que, dans ses dispositions relatives à l'insaisissabilité, le législateur a voulu demeurer silencieux au sujet de l'élément le plus précieux d'une police d'assurance-vie pour les créanciers — sa valeur de rachat. Au contraire, compte tenu de la politique du législateur de rendre les droits conférés par des contrats d'assurance plus accessibles aux créanciers en tant que partie de la garantie offerte par le preneur, il est plus raisonnable de conclure que la valeur de rachat du contrat d'assurance était bien dans les visées du législateur quand il a décidé, aux art. 2552 et 2554, quelles polices étaient insaisissables et lesquelles étaient saisissables. En procédant à sa réforme, le législateur a très certainement voulu aborder l'aspect même du droit antérieur qui faisait obstacle à sa politique, à savoir la tendance du droit à soustraire la valeur de rachat aux créanciers. Pourquoi un créancier souhaiterait-il avoir une police comme garantie s'il lui est impossible d'en réaliser la principale valeur? Il est beaucoup plus logique de conclure que le législateur a voulu mettre cette valeur à la disposition des créanciers, à moins que les polices elles-mêmes ne soient insaisissables. 52

Pour ces motifs, je conclus donc que le législateur a voulu que les art. 2552 et 2554 constituent un ensemble complet et exclusif de règles régissant la saisissabilité des droits conférés par des contrats d'assurance-vie. 53

D. *Application à la présente affaire*

Dans la présente affaire, la police de l'intimée n'est visée par aucune des dispositions relatives à l'insaisissabilité. Pour qu'une police soit insaisissable en vertu de l'art. 2552, le bénéficiaire doit être le conjoint (ou encore le descendant ou l'ascendant) du preneur. En l'espèce, le bénéficiaire est le conjoint non pas du preneur, mais de l'assuré (la personne dont la vie est assurée). L'intimée 54

provided in art. 2554. She did not designate herself the irrevocable beneficiary of her own policy.

55 The respondent sought to impress upon this Court the relevance of the fact that she was the beneficiary of a policy insuring her husband's life. While she, as beneficiary, was not the consort of the policyholder, and therefore did not strictly meet the requirements of art. 2552, she was the consort of the life insured. The respondent argued that her policy was therefore of the same familial nature as those described by art. 2552 and merited similar protection from seizure.

56 This argument cannot succeed. The Quebec legislature maintained the unseizable class of family life insurance policies defined *vis-à-vis* the beneficiary's relationship to the policyholder, not the life insured. This is historically based in the *Husbands and Parents Life Insurance Act*, which defined the category of protected policies *vis-à-vis* the family of the policyholder, who was also always the life insured. This is noted by Norwood at pp. 249-50, who contrasts Quebec's statutory exemptions with those provided under the *Uniform Life Insurance Act* of the common law provinces:

> Protected family beneficiaries, under the Uniform Act encompass the spouse, child, grandchild or parent of the **life insured**. Family beneficiaries under the *Civil Code* encompass the spouse, descendant or ascendant of the **insured**. The distinction between the common law provinces and Quebec is historical in that the original Uniform Act statutory trust extended to all policies, so that the common denominator was the life insured, whereas Quebec's *Husbands' and Parents' Life Insurance Act* was applicable only to personal policies owned by the insured on the insured's own life, so that the protection rested upon the relationship between the policyholder and the beneficiary. [Emphasis in original.]

This Court cannot undo the Quebec legislature's express choices and adopt the policy of the common law provinces, only because it is convenient

n'est pas visée non plus par l'insaisissabilité prévue à l'art. 2554. Elle ne s'est pas désignée comme bénéficiaire à titre irrévocable de sa propre police.

L'intimée cherche à faire reconnaître à notre Cour la pertinence du fait qu'elle est la bénéficiaire d'une police assurant la vie de son mari. Même si, à titre de bénéficiaire, elle n'est pas la conjointe du preneur et ne satisfait donc pas strictement aux exigences de l'art. 2552, elle est la conjointe de l'assuré. L'intimée allègue que sa police est, par conséquent, de la même nature familiale que celles décrites à l'art. 2552 et qu'elle mérite une protection semblable contre la saisie.

Cet argument ne saurait être retenu. Le législateur québécois continue de définir la catégorie des polices d'assurance-vie familiales insaisissables en fonction de la relation du bénéficiaire avec le preneur et non pas en fonction de sa relation avec l'assuré. Cette définition remonte à la *Loi de l'assurance des maris et des parents* qui définissait la catégorie des polices protégées en fonction de la famille du preneur, qui était aussi toujours l'assuré. C'est ce que souligne Norwood, aux pp. 249 et 250, lorsqu'il compare les dispositions législatives québécoises en matière d'insaisissabilité à celles contenues dans la *Uniform Life Insurance Act* des provinces de common law:

> [TRADUCTION] Les bénéficiaires membres de la famille, que protège la Uniform Act, comprennent le conjoint, les enfants, les petits-enfants ou les parents de l'**assuré**. Les bénéficiaires membres de la famille, au sens du *Code civil*, comprennent le conjoint, les descendants ou les ascendants du **preneur**. La distinction entre les provinces de common law et le Québec est historique étant donné que la première fiducie en vertu de la Uniform Act s'appliquait à toutes les polices, de sorte que le dénominateur commun était l'assuré, alors que la *Loi de l'assurance des maris et des parents* du Québec ne s'appliquait qu'aux polices personnelles souscrites par l'assuré sur sa propre vie, de sorte que la protection reposait sur la relation entre le preneur et le bénéficiaire. [En caractères gras dans l'original.]

Notre Cour ne saurait mettre de côté les choix exprès du législateur québécois et adopter la politique des provinces de common law pour le seul

to do so in a particular case. This is something to be left for the consideration of the legislature itself.

E. *Disposition*

In conclusion, having regard to their language, their legislative history and their discernible policy justification, I believe that in arts. 2552 and 2554 the Quebec legislature has enacted a comprehensive and exclusive code regarding the unseizability of life insurance contracts, intended by the legislature to supersede more general rules provided elsewhere in the *Civil Code* or existing in the jurisprudence. This exclusive provincial code of unseizability meshes with s. 67(1)(*b*) of the *Bankruptcy Act*. Because the respondent's policy does not qualify under either of the only available exemptions, the trustee is entitled to seize the policy and exercise the surrender right to obtain its cash surrender value. The appeal is therefore allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of the Superior Court dismissing the respondent's motion is affirmed, with costs to the appellant in all courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Brochet Dussault Larochelle, Sainte-Foy.

Solicitors for the respondent: Gervais & Gervais, Montréal.

motif qu'il convient de le faire dans un cas particulier. Il s'agit d'une question qui doit être laissée à l'appréciation du législateur lui-même.

E. *Dispositif*

En conclusion, eu égard à leur libellé, à leur historique législatif et à la politique qui les sous-tend, je crois que le législateur québécois a voulu adopter, aux art. 2552 et 2554, un code complet et exclusif régissant l'insaisissabilité des contrats d'assurance-vie qui supplanterait les règles plus générales prévues ailleurs dans le *Code civil* ou dans la jurisprudence. Ce code provincial exclusif d'insaisissabilité est visé par l'al. 67(1)*b*) de la *Loi sur la faillite*. Étant donné que la police de l'intimée ne répond pas aux critères de l'une ou l'autre des deux seules dispositions prévoyant l'insaisissabilité, le syndic a le droit de saisir la police et d'exercer le droit de rachat afin d'en obtenir la valeur de rachat. Le pourvoi est donc accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement de la Cour supérieure rejetant la requête de l'intimée est confirmé, avec dépens en faveur de l'appelant dans toutes les cours. 57

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Brochet Dussault Larochelle, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intimée: Gervais & Gervais, Montréal.

Royal Bank of Canada *Appellant*

v.

W. Got & Associates Electric Ltd. and Donald E. Sanderlin *Respondents*

INDEXED AS: ROYAL BANK OF CANADA *v.* W. GOT & ASSOCIATES ELECTRIC LTD.

File No.: 26081.

1998: December 2; 1999: October 15.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,* McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Receivership — Wrongful appointment of receiver — Bank obtaining order for appointment of receiver — Misleading material placed before Master — Receiver seizing and liquidating debtor's assets — Whether bank liable.

Contracts — Notice — Contract with no provision as to notice — Demand for repayment of loan made with no or minimal notice — Whether creditor liable for breach of contract.

Damages — Exemplary damages — Master misled in application for order of receivership — Misconduct not on level of fraud, malicious prosecution or abuse of process — Whether exemplary damages warranted.

The bank granted Got a revolving line of credit margined to its accounts receivable and as security obtained a floating charge debenture, a general assignment of book debts and a personal guarantee of its president. Got exceeded the line of credit, and negotiations ensued. The security promised by Got was not produced and the other measures Got agreed to were not acted upon. The bank finally cut off contact with the respondents, and intentionally avoided telling them that it would be calling in the debenture and would be seeking to appoint a receiver. A notification of accounts receivable and a letter of demand were served. The following day, the bank brought a motion to appoint a receiver. The lawyer for

*Cory J. took no part in the judgment.

Banque Royale du Canada *Appelante*

c.

W. Got & Associates Electric Ltd. et Donald E. Sanderlin *Intimés*

RÉPERTORIÉ: BANQUE ROYALE DU CANADA *c.* W. GOT & ASSOCIATES ELECTRIC LTD.

N° du greffe: 26081.

1998: 2 décembre; 1999: 15 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory*, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL D'ALBERTA

Mise sous séquestre — Nomination préjudiciable d'un séquestre — Ordonnance portant nomination du séquestre obtenue par la banque — Document trompeur présenté au protonotaire — Saisie et liquidation de l'actif du débiteur par le séquestre — La responsabilité de la banque est-elle engagée?

Contrats — Préavis — Contrat silencieux quant au préavis — Demande de remboursement du prêt sans préavis ou avec un délai de préavis minimal — Le créancier est-il responsable de violation de contrat?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts exemplaires — Protonotaire induit en erreur par la demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous séquestre — Inconduite non assimilée à de la fraude, à des poursuites abusives ni à un abus de procédure — L'octroi de dommages-intérêts exemplaires est-il justifié?

La banque a consenti à Got une marge de crédit renouvelable basée sur ses comptes débiteurs et elle a obtenu, à titre de garantie, une débenture à charge flottante, la cession générale des comptes débiteurs et la caution personnelle du président de la société. Got a dépassé le plafond de la marge de crédit et des négociations ont suivi. Got n'a pas fourni la garantie promise ni pris les autres mesures qu'elle s'était engagée à prendre. La banque a finalement rompu les communications avec les intimés et a délibérément évité de leur dire qu'elle demanderait le remboursement immédiat de la débenture et la nomination d'un séquestre. Un avis relatif aux comptes débiteurs et une lettre de demande de rembour-

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

the respondents attended without instructions from his clients. A receiver was appointed, took control of the company and subsequently was granted further powers by the court. The court later approved the sale of Got's assets.

The bank sued for its debt. The respondents defended the claim and Got filed a counterclaim alleging breach of contract and conversion, based on the bank's lack of notice in calling its loan and appointing a receiver. Prior to the trial, Got also brought a motion to set aside the receivership order, but this was later withdrawn, and Got ultimately co-operated with the receiver pursuant to an agreement that it be permitted to counterclaim against the bank for damages. The bank succeeded in its claim for debt at trial and this decision was upheld on appeal. The trial judge, on Got's counterclaim for damages, found the bank liable in both contract and tort. The Court of Appeal unanimously held that the bank was liable for breach of contract and a majority found it liable in tort as well. At issue here is whether a creditor who, without reasonable notice, files a misleading affidavit in a motion to procure a court-appointed receiver should be liable for damages.

Held: The appeal should be dismissed.

The bank was liable to Got for breach of contract. The debtor must be given reasonable notice of intention to enforce the security and reasonable time to pay following this notice of intention. The length of time required may vary depending on the facts of the case. Here, the bank clearly intended to make the demand for payment at the same time as a motion to appoint a receiver. There was neither a reason offered to explain why the bank gave such little notice nor any indication of a cause for urgency or inability to pay the debt. While an action for conversion may lie, it was unnecessary to

sement ont été signifiés. Le lendemain, la banque a présenté une requête en vue d'obtenir la nomination d'un séquestre. L'avocat des intimés a assisté à l'audience sans avoir reçu d'instructions de ses clients. Un séquestre a été désigné; il a pris le contrôle de la société et a subséquemment été investi de pouvoirs supplémentaires par la cour. Celle-ci a par la suite approuvé la vente de l'actif de Got.

La banque a intenté une action en recouvrement de sa créance. Les intimés ont contesté la demande et Got a déposé une demande reconventionnelle dans laquelle elle soutenait qu'il y avait eu violation de contrat et appropriation illégale, faisant valoir que la banque n'avait pas donné de préavis avant de demander le remboursement de son prêt et de faire nommer un séquestre. Avant le procès, Got a aussi présenté une requête en annulation de l'ordonnance de mise sous séquestre, mais cette requête a été ultérieurement retirée et Got a finalement décidé de collaborer avec le séquestre parce qu'il a été convenu qu'elle serait autorisée à réclamer des dommages-intérêts à la banque dans une demande reconventionnelle. En première instance, l'action en recouvrement de la banque a été accueillie et cette décision a été maintenue en appel. Quant à la demande reconventionnelle en dommages-intérêts présentée par Got, le juge de première instance a conclu à la responsabilité de la banque tant en matière contractuelle que délictuelle. La Cour d'appel a unanimement décidé que la banque était responsable de violation de contrat et elle a statué, à la majorité, que la responsabilité délictuelle de la banque était également engagée. En l'espèce, il s'agit de savoir si le créancier qui, sans préavis raisonnable, présente un affidavit trompeur à l'appui d'une requête en vue d'obtenir la désignation d'un séquestre par le tribunal est redevable de dommages-intérêts.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La banque est responsable envers Got de violation de contrat. Le créancier doit informer le débiteur de son intention de faire exécuter la garantie en lui donnant un préavis raisonnable et il doit lui accorder un délai raisonnable après le préavis pour effectuer le remboursement. La durée du délai exigé peut varier selon les faits de l'espèce. Dans la présente affaire, la banque avait manifestement l'intention de faire la demande de remboursement simultanément avec la requête en nomination de séquestre. Aucune explication n'a été fournie pour le bref délai donné par la banque et rien n'indique qu'il y ait eu urgence ni que le débiteur aurait été incapable de payer la dette. Même si une action en appropriation illégale aurait pu être intentée, il était inutile d'examiner la question parce qu'en l'espèce les

consider it because damages in this case were the same for contract and tort.

The award of exemplary damages in commercial disputes is an extraordinary remedy. Here, it was within the trial judge's discretion to award such damages as the bank's conduct seriously affronted the administration of justice. In upholding the award notwithstanding its reservations, the Court viewed the trial judge's concerns cumulatively, gave due weight to his advantage in assessing the need for deterrence and condemnation of the abuse of the court's process and recognized the need to maintain proper business practices. The suggestion that banks be held to a higher standard of scrutiny was not endorsed.

Cases Cited

Applied: *Lister (R.E.) Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726; *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198, rev'd on other grounds (1983), 44 O.R. (2d) 368, leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. v; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; **referred to:** *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13; *Pax Management Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1992] 2 S.C.R. 998; *Jeannette B.B.Q. Ltée v. Caisse Populaire de Tracadie Ltée* (1991), 117 N.B.R. (2d) 129, leave to appeal refused, [1992] 1 S.C.R. viii; *Kavcar Investments Ltd. v. Aetna Financial Services Ltd.* (1989), 70 O.R. (2d) 225; *Royal Bank of Canada v. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634; *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1997), 196 A.R. 241, 141 W.A.C. 241, [1997] 6 W.W.R. 715, [1997] A.J. No. 373 (QL), dismissing an appeal from a judgment of McDonald J. (1994), 150 A.R. 93, 17 Alta. L.R. (3d) 23, [1994] 5 W.W.R. 337, [1994] A.J. No. 94 (QL), granting in an action to recover debt a counterclaim for damages for conversion with

dommages-intérêts étaient les mêmes que ce soit en matière délictuelle ou contractuelle.

L'octroi de dommages-intérêts exemplaires dans un litige commercial est une réparation exceptionnelle. Dans la présente affaire, le juge de première instance pouvait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, adjuger de tels dommages-intérêts car la conduite de la banque faisait gravement outrage à l'administration de la justice. En maintenant le montant des dommages-intérêts, en dépit de ses réserves, la Cour a pris en considération l'ensemble des préoccupations exprimées par le juge de première instance, le poids qu'il convenait d'accorder à l'avantage dont il avait bénéficié pour apprécier le besoin de dissuasion et de réprobation à l'égard de l'abus du processus judiciaire, de même que la nécessité d'assurer le maintien de pratiques commerciales correctes. La proposition voulant que les banques soient assujetties à une norme de contrôle plus élevée n'a pas été retenue.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Lister (R.E.) Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726; *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. c. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198, inf. pour d'autres motifs par (1983), 44 O.R. (2d) 368, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. v; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; **arrêts mentionnés:** *Massey c. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13; *Pax Management Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1992] 2 R.C.S. 998; *Jeannette B.B.Q. Ltée c. Caisse Populaire de Tracadie Ltée* (1991), 117 R.N.-B. (2e) 129, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 1 R.C.S. viii; *Kavcar Investments Ltd. c. Aetna Financial Services Ltd.* (1989), 70 O.R. (2d) 225; *Royal Bank of Canada c. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634; *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel d'Alberta (1997), 196 A.R. 241, 141 W.A.C. 241, [1997] 6 W.W.R. 715, [1997] A.J. No. 373 (QL), qui a rejeté un appel formé contre un jugement du juge McDonald (1994), 150 A.R. 93, 17 Alta. L.R. (3d) 23, [1994] 5 W.W.R. 337, [1994] A.J. No. 94 (QL), avec motifs supplémentaires (1994), 154 A.R. 277, 18 Alta. L.R. (3d) 140, faisant droit à une demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour appropriation illégale présentée dans

supplementary reasons (1994), 154 A.R. 277, 18 Alta. L.R. (3d) 140. Appeal dismissed.

Frank R. Foran, Q.C., and *M. G. Massicotte*, for the appellant.

F. David Cook and *John A. Weir, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN AND BASTARACHE JJ. — This appeal raises the question of whether a creditor who, without reasonable notice, files a misleading affidavit in a motion to procure a public receiver should be liable for damages. The Alberta Court of Appeal unanimously held that the creditor was liable for breach of contract. We agree, and would dismiss the appeal.

I. Factual Background

In 1980, the Royal Bank of Canada ("the bank") granted the corporate respondent ("Got") a revolving line of credit margined to its accounts receivable. As security, the bank obtained a floating charge debenture payable on demand, a general assignment of book debts and a personal guarantee limited to a principal amount of $1,350,000 plus interest from the respondent Mr. Sanderlin, the president of Got.

In November 1983, the bank reduced the line of credit to $1,150,000. In early 1984, an employee of Got represented that, pursuant to the bank's request to reduce inventory, Got had hired a new employee to be responsible for reducing inventory. In fact, no new employee was hired and nothing appears to have been done to meet the bank's request. Got also made certain representations to the bank in respect of the security. In mid-March 1984, the operating line exceeded Got's limit by $130,000 and Got was asked to bring the loan within margin. Despite representations that the bank could expect payments from Mr. Sanderlin and related companies, such deposits were never

le cadre d'une action en recouvrement de créance. Pourvoi rejeté.

Frank R. Foran, c.r., et *M. G. Massicotte*, pour l'appelante.

F. David Cook et *John A. Weir, c.r.*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES MCLACHLIN ET BASTARACHE — La question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si un créancier qui dépose un affidavit trompeur à l'appui d'une requête visant à faire désigner un séquestre public est redevable de dommages-intérêts. La Cour d'appel de l'Alberta à l'unanimité a conclu à la responsabilité du créancier pour violation de contrat. Nous souscrivons à cette conclusion et nous rejetons le pourvoi. 1

I. Contexte factuel

En 1980, la Banque Royale du Canada (la «banque») a consenti à la société intimée («Got») une marge de crédit renouvelable basée sur ses comptes débiteurs. À titre de garantie, la banque a obtenu une débenture à charge flottante payable sur demande, la cession générale des comptes débiteurs et la caution personnelle de l'intimé M. Sanderlin, président de Got, pour une somme maximale de 1 350 000 $ majorée des intérêts. 2

En novembre 1983, la banque a réduit la marge de crédit à 1 150 000 $. Au début de 1984, un employé de Got a déclaré que, puisque la banque avait demandé une diminution des stocks, Got avait embauché un nouvel employé qu'elle avait chargé de cette tâche. En fait, aucun employé n'a été embauché et il semble que rien n'ait été fait pour satisfaire à la demande de la banque. Got a également fait certaines déclarations à la banque concernant la garantie. Au milieu de mars 1984, le plafond de la marge de crédit a été dépassé et Got a été priée de rembourser l'excédent de 130 000 $. La banque s'est fait dire que M. Sanderlin et des sociétés liées allaient faire des versements, mais 3

made. Over the next few months, the respondents repeatedly promised additional security to the bank, but never delivered.

4 In April 1984, Mr. Sanderlin was warned not to issue any large cheques until the loan was brought within its limits. The trial judge found ((1994), 150 A.R. 93, at p. 134) that he "forgot" this warning and issued cheques totalling $140,000, that the bank returned NSF. Again Mr. Sanderlin promised to provide further security, and the bank certified part of the expenditure. After further negotiations, the bank agreed to provide excess loan facilities to cover Got's expenses in exchange for further security to be provided by five specific assignments.

5 On May 25, 1984, Got's solicitor, Mr. Covey, met with the bank's employee, Mr. Hood, and assured him that the security would be completed forthwith. The trial judge found that the bank undertook to provide a comfort letter in which the bank would state that it would carry on business with Got without enforcing security, so long as the business was progressing. Mr. Hood gave Mr. Sanderlin an ultimatum asking that all securities be provided by May 29, failing which the bank would "notify receivables on our own" (p. 104). On May 29, Mr. Sanderlin still had not brought in the additional security and advised that if the bank did not honour payroll cheques, it "would have an electrical business". It was the view of the bank's officers that Mr. Sanderlin did not intend to co-operate and was engaging in "constant stall tactics".

6 On May 30, 1984, the bank told Mr. Sanderlin that if the security was not in by 3 p.m., it would have to return the payroll cheques. Later that day, Mr. Covey informed the bank that, as he had to attend court that day, the security instrument

aucun dépôt n'a été effectué. Au cours des mois suivants, les intimés ont promis à maintes reprises qu'ils allaient fournir des garanties supplémentaires à la banque, mais les promesses sont restées sans effet.

En avril 1984, M. Sanderlin a été averti de ne pas émettre de chèque important tant que le montant du prêt n'aurait pas été ramené dans les limites fixées. Le juge de première instance a conclu ((1994), 150 A.R. 93, à la p. 134) qu'il avait «oublié» cet avertissement et tiré des chèques pour une somme de 140 000 $ que la banque a retournés comme chèques sans provision. Monsieur Sanderlin a promis à nouveau de fournir des garanties additionnelles et la banque a certifié une partie des dépenses. Après de nouvelles négociations, la banque a accepté d'accorder des facilités de crédit supplémentaires pour couvrir les dépenses de Got moyennant une nouvelle garantie, soit la cession de cinq comptes particuliers.

Le 25 mai 1984, l'avocat de Got, Me Covey, a rencontré l'employé de la banque, M. Hood, et lui a assuré que la garantie serait préparée sans délai. Le juge de première instance a constaté que la banque s'était engagée à fournir une lettre de confort dans laquelle elle affirmerait continuer de faire affaire avec Got sans faire valoir sa garantie, pourvu que l'entreprise fasse des progrès. Monsieur Hood a donné un ultimatum à M. Sanderlin, exigeant que toutes les garanties lui soient données au plus tard le 29 mai, faute de quoi la banque [TRADUCTION] «aviserait les débiteurs elle-même» (p. 104). Le 29 mai, n'ayant toujours pas apporté la garantie additionnelle, M. Sanderlin a informé la banque que si elle n'honorait pas les chèques de paie, elle [TRADUCTION] «se retrouverait propriétaire d'une société spécialisée dans le matériel et les installations électriques». Les dirigeants de la banque étaient d'avis que M. Sanderlin n'avait pas l'intention de coopérer et qu'il ne cherchait qu'à [TRADUCTION] «gagner du temps».

Le 30 mai 1984, la banque a dit à M. Sanderlin que si elle n'avait pas reçu la garantie à 15 h, elle devrait retourner les chèques de paie. Plus tard le même jour, Me Covey a informé la banque que, puisqu'il devait se rendre au Palais de Justice ce

could not be signed until May 31 or June 1. Mr. Sanderlin promised that Can-Am Electric Ltd., a related company, would deposit funds into Got's account to cover the payroll cheques. No such payment was made. The bank returned the payroll cheques and notified creditors that payments should be made directly to the bank. The trial judge found that up to this point the bank's conduct was not open to criticism.

jour-là, l'acte de garantie ne pourrait pas être signé avant le 31 mai ou le 1er juin. Monsieur Sanderlin a promis que Can-Am Electric Ltd., société liée, déposerait des fonds dans le compte de Got pour couvrir les chèques de paie. Ce versement n'a pas été fait. La banque a retourné les chèques de paie et avisé les créanciers qu'ils devaient faire leurs paiements directement à la banque. Le juge de première instance a estimé que, jusqu'à ce moment, la conduite de la banque avait été irréprochable.

After 3 p.m. on May 30, 1984, the bank cut off contact with Got and Mr. Sanderlin, and intentionally avoided telling them that it would be calling in the debenture and would be seeking to appoint a receiver. On the morning of May 31, 1984, a notification of accounts receivable and a letter of demand were served to Mr. Covey's office, the head office of Got pursuant to the debenture, and to Got's place of business.

7 Après 15 h le 30 mai 1984, la banque a rompu les communications avec Got et M. Sanderlin, et a délibérément évité de leur dire qu'elle demanderait le remboursement immédiat de la débenture et la nomination d'un séquestre. Le matin du 31 mai 1984, un avis relatif aux comptes débiteurs et une lettre de demande de remboursement ont été signifiés au bureau de Me Covey, siège de Got indiqué sur la débenture, et à l'établissement de Got.

During the afternoon of May 31, Mr. Covey accidentally encountered Mr. Bailey, solicitor for the bank, who informed him that he was on his way to the Law Courts to obtain an order to appoint a receiver. He was unsuccessful in seeing a judge that afternoon, but appeared before Master Funduk on the morning of June 1, 1984. The Master required Mr. Bailey to notify Mr. Covey, and the matter was heard in the afternoon of the same day. While Mr. Covey was in attendance, the trial judge found that he had no notice of the bank's actions nor instructions from Got or Mr. Sanderlin and hence was unable to properly represent them at the hearing. The Master refused an adjournment on the basis that the order was a mere preservation order and that nothing would be done to realize any assets until June 21.

8 Durant l'après-midi du 31 mai, Me Covey a rencontré par hasard l'avocat de la banque, Me Bailey, qui lui a appris qu'il se rendait au Palais de Justice pour obtenir une ordonnance de mise sous séquestre. Il n'a pas réussi à voir un juge cet après-midi-là, mais a comparu devant le protonotaire Funduk le matin du 1er juin 1984. Le protonotaire a obligé Me Bailey à aviser Me Covey, et l'affaire a été entendue l'après-midi du même jour. Malgré la présence de Me Covey, le juge de première instance a conclu que celui-ci n'avait pas été notifié des mesures prises par la banque et que n'ayant reçu aucune instruction de Got ni de M. Sanderlin, il n'avait pas pu les représenter convenablement à l'audience. Le protonotaire a refusé d'ajourner l'audience parce que l'ordonnance n'était qu'une mesure conservatoire et qu'aucune mesure ne serait prise pour réaliser l'actif avant le 21 juin.

The receiver took control of the company on June 1, 1984. On June 6, 1984, Bowen J. issued a consent order permitting the receiver to borrow money and directing Mr. Sanderlin to produce records relating to the construction projects. The trial judge found that by June 18, 1984, the receiver had taken steps, including terminating contracts and firing employees, that were beyond the scope of the powers granted in the June 1 order

9 Le séquestre a pris le contrôle de la société le 1er juin 1984. Le 6 juin de la même année, le juge Bowen a rendu une ordonnance sur consentement autorisant le séquestre à contracter des emprunts et contraignant M. Sanderlin à déposer les registres relatifs aux projets de construction. Le juge de première instance a conclu que dès le 18 juin 1984, le séquestre avait pris des mesures, notamment la résiliation de contrats et le congédiement d'em-

of Master Funduk. On August 15, 1984, the court granted the receiver further powers. On September 26, 1984, and again on December 3, 1984, the court approved of the sale of Got's assets.

ployés, qui allaient au-delà des pouvoirs conférés par l'ordonnance rendue par le protonotaire Funduk le 1er juin. Le 15 août 1984, la cour a accordé des pouvoirs supplémentaires au séquestre. Le 26 septembre 1984, et à nouveau le 3 décembre 1984, elle a approuvé la vente de l'actif de Got.

II. The Legal Proceedings

10 The bank sued for its debt. Got and Mr. Sanderlin defended the claim and Got filed a counterclaim alleging breach of contract and conversion, based on the bank's lack of notice in calling its loan and appointing a receiver. It also sued the receiver for negligently mismanaging and liquidating the business, a matter not on appeal. Prior to the trial, Got also brought a motion to set aside the receivership order, but this was later withdrawn, and Got ultimately co-operated with the receiver. Got's abandonment of its proceedings to set aside the receiver was predicated on an agreement that Got be permitted to counterclaim against the bank for damages. The effect of this agreement was disputed in the subsequent proceedings. The bank brought a motion to strike the paragraphs of Got's defence and counterclaim impugning the receivership order, on the ground that to call the validity of the receivership order into question would constitute an impermissible collateral attack on the order, which was *res judicata*. The motions judge, upheld on appeal, rejected the bank's request. The bank's debt claim and Got's counterclaim for damages proceeded to trial.

II. Les poursuites judiciaires

La banque a intenté une action en recouvrement de sa créance. Got et M. Sanderlin ont contesté la demande et Got a déposé une demande reconventionnelle dans laquelle elle soutient qu'il y a eu violation de contrat et appropriation illégale, faisant valoir que la banque n'avait pas donné de préavis avant de demander le remboursement de son prêt et de faire nommer un séquestre. Elle a également intenté une action contre le séquestre parce qu'il aurait géré et liquidé l'entreprise de façon négligente, mais cette question ne fait pas l'objet du présent pourvoi. Avant le procès, Got a aussi présenté une requête tendant à l'annulation de l'ordonnance de mise sous séquestre, mais cette requête a été ultérieurement retirée et Got a finalement décidé de collaborer avec le séquestre. Got a pris cette décision parce qu'il avait été entendu qu'elle serait autorisée à réclamer des dommages-intérêts à la banque dans une demande reconventionnelle. L'effet de cette entente a été débattu dans les poursuites qui ont suivi. La banque a présenté une requête visant à radier les paragraphes de la défense et de la demande reconventionnelle dans lesquels Got contestait l'ordonnance de mise sous séquestre, pour le motif que le fait de mettre en question la validité de l'ordonnance de mise sous séquestre constituerait une attaque «indirecte» inadmissible dirigée contre l'ordonnance, qui était chose jugée. Le juge des requêtes a rejeté la requête de la banque, et cette décision a été confirmée en appel. L'action en recouvrement de créance présentée par la banque et la demande reconventionnelle en dommages-intérêts de Got ont été instruites.

11 The trial judge, McDonald J., granted both the claim and the counterclaim. He found that the bank had failed to give Got the required notice of its intention to put Got into receivership and had

En première instance, le juge McDonald a accueilli la demande ainsi que la demande reconventionnelle. Il a conclu que la banque n'avait pas donné à Got le préavis nécessaire pour l'informer

failed to allow Got reasonable time for repayment. He also dismissed the bank's argument that it was contractually excused from giving Got reasonable notice.

In addition, McDonald J. found that the bank's wrongful conduct in securing the receivership order was not limited to insufficient notice; he concluded that the bank had misled Master Funduk in obtaining the receivership order by tendering a misleading affidavit. The trial judge found that the affidavit of the bank's officer, Mr. McTavish, submitted in support of the receivership motion, failed to meet the duty of candour and utmost good faith required for *ex parte* orders. The two most serious errors in the affidavit were the suggestion that the bank had reason to believe that Got would move the inventory and the failure to disclose that the bank had already secured its financial position by notifying the debtor's accounts receivable and perfecting the assignment of book debts. McDonald J. concluded that, absent the false air of urgency created in the affidavit, the receivership order would not have been granted.

The trial judge also rejected the bank's renewed insistence that Got's action was procedurally barred by the collateral attack rule. He similarly dismissed the bank's alternative procedural argument that the court's appointment of a public receiver shielded it from liability, holding that the bank's misleading conduct in securing the public receiver placed it in the same position as if it had simply appointed the receiver privately.

Accordingly, McDonald J. found the bank liable in tort for conversion of Got's assets and awarded compensatory damages, as well as exemplary damages in the sum of $100,000 to send a clear message of the impropriety of the bank's grave and irrevocable conduct and misuse of the judicial system by rushing to foreclose on Got and misleading the judge in obtaining the receiver. He also found

de son intention de la mettre sous séquestre et ne lui avait pas accordé un délai raisonnable pour la rembourser. Il a également rejeté l'argument de la banque suivant lequel elle était dispensée par contrat de donner à Got un préavis raisonnable.

12 En outre, le juge McDonald a conclu que la conduite fautive de la banque relativement à l'ordonnance de mise sous séquestre ne se limitait pas à l'insuffisance du préavis; il a jugé que la banque avait «induit en erreur» le protonotaire Funduk en présentant un affidavit trompeur pour obtenir l'ordonnance. Le juge de première instance a estimé que l'affidavit de l'agent de la banque, M. McTavish, présenté à l'appui de la requête de mise sous séquestre, manquait à l'obligation de franchise et de bonne foi la plus absolue qui pèse sur toute partie sollicitant une ordonnance *ex parte*. Les deux erreurs les plus graves de l'affidavit étaient la mention que la banque avait des raisons de croire que Got allait enlever ses stocks et l'omission de divulguer le fait que la banque avait déjà protégé ses intérêts financiers en avisant les débiteurs de l'emprunteur et en complétant la cession des comptes débiteurs. Le juge McDonald a conclu qu'en l'absence de la fausse impression d'urgence créée par l'affidavit, l'ordonnance de mise sous séquestre n'aurait jamais été rendue.

13 Le juge de première instance a également rejeté l'affirmation réitérée avec insistance par la banque selon laquelle l'action de Got était irrecevable en raison de la règle de l'attaque indirecte. De même, il a rejeté l'argument procédural subsidiaire de la banque selon lequel la nomination judiciaire d'un séquestre public l'exonérait de toute responsabilité, statuant que la conduite trompeuse de la banque lorsqu'elle a obtenu la nomination d'un séquestre public la plaçait dans la même situation que si elle avait simplement nommé un séquestre à titre privé.

14 En conséquence, le juge McDonald a conclu à la responsabilité délictuelle de la banque pour appropriation illégale de l'actif de Got et il a accordé des dommages-intérêts compensatoires ainsi que des dommages-intérêts exemplaires de 100 000 $ de façon à envoyer un message clair quant au caractère inacceptable de la conduite grave et irrévocable de la banque qui a abusé du système judiciaire

that the bank forfeited its right to rely on Mr. Sanderlin's personal guarantee of Got's loan.

15 The majority of the Court of Appeal ((1997), 196 A.R. 241) upheld the judgment of McDonald J. and affirmed the bank's liability in conversion. Hetherington J.A., dissenting in part, would have held that the bank was not liable in conversion. The majority agreed with her that the bank was liable for breach of contract for failing to give notice as required by the debenture. Hetherington J.A. would have remanded the case for recalculation of damages on a contractual basis and consequent re-examination of mitigation.

III. Analysis

1. *Is the Bank Liable for Breach of Contract?*

16 The Court of Appeal unanimously agreed that the bank breached its implied contractual obligations to Got by (1) not giving reasonable time to respond to its demand for payment and (2) not giving notice of its intention to apply for an order appointing a receiver and manager.

17 The bank counters that the receivership order was a preservation order that did not require a demand or reasonable notice and that the granting of the order precludes claims for breach of contract. We would reject these arguments. Even though Master Funduk appears to have intended to give Got 21 days for repayment, paragraph 18(c) of the receivership order authorized the receiver to "take steps for the preservation or realization of the undertaking, property and assets of Got" (emphasis added), and paragraph 20 allowed the receiver to apply to the court to approve a distribution of the net proceeds of sale. Thus, we would

en s'empressant de faire forclore Got et en induisant le juge en erreur pour obtenir la mise sous séquestre. Il a également conclu que la banque était déchue de son droit d'invoquer la caution personnelle de M. Sanderlin quant à l'emprunt de Got.

La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé ((1997), 196 A.R. 241) le jugement du juge McDonald ainsi que la responsabilité de la banque pour appropriation illégale. Le juge Hetherington, dissidente en partie, aurait statué que la banque n'était pas responsable d'appropriation illégale. Les juges majoritaires étaient d'accord avec elle pour conclure à la responsabilité de la banque pour violation de contrat parce que celle-ci n'avait pas donné le préavis qu'exige la débenture. Elle aurait donc renvoyé l'affaire pour que l'on procède à un nouveau calcul des dommages-intérêts sur une base contractuelle et au réexamen consécutif de la réduction des dommages-intérêts.

III. Analyse

1. *La banque est-elle responsable de violation de contrat?*

La Cour d'appel a convenu unanimement que la banque avait manqué à ses obligations contractuelles implicites envers Got, (1) en ne lui donnant pas un délai raisonnable pour répondre à sa demande de remboursement et, (2) en ne lui donnant pas un préavis de son intention de solliciter une ordonnance portant nomination d'un administrateur-séquestre.

La banque réplique que l'ordonnance de mise sous séquestre était une mesure conservatoire qui n'exigeait pas de demande ni de préavis raisonnable et que l'ordonnance une fois rendue fait obstacle aux réclamations concernant la violation de contrat. Nous rejetons ces arguments. Même si le protonotaire Funduk semble avoir eu l'intention d'accorder un délai de 21 jours à Got pour le remboursement, l'alinéa 18c) de l'ordonnance de mise sous séquestre autorise le séquestre à [TRADUCTION] «prendre des mesures visant à la conservation ou à la réalisation de l'entreprise, des biens et de l'actif de Got» (nous soulignons), et le paragraphe 20 l'autorise à demander à la cour

accept the view of the courts below that this was an order for both preservation and realization.

d'approuver une distribution du produit net de la vente. Par conséquent, nous souscrivons au point de vue du juge de première instance et de la Cour d'appel selon lequel l'ordonnance prévoyait à la fois la conservation et la réalisation.

According to this Court's decision in *Lister (R.E.) Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726, the bank was required to give the debtor reasonable notice of its intention to enforce the security and reasonable time to pay following this notice of intention. The debtor must be given "some notice on which he might reasonably expect to be able to act": *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13, at p. 19. In determining the length of time amounting to reasonable notice, courts generally employ the following criteria, established in *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.), at p. 208, reversed on other grounds (1983), 44 O.R. (2d) 368, leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. v: 18

Suivant l'arrêt de notre Cour *Lister (R.E.) Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726, la banque était tenue de donner au débiteur un préavis raisonnable de son intention de faire valoir la garantie et de lui accorder un délai raisonnable pour payer après cet avis. Il faut qu'il soit donné au débiteur [TRADUCTION] «un avis qui puisse raisonnablement lui permettre de s'exécuter»: *Massey c. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13, à la p. 19. Pour fixer le délai de préavis raisonnable, les tribunaux utilisent généralement les critères qui suivent, énoncés dans *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. c. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.), à la p. 208, infirmé pour d'autres motifs par (1983), 44 O.R. (2d) 368, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. v:

(1) the amount of the loan;

(2) the risk to the creditor of losing his money or the security;

(3) the length of the relationship between the debtor and the creditor;

(4) the character and reputation of the debtor;

(5) the potential ability to raise the money required in a short period;

(6) the circumstances surrounding the demand for payment; and

(7) any other relevant factors.

[TRADUCTION]

(1) le montant du prêt;

(2) le risque pour le créancier de perdre son argent ou sa garantie;

(3) la durée des relations entre le débiteur et le créancier;

(4) le caractère et la réputation du débiteur;

(5) la possibilité de trouver l'argent nécessaire à bref délai;

(6) les circonstances de la demande de remboursement;

(7) tout autre facteur pertinent.

It is clear from the trial judge's assessment of the chronology of events that the bank's intention was to make the demand for payment at the same time as a motion to appoint a receiver. According to the trial judge, at p. 109, the bank and its solicitors proceeded "with no intention at all of seeing that a genuine demand be given, or that any time (much less, reasonable time) be given to respond, 19

Il ressort à l'évidence de l'analyse que fait le juge de première instance de la chronologie du litige que la banque avait l'intention de faire la demande de remboursement simultanément avec la requête en nomination de séquestre. D'après le juge de première instance, la banque et ses avocats ont agi [TRADUCTION] «sans avoir du tout l'intention de voir à ce qu'un préavis véritable soit donné ni à ce qu'un délai (et encore moins un délai

or that any notice be given of the application to the court for the appointment of a receiver".

20 The length of time required may vary widely depending on the facts of the case. In some cases, giving very little or almost no notice is reasonable in the circumstances. For example, if there is an appreciable risk that the debtor will abscond with negotiable assets, if the debtor's assets are depreciating quickly or if a debtor is unable to meet its obligations regardless of the amount of notice, it may be reasonable to proceed on little notice: *Pax Management Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1992] 2 S.C.R. 998; *Jeannette B.B.Q. Ltée v. Caisse Populaire de Tracadie Ltée* (1991), 117 N.B.R. (2d) 129 (C.A.), leave to appeal refused, [1992] 1 S.C.R. viii; *Kavcar Investments Ltd. v. Aetna Financial Services Ltd.* (1989), 70 O.R. (2d) 225 (C.A.); *Royal Bank of Canada v. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634 (C.A.).

21 In this case, no reason has been offered to explain why the bank gave so little notice. There is no indication that there was a cause for urgency or that Got would be absolutely unable to pay the debt. Thus, there is no reason to question the finding of the trial judge, affirmed on appeal, that the amount of notice provided by the bank was unreasonable. The bank is, therefore, liable to Got for breach of contract.

2. *Is the Bank Liable for Conversion?*

22 In *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, this Court accepted the proposition that where a given wrong supports an action both in contract and in tort, a party may sue in either or both. The only limit to concurrency was based on the principle of the primacy of private ordering and allowed for a restriction on the right to sue in tort where an express or implied contractual obligation limits or contradicts the tort duty. Thus, it is theoretically possible for the bank to be liable both in contract and in tort. However, since damages in

raisonnable) soit accordé pour y répondre, ou à ce qu'un avis soit donné de la demande de mise sous séquestre présentée à la cour» (p. 109).

Le délai exigé peut varier sensiblement selon les faits de l'espèce. Parfois, il sera raisonnable, vu les circonstances, de donner un préavis dans un délai très court, voire presque aucun délai de préavis. Par exemple, s'il y a un risque appréciable que le débiteur ne s'enfuie avec des valeurs négociables, si les éléments d'actif du débiteur se déprécient rapidement ou si le débiteur n'est pas en mesure de remplir ses obligations peu importe la période du préavis, il peut être raisonnable d'agir dans un délai très bref: *Pax Management Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1992] 2 R.C.S. 998; *Jeannette B.B.Q. Ltée c. Caisse Populaire de Tracadie Ltée* (1991), 117 R.N.-B. (2e) 129 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1992] 1 R.C.S. viii; *Kavcar Investments Ltd. c. Aetna Financial Services Ltd.* (1989), 70 O.R. (2d) 225 (C.A.); *Royal Bank of Canada c. Nobes* (1982), 49 N.S.R. (2d) 634 (C.A.).

En l'espèce, aucune explication n'a été fournie pour le bref délai donné par la banque. Rien n'indique qu'il y ait eu urgence ni que Got aurait été absolument incapable de rembourser le prêt. Aussi n'avons-nous aucune raison de mettre en doute la conclusion du juge de première instance, confirmée en appel, selon laquelle la période de préavis était déraisonnable. La banque est donc responsable envers Got de violation de contrat.

2. *La banque est-elle responsable d'appropriation illégale?*

Dans *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, notre Cour a admis que, lorsqu'un préjudice permet d'étayer une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la partie peut exercer l'un ou l'autre recours ou les deux. La seule limite à cette règle est le principe de la primauté du choix personnel en vertu duquel les parties peuvent, par disposition expresse ou implicite, restreindre une obligation en responsabilité délictuelle ou y déroger. Théoriquement, la responsabilité contractuelle de la banque

this case are the same for contract and tort, as discussed later in these reasons, it is unnecessary to consider the matter of conversion.

et sa responsabilité délictuelle peuvent donc être engagées en même temps. Cependant, les dommages-intérêts étant les mêmes en matière délictuelle et en matière contractuelle, comme nous le verrons plus loin, il est inutile d'examiner la question de l'appropriation illégale.

3. *Damages for Breach of Contract*

3. *Dommages-intérêts pour violation de contrat*

The trial judge and the majority of the Court of Appeal dealt with damages on the basis of conversion. Hetherington J.A., in the minority of the Court of Appeal, based her decision on contract and would have remitted the matter to the trial judge for reassessment of damages on the basis of breach of contract.

23 Le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont évalué les dommages-intérêts en fonction d'une appropriation illégale. Le juge Hetherington, minoritaire en Cour d'appel, a fondé sa décision sur la norme applicable en matière contractuelle, et elle aurait renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il procède à une nouvelle évaluation des dommages-intérêts tenant compte de la violation de contrat.

While finding liability for breach of contract, we conclude that the damages awarded on the basis of conversion represent an appropriate assessment of damages for the breach of contract in this case, and we therefore find it unnecessary to refer the matter back for assessment of damages for breach of contract.

24 Si nous retenons la responsabilité pour violation de contrat, nous concluons néanmoins que les dommages-intérêts accordés en raison de l'appropriation illégale constituent une appréciation juste des dommages-intérêts à octroyer pour violation de contrat en l'espèce. Par conséquent, nous estimons qu'il est inutile de renvoyer la question pour une nouvelle évaluation des dommages-intérêts pour violation de contrat.

(a) Compensatory Damages

a) Dommages-intérêts compensatoires

Where a claim is made for the same wrongful acts under different heads of liability, compensatory damages will generally be similar, subject to adjustment for the particular wrong targeted by a particular cause of action. This position was clearly stated in *BG Checo*, *supra*, where a majority of this Court held, at p. 38, that:

25 Lorsqu'une réclamation comportant des chefs de responsabilité différents concerne les mêmes actes fautifs, les dommages-intérêts compensatoires seront en général similaires, sous réserve d'une modification pour le préjudice particulier visé par une cause d'action particulière. Ce point de vue a clairement été exposé dans *BG Checo*, précité, où notre Cour, à la majorité, a statué, à la p. 38:

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

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

In this case, there are no special features which call for different damages for contract and tort. The

Dans la présente affaire, aucune circonstance spéciale ne justifie que des dommages-intérêts diffé-

conversion action is concerned with damages for the appropriation of goods; the breach of contract action is concerned with damages for the same wrong. Therefore, compensatory damages in this case are the same. The trial judge did not err in assessing damages for conversion. It follows that in considering this matter on the basis of contract, there is no reason to interfere with the trial judge's determination or to send the matter back for reassessment.

(b) Exemplary Damages

26 The trial judge and the Court of Appeal awarded exemplary damages for the egregious conduct of the bank and we would not disturb this finding. Punitive damages are available for breach of contract, although, as McIntyre J. held in *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at p. 1107, the circumstances that would justify punitive damages for breach of contract in the absence of actions also constituting a tort are rare:

> . . . while it may be very unusual to do so, punitive damages may be awarded in cases of breach of contract. It would seem to me, however, that it will be rare to find a contractual breach which would be appropriate for such an award . . . . Where the defendant has breached the contract, the remedies open to the plaintiff must arise from that contractual relationship, that "private law", which the parties agreed to accept. The injured plaintiff then is not entitled to be made whole; he is entitled to have that which the contract provided for him or compensation for its loss. This distinction will not completely eliminate the award of punitive damages but it will make it very rare in contract cases.

27 The trial judge explained that his substantial award of exemplary damages was intended to address the following five concerns:

rents soient accordés en matières contractuelle et délictuelle. L'action en appropriation illégale concerne des dommages-intérêts pour appropriation illégale de biens; l'action pour violation de contrat vise des dommages-intérêts pour le même préjudice. Par conséquent, les dommages-intérêts compensatoires en l'espèce sont les mêmes. Le juge de première instance ne s'est pas trompé dans son évaluation des dommages-intérêts pour appropriation illégale. Il s'ensuit que si l'on examine cette question sous l'angle contractuel, il n'y a pas de raison de modifier la décision du juge de première instance ni de renvoyer l'affaire pour nouvelle évaluation.

b) Dommages-intérêts exemplaires

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont accordé des dommages-intérêts exemplaires pour le comportement inacceptable de la banque, et nous sommes d'avis de ne pas modifier cette conclusion. Les dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés en cas de violation de contrat, quoique, comme le dit le juge McIntyre dans *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, à la p. 1107, il soit rare que les circonstances justifient l'attribution de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat en l'absence d'actions constituant également un délit:

> . . . même s'il peut être très exceptionnel de le faire, il est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat. Il me semblerait cependant qu'on ne trouvera pas souvent une violation de contrat qui se prête à l'attribution de tels dommages-intérêts. [. . .] Quand le défendeur a violé le contrat, le recours qui s'offre au demandeur doit découler de cette relation contractuelle, de cette «loi privée», par laquelle les parties ont accepté d'être liées. La partie lésée n'a pas le droit d'être rétablie dans sa situation antérieure, elle a seulement le droit d'obtenir ce que le contrat prévoyait pour elle ou d'être indemnisée de sa perte. Cette distinction n'éliminera pas totalement l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais elle la rendra très rare en matière contractuelle.

Le juge de première instance a expliqué que la somme considérable qu'il a accordée à titre de dommages-intérêts exemplaires était destinée à répondre aux cinq préoccupations suivantes:

1. that the court will not condone a clear violation of the rule of law that requires a debenture-holder to give reasonable notice;
2. that the court will not condone an abuse of its process for commercial advantage;
3. that because no crime had been committed, no other form of punishment was available;
4. that the bank's conduct caused grave and irrevocable consequences to the business of its client;
5. that courts are entitled to expect honest behaviour from the major chartered banks.

It is argued that these five concerns do not rise to the level required to trigger an award for exemplary damages. We agree that the first concern of the trial judge, deterrence, may not, taken alone, justify exemplary damages. As a rule, deterrence can be achieved through the award of compensatory damages and refusal to grant exemplary damages is not condonation of the violation of the rule of law. We also question the third concern, the absence of other forms of punishment. With regard to the trial judge's fifth concern, we would not endorse the suggestion that the bank could be subjected to a higher standard of scrutiny than the average commercial litigant because of its privileged condition in Canadian society. Nevertheless, this is a case where the conduct of the bank "seriously affronts the administration of justice", as stated by the trial judge. We agree that the bank's conduct did not have to rise to the level of fraud, malicious prosecution, or abuse of process to justify an award of exemplary damages.

Therefore, despite our reservations, we agree that it was within the discretion of the trial judge to

1. La cour ne tolérera pas une violation claire du principe de la primauté du droit qui exige du détenteur d'une débenture qu'il donne un préavis raisonnable;
2. La cour ne tolérera pas un abus du processus judiciaire qui vise à obtenir des avantages commerciaux;
3. Comme aucun crime n'avait été commis, aucune autre forme de sanction n'était possible;
4. La conduite de la banque a eu des conséquences graves et irrévocables pour l'entreprise de son client;
5. Les cours sont en droit de s'attendre à ce que les grandes banques à charte se conduisent honnêtement.

28 L'on soutient qu'aucune de ces cinq préoccupations n'est suffisamment grave pour entraîner l'octroi de dommages-intérêts exemplaires. Nous convenons que la première préoccupation exprimée par le juge de première instance, l'objectif de dissuasion, peut ne pas justifier, à lui seul, l'adjudication de dommages-intérêts exemplaires. En règle générale, cet objectif peut être atteint par l'octroi de dommages-intérêts compensatoires, et le refus d'accorder des dommages-intérêts exemplaires ne revient pas à tolérer la violation du principe de la primauté du droit. Nous remettons aussi en question la troisième préoccupation, soit l'absence d'autres formes de sanction. Quant à la cinquième préoccupation du juge de première instance, nous ne souscrivons pas à l'idée que la banque pourrait être assujettie à une norme de contrôle plus élevée que le plaideur commercial moyen en raison de sa situation privilégiée dans la société canadienne. Néanmoins, il s'agit d'un cas où la conduite de la banque [TRADUCTION] «fait gravement outrage à l'administration de la justice», comme l'a dit le juge de première instance. Nous reconnaissons qu'il n'était pas nécessaire que la conduite de la banque puisse être assimilée à de la fraude, à des poursuites abusives ou à un abus de procédure pour que l'octroi de dommages-intérêts exemplaires soit justifié.

29 Par conséquent, en dépit de nos réserves, nous convenons que le juge de première instance peut,

award exemplary damages. Viewing the trial judge's concerns cumulatively, and giving due weight to the advantage he had to assess the need for deterrence and condemnation of the abuse of the court's process, as well as the need to maintain proper business practices, we are not prepared to interfere with the award for exemplary damages in this case. We emphasize, however, that an award for exemplary damages in commercial disputes will remain an extraordinary remedy.

IV. Conclusion

30 We would, therefore, dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Howard, Mackie, Calgary.

Solicitors for the respondents: Weir, Bowen, Edmonton.

dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, adjuger des dommages-intérêts exemplaires. Compte tenu des préoccupations du juge de première instance, envisagées cumulativement, et du poids qu'il convient d'accorder à l'avantage dont il a bénéficié pour apprécier le besoin de dissuasion et de réprobation à l'égard de l'abus du processus judiciaire, de même que la nécessité d'assurer le maintien de pratiques commerciales correctes, nous ne sommes pas disposés à modifier le montant des dommages-intérêts exemplaires accordés en l'espèce. Nous insistons toutefois sur le fait que l'octroi de dommages-intérêts exemplaires dans un litige commercial demeurera une réparation exceptionnelle.

IV. Conclusion

Par conséquent, nous rejetons le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Howard, Mackie, Calgary.

Procureurs des intimés: Weir, Bowen, Edmonton.

Guarantee Company of North America *Appellant*

v.

Gordon Capital Corporation *Respondent*

and

Chubb Insurance Company of Canada and Laurentian General Insurance Company Inc. *Respondents*

INDEXED AS: GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA *v.* GORDON CAPITAL CORP.

File No.: 26654.

1999: June 17; 1999: October 15.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil procedure — Summary judgment — Test for summary judgment — Motions judge determining that record sufficient to deal with motion for summary judgment — No genuine issue requiring trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with motions judge's determination.

Contracts — Insurance — Misrepresentation — Rescission — Repudiation — Distinction between rescission and repudiation.

Contracts — Insurance — Contractual limitation periods — Wrongful rescission — Construction approach to fundamental breach — Whether contractual limitation period in bond survived wrongful rescission of bond.

The respondent investment dealer and brokerage firm entered into a fidelity insurance contract with the appellant. During the period of time covered by the bond, one of its employees engaged in fraudulent and dishonest activities which led to his enrichment and significant losses to the respondent. The respondent notified the appellant of a potential fidelity bond claim. Its sworn proof of loss indicated that the loss was discovered on June 26, 1991. The appellant advised the respondent

Guarantee Company of North America *Appelante*

c.

Gordon Capital Corporation *Intimée*

et

Chubb Insurance Company of Canada et Laurentian General Insurance Company Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA *c.* GORDON CAPITAL CORP.

N° du greffe: 26654.

1999: 17 juin; 1999: 15 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache.

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

Procédure civile — Jugements sommaires — Critère applicable aux jugements sommaires — Décision du juge des requêtes que le dossier est suffisant pour trancher une motion visant à obtenir un jugement sommaire — Absence de véritable question requérant la tenue d'un procès — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes?

Contrats — Assurance — Déclaration inexacte — Résiliation — Répudiation — Distinction entre résiliation et répudiation.

Contrats — Assurance — Délais de prescription contractuels — Résiliation injustifiée — Façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation — Le délai de prescription prévu dans la police a-t-il continué de s'appliquer après la résiliation injustifiée de cette dernière?

La maison de courtage de valeurs mobilières intimée a conclu avec l'appelante une police d'assurance contre les détournements. Pendant la période visée par la police, un des employés de l'intimée s'est livré à des activités frauduleuses et malhonnêtes qui lui ont permis de s'enrichir et qui ont entraîné des pertes importantes pour l'intimée. L'intimée a informé l'appelante de la possibilité qu'une réclamation fondée sur une assurance contre les détournements soit présentée. Sa preuve de

that, pursuant to a provision in the bond, it was rescinding the bond on the basis that the respondent had made misrepresentations in its application for the bond. The respondent denied the validity of the rescission and refused to accept the return of the premiums, and on July 15, 1993 commenced an action against the appellant in Quebec. The appellant then commenced an action in Ontario claiming that the bond was rescinded and that the respondent had failed to commence legal proceedings for the recovery of the loss within 24 months from the discovery of such loss as required by the bond. Eventually, the proceedings instituted in Quebec were stayed pending the outcome of the Ontario action. The appellant brought a motion for summary judgment on the basis that the respondent had failed to commence legal proceedings within the time period prescribed by the bond. The motions judge granted summary judgment in favour of the appellant. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal. At issue here is whether the Court of Appeal should have interfered with the motions judge's determination that the record was sufficient to deal with the appellant's summary judgment motion and whether the Court of Appeal erred in finding that the limitation period in the bond did not survive the appellant's affirmation that the bond was rescinded.

Held: The appeal should be allowed.

The proper test to be applied on a motion for summary judgment is satisfied when the applicant has shown that there is no genuine issue of material fact requiring trial. Once the moving party has made this showing, the respondent must then establish his claim as being one with a real chance of success. This case is an appropriate one for summary judgment as there was no genuine issue for trial. Under section 3 of the bond, all that was required for discovery of loss were sufficient facts to cause a reasonable person to assume that a loss of a type covered by the bond would be incurred. The undisputed facts in the present case lend strong support to the inference that it could be reasonably assumed that a loss of the type covered by the policy had been or would be incurred. No credibility issue sufficient to require trial was raised in the present case. A self-serving affidavit is not sufficient in itself to create a triable issue in the absence of detailed facts and supporting evidence. On a proper reading of the bond, a loss of the type covered is simply a loss resulting from employee dishonesty with the presumption that the manifest intent of such behaviour was personal gain. The test for dis-

sinistre attestée sous serment indiquait que le sinistre avait été découvert le 26 juin 1991. L'appelante a informé l'intimée que, conformément à une disposition de la police, elle résiliait cette police pour le motif que l'intimée avait fait des déclarations inexactes dans sa demande de police. L'intimée a nié la validité de la résiliation, refusé le remboursement des primes et intenté une action contre l'appelante au Québec, le 15 juillet 1993. L'appelante a alors intenté une action en Ontario dans laquelle elle alléguait que la police était résiliée et que l'intimée avait omis d'engager des procédures d'indemnisation du sinistre dans les 24 mois suivant sa découverte, comme l'exigeait la police. En fin de compte, l'action intentée au Québec a été suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur l'action intentée en Ontario. L'appelante a présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire pour le motif que l'intimée avait omis d'engager des procédures judiciaires dans le délai prescrit par la police. Le juge des requêtes a rendu un jugement sommaire en faveur de l'appelante. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la Cour d'appel a eu raison de modifier la décision du juge des requêtes que le dossier était suffisant pour trancher la motion de l'appelante visant à obtenir un jugement sommaire, et si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le délai de prescription prévu dans la police avait cessé de s'appliquer dès que l'appelante avait confirmé que la police était résiliée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le critère qu'il convient d'appliquer à une motion visant à obtenir un jugement sommaire est respecté lorsque le requérant démontre qu'il n'y a aucune véritable question de fait importante qui requiert la tenue d'un procès. Une fois que l'auteur de la motion a fait cette démonstration, il incombe ensuite à la partie intimée d'établir que son action a vraiment des chances de réussir. La présente affaire se prête à un jugement sommaire vu l'absence de véritable question requérant la tenue d'un procès. Suivant l'article 3 de la police, la découverte d'un sinistre requiert seulement l'existence de faits suffisants pour inciter une personne raisonnable à supposer qu'un sinistre du genre visé par la police surviendra. Les faits non contestés en l'espèce étayent fortement la déduction que l'on pouvait raisonnablement supposer qu'un sinistre du genre visé par la police était survenu ou surviendrait. Aucune question de crédibilité suffisante pour nécessiter la tenue d'un procès n'a été soulevée dans la présente affaire. En l'absence d'un exposé détaillé des faits et d'éléments de preuve à l'appui, un affidavit intéressé n'est pas suffisant en soi pour donner naissance à une question susceptible de faire

covery of loss under the bond was an objective one that did not require a definitive finding of loss, but merely an assumption. There was no legal issue to be resolved at trial.

Problems have arisen from misuse of the word "rescission" to describe an accepted repudiation. To use these terms synonymously can only lead to confusion and should be avoided. Rescission is a remedy available to the representee, *inter alia*, when the other party has made a false or misleading representation. Repudiation, by contrast, occurs by words or conduct evincing an intention not to be bound by the contract. Contrary to rescission, which allows the rescinding party to treat the contract as if it were void *ab initio*, the effect of repudiation depends on the election made by the non-repudiating party. If the non-repudiating party accepts the repudiation, the contract is terminated, and the parties are discharged from future obligations, although rights and obligations that have already matured are not extinguished. If the repudiation is not accepted, the contract remains in being for the future and each party has the right to sue for damages for past or future breaches. Courts must be sensitive to the potential for misuse of the term rescission and must analyse the entire context of the contract and give effect, where possible, to the parties' intent. Where, as in this case, the misrepresentation becomes a term of the contract, rescission will be available if the misrepresentation is "substantial", "material" or "goes to the root of the contract". Here the bond specifically provided that misrepresentations of "material fact" would be grounds for rescission. As the parties are sophisticated, it is appropriate to give effect to their intent as expressed in the plain words of the contract. The appellant's attempt to effect a restitution of the premiums paid by the respondent confirms that "rescission" is appropriately used in the bond.

Proceeding upon the assumption that the appellant wrongfully rescinded the bond, the appellant was not precluded from relying on the 24-month contractual limitation period contained in the bond. Substantial failure of contractual performance, often described in other contexts as a fundamental breach, may relieve the non-breaching party from future executory contractual

l'objet d'un débat judiciaire. Selon une juste interprétation de la police, un sinistre du genre visé correspond simplement au sinistre résultant de la malhonnêteté d'un employé qui, présume-t-on, avait manifestement l'intention de réaliser un gain personnel. Suivant la police, le critère applicable à la découverte d'un sinistre était un critère objectif qui requérait non pas une constatation définitive de sinistre, mais simplement une supposition. Il n'y avait aucune question de droit à trancher au procès.

Des problèmes découlent de l'emploi abusif du mot «résiliation» pour décrire une répudiation acceptée. L'emploi de ces mots comme synonymes ne peut qu'engendrer de la confusion et devrait être évité. Une partie peut résilier un contrat notamment dans le cas où l'autre partie lui a fait une déclaration fausse ou trompeuse. Par contre, la répudiation se fait par des mots ou une conduite traduisant l'intention de ne pas être lié par le contrat. Contrairement à la résiliation qui permet à la partie qui résilie le contrat de le considérer comme étant nul au départ, l'effet de la répudiation dépend du choix que fait la partie autre que celle qui répudie le contrat. Si la partie autre que celle qui répudie le contrat accepte la répudiation, le contrat prend fin et les parties sont libérées de leurs obligations futures, quoique les droits et obligations qui sont déjà arrivés à échéance ne soient pas éteints. Si la répudiation n'est pas acceptée, le contrat reste en vigueur à l'avenir et chacune des parties a le droit d'intenter une action en dommages-intérêts pour toute rupture passée ou future. Les tribunaux doivent être conscients du risque d'emploi abusif du terme «résiliation» et ils doivent analyser le contexte intégral du contrat et, si possible, mettre à exécution l'intention des parties. Lorsque, comme en l'espèce, la déclaration inexacte devient une clause du contrat, la résiliation sera possible si la déclaration inexacte est «substantielle», «importante» ou «touche à l'essence même du contrat». Dans la présente affaire, la police prévoyait expressément que toute déclaration inexacte d'un «fait important» constituerait un motif de résiliation. Comme les parties sont avisées, il convient de mettre à exécution l'intention qu'elles ont clairement exprimée dans le contrat. La tentative par l'appelante d'effectuer une restitution des primes versées par l'intimée confirme que le mot «résiliation» est utilisé à juste titre dans la police.

En supposant qu'elle a résilié la police de façon injustifiée, l'appelante n'était pas empêchée d'invoquer le délai de prescription de 24 mois prévu dans la police. L'inexécution substantielle d'un contrat par une partie, souvent appelée «inexécution fondamentale» dans d'autres contextes, peut libérer l'autre partie de l'exécution future des obligations qui lui incombent en vertu du

obligations. Here, as a matter of contractual interpretation, the parties intended that the contractual limitation period survive a wrongful rescission on the part of the appellant. Commercial reality is often the best indicator of contractual intention in cases such as this. Absent some explanation to the contrary, if a given construction of the contract would lead to an absurd result, the assumption is that this result could not have been intended by rational commercial actors in making their bargain. In this case, to deny the application of the time limitation clause would lead to an absurd result. The appellant, when faced with a potential misrepresentation concerning the degree of risk it has agreed to underwrite, would be placed in the untenable position of subjecting itself to a longer statutory limitation period than would otherwise apply in circumstances where coverage has been denied for other reasons. Upon a true construction of the contract, and taking into account the stated purpose of a contractual limitation period as a device whereby the insurer can both quantify and limit risk, the intention of the parties was that the clause setting out the 24-month limitation period was to apply to the process of bringing a claim against the appellant where the appellant has breached the contract by wrongfully rescinding, whether the breach is characterized as fundamental or otherwise. The parties to this appeal were sophisticated commercial actors who were represented by counsel. In these circumstances, it would not be unconscionable, unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy to uphold the intentions of the parties concerning the operation of the contractual limitation period.

Cases Cited

Applied: *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; **distinguished:** *Mills v. S.I.M.U. Mutual Insurance Association*, [1970] N.Z.L.R. 602; **referred to:** *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1918), 58 S.C.R. 169; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545; *Rogers Cable TV Ltd. v. 373041 Ontario Ltd.* (1994), 22 O.R. (3d) 25; *Confederation Trust Co. v. Alizadeh*, [1998] O.J. No. 408 (QL); *Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co.*, [1923] A.C. 773; *Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille*, [1987] 2 S.C.R. 440; *Sail Labrador Ltd. v. Challenge One (The)*, [1999] 1 S.C.R. 265; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; *B.G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.*,

contrat. En l'espèce, sur le plan de l'interprétation du contrat, les parties ont voulu que le délai de prescription prévu dans le contrat continue de s'appliquer après sa résiliation injustifiée par l'appelante. La réalité commerciale est souvent le meilleur indice de l'intention des parties contractantes dans des cas comme celui-ci. Si une interprétation donnée du contrat menait à un résultat absurde, on supposerait qu'en l'absence d'explication contraire des acteurs commerciaux rationnels ne peuvent pas avoir voulu un tel résultat en concluant leur contrat. En l'espèce, un refus d'appliquer la clause du délai de prescription mènerait à un résultat absurde. L'appelante, face à une éventuelle déclaration inexacte concernant l'ampleur du risque qu'elle a accepté d'assurer, se retrouverait dans la situation intenable où elle s'imposerait un délai de prescription légal plus long que celui qui s'appliquerait par ailleurs dans le cas où l'indemnisation est refusée pour d'autres motifs. Selon une interprétation exacte du contrat et compte tenu de l'objet explicite d'un délai de prescription contractuel en tant que mécanisme permettant à l'assureur de quantifier et de limiter le risque, les parties ont voulu que la clause, qui établit le délai de prescription de 24 mois, s'applique à l'engagement d'une action contre l'appelante dans le cas où celle-ci romprait le contrat en le résiliant de façon injustifiée, peu importe que cette rupture soit qualifiée de fondamentale ou autre. Les parties au présent pourvoi étaient des acteurs commerciaux avisés représentés par des avocats. Dans ces circonstances, il ne serait pas inique, injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public de respecter l'intention des parties concernant l'application du délai de prescription contractuel.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; **distinction d'avec l'arrêt:** *Mills c. S.I.M.U. Mutual Insurance Association*, [1970] N.Z.L.R. 602; **arrêts mentionnés:** *Ross c. Scottish Union and National Insurance Co.* (1918), 58 R.C.S. 169; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Irving Ungerman Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545; *Rogers Cable TV Ltd. c. 373041 Ontario Ltd.* (1994), 22 O.R. (3d) 25; *Confederation Trust Co. c. Alizadeh*, [1998] O.J. No. 408 (QL); *Abram Steamship Co. c. Westville Shipping Co.*, [1923] A.C. 773; *Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille*, [1987] 2 R.C.S. 440; *Sail Labrador Ltd. c. Challenge One (Le)*, [1999] 1 R.C.S. 265; *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; *B.G. Linton Construc-*

[1975] 2 S.C.R. 678; *Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718; *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 138.

Statutes and Regulations Cited

Misrepresentation Act 1967 (U.K.), 1967, c. 7, s. 1.

Authors Cited

Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 12th ed. by M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.
Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.
Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 12, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Rochester: Baker, Voorhis & Co., 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 563, 157 D.L.R. (4th) 643, 108 O.A.C. 46, 3 C.C.L.I. (3d) 202, [1998] I.L.R. I-3555, reversing a judgment of the Ontario Court (General Division) (1997), 32 O.R. (3d) 428, 33 B.L.R. (2d) 310. Appeal allowed.

Kenneth W. Scott, Q.C., James D. Patterson and *Sharon C. Vogel*, for the appellant.

Thomas G. Heintzman, Q.C., R. Paul Steep and *Darryl A. Cruz*, for the respondent Gordon Capital Corporation.

Jamieson Halfnight, Glynis Evans and *I. H. Fraser*, for the respondents Chubb Insurance Company of Canada and Laurentian General Insurance Company Inc.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. — This appeal deals with the appropriateness of using summary judgment proceedings and with the issue of whether a contractual limitation period survives a

tion Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1975] 2 R.C.S. 678; *Beaufort Realties (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718; *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. c. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 138.

Lois et règlements cités

Misrepresentation Act 1967 (R.-U.), 1967, ch. 7, art. 1.

Doctrine citée

Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 12th ed. by M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.
Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.
Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 12, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Rochester: Baker, Voorhis & Co., 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 563, 157 D.L.R. (4th) 643, 108 O.A.C. 46, 3 C.C.L.I. (3d) 202, [1998] I.L.R. I-3555, qui a infirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1997), 32 O.R. (3d) 428, 33 B.L.R. (2d) 310. Pourvoi accueilli.

Kenneth W. Scott, c.r., James D. Patterson et *Sharon C. Vogel*, pour l'appelante.

Thomas G. Heintzman, c.r., R. Paul Steep et *Darryl A. Cruz*, pour l'intimée Gordon Capital Corporation.

Jamieson Halfnight, Glynis Evans et *I. H. Fraser*, pour les intimées Chubb Insurance Company of Canada et Laurentian General Insurance Company Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur l'opportunité de recourir aux procédures de jugement sommaire et sur la question de savoir si le délai de prescription prévu 1

wrongful rescission of the contract in dispute. On February 17, 1997, O'Brien J. of the Ontario Court (General Division), sitting as a motions judge, granted summary judgment in favour of the Guarantee Company of North America ("Guarantee"). The judgment declared that Gordon Capital Corporation ("Gordon") had failed to commence legal proceedings for recovery of a loss under Financial Institution Bond No. 401642 (the "Bond") within 24 months from the discovery of "facts which would cause a reasonable person to assume that a loss of a type covered by this bond has been or will be incurred", pursuant to section 3 of the Bond. The Court of Appeal of Ontario set aside the judgment. It determined that Guarantee was precluded from relying on section 3 because it had wrongfully rescinded the said Bond; it also determined that the question of when a loss within the meaning of the Bond was discovered was a triable issue and should be left for determination at trial.

2 There are therefore two issues before this Court. The first is whether the Court of Appeal should have interfered with the motion judge's determination that the record was sufficient to deal with Guarantee's summary judgment motion; the second issue is whether the Court of Appeal erred by finding that the limitation period in the Bond did not survive an affirmation by Guarantee that the Bond was rescinded.

I. Background

3 Gordon is an investment dealer and brokerage firm in Toronto and Montreal. It entered into a $25,000,000 fidelity insurance contract with Guarantee for a term commencing on December 31, 1990 and ending on December 30, 1991. Additional contracts for $10,000,000 of excess insurance each were entered into with Chubb and Laurentian.

4 The Bond provided coverage for "dishonest and fraudulent acts committed by an Employee acting alone or in collusion with others", providing the employee acted with the "manifest intent" to obtain financial benefit for himself, other than that

dans un contrat continue de s'appliquer après la résiliation injustifiée de ce dernier. Le 17 février 1997, le juge O'Brien, de la Cour de l'Ontario (Division générale), siégeant à titre de juge des requêtes, a rendu un jugement sommaire en faveur de Guarantee Company of North America («Guarantee»). Selon ce jugement, Gordon Capital Corporation («Gordon») avait omis d'engager des procédures d'indemnisation fondées sur la police d'institution financière nº 401642 (la «police») dans les 24 mois suivant la découverte, au sens de l'article 3 de la police, de [TRADUCTION] «faits de nature à inciter une personne raisonnable à supposer qu'un sinistre du genre visé par la présente police est survenu ou surviendra». La Cour d'appel de l'Ontario a annulé ce jugement. Elle a décidé que Guarantee ne pouvait pas invoquer l'article 3 parce qu'elle avait résilié ladite police de façon injustifiée, et que la question de savoir quand il y avait eu découverte d'un sinistre au sens de la police pouvait faire l'objet d'un débat judiciaire.

Notre Cour est donc saisie de deux questions. La première question est de savoir si la Cour d'appel a eu raison de modifier la décision du juge des requêtes que le dossier était suffisant pour trancher la motion de Guarantee visant à obtenir un jugement sommaire; la deuxième question est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le délai de prescription prévu dans la police avait cessé de s'appliquer dès que Guarantee avait confirmé que la police était résiliée.

I. Contexte

Gordon est une maison de courtage de valeurs mobilières établie à Toronto et à Montréal. Elle a conclu avec Guarantee une police d'assurance de 25 000 000 $ contre les détournements qui serait en vigueur du 31 décembre 1990 au 30 décembre 1991. D'autres contrats d'assurance complémentaire de 10 000 000 $ chacun ont été conclus avec Chubb et Laurentian.

La police fournissait une protection contre [TRADUCTION] «les actes malhonnêtes et frauduleux d'un employé agissant seul ou de connivence avec autrui», pourvu que l'employé ait agi dans l'«intention manifeste» de tirer un avantage finan-

which he would earn in the normal course of employment.

The insured is required, under section 5 of the Bond, to give to the underwriter notice of loss "[a]t the earliest practicable moment, not to exceed 30 days, after discovery of loss", and to provide sworn proof of loss within 6 months of the discovery. Legal proceedings for the recovery of "any loss hereunder shall not be brought prior to the expiration of 60 days after the original proof of loss is filed . . . or after the expiration of 24 months from the discovery of such loss".

The Bond contains a definition of "discovery" in section 3. It reads:

This bond applies to loss discovered by the insured during the Bond Period. Discovery occurs when the insured first becomes aware of facts which would cause a reasonable person to assume that a loss of a type covered by this bond has been or will be incurred, regardless of when the act or acts causing or contributing to such loss occurred, even though the exact amount or details of loss may not then be known.

Eric Rachar was a Gordon partner responsible for the Derivative Products Group in Toronto. He engaged in various securities lending and related transactions with Patrick Lett and companies under Lett's control, but led Gordon to believe that those transactions were in effect being carried out with a Designated Financial Institution ("DFI"), specifically National Trust ("National").

Between July 16, 1990 and May 22, 1991, Gordon loaned National $1.1 billion in Government of Canada bonds. As collateral for the loans, Gordon received Provincial Government Bonds and bonds from senior financial institutions in equivalent principal amounts with similar maturity dates and cash flow. The trading value of the commodity was inferior but regulatory obligations did

cier personnel en sus de ce qu'il toucherait dans l'exercice normal de ses fonctions.

5 Suivant l'article 5 de la police, l'assuré doit aviser l'assureur du sinistre [TRADUCTION] «[d]ès que possible, mais au plus tard 30 jours après [s]a découverte» et fournir une preuve de sinistre, attestée sous serment, dans les six mois de cette découverte. Des procédures judiciaires en vue d'obtenir l'indemnisation de [TRADUCTION] «tout sinistre visé aux présentes ne doivent pas être engagées avant l'expiration d'un délai de 60 jours suivant le dépôt de la preuve originale de sinistre [. . .] ni après l'expiration d'un délai de 24 mois suivant la découverte du sinistre».

6 La police définit ainsi le terme [TRADUCTION] «découverte» à l'article 3:

[TRADUCTION] La présente police s'applique au sinistre découvert par l'assuré pendant qu'elle est en vigueur. Il y a découverte lorsque l'assuré prend connaissance de faits de nature à inciter une personne raisonnable à supposer qu'un sinistre du genre visé par la présente police est survenu ou surviendra, peu importe le moment où ont été accomplis l'acte ou les actes qui ont causé le sinistre ou y ont contribué, même s'il se peut que le montant exact ou le détail du sinistre ne soit pas encore connu.

7 Un associé de Gordon, Eric Rachar, était responsable du groupe des produits dérivés à Toronto. Il s'est livré à divers prêts de titres et à des opérations connexes avec Patrick Lett et des compagnies contrôlées par ce dernier, tout en amenant Gordon à croire que ces opérations étaient effectuées avec une institution financière désignée («IFD»), plus précisément National Trust («National»).

8 Entre le 16 juillet 1990 et le 22 mai 1991, Gordon a prêté à National des obligations du gouvernement canadien d'une valeur de 1,1 milliard de dollars. À titre de garantie de ces prêts, Gordon a reçu du gouvernement provincial et de grandes institutions financières des obligations dont le capital était équivalent, et les échéances et les encaissements semblables. La valeur marchande de la garantie était inférieure à celle du prêt, mais aucun règlement n'obligeait Gordon à fournir un

not require Gordon to provide additional regulatory capital for a loan to a DFI.

9 Rachar also caused Gordon to enter into transactions with Lett and Citibank involving certificates of deposit, bearer deposit notes, bond forward purchase contracts and securities lending agreements. Because of Rachar's misrepresentations, Gordon accepted worthless collateral which exposed it to high risk.

10 On June 14, 1991, James Connacher, Chairman and Chief Executive Officer of Gordon received a telephone call from Jon Paysant of National, who expressed the concerns of National about "Account # 2", the Rachar-Lett account. On June 17, 1991, a meeting of Gordon and National officers was held to question the unusual features of the transactions. At this meeting, National indicated that it was only acting as agent for Account # 2. Gordon conducted a review between June 14 and June 19, 1991 of the collateral held in respect of Account # 2. It was determined that the collateral was $51,000,000 less than the value of the Government of Canada bonds.

11 On June 19, Gordon retained the services of a law firm to determine the nature of the National account by looking at the documentation and interviewing Rachar. O'Brien J. found that Gordon relied on the firm to advise them as to the terms of section 5 of the Bond.

12 On June 20, Peter Bailey, the Gordon Compliance Officer, met Rachar, who denied any regulatory or other problem with the Account. On June 21, Bailey and a lawyer from the firm met with Rachar, who admitted knowing of Lett, but affirmed National was acting as principal on the account. On June 24, 1991, Bailey met Rachar again to discuss whether the account was in fact held by an individual rather than a DFI. On June 26, the date at which discovery was made according to the proof of loss filed, Bailey and Rachar met with Lett. Bailey determined Rachar had lied,

capital réglementaire additionnel pour un prêt à une IFD.

Rachar a également amené Gordon à effectuer avec Lett et Citibank des opérations comportant des certificats de dépôt, des billets de dépôt au porteur, des contrats d'achat à terme d'obligations et des prêts de valeurs mobilières. Sur la foi des déclarations inexactes de Rachar, Gordon a accepté une garantie sans valeur qui l'exposait à un risque élevé.

Le 14 juin 1991, le président-directeur général de Gordon, James Connacher, a reçu un appel téléphonique de Jon Paysant, de National, qu'il lui a fait part des inquiétudes de cette dernière au sujet du «compte nº 2», à savoir le compte Rachar-Lett. Le 17 juin 1991, les dirigeants de Gordon et de National se sont rencontrés pour s'interroger sur les caractéristiques inhabituelles des opérations. Lors de cette rencontre, National a alors indiqué qu'elle n'agissait qu'à titre de mandataire à l'égard du compte nº 2. Du 14 au 19 juin 1991, Gordon a procédé à un examen de la garantie détenue relativement à ce compte. Il a été déterminé que la valeur de la garantie était de 51 000 000 $ inférieure à celle des obligations du gouvernement canadien.

Le 19 juin, Gordon a retenu les services d'un cabinet juridique pour déterminer la nature du compte de National en consultant la documentation et en interrogeant Rachar. Le juge O'Brien a conclu que Gordon comptait sur ce cabinet juridique pour la conseiller sur le libellé de l'article 5 de la police.

Le 20 juin, l'agent de vérification de la conformité chez Gordon, Peter Bailey, a rencontré Rachar qui a nié toute irrégularité du compte. Le 21 juin, Bailey et un avocat du cabinet juridique ont rencontré Rachar qui a admis qu'il connaissait Lett, tout en confirmant que National agissait en tant que mandant à l'égard du compte. Le 24 juin 1991, Bailey a de nouveau rencontré Rachar pour déterminer si le compte était en fait détenu par un particulier plutôt que par une IFD. Le 26 juin, date de la découverte du sinistre selon la preuve de sinistre déposée, Bailey et Rachar ont rencontré

suspended him and denied him access to Gordon's premises. Gordon notified the Toronto Stock Exchange, who notified the Ontario Securities Commission, that there had been misrepresentation by Rachar and that it had a margin deficiency. Gordon retained the Forensic Accounting Division of Peat Marwick Thorne and subsequently Lindquist Avey Macdonald Baskerville to conduct an investigation. Bailey advised senior people at Gordon that Gordon would have to put up in excess of $80,000,000 of regulatory capital.

Lett. Bailey a décidé que Rachar avait menti et l'a suspendu, en lui interdisant l'accès aux locaux de Gordon. Gordon a informé la Bourse de Toronto, qui à son tour a informé la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, des déclarations inexactes de Rachar et de son insuffisance de couverture. Gordon a demandé à la division de la juricomptabilité de Peat Marwick Thorne et, par la suite, à Lindquist Avey Macdonald Baskerville de procéder à une enquête. Bailey a informé les cadres supérieurs de Gordon que celle-ci devrait fournir plus de 80 000 000 $ de capital réglementaire.

On June 27, 1991, Gordon took out a loan of approximately $90,000,000 to meet the regulatory capital obligations. It immediately began paying interest on the loan; this interest was claimed in the sworn proof of loss.

13 Le 27 juin 1991, Gordon a contracté un prêt d'environ 90 000 000 $ pour satisfaire à ces obligations de capital réglementaire. Elle a immédiatement commencé à payer des intérêts sur le prêt, et ces intérêts sont réclamés dans la preuve de sinistre attestée sous serment.

On June 28, 1991, Gordon notified Guarantee of a potential fidelity bond claim in relation to the activities of Rachar. During a meeting among representatives of Guarantee, the law firm and Peat Marwick, Brian Clarkin of Guarantee was told that the discovery of the loss by Gordon occurred on June 26, 1991.

14 Le 28 juin 1991, Gordon a informé Guarantee de la possibilité qu'une réclamation fondée sur une assurance contre les détournements soit présentée relativement aux activités de Rachar. Lors d'une rencontre des représentants de Guarantee, du cabinet juridique et de Peat Marwick, Brian Clarkin, de Guarantee, a appris que Gordon avait découvert le sinistre le 26 juin 1991.

Bailey testified that he was concerned, on July 1, 1991 "that there had to be some kind of relationship for . . . Rachar to proceed with these transactions". He assumed that there had been a relationship between Rachar and Lett. He concluded that Gordon would have to unwind the transactions arising from the dishonest conduct of Rachar and that it would suffer a substantial loss. On July 2, 1991, Guarantee provided Gordon with a proof of loss form. It directed Gordon's attention to the requirements of the Bond.

15 Bailey a témoigné qu'il craignait, le 1er juillet 1991, [TRADUCTION] «qu'un lien quelconque ait existé pour [. . .] que Rachar puisse effectuer ces opérations». Il a supposé qu'un lien avait existé entre Rachar et Lett. Il a conclu que Gordon devrait liquider les opérations résultant de la conduite malhonnête de Rachar et qu'elle subirait une perte substantielle. Le 2 juillet 1991, Guarantee a remis à Gordon une formule de preuve de sinistre. Elle a attiré l'attention de Gordon sur les exigences de la police.

On July 2, 1991, Gordon learned about the irregularities with respect to the Citibank certificates of deposit. It learned of other irregularities on July 5 and July 8, 1991.

16 Le 2 juillet 1991, Gordon a été informée des irrégularités des certificats de dépôt de Citibank. D'autres irrégularités ont été portées à sa connaissance les 5 et 8 juillet 1991.

On July 10, 1991, Rachar agreed to an inspection of his personal records. On August 15, 1991,

17 Le 10 juillet 1991, Rachar a consenti à l'inspection de ses dossiers personnels. Le 15 août 1991,

Gordon was informed that Rachar had obtained a personal benefit in connection with the transactions. In fact, National advised Gordon that it had discovered a cheque payable to Rachar for $800,000 in account of Lett at National.

18 Gordon continued to investigate the activities of Rachar. Lindquist presented a report in February 1992. Gordon then delivered a sworn proof of loss to Guarantee on March 31, 1992, after having obtained two extensions of time for its filing. The report of the forensic investigators was appended to the proof of loss, which affirmed that the date of discovery was June 26, 1991.

19 On August 5, 1992, Guarantee advised Gordon that, pursuant to a provision in the Bond, it was rescinding the Bond, which had in effect expired on December 31, 1991, on the basis that Gordon had made misrepresentations in its application for the bond. In its application for insurance, Gordon represented to Guarantee that for the purposes of internal control, customer accounts would be reviewed on a monthly basis by a partner, officer or other designated employee not involved with the relevant account. The proof of loss submitted by Gordon, however, revealed that Racher had sole responsibility for the National accounts, and that the accounts were not subject to review. After various meetings between the parties, an agreement was reached to allow Guarantee to pursue its investigation. On August 7, 1992, Gordon refused to accept the return of premiums from Guarantee and denied the validity of the rescission. The parties agreed to pursue negotiations without prejudice to their legal positions.

20 On June 30, 1993, Bailey advised Guarantee that Gordon had not commenced an action prior to June 26, 1993. On July 15, 1993, Gordon commenced an action in Quebec, and on July 16 in Ontario. On July 21, 1993, Guarantee set out its position on the limitation period. Guarantee commenced an action in Ontario on July 29, 1993. On August 4, 1993, Gordon filed a notice of intent to defend.

Gordon a appris que Rachar avait tiré un avantage personnel des opérations. En fait, National a avisé Gordon qu'elle avait découvert un chèque au montant de 800 000 $ payable à Rachar sur le compte que Lett possédait chez elle.

Gordon a continué d'enquêter sur les activités de Rachar. Lindquist a soumis un rapport en février 1992. Gordon a alors fait parvenir à Guarantee, le 31 mars 1992, une preuve de sinistre attestée sous serment, après avoir obtenu deux prorogations de délai pour la déposer. Le rapport des juricomptables était annexé à la preuve de sinistre, qui confirmait que la date de découverte était le 26 juin 1991.

Le 5 août 1992, Guarantee a informé Gordon que, conformément à une disposition de la police, elle résiliait cette police qui avait en fait expiré le 31 décembre 1991, pour le motif que Gordon avait fait des déclarations inexactes dans sa demande de police. Dans cette demande, Gordon avait indiqué à Guarantee qu'à des fins de contrôle interne chacun des comptes clients ferait l'objet d'un examen mensuel par un associé, un dirigeant ou un autre employé désigné n'ayant rien à voir avec le compte en question. Toutefois, la preuve de sinistre présentée par Gordon révélait que Rachar avait l'entière responsabilité des comptes de National et que ceux-ci ne faisaient l'objet d'aucun examen. Après diverses rencontres, les parties ont convenu de permettre à Guarantee de poursuivre son enquête. Le 7 août 1992, Gordon a refusé le remboursement des primes par Guarantee et a nié la validité de la résiliation. Les parties ont accepté de poursuivre les négociations sans que cela ne porte atteinte à leur situation juridique.

Le 30 juin 1993, Bailey a informé Guarantee que Gordon n'avait intenté aucune action avant le 26 juin 1993. Gordon a intenté une action au Québec le 15 juillet 1993, puis en Ontario le 16 juillet de la même année. Le 21 juillet 1993, Guarantee a exposé son point de vue sur le délai de prescription. Guarantee a intenté une action en Ontario le 29 juillet 1993. Le 4 août 1993, Gordon a déposé un avis d'intention de présenter une défense.

On August 20, 1993, Bailey swore an affidavit stating that the monetary benefit which Rachar received was not known on June 26, 1991, "which may result in the date of discovery being after June 26, 1991".

Ground J. refused Gordon's motion to stay the Ontario action on January 17, 1994. On April 25, 1994, Montgomery J. refused to grant leave to appeal that decision. This Court refused a further application for leave to appeal. On November 21, 1994, Gordon filed its statement of defence. In January of 1997, Guarantee made a motion for summary judgment relying only on the limitation period contained in the Bond. Meanwhile, the Quebec Court of Appeal had stayed the Quebec action pending the determination of the Ontario action.

II. Judicial History

(1) *The Motion for Summary Judgment* (1997), 32 O.R. (3d) 428

The relevant portion of O'Brien J.'s decision deals with the argument that Guarantee's rescission prevented reliance on the limitation provision, and the argument that the conditions for summary judgment were not met.

On the first issue, O'Brien J. held that assuming the rescission was wrongful, it did not prevent reliance on the limitation period contained in the Bond. On the second issue, the motion judge first noted that Gordon had conceded some of the interest expense on money borrowed to meet the margin requirements predated July 16, 1991, and that it constituted "some 'loss' at that time" (p. 437). He rejected the argument by Gordon that the limitation period did not commence to run until a loss was "incurred" by Gordon. It was his view that there is no ambiguity regarding the word "loss", which must refer to the loss as described in the

Le 20 août 1993, Bailey a signé un affidavit attestant que l'existence de l'avantage pécuniaire tiré par Rachar était inconnue le 26 juin 1991, [TRADUCTION] «de sorte que la découverte peut avoir eu lieu après le 26 juin 1991». 21

Le 17 janvier 1994, le juge Ground a rejeté la motion de Gordon visant à faire suspendre l'action intentée en Ontario. Le 25 avril 1994, le juge Montgomery a refusé l'autorisation d'en appeler de cette décision. Notre Cour a rejeté une autre demande d'autorisation de pourvoi. Le 21 novembre 1994, Gordon a produit sa défense. En janvier 1997, Guarantee a présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire uniquement sur la base du délai de prescription prévu dans la police. Dans l'intervalle, la Cour d'appel du Québec avait suspendu l'action intentée au Québec jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur l'action intentée en Ontario. 22

II. Historique des procédures judiciaires

(1) *La motion visant à obtenir un jugement sommaire* (1997), 32 O.R. (3d) 428

La partie pertinente de la décision du juge O'Brien porte sur l'argument que la résiliation par Guarantee empêchait d'invoquer la disposition relative à la prescription et sur l'argument que les conditions applicables au jugement sommaire n'étaient pas remplies. 23

En ce qui concerne la première question, le juge O'Brien a décidé que, même en supposant que la résiliation ait été injustifiée, elle n'empêchait pas d'invoquer le délai de prescription prévu dans la police. Quant à la seconde question, le juge des requêtes a d'abord fait remarquer que Gordon avait reconnu qu'une partie des intérêts payés sur le prêt contracté pour satisfaire aux exigences de couverture avait été versée avant le 16 juillet 1991 et qu'elle constituait [TRADUCTION] «un "sinistre" à l'époque» (p. 437). Il a rejeté l'argument de Gordon selon lequel le délai de prescription n'avait commencé à courir qu'au moment où un sinistre était «survenu» à son égard. Il n'y avait selon lui aucune ambiguïté concernant le sens du mot «sinistre», qui doit s'entendre du sinistre décrit à la 24

"Discovery" section of the Bond. This, he said, is not an actual loss.

25 Dealing with the conditions applicable to summary judgment, O'Brien J. said there were no significant issues requiring trial, whether legal or factual. He specifically rejected the argument that the different affidavits of Bailey raised a credibility issue requiring trial.

(2) *The Decision of the Court of Appeal* (1998), 38 O.R. (3d) 563

26 Noting that "this is a very difficult issue and one in which there is little guidance in the jurisprudence of this jurisdiction", Carthy J.A. concluded that the Ontario action was not barred by virtue of the limitation period in the Bond because Guarantee had rescinded the Bond. He reasoned that the limitation period was similar to the filing of a proof of loss provision, and that the latter could not be enforced after rescission on the authority of *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1918), 58 S.C.R. 169, at p. 182. In his view, only the neutral features of a contract could survive rescission. On the other issue, Carthy J.A. found that "should this judgment be reversed on further appeal . . . the question of when the loss was discovered within the meaning of the bond should be left for determination at trial" (p. 573). He based his conclusion on the finding that "[t]here are serious factual disputes about when there was discovery of the type of loss covered by the bond" (p. 573), but gave no indication of the nature of those disputes.

III. Analysis

(1) *Were the Conditions for Summary Judgment Met?*

27 The appropriate test to be applied on a motion for summary judgment is satisfied when the applicant has shown that there is no genuine issue of material fact requiring trial, and therefore sum-

rubrique «Découverte» de la police. Il ne s'agit pas, a-t-il dit, d'un sinistre réel.

En ce qui concerne les conditions applicables au jugement sommaire, le juge O'Brien a dit qu'il n'y avait aucune question de droit ou de fait importante qui requérait la tenue d'un procès. Il a expressément écarté l'argument selon lequel les divers affidavits de Bailey soulevaient une question de crédibilité requérant la tenue d'un procès.

(2) *L'arrêt de la Cour d'appel* (1998), 38 O.R. (3d) 563

Faisant remarquer [TRADUCTION] «qu'il s'agit d'une question très difficile au sujet de laquelle la jurisprudence de notre cour n'est pas d'un grand secours», le juge Carthy a décidé que le délai de prescription prévu dans la police ne faisait pas obstacle à l'action intentée en Ontario, puisque Guarantee avait résilié la police. Il s'est dit d'avis que le délai de prescription ressemblait à la disposition relative au dépôt d'une preuve de sinistre qui devenait inapplicable à la suite d'une résiliation, selon *Ross c. Scottish Union and National Insurance Co.* (1918), 58 R.C.S. 169, à la p. 182. À son avis, seules les caractéristiques neutres d'un contrat continuaient d'exister après la résiliation. En ce qui concerne l'autre question, le juge Carthy a conclu que [TRADUCTION] «si jamais le présent jugement était infirmé à la suite d'un autre appel [. . .] la question de savoir à quel moment le sinistre a été découvert au sens de la police devrait être tranchée au procès» (p. 573). Il a fondé sa conclusion sur la constatation [TRADUCTION] «qu'il existe de sérieux différends d'ordre factuel quant à savoir à quel moment il y a eu découverte d'un sinistre du genre visé par la police» (p. 573), mais il n'a pas précisé la nature de ces différends.

III. Analyse

(1) *Les conditions applicables au jugement sommaire étaient-elles remplies?*

Le critère qu'il convient d'appliquer à une motion visant à obtenir un jugement sommaire est respecté lorsque le requérant démontre qu'il n'y a aucune véritable question de fait importante qui

mary judgment is a proper question for consideration by the court. See *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 15; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.), at pp. 267-68; *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), at pp. 550-51. Once the moving party has made this showing, the respondent must then "establish his claim as being one with a real chance of success" (*Hercules*, *supra*, at para. 15).

requiert la tenue d'un procès et qu'il est donc opportun que le tribunal examine s'il y a lieu d'accorder un jugement sommaire. Voir *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, au par. 15; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.), aux pp. 267 et 268; *Irving Ungerman Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), aux pp. 550 et 551. Une fois que l'auteur de la motion a fait cette démonstration, il incombe ensuite à la partie intimée «d'établir que son action a vraiment des chances de réussir» (*Hercules*, précité, au par. 15).

The limitation period defence raises mixed questions of fact and law. O'Brien J. found that the only disputes were on the application of the law. We find no reason to disturb this finding.

28 La défense fondée sur le délai de prescription soulève des questions mixtes de fait et de droit. Le juge O'Brien a conclu que les différends portaient uniquement sur l'application du droit. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion.

Under section 3 of the Bond, all that is required for discovery of loss are sufficient facts to cause a reasonable person to assume that a loss of a type covered by the Bond will be incurred. A loss need not be conclusively determined to be covered in order for discovery to occur. Having accepted that Gordon knew its employee had acted fraudulently before July 16, 1991 and that Gordon had already incurred interest charges in respect of a $90,000,000 loan to meet its regulatory capital obligations, O'Brien J. inferred that it could reasonably be assumed that a loss of the type covered by the policy was or would be incurred. Although O'Brien J. regarded as significant that Gordon had actually incurred interest charges without questioning whether they were in fact covered by the Bond, he clearly rejected the argument that a loss had to be incurred before the limitation period would commence to run.

29 Suivant l'article 3 de la police, la découverte d'un sinistre requiert seulement l'existence de faits suffisants pour inciter une personne raisonnable à supposer qu'un sinistre du genre visé par la police surviendra. Il peut y avoir découverte sans qu'il soit nécessaire de décider péremptoirement que le sinistre est visé par la police. Après avoir convenu que Gordon savait que son employé avait agi frauduleusement avant le 16 juillet 1991 et qu'elle avait déjà payé des intérêts sur un prêt de 90 000 000 $ contracté pour satisfaire à ses obligations de capital réglementaire, le juge O'Brien a déduit que l'on pouvait raisonnablement supposer qu'un sinistre du genre visé par la police était survenu ou surviendrait. Même s'il a jugé significatif le fait que Gordon ait payé des intérêts sans se demander s'ils étaient effectivement visés par la police, le juge O'Brien a clairement rejeté l'argument qu'un sinistre devait être survenu pour que le délai de prescription commence à courir.

We are of the view that the undisputed facts in this case lend strong support to the motion judge's inference. Without repeating all that is said in the background section, we would note that Gordon had, on or before June 26, 1991, found out that Account # 2 was not held by a DFI and that Rachar had lied concerning the account; it had borrowed $90,000,000 to meet regulatory capital require-

30 Nous sommes d'avis que les faits non contestés en l'espèce étayent fortement la déduction du juge des requêtes. Sans reprendre tout ce qui a été dit pour décrire le contexte, nous tenons à souligner que, le 26 juin 1991 ou avant cette date, Gordon avait découvert que le compte nº 2 n'était pas détenu par une IFD et que Rachar avait menti au sujet de ce compte; elle avait emprunté

ments, hired forensic accountants and instructed its law firm, notified the Toronto Stock Exchange, suspended Rachar and prevented him from entering their premises. Shortly thereafter, Gordon filed a notice of loss and became suspicious of a Rachar-Lett relationship. The filing of a notice of loss in itself is a strong indication that Gordon reasonably assumed that a loss covered by the Bond had been or would be incurred. The fact that the interest paid on account of the loan may eventually not be covered under the Bond is immaterial since a reasonable person would assume it fits within the definition of "a loss of a type covered by [the] bond". Likewise, suspicion in itself is not sufficient to constitute discovery, but coupled with all other material facts it would cause a reasonable person to assume a loss has been or will be incurred and a personal benefit is involved.

90 000 000 $ pour satisfaire aux exigences de capital réglementaire, retenu les services de juricomptables et donné des directives à son cabinet d'avocats, avisé la Bourse de Toronto et suspendu Rachar à qui elle avait interdit l'accès à ses locaux. Peu après, Gordon a déposé un avis de sinistre et commencé à soupçonner l'existence d'un lien entre Rachar et Lett. Le dépôt d'un avis de sinistre est en soi un indice convaincant que Gordon supposait raisonnablement qu'un sinistre visé par la police était survenu ou surviendrait. La possibilité que les intérêts payés sur le prêt ne soient pas éventuellement visés par la police est sans importance, étant donné qu'une personne raisonnable supposerait qu'ils répondent à la définition d'un «sinistre du genre visé par la [. . .] police». De même, un doute n'est pas suffisant en soi pour qu'il y ait découverte, mais combiné à tous les autres faits importants, il inciterait une personne raisonnable à supposer qu'un sinistre est survenu ou surviendra et qu'un avantage personnel est en cause.

31 Gordon objected that the various affidavits of Bailey raised a credibility issue sufficient to require a trial. O'Brien J. disagreed. Reading the various affidavits, he was of the view that Bailey's reversal of position after a limitation period defence had been asserted did not create a genuine issue for trial. We agree with that finding. The reversal was based on Bailey's opinion that actual knowledge that Rachar had benefited from his transactions was determinative. The affidavit of November 22, 1995 states that the June 26, 1991 date was used only because this was the date at which Gordon knew it had to meet a capital requirement, not because it believed that a loss of the type covered by the Bond had occurred. O'Brien J. looked at this in the context of the proceedings, taking into account the sophistication of the parties and the fact that they had been discussing their problem with forensic accountants and outside legal counsel. We do not find his conclusion to be unreasonable, especially in view of the fact that the true test of discoverability is an objective one under the terms of section 3 of the Bond. We would add that the trial judge's ruling on this point is entirely consistent with previous decisions holding that a self-serving affidavit is not suffi-

Gordon a fait valoir que les divers affidavits de Bailey soulevaient une question de crédibilité suffisante pour nécessiter la tenue d'un procès. Le juge O'Brien n'était pas de cet avis. Après avoir lu ces différents affidavits, il a conclu que le revirement d'opinion de Bailey après que le délai de prescription eut été invoqué en défense n'a pas donné naissance à une véritable question requérant la tenue d'un procès. Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Ce revirement reposait sur l'avis de Bailey que la connaissance réelle du fait que Rachar avait tiré avantage de ses opérations était déterminante. Selon l'affidavit du 22 novembre 1995, la date du 26 juin 1991 n'était retenue que parce que Gordon savait alors qu'elle devait satisfaire à une exigence de capital et non parce qu'elle croyait qu'un sinistre du genre visé par la police était survenu. Le juge O'Brien a examiné cette question dans le contexte de l'instance, en tenant compte du fait que les parties étaient des parties avisées qui avaient discuté de leur problème avec des juricomptables et des avocats de l'extérieur. Sa conclusion ne nous paraît pas déraisonnable, particulièrement à la lumière du fait que le véritable critère de la possibilité de découvrir est objectif selon le libellé de l'article 3 de la police. Nous

cient in itself to create a triable issue in the absence of detailed facts and supporting evidence. See *Rogers Cable TV Ltd. v. 373041 Ontario Ltd.* (1994), 22 O.R. (3d) 25 (Gen. Div.); *Confederation Trust Co. v. Alizadeh*, [1998] O.J. No. 408 (QL) (Gen. Div.).

tenons à ajouter que la décision du juge de première instance sur ce point est entièrement compatible avec la jurisprudence antérieure voulant qu'en l'absence d'un exposé détaillé des faits et d'éléments de preuve à l'appui, un affidavit intéressé n'est pas suffisant en soi pour donner naissance à une question susceptible de faire l'objet d'un débat judiciaire. Voir *Rogers Cable TV Ltd. c. 373041 Ontario Ltd.* (1994), 22 O.R. (3d) 25 (Div. gén.); *Confederation Trust Co. c. Alizadeh*, [1998] O.J. No. 408 (QL) (Div. gén.).

Gordon insists that the facts known to Gordon did not suffice to cause a reasonable person to assume a loss "of a type" covered by the Bond. O'Brien J. did not discuss this issue except to say that the loss he contemplated was the one described in the "Discovery" section. We believe that on a proper reading of the Bond, a loss of the type covered is simply a loss resulting from employee dishonesty with the presumption that the manifest intent of such behaviour was personal gain. This is the only interpretation that accords with the nature of the fidelity bond and which makes commercial sense. To require evidence of an actual benefit would defeat the purpose of an early notification provision which specifically excludes the need to establish an actual loss. It would also expose the insurer to "long tail" claims (evidence of a personal benefit could come years after evidence of a loss), as argued by the respondent Chubb, and contradict the normal assumption that dishonesty, fraud and deceit are usually associated with personal benefit.

32 Gordon souligne que les faits qu'elle connaissait n'étaient pas suffisants pour inciter une personne raisonnable à supposer l'existence d'un sinistre «du genre» visé par la police. Le juge O'Brien n'a pas analysé cette question, sauf qu'il a dit que le sinistre qu'il envisageait était celui décrit à la rubrique «Découverte». Nous croyons que, selon une juste interprétation de la police, un sinistre du genre visé correspond simplement au sinistre résultant de la malhonnêteté d'un employé qui, présume-t-on, avait manifestement l'intention de réaliser un gain personnel. C'est la seule interprétation qui soit compatible avec la nature de l'assurance contre les détournements et qui soit logique sur le plan commercial. Exiger la preuve d'un avantage réel irait à l'encontre de l'objectif d'une disposition en matière de préavis, qui exclut expressément la nécessité d'établir un sinistre réel. Cela exposerait également l'assureur à des réclamations à long terme (la preuve d'un avantage personnel pouvant être obtenue plusieurs années après la preuve d'un sinistre), comme le fait valoir l'intimée Chubb, et serait contraire à la supposition normale que la malhonnêteté, la fraude et la tromperie vont habituellement de pair avec l'avantage personnel.

Gordon also argues that the question of law is uncertain. In his factum, counsel for Gordon argues that discovery is only established when there is knowledge of a "real loss", or knowledge of all of the facts which the insured must prove in order to entitle him or her to judgment. In fact, the issue is simply one regarding the interpretation of the Bond.

33 Gordon soutient également que la question de droit est incertaine. Dans son mémoire, l'avocat de Gordon prétend qu'il n'y a découverte que s'il y a connaissance d'un «sinistre réel» ou de tous les faits que l'assuré doit établir pour avoir droit à un jugement. En réalité, le litige concerne simplement l'interprétation de la police.

34 Section 3 of the bond first requires that the insured "becomes aware of facts". This simply means "being informed of" facts. It then provides that those facts "would cause a reasonable person to assume". This is an objective test that does not require a definitive finding, but an assumption. Another component is that those facts relate to a possible loss "of a type covered by [the] bond". These broad terms refer to the nature of the coverage involved, namely, fidelity insurance. The type of conduct contemplated is dishonest conduct. The section specifies that the loss "has been or will be incurred". This excludes the requirement of actual loss and introduces the notion that the insured may be subject to a loss. The last part of the section specifies the following: "regardless of when the act or acts causing or contributing to such loss occurred, even though the exact amount or details of loss may not then be known"; this is also inconsistent with Gordon's argument that the loss must be incurred. It specifies that the limitation runs from the first evidence establishing discovery.

L'article 3 de la police exige premièrement que l'assuré [TRADUCTION] «pren[ne] connaissance de faits». Cela signifie simplement qu'il doit «être informé» des faits. Il prévoit ensuite que ces faits doivent être «de nature à inciter une personne raisonnable à supposer». Il s'agit d'un critère objectif qui requiert non pas une conclusion définitive mais une supposition. Un autre élément veut que ces faits se rapportent à un éventuel sinistre «du genre visé par la [. . .] police». Ces termes généraux renvoient à la nature de la protection en cause, à savoir une assurance contre les détournements. Le genre de comportement envisagé est le comportement malhonnête. L'article précise que le sinistre «est survenu ou surviendra», ce qui exclut l'exigence de sinistre réel et laisse entendre que l'assuré peut être victime d'un sinistre. La dernière partie de l'article précise ceci: «peu importe le moment où ont été accomplis l'acte ou les actes qui ont causé le sinistre ou y ont contribué, même s'il se peut que le montant exact ou le détail du sinistre ne soit pas encore connu»; cela est également incompatible avec l'argument de Gordon que le sinistre doit être survenu. L'article indique que le délai de prescription commence à courir dès l'obtention du premier élément de preuve établissant la découverte.

35 We agree that there is no legal issue to be resolved at trial. The application of the law as stated to the facts is exactly what is contemplated by the summary judgment proceeding. The motion judge found that the undisputed facts met the definition of discovery of loss under the Bond and that a reasonable person would have assumed that they were sufficient to establish that a loss of a type covered by the Bond had been or would be incurred. The Court of Appeal did not provide sufficient reasons on this issue for us to comment. It did not describe the factual disputes in the case, except to say that the interest paid on the loan of $90,000,000 before June 26, 1991 may not have been a covered loss. As mentioned earlier, this last comment is inconsistent with the fact that the Bond does not require that facts known by the insured be ultimately proved to relate to an actual recoverable loss. With regard to the alleged uncertainty of the term "loss", the Court of Appeal

Nous convenons qu'il n'existe aucune question de droit à trancher au procès. L'application du droit énoncé aux faits est exactement ce qui est envisagé par la procédure de jugement sommaire. Le juge des requêtes a conclu que les faits non contestés répondaient à la définition de la découverte d'un sinistre contenue dans la police et qu'une personne raisonnable aurait supposé qu'ils étaient suffisants pour établir qu'un sinistre du genre visé par la police était survenu ou surviendrait. À cet égard, la Cour d'appel n'a pas exposé de motifs suffisants pour que nous puissions les commenter. Sa description des différends relatifs aux faits de l'affaire se résume à une affirmation qu'il se pouvait que les intérêts payés sur le prêt de 90 000 000 $ avant le 26 juin 1991 ne soient pas un sinistre visé. Tel que mentionné précédemment, cette dernière observation est incompatible avec le fait que la police n'exige pas qu'il s'avère en fin de compte que les faits connus de l'assuré se rappor-

agreed with O'Brien J. We are also of the view that no issue for trial has been established in this regard.

We would therefore conclude that the motions judge committed no error in determining that this was a proper case for summary judgment. Gordon has not met the evidentiary burden to show there is a genuine issue for trial.

(2) *Was Guarantee Precluded from Relying on the Limitations Clause in Section 5(d) of the Bond by Reason of Its Rescission of the Bond?*

For the purposes of bringing a summary motion, Guarantee agreed to proceed on the basis that its rescission of the Bond was wrongful. Accordingly, the issue to be determined on the motion was the legal question of whether wrongful rescission precluded Guarantee from relying on the contractual limitation period contained in the Bond as a defence to Gordon's claim for coverage.

Given both parties' assumption that Guarantee's rescission was wrongful, it is not necessary to address the effect of the contract's limitations period assuming a valid rescission. However, we believe it is worthwhile, both as background and to eliminate some apparent confusion, to address the distinction between rescission and repudiation. This done, we will turn to the question of whether a limitations clause can survive a wrongful rescission.

(a) The Distinction Between Rescission and Repudiation

A fundamental confusion seems to exist over the meaning of the terms "rescission" and "repudiation". This confusion is not a new one, as it has plagued common law jurisdictions for years.

tent à un sinistre réel pouvant donner lieu à indemnisation. Quant au prétendu sens incertain du terme «sinistre», la Cour d'appel a souscrit à l'avis du juge O'Brien. Nous estimons également que l'existence d'une question justifiant la tenue d'un procès n'a pas été établie à cet égard.

36 Nous sommes donc d'avis de conclure que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en décidant que l'affaire se prêtait à un jugement sommaire. Gordon n'a pas satisfait à l'obligation de prouver l'existence d'une véritable question justifiant la tenue d'un procès.

(2) *Après avoir résilié la police, Guarantee était-elle empêchée d'invoquer la clause du délai de prescription contenue à l'article 5d) de cette police?*

37 Afin de présenter sa motion visant à obtenir un jugement sommaire, Guarantee a accepté de tenir pour acquis que sa résiliation de la police était injustifiée. Il s'agissait donc de trancher, dans le cadre de cette motion, la question juridique de savoir si la résiliation injustifiée empêchait Guarantee d'invoquer le délai de prescription prévu dans la police pour se défendre contre la réclamation de Gordon.

38 Étant donné que les deux parties supposent que la résiliation par Guarantee était injustifiée, il n'est pas nécessaire d'aborder l'effet du délai de prescription contractuel en cas de résiliation valide. Nous croyons toutefois qu'il vaut la peine d'aborder la distinction qui existe entre la résiliation et la répudiation, à la fois pour comprendre la situation et pour éliminer la confusion qui semble exister dans la jurisprudence et les ouvrages de doctrine. Une fois cela fait, nous examinerons si une clause établissant un délai de prescription peut s'appliquer malgré une résiliation injustifiée.

a) La distinction entre résiliation et répudiation

39 Il semble exister une confusion fondamentale au sujet du sens des mots «résiliation» et «répudiation». Cette confusion, qui n'est pas nouvelle, règne depuis des années dans les ressorts de

Rescission is a remedy available to the representee, *inter alia*, when the other party has made a false or misleading representation. A useful definition of rescission comes from Lord Atkinson in *Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co.*, [1923] A.C. 773 (H.L.), at p. 781:

> Where one party to a contract expresses by word or act in an unequivocal manner that by reason of fraud or essential error of a material kind inducing him to enter into the contract he has resolved to rescind it, and refuses to be bound by it, the expression of his election, if justified by the facts, terminates the contract, puts the parties in status quo ante and restores things, as between them, to the position in which they stood before the contract was entered into.

See similarly G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 807.

40 Repudiation, by contrast, occurs "by words or conduct evincing an intention not to be bound by the contract. It was held by the Privy Council in *Clausen v. Canada Timber & Lands, Ltd.* [[1923] 4 D.L.R. 751], that such an intention may be evinced by a refusal to perform, even though the party refusing mistakenly thinks that he is exercising a contractual right" (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at para. 620). Contrary to rescission, which allows the rescinding party to treat the contract as if it were void *ab initio*, the effect of a repudiation depends on the election made by the non-repudiating party. If that party treats the contract as still being in full force and effect, the contract "remains in being for the future on both sides. Each (party) has a right to sue for damages for *past or future breaches*" (emphasis in original): *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12th ed. 1991), by M. P. Furmston, at p. 541. If, however, the non-repudiating party accepts the repudiation, the contract is terminated, and the parties are discharged from future obligations. Rights and obligations that have already matured are not extinguished. Furmston, *supra*, at pp. 543-44.

common law. Une partie peut résilier un contrat notamment dans le cas où l'autre partie lui a fait une déclaration fausse ou trompeuse. Lord Atkinson donne une définition utile de la résiliation dans *Abram Steamship Co. c. Westville Shipping Co.*, [1923] A.C. 773 (H.L.), à la p. 781:

> [TRADUCTION] Lorsqu'une partie à un contrat exprime sans équivoque, par des paroles ou par des actes, qu'elle a décidé de résilier un contrat parce qu'elle a été amenée à le conclure par fraude ou à la suite d'une erreur essentielle sur un aspect important du contrat, et qu'elle refuse d'être liée par celui-ci, l'expression de son choix, s'il est justifié par les faits, met fin au contrat, ramène les parties au statu quo antérieur et les remet dans la situation où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat.

Voir de même G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (3e éd. 1994), à la p. 807.

Par contre la répudiation se fait [TRADUCTION] «par des mots ou une conduite traduisant l'intention de ne pas être lié par le contrat. Dans l'arrêt *Clausen c. Canada Timber & Lands, Ltd.* [[1923] 4 D.L.R. 751], le Conseil privé a statué que le refus d'exécuter un contrat peut dénoter une telle intention, même si la partie qui exprime ce refus pense à tort qu'elle exerce un droit contractuel» (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4e éd. 1999), au par. 620). Contrairement à la résiliation qui permet à la partie qui résilie le contrat de le considérer comme étant nul au départ, l'effet de la répudiation dépend du choix que fait la partie autre que celle qui répudie le contrat. Si cette dernière considère que le contrat est toujours parfaitement exécutoire, le contrat [TRADUCTION] «reste en vigueur à l'avenir pour les deux parties. Chacune (des parties) a le droit d'intenter une action en dommages-intérêts pour *toute rupture passée ou future*» (en italique dans l'original): *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12e éd. 1991), par M. P. Furmston, à la p. 541. Cependant, si la partie autre que celle qui répudie le contrat accepte la répudiation, le contrat prend fin et les parties sont libérées de leurs obligations futures. Les droits et obligations qui sont déjà arrivés à échéance ne sont pas éteints. Furmston, *op. cit.*, aux pp. 543 et 544.

So much is relatively clear. Problems have arisen, however, from misuse of the word "rescission" to describe an accepted repudiation. In *Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille*, [1987] 2 S.C.R. 440, at p. 455, Wilson J., writing for the Court, addressed the distinction as follows:

> The modern view is that when one party repudiates the contract and the other party accepts the repudiation the contract is at this point terminated or brought to an end. The contract is not, however, rescinded in the true legal sense, i.e., in the sense of being voided *ab initio* by some vitiating element. The parties are discharged of their prospective obligations under the contract as from the date of termination but the prospective obligations embodied in the contract are relevant to the assessment of damages: see *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, [1979] 1 All E.R. 883 (H.L.), and *Moschi v. Lep Air Services Ltd.*, [1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393 (H.L.). [Emphasis added.]

See similarly Waddams, *supra*, at para. 629; Furmston, *supra*, at p. 287, note 12; G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9th ed. 1995), at p. 341; S. Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* (3rd ed. 1970), by W. H. E. Jaeger, vol. 12, § 1454A, at p. 13; cf. *Sail Labrador Ltd. v. Challenge One (The)*, [1999] 1 S.C.R. 265, at paras. 31 and 50.

However, merely clarifying the distinction between rescission and an accepted repudiation does not end the discussion. Since "rescission" has frequently been used to describe an accepted repudiation, courts must be sensitive to the potential for misuse. To that end, courts must analyse the entire context of the contract and give effect, where possible, to the intent of the parties. If they intended "rescission" to mean "an accepted repudiation", then the contract should be interpreted as such. For example, in *Mills v. S.I.M.U. Mutual Insurance Association*, [1970] N.Z.L.R. 602 (C.A.), the court held that a clause stating that in the event of false statements the policy "shall be void", was in fact a repudiation clause. Crucial to the court's reasoning in that case was the fact that the clause in question

Tout cela est relativement clair. Des problèmes découlent toutefois de l'emploi abusif du mot «résiliation» pour décrire une répudiation acceptée. Dans l'arrêt *Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille*, [1987] 2 R.C.S. 440, à la p. 455, le juge Wilson, qui a rédigé les motifs de la Cour, a analysé cette distinction: 41

> Selon la conception moderne, lorsqu'une partie répudie le contrat et que l'autre partie accepte la résiliation, le contrat prend fin à ce moment-là. Toutefois, le contrat n'est pas résilié au sens juridique véritable du terme, c'est-à-dire en ce sens que la présence d'un certain élément a pour effet de le rendre nul au départ. Les parties sont libérées de leurs obligations futures aux termes du contrat à compter de la date où celui-ci est résilié, mais les obligations futures incorporées dans le contrat sont pertinentes pour ce qui est d'évaluer les dommages-intérêts: voir *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, [1979] 1 All E.R. 883 (H.L.), et *Moschi v. Lep Air Services Ltd.*, [1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393 (H.L.). [Nous soulignons.]

Voir de même Waddams, *op. cit.*, au par. 629; Furmston, *op. cit.*, à la p. 287, note 12; G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9e éd. 1995), à la p. 341; S. Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* (3e éd. 1970), par W. H. E. Jaeger, vol. 12, § 1454A, à la p. 13; comparer *Sail Labrador Ltd. c. Challenge One (Le)*, [1999] 1 R.C.S. 265, aux par. 31 et 50.

Toutefois, la simple clarification de la distinction qui existe entre une résiliation et une répudiation acceptée ne met pas fin à la discussion. Comme le terme «résiliation» a été fréquemment utilisé pour décrire une répudiation acceptée, les tribunaux doivent être conscients du risque d'emploi abusif de ce terme. À cette fin, ils doivent analyser le contexte intégral du contrat et, si possible, mettre à exécution l'intention des parties. Si ces dernières ont voulu que le terme «résiliation» s'entende d'une «répudiation acceptée», le contrat doit être interprété ainsi. Par exemple, dans l'arrêt *Mills c. S.I.M.U. Mutual Insurance Association*, [1970] N.Z.L.R. 602 (C.A.), la cour a statué qu'une clause qui prévoyait qu'en cas de fausses déclarations la police serait [TRADUCTION] «nulle» était en fait une clause de répudiation. Le fait que la clause en question prévoyait la perte du droit aux primes a 42

provided for forfeiture of premiums. Turner J. therefore concluded, at p. 609, that

> the policy does not provide that the consequences of an untrue statement shall be that the policy shall be deemed void *ab initio*, as if it had never come into existence, for the premium is to be forfeited. . . . I therefore construe the clause to mean that an untrue statement shall entitle the respondent to repudiate liability under the policy, while keeping the premium.

Of course, contrary to the facts in this appeal, the actual term "rescission" was not used in *Mills*. Nonetheless, we must always examine whether the use of the word rescission is indeed consistent with the parties' intent.

43 Before turning to the issue of intent, however, one must determine whether rescission is even available. As Treitel notes regarding the law in England, *supra*, at p. 347:

> Before the Misrepresentation Act it was clear that a person could rescind a contract for a misrepresentation which did *not* form part of the contract; but it was doubtful whether this right to rescind survived where the misrepresentation was later incorporated into the contract as one of its terms. [Emphasis in original.]

However, the *Misrepresentation Act 1967* (U.K.), 1967, c. 7, s. 1, cleared up that question in England, providing that "a person shall be entitled to rescind notwithstanding that the misrepresentation has become a term of the contract" (Treitel, *supra*, at p. 347).

44 In Canada, the issue is somewhat less clear. The state of the law is best summarized by Waddams, *supra*, at para. 427:

> If the [misrepresentation] is a term of the contract . . . the mistaken party is entitled to damages as for breach of contract. Whether the party is further entitled to set aside the transaction and demand restitution of the contractual benefits transferred will depend upon . . . whether the breach is "substantial" or "goes to the root of" the contract.

joué un rôle crucial dans le raisonnement de la cour. En conséquence, le juge Turner a conclu, à la p. 609, que

> [TRADUCTION] la police ne prévoit pas qu'une déclaration erronée fera en sorte que la police sera réputée nulle au départ comme si elle n'avait jamais existé, puisqu'il doit y avoir perte du droit à la prime. [. . .] Je considère par conséquent que la clause signifie qu'une déclaration erronée habilite l'intimé à répudier sa responsabilité en vertu de la police, tout en conservant la prime.

Il va sans dire que, contrairement à ce qui s'est passé dans le présent pourvoi, le mot «résiliation» («*rescission*») n'a pas été employé dans l'arrêt *Mills*. Néanmoins, nous devons toujours examiner si l'emploi du terme «résiliation» est vraiment compatible avec l'intention des parties.

Avant d'examiner la question de l'intention, il faut déterminer s'il y a même une possibilité de résiliation. Comme Treitel, *op. cit.*, à la p. 347, le fait observer au sujet du droit en vigueur en Angleterre:

> [TRADUCTION] Avant l'adoption de la Misrepresentation Act, il était clair qu'une personne pouvait résilier un contrat en raison d'une déclaration inexacte qui *ne* faisait *pas* partie du contrat; mais on ne savait pas si ce droit de résilier un contrat continuait d'exister lorsque la déclaration inexacte était par la suite incorporée dans le libellé du contrat. [En italique dans l'original.]

La *Misrepresentation Act 1967* (R.-U.), 1967, ch. 7, art. 1, a toutefois clarifié cette question en Angleterre, en prévoyant [TRADUCTION] «qu'une personne a droit à la résiliation même si la déclaration inexacte est devenue une clause du contrat» (Treitel, *op. cit.*, à la p. 347).

Au Canada, cette question est un peu moins claire. C'est Waddams, *op. cit.*, au par. 427, qui résume le mieux l'état du droit:

> [TRADUCTION] Si la [déclaration inexacte] constitue une clause du contrat [. . .] la partie qui s'est méprise a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. La question de savoir si la partie aura en outre le droit d'annuler l'opération et d'exiger la restitution des avantages conférés par le contrat dépend [. . .] de celle de savoir si l'inexécution est «substantielle» ou «touche à l'essence même» du contrat.

A breach that is "substantial" or "goes to the root of" the contract is often also described as a material breach; see, for example, Fridman, *supra*, at p. 293: "A misrepresentation is a misstatement of some fact which is material to the making or inducement of a contract". The misrepresentation in this case was in the application, and was thereby incorporated into the Bond. Specifically, the misrepresentation complained of was, as stated in Guarantee's August 5, 1992 letter to Gordon that

> in respect of customer accounts a partner, officer or other designated responsible employee who has no other duties in connection with the account [would review] each account monthly checking for excessive or improper activity. The proof of loss discloses that no one other than Rachar was charged with reviewing the accounts in question.

The question, in light of the law as stated in Waddams, *supra*, and Fridman, *supra*, is whether the misrepresentation is "substantial", "material", or "goes to the root of" the contract. This brings us back to the issue of the parties' intent, for whether the rescission is warranted is at least in part a question of intent.

Whether the misrepresentation is material is a complicated question on which there is an extensive body of case law. However, these precedents are not entirely apposite, as they generally do not involve contracts, like this one, that use the term "rescission" to define the remedy for a misrepresentation in the application. The rescission clause in this appeal reads as follows:

> The insured represents that the information furnished in the application for this bond is complete, true and correct. Such application constitutes part of this bond.
>
> Any misrepresentation, omission, concealment or incorrect statement of a material fact, in the application or otherwise, shall be grounds for the rescission of this bond. [Emphasis added.]

L'inexécution qui est «substantielle» ou qui «touche à l'essence même» du contrat est souvent qualifiée d'importante; voir, par exemple, Fridman, *op. cit.*, à la p. 293: [TRADUCTION] «Une déclaration inexacte est un exposé erroné d'un fait important pour conclure ou pour inciter à conclure un contrat». La déclaration inexacte en l'espèce figurait dans la demande et a donc été incorporée dans la police. Plus précisément, la déclaration inexacte reprochée, selon la lettre du 5 août 1992 que Guarantee a fait parvenir à Gordon, était la suivante:

> [TRADUCTION] en ce qui a trait aux comptes clients, un associé, un dirigeant ou un autre employé désigné n'ayant aucune autre responsabilité relativement au compte en question [procéderait] à un examen mensuel de chacun de ces comptes en vue de vérifier s'ils ont fait l'objet d'une activité abusive ou irrégulière. La preuve de sinistre révèle que seul Rachar était chargé d'examiner les comptes en question.

La question qui se pose, compte tenu de l'état du droit exposé par Waddams, *op. cit.*, et Fridman, *op. cit.*, est de savoir si la déclaration inexacte est «substantielle», «importante» ou «touche à l'essence même» du contrat. Cela nous ramène à la question de l'intention des parties car la question de savoir si la résiliation est justifiée est tout au moins en partie une question d'intention.

La question de savoir si la déclaration inexacte est importante est complexe et fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Toutefois, cette jurisprudence n'est pas tout à fait pertinente puisqu'en général il n'y est pas question de contrats, comme celui dont il est question en l'espèce, où le mot «résiliation» est utilisé pour définir le recours applicable à une déclaration inexacte dans la demande. La clause de résiliation dont il est question en l'espèce se lit ainsi: 45

> [TRADUCTION] L'assuré déclare que les renseignements fournis dans la demande de police sont complets et exacts. La demande fait partie de la police.
>
> Toute déclaration inexacte, omission, dissimulation ou description erronée d'un fait important, dans la présente demande ou ailleurs, constitue un motif de résiliation de la présente police. [Nous soulignons.]

By stating that a misrepresentation in the application would be grounds for rescission, the parties effectively stated their intent that such a misrepresentation is "substantial" and "goes to the root of" the contract. The reference to misrepresentations of "material fact" suggests the same conclusion. These are sophisticated parties that can be expected to know the meaning of fundamental legal terms such as "rescission", and it is appropriate to give effect to their intent as expressed in the plain words of the contract. As stated by Wilson J. in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at p. 505, "parties of equal bargaining power should be allowed to make their own bargains". See similarly, at p. 458, *per* Dickson C.J. This point is discussed more fully *infra*, at paras. 54-56.

46 Aside from our general reluctance to disturb the choice of terms by sophisticated commercial parties, we note in passing that the appellant not only rescinded the contract, but also tendered return of the insurance premiums. Their letter of August 5, 1992 stated their intention to rescind the policy, and they enclosed a cheque for $106,000, representing the premiums paid by Gordon under the policy. This distinguishes this case from *Mills*, *supra*, and demonstrates Guarantee's attempt to effect a restitution and restore the parties to the *status quo ante*, a crucial aspect of rescission. See Waddams, *supra*, at para. 424. While obviously not conclusive evidence of their contractual intentions, this evidence confirms the earlier conclusion that "rescission", as used in this contract, did indeed mean just that.

47 In summary, a misrepresentation, even one that was incorporated into the contract, gives the innocent party the option of rescinding the contract, i.e. to have it declared void *ab initio*. The misrepresentation must be "material", "substantial" or "g[o] to the root of" the contract. We express no opinion on the availability of damages in such cases. Repudiation, by contrast, occurs when one party indicates

En précisant qu'une déclaration inexacte dans la demande justifierait la résiliation, les parties ont effectivement indiqué leur intention qu'une telle déclaration inexacte soit «substantielle» et «touche à l'essence même» du contrat. La mention de la description erronée d'un «fait important» inspire la même conclusion. Les parties sont avisées et on peut donc s'attendre à ce qu'elles connaissent le sens de termes juridiques fondamentaux comme la «résiliation»; il convient de mettre à exécution l'intention qu'elles ont clairement exprimée dans le contrat. Comme l'a dit le juge Wilson dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, à la p. 505, «il devrait être permis à des parties qui ont négocié à armes égales de conclure leur propre contrat». Voir, dans le même ordre d'idées, à la p. 458, le juge en chef Dickson. Cette question est approfondie plus loin, aux par. 54 à 56.

Outre notre réticence générale à modifier les termes choisis par des parties commerciales avisées, nous soulignons en passant que l'appelante a non seulement résilié le contrat, mais qu'elle a aussi offert de rembourser les primes d'assurance. Dans sa lettre du 5 août 1992, elle a exprimé son intention de résilier la police et a joint un chèque de 106 000 $ représentant le montant des primes versées par Gordon en vertu de la police. Cela distingue la présente affaire de l'arrêt *Mills*, précité, et démontre que Guarantee a tenté d'effectuer une restitution et de remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient antérieurement, un aspect crucial de la résiliation. Voir Waddams, *op. cit.*, au par. 424. Bien qu'elle ne soit manifestement pas concluante quant aux intentions des parties contractantes, cette preuve confirme la conclusion précédente que le mot «résiliation», utilisé dans le présent contrat, signifiait précisément cela.

En résumé, une déclaration inexacte, même si elle a été incorporée dans le contrat, donne à la partie innocente la possibilité de résilier le contrat, c'est-à-dire de le faire déclarer nul au départ. La déclaration inexacte doit être «importante», «substantielle» ou «touche[r] à l'essence même» du contrat. Nous ne nous prononçons pas sur la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en

its intention not to fulfill any future obligations under the contract. If the other party accepts the repudiation, the contract is terminated, not rescinded. To use "rescission" and "accepted repudiation" synonymously can lead only to confusion and should be avoided. Where there is some doubt as to whether repudiation or rescission is intended, courts should look to such factors as the context of the contract, particularly the intent of the parties. For sophisticated parties, it will take strong evidence to displace the meaning suggested by the parties' choice of language in the contract itself. In this case, because both parties agreed to the word "rescission", and Guarantee acted in accordance with that intention, the consequence of a valid rescission based on Gordon's misrepresentation is the avoidance of the contract, and Guarantee's release from any liability thereunder.

pareils cas. Par contre, la répudiation se produit lorsque l'une des parties manifeste son intention de ne pas exécuter les obligations futures qui lui incombent en vertu du contrat. Si l'autre partie accepte la répudiation, le contrat prend fin et n'est pas résilié. L'emploi des mots «résiliation» et «répudiation acceptée» comme synonymes ne peut qu'engendrer de la confusion et devrait être évité. Pour dissiper tout doute quant à savoir si c'est la répudiation ou la résiliation qui est voulue, les tribunaux devraient examiner des facteurs comme le contexte du contrat et, en particulier, l'intention des parties. Dans le cas de parties avisées, il faudra une preuve solide pour remplacer le sens qu'inspirent les mots que les parties ont choisi d'utiliser dans le contrat lui-même. En l'espèce, comme les deux parties ont accepté d'utiliser le mot «résiliation» et que Guarantee a agi conformément à cette intention, la conséquence d'une résiliation valide fondée sur la déclaration inexacte de Gordon est la résolution du contrat, Guarantee étant libérée de toutes les obligations en découlant.

(b) Effect of the Contractual Limitation Period Assuming Wrongful Rescission of the Bond by Guarantee

In the event that Gordon did not misrepresent the extent of the risk involved in applying for the fidelity bond, we can assume for the purposes of this part of the analysis that Guarantee wrongfully denied coverage to Gordon on the basis of misrepresentation. The issue then is to determine the legal consequences of a wrongful rescission. Both parties agree that a substantial failure of contractual performance, often described in other contexts as a fundamental breach, may relieve the non-breaching party from future executory obligations under the contract. The extent of disagreement between the parties concerns whether Guarantee's actions constituted a fundamental breach, and whether a time limitation provision is one such executory obligation from which the non-breaching party, here Gordon, is excused.

b) L'effet du délai de prescription contractuel en supposant que la résiliation de la police par Guarantee est injustifiée

48 Si jamais, dans sa demande d'assurance contre les détournements, Gordon n'a pas fait de déclaration inexacte quant à l'étendue du risque en cause, nous pouvons supposer, aux fins de ce volet de l'analyse, que Guarantee a eu tort de refuser d'indemniser Gordon pour ce motif. Il s'agit alors de déterminer les conséquences juridiques d'une résiliation injustifiée. Les deux parties conviennent que l'inexécution substantielle d'un contrat par une partie, souvent appelée «inexécution fondamentale» dans d'autres contextes, peut libérer l'autre partie de l'exécution future des obligations qui lui incombent en vertu du contrat. Le désaccord des parties porte sur la question de savoir si les actes de Guarantee constituaient une inexécution fondamentale et si une disposition relative au délai de prescription est une obligation non encore exécutée dont l'autre partie, en l'occurrence Gordon, est dispensée.

49 Guarantee submits that, in the event that its wrongful rescission amounts to fundamental

49 Guarantee prétend que, si la résiliation injustifiée de sa part équivaut à une inexécution

breach, the legal consequences are governed by the decision of the Court in *Hunter Engineering*, *supra*. For the purposes of this appeal, the relevant portion of the decision dealt with the scope of an exclusion clause limiting liability in a contract between the purchaser, Syncrude Canada Ltd. and the vendor, Allis-Chalmers Ltd. for the supply of extraction gearboxes for Syncrude's synthetic oil plant. The supply contract included a warranty limiting Allis-Chalmer's liability to 24 months from the date of shipment or 12 months from the date the equipment was put into operation, whichever occurred first. In addition, the contract contained a clause excluding Allis-Chalmer's liability pursuant to statutory warranties or conditions. The extraction boxes were put into service in November, 1977. It was not until nearly two years later, in September 1979, that the extraction boxes were found to be defective. Allis-Chalmers did not consider itself responsible for the costs of repair as the contractual warranty period had expired. Syncrude then sued Allis-Chalmers for breach of contract to cover the costs. At issue was whether Allis-Chalmers could enforce the clause excluding liability under the longer statutory warranty period.

fondamentale, les conséquences juridiques sont régies par l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, de notre Cour. Aux fins du présent pourvoi, la partie pertinente de cet arrêt traite de la portée d'une clause d'exclusion limitant la responsabilité qui figurait dans un contrat intervenu entre l'acheteur Syncrude Canada Ltd. et le vendeur Allis-Chalmers Ltd., pour la fourniture de boîtes d'engrenage d'extraction destinées à l'usine de pétrole synthétique de Syncrude. Le contrat d'approvisionnement comportait une garantie limitant la responsabilité d'Allis-Chalmers à 24 mois à compter de la date de livraison ou à 12 mois à compter de la date de mise en service du matériel, selon la première échéance. En outre, le contrat renfermait une clause exonérant Allis-Chalmers de toute responsabilité fondée sur des garanties ou conditions légales. Les boîtes d'engrenage ont été mises en service en novembre 1977. Ce n'est que presque deux ans plus tard, en septembre 1979, que ces boîtes se sont révélées défectueuses. Allis-Chalmers ne se considérait pas responsable du coût des réparations vu que la garantie contractuelle était expirée. Syncrude a alors intenté contre Allis-Chalmers une action fondée sur l'inexécution d'un contrat afin d'obtenir le remboursement de ces coûts. Il s'agissait de savoir si Allis-Chalmers pouvait mettre à exécution la clause d'exonération de responsabilité en vertu de la période de garantie légale plus longue.

50 The Court was called upon to consider the doctrine of fundamental breach, defined as a failure in the breaching party's performance of its obligations under the contract that deprives the non-breaching party of substantially the whole benefit of the agreement. Notwithstanding that in two separate minority reasons, Dickson C.J. (La Forest J. concurring) and Wilson J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) concluded that the seriousness of the defects in the extraction boxes did not amount to a fundamental breach, both Dickson C.J. and Wilson J. discussed the legal consequences in the event that a fundamental breach had occurred. As to the circumstances in which the doctrine applied, Wilson J., at pp. 499-500, noted that the distinction between a mere contractual breach and a breach that is more appropriately characterized as funda-

Notre Cour était appelée à examiner le principe de l'inexécution fondamentale définie comme étant l'omission de l'une des parties de s'acquitter de ses obligations contractuelles, qui a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice du contrat. Même si, dans leurs motifs minoritaires respectifs, ils ont conclu que la gravité des défectuosités des boîtes d'engrenage n'équivalait pas à une inexécution fondamentale, le juge en chef Dickson (avec l'appui du juge La Forest) et le juge Wilson (avec l'appui du juge L'Heureux-Dubé) ont analysé les conséquences juridiques éventuelles d'une inexécution fondamentale. Quant aux circonstances dans lesquelles le principe s'appliquait, le juge Wilson a souligné, aux pp. 499 et 500, que la différence entre une simple inexécution de contrat et une inexécution qu'il convient

mental is the exceptional nature of the remedy; while the traditional remedy for contractual breach is the obligation to pay damages, a fundamental breach permits the non-breaching party to elect instead to put to an end all remaining performance obligations between the parties. Given the exceptional nature of the remedy, Wilson J. rightly noted that the purpose of the restrictive definition of a fundamental breach is to limit the remedy to those circumstances where the entire foundation of the contract has been undermined.

davantage de qualifier de fondamentale réside dans la nature exceptionnelle de la réparation accordée; alors que la réparation traditionnelle pour une inexécution de contrat est l'obligation de payer des dommages-intérêts, l'inexécution fondamentale permet à l'autre partie au contrat de choisir plutôt de mettre fin à toutes les obligations non encore exécutées par les parties. Étant donné la nature exceptionnelle de la réparation, le juge Wilson a fait remarquer à juste titre que la définition restrictive de l'inexécution fondamentale a pour but de limiter la réparation prévue au cas où le fondement du contrat est miné au complet.

As to the appropriate methodology, both Dickson C.J. and Wilson J. noted the existence of two competing views of the consequences of fundamental breach within both Canada and the United Kingdom. The traditional approach was to apply a rule of law whereby the legal effect of a fundamental breach is to bring the contract to an end. The result would be that the breaching party would be unable to rely on any contractual provisions excluding liability pursuant to common law doctrines or statutory regimes, given that the contract was treated as at an end. The alternative approach addressed the consequences of fundamental breach as a matter of construction of the terms of the contract rather than a categorical rule of law. Courts are required to determine whether the contract, properly interpreted, provides that exclusion clauses shall be enforceable in the event of fundamental breach. If, as a matter of contractual interpretation, the parties clearly intended an exclusion clause to continue to apply in the event of fundamental breach, courts were required to enforce the bargain agreed to by the parties, rather than applying a rule of law to rewrite the terms of the contract.

51 En ce qui concerne la méthodologie appropriée, le juge en chef Dickson et le juge Wilson soulignent tous deux l'existence, au Canada et au Royaume-Uni, de deux perceptions opposées des conséquences de l'inexécution fondamentale. La méthode traditionnelle consistait à appliquer une règle de droit selon laquelle l'inexécution fondamentale avait pour effet juridique de mettre fin au contrat. La partie coupable de l'inexécution était donc incapable d'invoquer des dispositions contractuelles d'exonération de responsabilité en application d'un principe de common law ou d'un régime législatif, étant donné que le contrat était considéré comme ayant pris fin. Selon l'autre méthode, les conséquences de l'inexécution fondamentale dépendaient de l'interprétation du contrat, et non d'une règle de droit catégorique. Les tribunaux doivent déterminer si le contrat, interprété correctement, prévoit que les clauses d'exclusion s'appliqueront en cas d'inexécution fondamentale. Si, sur le plan de l'interprétation du contrat, les parties avaient clairement voulu qu'une clause d'exclusion continue de s'appliquer en cas d'inexécution fondamentale, les tribunaux devaient mettre à exécution le contrat conclu par les parties, au lieu d'appliquer une règle de droit pour récrire le contrat.

Noting that the contractual interpretation approach was adopted in England in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), and in prior jurisprudence of the Court (see *B.G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 2 S.C.R. 678;

52 Faisant observer que la méthode de l'interprétation du contrat a été adoptée en Angleterre dans l'arrêt *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), et dans des arrêts antérieurs de notre Cour (*B.G. Linton Construction Ltd. c. Compagnie des chemins de fer*

Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co., [1980] 2 S.C.R. 718), both Dickson C.J. and Wilson J. affirmed that whether 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.

53 Guarantee submits, pursuant to *Hunter Engineering*, *supra*, that it is entitled to enforce the contractual time limitation period based on the intent of the parties that the provision would survive a wrongful rescission. Gordon contends, however, that the differences between exclusion of liability clauses and time limitation provisions is sufficiently substantial that the reasoning in *Hunter Engineering*, *supra*, cannot be extended to apply to the factual circumstances of this appeal. We note that in *Hunter Engineering*, *supra*, at p. 463, Dickson C.J. expressly confined his reasons to the use of fundamental breach in the context of clauses excluding liability. In our opinion, however, the policy rationale in support of the construction approach as applied to exclusion clauses is equally applicable to provisions limiting the time in which an action can be initiated.

54 As discussed by Dickson C.J. in *Hunter Engineering*, *supra*, at p. 458, when the House of Lords rejected the rule of law approach to fundamental breach in its decision in *Photo Production*, *supra*, Lord Wilberforce articulated the underlying policy rationale in favour of the construction approach as a matter of allowing the parties to make their own bargain, at p. 843, as follows:

> At the stage of negotiation as to the consequences of a breach, there is everything to be said for allowing the

nationaux du Canada, [1975] 2 R.C.S. 678; *Beaufort Realties (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718), le 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.

Guarantee invoque l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, pour faire valoir qu'elle a le droit d'appliquer le délai de prescription contractuel du fait que les parties ont voulu que la disposition continue de s'appliquer malgré une résiliation injustifiée. Gordon soutient cependant que la différence entre les clauses d'exonération de responsabilité et les dispositions prévoyant un délai de prescription est suffisamment importante pour que l'application du raisonnement de l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, ne puisse pas être étendue aux faits du présent pourvoi. Nous remarquons que, à la p. 463 de cet arrêt, le juge en chef Dickson limite expressément ses motifs au recours à l'inexécution fondamentale dans le contexte de clauses d'exonération de responsabilité. Or, à notre avis, le raisonnement de principe qui sous-tend l'application de la méthode de l'interprétation aux clauses d'exclusion est tout autant applicable aux dispositions qui prescrivent le délai dans lequel une action peut être intentée.

Comme l'indique le juge en chef Dickson, à la p. 458 de l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, lorsque, dans l'arrêt *Photo Production*, précité, la Chambre des lords a rejeté la façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle d'une règle de droit, lord Wilberforce a énoncé ainsi le raisonnement de principe favorable à une méthode d'interprétation selon laquelle les parties sont autorisées à conclure leur propre contrat (à la p. 843):

> [TRADUCTION] Au stade des négociations portant sur les conséquences de l'inexécution, il y a toutes les

parties to estimate their respective claims according to the contractual provisions they have themselves made . . . .

At the judicial stage there is still more to be said for leaving cases to be decided straightforwardly on what the parties have bargained for rather than upon analysis, which becomes progressively more refined, of decisions in other cases leading to inevitable appeals.

Wilson J. noted that Lord Diplock, in his concurring reasons in *Photo Production*, *supra*, articulated a similar policy concern, stressing that in circumstances where the parties possess equal bargaining power, they should be permitted to make their own bargain and should be held to its terms accordingly, at p. 851:

In commercial contracts negotiated between businessmen capable of looking after their own interests and of deciding how risks inherent in the performance of various kinds of contract can be most economically borne (generally by insurance), it is, in my view, wrong to place a strained construction upon words in an exclusion clause which are clear and fairly susceptible of one meaning only. . . .

Contrary to Gordon's submission, our analysis is more properly focussed not on formal comparisons between exclusion clauses and time limitation provisions, but on the underlying policy rationale that directs courts to the appropriate circumstances for intervention. In terms of negotiating the consequences of a breach of contract, including a fundamental breach, and the role of courts in upholding the bargain struck by commercial parties with equal bargaining power, we do not see any principled distinction between clauses excluding liability and those setting out the applicable limitation periods such that courts should respect the bargain made by the parties in the former case but not in the latter. Indeed, the argument for applying the construction approach may be even more compelling in the case of contractual limitation periods, as the subject matter directly relates to the parties' intentions in the event of non-performance. Given that no reason exists in terms of policy to limit the construction approach to fundamental breach to exclusion clauses alone, we consider the circumstances of this appeal appropriate for extending the

raisons du monde de permettre aux parties d'évaluer leurs réclamations respectives en fonction de leurs propres stipulations contractuelles . . .

Au stade des poursuites judiciaires, il y a encore plus de raisons de trancher les affaires simplement en fonction de ce que les parties ont prévu dans leur contrat plutôt que de se fonder sur une analyse, de plus en plus subtile, de décisions rendues dans d'autres affaires, ce qui mène inévitablement à des appels.

Le juge Wilson a souligné que, dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'arrêt *Photo Production*, précité, lord Diplock a formulé un principe semblable selon lequel, lorsque les parties ont négocié à armes égales, il doit leur être permis de conclure leur propre contrat, et celui-ci doit les régir (à la p. 851): 55

[TRADUCTION] En matière de contrats commerciaux passés entre hommes d'affaires aptes à protéger leurs intérêts et à déterminer la façon la plus avantageuse d'assumer les risques inhérents à l'exécution de divers types de contrats (généralement en souscrivant une assurance), il n'y a pas lieu, à mon avis, d'interpréter au-delà des mots une clause d'exclusion, lorsque ces mots sont clairs et suffisamment exempts d'ambiguïté . . .

Contrairement à ce que prétend Gordon, il convient davantage que notre analyse porte non pas sur des comparaisons formelles entre les clauses d'exclusion et les dispositions établissant un délai de prescription, mais sur le raisonnement de principe sous-jacent qui guide les tribunaux quant aux circonstances dans lesquelles il y a lieu d'intervenir. Pour ce qui est de négocier les conséquences de l'inexécution d'un contrat, y compris l'inexécution fondamentale, et du rôle joué par les tribunaux en confirmant le contrat conclu par des parties commerciales ayant négocié à armes égales, nous ne voyons aucune distinction fondée sur des principes entre les clauses d'exonération de responsabilité et celles qui établissent les délais de prescription applicables, qui ferait en sorte que les tribunaux devraient respecter le contrat conclu par les parties dans le premier cas, mais non dans le second cas. En fait, l'argument en faveur de l'application de la méthode de l'interprétation peut même être plus convaincant dans le cas des délais de prescription contractuels, étant donné que ce sujet touche directement les intentions des parties 56

relevant principles set out in *Hunter Engineering*, *supra*, to interpretation of contractual time limitation periods.

en cas d'inexécution. Comme il n'y a, en principe, aucune raison de restreindre aux seules clauses d'exclusion la façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation, nous estimons que les circonstances du présent pourvoi se prêtent à une application des principes pertinents énoncés dans l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, à l'interprétation des délais de prescription contractuels.

57 We find additional judicial support for our position in the reasons of the Privy Council in *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 138. An employee of the Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. had mistakenly delivered goods in the care of the consignee, Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd., to unauthorized persons such that the shipment was in effect stolen. The bill of lading contained a "Himalaya clause" extending the benefit of defences and immunities from the carrier to independent contractors employed by the carrier, as well as a contractual limitation period barring any action not initiated within one year after the delivery of the goods. The stevedore relied upon both of these provisions as a defence to the action by the consignee. The consignee argued, however, that owing to the fundamental nature of the breach, the stevedore was no longer entitled to rely on the time bar provision. The basis of the consignee's submission on this point was that the requirement to bring suit within one year was an executory obligation imposed upon the non-breaching party, and that the stevedore's fundamental breach relieved the consignee of performing this obligation.

Notre point de vue trouve également appui dans les motifs du Conseil privé dans *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. c. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 138. Un employé de Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. avait livré par erreur à des personnes non autorisées des marchandises sous la garde du consignataire, Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd., de sorte que la cargaison avait en fait été volée. Le connaissement comportait une «clause Himalaya» qui étendait le bénéfice des moyens de défense et des immunités du transporteur aux entrepreneurs indépendants dont il retenait les services, ainsi qu'un délai de prescription d'un an à compter de la livraison des marchandises pour intenter une action. L'entreprise d'arrimage invoquait ces deux dispositions pour se défendre contre l'action du consignataire. Ce dernier faisait cependant valoir que, en raison du caractère fondamental de l'inexécution, l'entreprise d'arrimage ne pouvait plus invoquer la disposition relative au délai de prescription. Le consignataire fondait son argument à ce propos sur le fait que l'exigence d'engager des poursuites dans un délai d'un an constituait une obligation non encore exécutée incombant à la partie innocente et que l'inexécution fondamentale de l'entreprise d'arrimage libérait le consignataire de cette obligation.

58 Delivering the judgment of the Privy Council, Lord Wilberforce dismissed the consignee's arguments on this point as both "unsound" and "unreal" (p. 145). He reasoned that a provision setting out a time limitation period for bringing a cause of action cannot be characterized as an executory obligation. Instead, the provision becomes relevant precisely at the point when performance becomes impossible, as it regulates the time period

En rendant le jugement du Conseil privé, lord Wilberforce a rejeté les arguments du consignataire sur ce point comme étant [TRADUCTION] «boiteux» et «invraisemblables» (p. 145). Selon lui, une disposition qui assujettit un droit d'action à un délai ne saurait être qualifiée d'obligation non encore exécutée. Au contraire, la disposition devient utile au moment précis où l'exécution devient impossible, car elle prévoit le délai à

in which liability for breach of contract is to be established. Adopting the construction approach to fundamental breach from *Photo Production*, *supra*, Lord Wilberforce concluded at p. 145 that "on construction and analysis", the contractual limitation period "plainly operates to exclude the consignee's claim".

l'intérieur duquel la responsabilité de l'inexécution du contrat doit être établie. Adoptant la façon énoncée dans l'arrêt *Photo Production*, précité, d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation, lord Wilberforce conclut, à la p. 145, que [TRADUCTION] «sur les plans de l'interprétation et de l'analyse», le délai de prescription contractuel «a clairement pour effet d'écarter la demande du consignataire».

Given that the decision of the Privy Council in *Port Jackson*, *supra*, and that of the Court in *Hunter Engineering*, *supra*, share a common doctrinal antecedent in *Photo Production*, *supra*, we consider the decision in *Port Jackson* to be persuasive authority in support of Guarantee's submission that the principles in *Hunter Engineering*, *supra*, concerning fundamental breach can apply to determine the status of the contractual limitation period in the event of Guarantee's purported wrongful rescission of the Bond. There is no sound basis in policy, principle or existing jurisprudence in support of Gordon's submission that the construction approach to fundamental breach should be limited to cases of exclusion clauses alone.

59 Vu que les arrêts *Port Jackson*, précité, du Conseil privé et *Hunter Engineering*, précité, de notre Cour s'appuient tous les deux sur les principes établis dans *Photo Production*, précité, nous considérons que l'arrêt *Port Jackson* est un élément convaincant qui appuie l'argument de Guarantee selon lequel les principes de l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, concernant l'inexécution fondamentale peuvent s'appliquer pour déterminer ce qui en est du délai de prescription contractuel dans le cas de sa prétendue résiliation injustifiée de la police. Il n'existe, que ce soit sur le plan de la politique générale, des principes ou de la jurisprudence, aucun fondement logique étayant l'argument de Gordon selon lequel la façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation ne devrait s'appliquer qu'aux clauses d'exclusion.

Having established that the construction approach to fundamental breach as set out in *Hunter Engineering*, *supra*, can apply to circumstances involving a contractual limitation period, we must now decide whether, as a matter of contractual interpretation, Guarantee and Gordon intended section 5(d) of the Bond, limiting the time period for initiating an action to 24 months, to survive a wrongful rescission on the part of Guarantee. To answer this question, we do not find it necessary to decide whether a wrongful rescission constitutes a fundamental breach. If the wrongful rescission was just a simple breach, then the limitation period applies. Even if the wrongful rescission was a fundamental breach, then the limitation period will still apply, for the reasons we give below. Therefore, as the limitation period will apply in any event, it is unnecessary to decide

60 Après avoir établi que la façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation, énoncée dans l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, peut s'appliquer aux circonstances dans lesquelles il est question d'un délai de prescription contractuel, nous devons maintenant déterminer si, aux fins de l'interprétation du contrat, Guarantee et Gordon ont voulu que l'article 5d) de la police, qui limite à 24 mois le délai imparti pour intenter une action, continue de s'appliquer après la résiliation injustifiée du contrat par Guarantee. Pour répondre à cette question, nous ne jugeons pas nécessaire de décider si une résiliation injustifiée est une inexécution fondamentale. Si la résiliation injustifiée était une simple inexécution, alors le délai de prescription s'appliquerait. Même si la résiliation injustifiée était une inexécution fondamentale, le délai de prescription s'appliquera

whether the wrongful rescission constitutes a fundamental breach.

61 Applying the construction approach from *Hunter Engineering*, *supra*, to the present appeal, we conclude that the limitations period survives. In determining whether it was the intention of the parties that the contractual limitation period would survive a purported wrongful rescission by Guarantee such that the present action by Gordon is time-barred, commercial reality is often the best indicator of contractual intention in circumstances such as this. If a given construction of the contract would lead to an absurd result, the assumption is that this result could not have been intended by rational commercial actors in making their bargain, absent some explanation to the contrary.

62 We are also unable to accept Gordon's submission that the time limitation clause could not be invoked once Guarantee had taken steps to enforce the contractual provision permitting rescission on the basis of a purported misrepresentation by Gordon during the application process. This would lead to an absurd result in that Guarantee, when faced with a potential misrepresentation concerning the degree of risk it has agreed to underwrite, would be placed in the untenable position of subjecting itself to a longer statutory limitation period than would otherwise apply in circumstances where coverage has been denied for other reasons. Commercial reality cannot accommodate the implication of Gordon's submission, which would be that Guarantee agreed to a bargain whereby it would be exposed to a longer period of uncertainty concerning future claims from an insured who has purportedly engaged in misrepresentation than one who has complied with all of the contractual terms.

63 We are also of the view that notwithstanding Gordon's contention that the contractual limitation

quand même pour les raisons exposées plus loin. Par conséquent, vu que le délai de prescription s'applique en tout état de cause, il n'est pas nécessaire de décider si la résiliation injustifiée est une inexécution fondamentale.

Appliquant au présent pourvoi la méthode de l'interprétation établie dans *Hunter Engineering*, précité, nous concluons que le délai de prescription continue de s'appliquer. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les parties ont voulu que le délai de prescription contractuel continue de s'appliquer après une résiliation apparemment injustifiée de la part de Guarantee, de sorte que la présente action de Gordon est prescrite, la réalité commerciale est souvent le meilleur indice de l'intention des parties contractantes dans des circonstances comme celles-ci. Si une interprétation donnée du contrat menait à un résultat absurde, on supposerait qu'en l'absence d'explication contraire des acteurs commerciaux rationnels ne peuvent pas avoir voulu un tel résultat en concluant leur contrat.

Nous sommes également incapables de retenir l'argument de Gordon selon lequel la clause du délai de prescription ne pouvait pas être invoquée une fois que Guarantee avait pris des mesures pour faire appliquer la clause contractuelle autorisant la résiliation fondée sur les déclarations apparemment inexactes que Gordon avait faites en faisant sa demande. Cela mènerait à un résultat absurde du fait que Guarantee, face à une éventuelle déclaration inexacte concernant l'ampleur du risque qu'elle a accepté d'assurer, se retrouverait dans la situation intenable où elle s'imposerait un délai de prescription légal plus long que celui qui s'appliquerait par ailleurs dans le cas où l'indemnisation est refusée pour d'autres motifs. La réalité commerciale est incompatible avec l'implication de l'argument de Gordon voulant que Guarantee ait accepté par contrat de s'exposer à une plus longue période d'incertitude en ce qui concerne les réclamations futures d'un assuré qui a apparemment fait une déclaration inexacte qu'en ce qui concerne celles d'un assuré qui a respecté toutes les dispositions contractuelles.

Nous sommes également d'avis que, malgré l'argument de Gordon que la disposition contrac-

provision should be narrowly construed so as to exclude the present action from its scope, the language of section 5(d) in terms of "any loss hereunder" is unambiguous. While Gordon submits that the placement of the provision in the claims section of the Bond is dispositive of the matter, we attach more significance to the fact that the contractual limitation period was not subject to qualifying language of any kind limiting the scope of the phrase to the claims process alone. Instead, upon a true construction of the contract, and taking into account the stated purpose of a contractual limitation period as a device whereby the insurer can both quantify and limit risk, we conclude that the intention of the parties was that section 5(d), setting out the 24-month limitation period, was intended to include the process of bringing a claim against the insurer in circumstances of contractual breach, whether fundamental or otherwise.

tuelle en matière de prescription devrait être interprétée strictement de façon à ne pas s'appliquer à la présente action, l'expression [TRADUCTION] «tout sinistre visé aux présentes» utilisée à l'article 5d) est sans équivoque. Même si Gordon fait valoir que la présence de cette disposition dans la rubrique de la police relative aux réclamations est déterminante à ce sujet, nous accordons plus d'importance au fait que le délai de prescription contractuel ne fait l'objet d'aucune réserve qui en limite l'application au processus de réclamation seulement. Selon une interprétation exacte du contrat et compte tenu de l'objet explicite d'un délai de prescription contractuel en tant que mécanisme permettant à l'assureur de quantifier et de limiter le risque, nous concluons plutôt que les parties ont voulu que l'article 5d), qui établit le délai de prescription de 24 mois, s'applique à l'engagement d'une action contre l'assureur à la suite d'une inexécution de contrat, qu'elle soit fondamentale ou autre.

At this point, we now turn to consider the additional qualification set out in *Hunter Engineering*, *supra*, whereby the parties are held to the terms of their agreement provided that the result is not unconscionable, as *per* Dickson C.J., or unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, as *per* Wilson J. As we have already noted, the parties to this appeal, an insurance company and an investment dealer and brokerage firm, are sophisticated commercial actors. In addition, both parties were represented by counsel. In *Hunter Engineering*, *supra*, these factors were sufficient for both Dickson C.J. and Wilson J. to conclude that had the doctrine of fundamental breach applied, no reason existed for the Court to refuse to enforce the bargain made between the parties in terms of the clause governing exclusion of liability. Similarly, we conclude that it would not be unconscionable, unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy to uphold the intentions of the parties concerning the operation of the contractual limitation period in these circumstances.

64 Nous allons maintenant examiner l'autre restriction énoncée dans l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, selon laquelle les parties sont liées par les conditions de leur accord pourvu que le résultat ne soit pas inique, selon le juge en chef Dickson, ou injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public, selon le juge Wilson. Comme nous l'avons déjà souligné, les parties au présent pourvoi, une compagnie d'assurance et une maison de courtage de valeurs mobilières, sont des acteurs commerciaux avisés. En outre, elles étaient toutes les deux représentées par des avocats. Dans *Hunter Engineering*, précité, le juge en chef Dickson et le juge Wilson ont estimé que ces facteurs étaient suffisants pour conclure que, si le principe de l'inexécution fondamentale s'était appliqué, notre Cour n'aurait eu aucune raison de refuser de mettre à exécution la clause régissant l'exonération de responsabilité qui figurait dans le contrat liant les parties. De même, nous croyons qu'il ne serait pas inique, injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public de respecter l'intention des parties concernant l'application du délai de prescription contractuel dans les présentes circonstances.

IV. Disposition

65 We have concluded that the motions judge did not err in determining that the record was sufficient to deal with Guarantee's motion for summary judgment. O'Brien J. was correct in concluding, pursuant to section 3 of the Bond pertaining to discovery of loss, that it could reasonably be inferred from the record that a loss of the type covered by the policy was or would be incurred. We also see no reason to disturb his finding that a genuine issue of credibility did not exist. As to the legal consequences of a valid rescission, we have concluded that the limitations period is irrelevant because the contract would be treated as being void *ab initio*, releasing Guarantee from any liability thereunder. In addition, assuming that Guarantee's conduct amounted to wrongful rescission, upon a true construction of the time limitation provision, the parties intended the limitation period to govern the litigation process post-breach, whether fundamental or otherwise. To enforce the bargain made by the parties in these circumstances would not be unconscionable, unfair, unreasonable, or otherwise violate public policy.

66 Accordingly, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Ontario, and restore the decision of O'Brien J. granting summary judgment in favour of Guarantee, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Borden & Elliot, Toronto.

Solicitors for the respondent Gordon Capital Corporation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent Chubb Insurance Company of Canada: Poss & Halfnight, Toronto.

IV. Dispositif

Nous sommes arrivés à la conclusion que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en décidant que le dossier était suffisant pour qu'il examine la motion de Guarantee visant à obtenir un jugement sommaire. Le juge O'Brien a eu raison de conclure, conformément à l'article 3 de la police ayant trait à la découverte d'un sinistre, qu'on pouvait raisonnablement déduire du dossier qu'un sinistre du genre visé par la police était survenu ou surviendrait. Nous ne voyons aucune raison non plus de modifier sa conclusion qu'aucune véritable question de crédibilité ne se posait. En ce qui a trait aux conséquences juridiques d'une résiliation valide, nous avons conclu que le délai de prescription n'est pas pertinent étant donné que le contrat serait considéré comme étant nul au départ et que Guarantee serait ainsi libérée de toute responsabilité lui incombant en vertu de celui-ci. De plus, en supposant que la conduite de Guarantee a constitué une résiliation injustifiée, il ressort d'une interprétation exacte de la disposition en matière de prescription que les parties ont voulu que le délai de prescription s'applique à toutes poursuites résultant d'une inexécution fondamentale ou autre. Dans ces circonstances, mettre à exécution le contrat conclu par les parties ne serait pas inique, injuste, déraisonnable ni par ailleurs contraire à l'ordre public.

En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir la décision du juge O'Brien de rendre un jugement sommaire en faveur de Guarantee, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Borden & Elliot, Toronto.

Procureurs de l'intimée Gordon Capital Corporation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée Chubb Insurance Company of Canada: Poss & Halfnight, Toronto.

Solicitors for the respondent Laurentian General Insurance Company Inc.: Ogilvy Renault, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Laurentian General Insurance Company Inc.: Ogilvy Renault, Ottawa.

Donald John Marshall, Jr. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for New Brunswick, the West Nova Fishermen's Coalition, the Native Council of Nova Scotia and the Union of New Brunswick Indians *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* MARSHALL

File No.: 26014.

1998: November 5; 1999: September 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Indians — Treaty rights — Fishing rights — Accused, a Mi'kmaq Indian, fishing with prohibited net during close period and selling fish caught without a licence in violation of federal fishery regulations — Whether accused possessed treaty right to catch and sell fish that exempted him from compliance with regulations — Mi'kmaq Treaties of 1760-61 — Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, ss. 4(1)(a), 20 — Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).

The accused, a Mi'kmaq Indian, was charged with three offences set out in the federal fishery regulations: the selling of eels without a licence, fishing without a licence and fishing during the close season with illegal nets. He admitted that he had caught and sold 463 pounds of eels without a licence and with a prohibited net within close times. The only issue at trial was whether he possessed a treaty right to catch and sell fish under the treaties of 1760-61 that exempted him from compliance with the regulations. During the negotiations leading to the treaties of 1760-61, the aboriginal leaders asked for truckhouses "for the furnishing them with necessaries, in Exchange for their Peltry" in

Donald John Marshall, Jr. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Nouveau-Brunswick, la West Nova Fishermen's Coalition, le Native Council of Nova Scotia et l'Union of New Brunswick Indians *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MARSHALL

N° du greffe: 26014.

1998: 5 novembre; 1999: 17 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Indiens — Droits issus de traités — Droits de pêche — Indien mi'kmaq accusé d'avoir pêché pendant la période de fermeture à l'aide d'un filet prohibé et d'avoir vendu du poisson pêché sans permis en contravention de la réglementation fédérale sur les pêches — L'accusé possédait-il un droit issu de traité l'autorisant à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la réglementation? — Traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761 — Règlement de pêche des provinces maritimes, DORS/93-55, art. 4(1)a), 20 — Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 35(2).

L'accusé, un Indien mi'kmaq, a été inculpé de trois infractions énoncées dans la réglementation fédérale sur les pêches: avoir vendu des anguilles sans permis, avoir pêché sans permis et avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux. Il a admis avoir vendu 463 livres d'anguilles qu'il avait pêchées sans permis à l'aide d'un filet prohibé, pendant la période de fermeture. La seule question en litige au procès était celle de savoir s'il possédait un droit issu des traités conclus en 1760 et 1761 qui l'autorisait à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la réglementation. Pendant les négociations qui ont abouti à la signature de ces traités, en réponse au gouverneur,

response to the Governor's inquiry "Whether they were directed by their Tribes, to propose any other particulars to be Treated upon at this Time". The written document, however, contained only the promise by the Mi'kmaq not to "Traffick, Barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons, or the Manager of such Truckhouses as shall be appointed or established by His majesty's Governor". While this "trade clause" is framed in negative terms as a restraint on the ability of the Mi'kmaq to trade with non-government individuals, the trial judge found that it reflected a grant to them of the positive right to bring the products of their hunting, fishing and gathering to a truckhouse to trade. He also found that when the exclusive trade obligation and the system of truckhouses and licensed traders fell into disuse, the "right to bring" disappeared. The accused was convicted on all three counts. The Court of Appeal upheld the convictions. It concluded that the trade clause did not grant the Mi'kmaq any rights, but represented a mechanism imposed upon them to help ensure that the peace between the Mi'kmaq and the British was a lasting one, by obviating the need of the Mi'kmaq to trade with the enemies of the British or unscrupulous traders.

Held (Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and an acquittal entered on all charges.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci and Binnie JJ.: When interpreting the treaties the Court of Appeal erred in rejecting the use of extrinsic evidence in the absence of ambiguity. Firstly, even in a modern commercial context, extrinsic evidence is available to show that a written document does not include all of the terms of an agreement. Secondly, extrinsic evidence of the historical and cultural context of a treaty may be received even if the treaty document purports to contain all of the terms and even absent any ambiguity on the face of the treaty. Thirdly, where a treaty was concluded orally and afterwards written up by representatives of the Crown, it would be uncon-

qui leur demandait «s'ils avaient été mandatés par leurs tribus pour proposer autre chose à ce moment», les chefs indiens ont demandé l'établissement de maisons de troc (postes de traite) «afin de leur fournir des biens nécessaires, en échange de leurs pelleteries». Toutefois, le document écrit contenait seulement la promesse par les Mi'kmaq qu'ils «ne trafiquer[aient], ne troquer[aient] et n'échanger[aient] aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté». Bien que cette «clause relative au commerce» soit formulée de façon négative sous forme de restriction de la capacité des Mi'kmaq de commercer avec d'autres personnes que les représentants du gouvernement, le juge du procès a conclu qu'elle avait pour effet d'accorder aux Mi'kmaq le droit positif d'apporter le produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette aux postes de traite pour en faire le commerce. Il a également conclu que, lorsque l'obligation de commerce exclusif et le système des maisons de troc et des commerçants patentés sont tombés en désuétude, le «droit d'apporter» des marchandises a disparu. L'accusé a été déclaré coupable des trois chefs d'accusation qui pesaient contre lui. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Elle a conclu que la clause relative au commerce ne conférait aucun droit aux Mi'kmaq, mais constituait plutôt un mécanisme qui leur avait été imposé en vue d'aider à l'établissement d'une paix durable entre eux et les Britanniques, en éliminant le besoin des Mi'kmaq de commercer avec les ennemis des Britanniques ou avec des commerçants sans scrupules.

Arrêt (les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'acquittement est ordonné relativement à toutes les accusations.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci et Binnie: Lorsqu'elle a interprété les traités, la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant l'utilisation de la preuve extrinsèque en l'absence d'ambiguïté. Premièrement, même dans le contexte commercial moderne, il est possible de faire appel à des éléments de preuve extrinsèques pour démontrer qu'un document donné ne renferme pas toutes les conditions d'une entente. Deuxièmement, même dans le cas d'un document censé contenir toutes les conditions d'un traité, des éléments de preuve extrinsèques relatifs au contexte historique et culturel d'un traité peuvent être admis, même en l'absence d'ambiguïté ressortant à la lecture du traité. Troisièmement, lorsqu'un traité a été conclu oralement et subséquemment couché par écrit par des représentants de la Couronne, il serait inacceptable que cette dernière fasse fi des conditions dont les

scionable for the Crown to ignore the oral terms while relying on the written ones.

There was more to the treaty entitlement than merely the right to bring fish and wildlife to truckhouses. While the treaties set out a restrictive covenant and do not say anything about a positive Mi'kmaq right to trade, they do not contain all the promises made and all the terms and conditions mutually agreed to. Although the trial judge drew positive implications from the negative trade clause, such limited relief is inadequate where the British-drafted treaty document does not accord with the British-drafted minutes of the negotiating sessions and more favourable terms are evident from the other documents and evidence the trial judge regarded as reliable. Such an overly deferential attitude to the treaty document was inconsistent with a proper recognition of the difficulties of proof confronted by aboriginal people. The trial judge's narrow view of what constituted "the treaty" led to the equally narrow legal conclusion that the Mi'kmaq trading entitlement, such as it was, terminated in the 1780s. It is the common intention of the parties in 1760 to which effect must be given. The trade clause would not have advanced British objectives (peaceful relations with a self-sufficient Mi'kmaq people) or Mi'kmaq objectives (access to the European "necessaries" on which they had come to rely) unless the Mi'kmaq were assured at the same time of continuing access, implicitly or explicitly, to a harvest of wildlife to trade.

This appeal should be allowed because nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi'kmaq people to secure their peace and friendship, as best the content of those treaty promises can now be ascertained. If the law is prepared to supply the deficiencies of written contracts prepared by sophisticated parties and their legal advisors in order to produce a sensible result that accords with the intent of both parties, though unexpressed, the law cannot ask less of the honour and dignity of the Crown in its dealings with First Nations. An interpretation of events that turns a positive Mi'kmaq trade demand into a negative Mi'kmaq covenant is not consistent with the honour and integrity of the Crown. Nor is it consistent to conclude that the Governor, seeking in good faith to address the trade demands of the Mi'kmaq, accepted the Mi'kmaq suggestion of a trading facility while denying any treaty

parties ont convenu oralement, alors qu'elle se fonde sur celles qui ont été consignées par écrit.

Le traité conférait davantage que le simple droit d'apporter les produits de la chasse et de la pêche aux maisons de troc. Bien que les traités établissent un covenant (engagement) restrictif et ne parlent aucunement d'un droit positif des Mi'kmaq de commercer, ils ne contiennent pas l'ensemble des promesses qui ont été faites et des conditions dont les parties ont convenu mutuellement. Bien que le juge du procès ait inféré certaines conséquences positives de l'existence de la clause relative au commerce libellée négativement, une réparation aussi limitée est insuffisante lorsque le traité rédigé par les Britanniques ne concorde pas avec le procès-verbal des séances de négociation qu'ils ont eux-mêmes rédigé, et lorsque l'existence de conditions plus favorables ressort clairement des autres documents et éléments de preuve que le juge du procès a considérés fiables. Une attitude de retenue aussi excessive envers le document constatant le traité ne tient pas compte comme il se doit des problèmes de preuve auxquels font face les peuples autochtones. L'interprétation étroite du juge du procès de ce qui constituait «le traité» a conduit à la conclusion de droit tout aussi étroite selon laquelle le droit des Mi'kmaq de commercer, tel qu'il existait, s'est éteint dans les années 1780. C'est à l'intention commune des parties en 1760 qu'il faut donner effet. La clause relative au commerce n'aurait pas favorisé les objectifs des Britanniques (des relations harmonieuses avec un peuple mi'kmaq autosuffisant) ni ceux des Mi'kmaq (l'accès aux «biens nécessaires» européens, sur lesquels ils étaient venus à compter) si les Mi'kmaq n'avaient pas été assurés, implicitement ou explicitement, d'avoir un accès continu aux ressources de la faune pour en faire le commerce.

Le présent pourvoi doit être accueilli parce que rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié, autant qu'il soit possible de dégager aujourd'hui la teneur des promesses faites par traité. Si le droit est disposé à suppléer aux lacunes de contrats écrits — préparés par des parties bien informées et leurs conseillers juridiques — afin d'en dégager un résultat sensé et conforme à l'intention des deux parties, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, il ne saurait demander moins de l'honneur et de la dignité de la Couronne dans ses rapports avec les Premières nations. Est incompatible avec l'honneur et l'intégrité de la Couronne une interprétation des événements qui a pour effet de transformer une demande positive des Mi'kmaq pour que soit prise une mesure commerciale en un engagement par ces derniers de ne

protection to Mi'kmaq access to the things that were to be traded, even though these things were identified and priced in the treaty negotiations. The trade arrangement must be interpreted in a manner which gives meaning and substance to the oral promises made by the Crown during the treaty negotiations. The promise of access to "necessaries" through trade in wildlife was the key point, and where a right has been granted, there must be more than a mere disappearance of the mechanism created to facilitate the exercise of the right to warrant the conclusion that the right itself is spent or extinguished.

There is a distinction to be made between a liberty enjoyed by all citizens and a right conferred by a specific legal authority, such as a treaty, to participate in the same activity. A general right enjoyed by all citizens can be made the subject of an enforceable treaty promise. Thus the accused need not show preferential trading rights, but only treaty trading rights. Following the enactment of the *Constitution Act, 1982*, the fact the content of Mi'kmaq rights under the treaty to hunt and fish and trade was no greater than those enjoyed by other inhabitants does not, unless those rights were extinguished prior to April 17, 1982, detract from the higher protection they presently offer to the Mi'kmaq people.

The accused's treaty rights are limited to securing "necessaries" (which should be construed in the modern context as equivalent to a moderate livelihood), and do not extend to the open-ended accumulation of wealth. Thus construed, however, they are treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The surviving substance of the treaty is not the literal promise of a truckhouse, but a treaty right to continue to obtain necessaries through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to restrictions that can be justified under the *Badger* test. What is contemplated is not a right to trade generally for economic gain, but rather a right to trade for necessaries. The treaty right is a regulated right and can be contained by regulation within its proper limits. Catch limits that could reasonably be expected to produce a moderate livelihood for individual Mi'kmaq families at present-day standards can be established by regulation

pas faire quelque chose. Il n'est pas non plus logique de conclure que le gouverneur, qui cherchait de bonne foi à satisfaire aux demandes commerciales des Mi'kmaq, a accepté la proposition de ces derniers de mettre sur pied un établissement commercial mais refusé de protéger dans le traité l'accès des Mi'kmaq aux choses qui devaient faire l'objet du commerce, même si l'identité et le prix de ces choses avaient été déterminés lors de la négociation du traité. L'arrangement commercial doit être interprété de manière à donner sens et substance aux promesses orales faites par la Couronne pendant la négociation du traité. La promesse d'accès aux «biens nécessaires» au moyen du commerce des ressources de la faune était l'élément fondamental, et, lorsqu'un droit a été accordé, il faut plus que la simple disparition du mécanisme créé en vue d'en faciliter l'exercice pour justifier la conclusion que le droit lui-même est caduc ou éteint.

Il faut faire une distinction entre une liberté dont jouissent tous les citoyens et un droit de participer à la même activité qui est conféré par un texte juridique particulier, tel un traité. Un droit général dont jouissent tous les citoyens peut faire l'objet d'une promesse exécutoire dans le cadre d'un traité. Par conséquent, l'accusé n'a pas besoin de démontrer l'existence de droits commerciaux préférentiels, mais seulement l'existence de droits commerciaux issus de traités. Depuis l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le fait que le contenu des droits de chasse, de pêche et de commerce conférés par traité aux Mi'kmaq n'était pas plus large que les droits dont jouissaient les autres citoyens n'affecte en rien la protection plus grande qu'ils accordent actuellement aux Mi'kmaq, à moins que les droits des Mi'kmaq n'aient été éteints avant le 17 avril 1982.

Les droits issus du traité de l'accusé se limitent au fait de pouvoir se procurer les «biens nécessaires» (expression qui s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées. Ainsi interprétés, toutefois, ils constituent des droits issus de traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'élément du traité qui survit n'est pas la promesse littérale d'établir des maisons de troc, mais un droit issu de traité qui permet de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger*. Ce qui est envisagé, ce n'est pas un droit de commercer de façon générale pour réaliser des gains financiers, mais plutôt un droit de commercer pour pouvoir se procurer des biens nécessaires. Le droit issu du traité est un droit réglementé qui peut, par règlement, être

and enforced without violating the treaty right. Such regulations would accommodate the treaty right and would not constitute an infringement that would have to be justified under the *Badger* standard.

The accused caught and sold the eels to support himself and his wife. His treaty right to fish and trade for sustenance was exercisable only at the absolute discretion of the Minister. Accordingly, the close season and the imposition of a discretionary licencing system would, if enforced, interfere with the accused's treaty right to fish for trading purposes, and the ban on sales would, if enforced, infringe his right to trade for sustenance. In the absence of any justification of the regulatory prohibitions, the accused is entitled to an acquittal.

Per Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): Each treaty must be considered in its unique historical and cultural context, and extrinsic evidence can be used in interpreting aboriginal treaties, absent ambiguity. It may be useful to approach the interpretation of a treaty in two steps. First, the words of the treaty clause at issue should be examined to determine their facial meaning, in so far as this can be ascertained, noting any patent ambiguities and misunderstandings that may have arisen from linguistic and cultural differences. This exercise will lead to one or more possible interpretations of the clause. At the second step, the meaning or different meanings which have arisen from the wording of the treaty right must be considered against the treaty's historical and cultural backdrop. A consideration of the historical background may suggest latent ambiguities or alternative interpretations not detected at first reading.

The treaties of 1760-61 do not grant a general right to trade. The core of the trade clause is the obligation on the Mi'kmaq to trade only with the British. Ancillary to this is the implied promise that the British will establish truckhouses where the Mi'kmaq can trade. These words do not, on their face, confer a general right to trade. Nor does the historic and cultural context in which the treaties were made establish such a right. The trial judge was amply justified in concluding that the Mi'kmaq understood the treaty process as well as the particular

circonscrit à ses limites appropriées. Des limites de prises, dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elles permettent aux familles mi'kmaq de s'assurer une subsistance convenable selon les normes d'aujourd'hui, peuvent être établies par règlement et appliquées sans porter atteinte au droit issu du traité. Un tel règlement respecterait le droit issu du traité et ne constituerait pas une atteinte qui devrait être justifiée suivant la norme établie dans l'arrêt *Badger*.

L'accusé a pris et vendu les anguilles pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe. Il ne pouvait exercer le droit que lui confère le traité de pêcher et de commercer à des fins de subsistance qu'à l'entière discrétion du ministre. En conséquence, si la période de fermeture et le régime discrétionnaire de délivrance de permis étaient appliqués, ils porteraient atteinte au droit de pêcher à des fins commerciales conféré par le traité à l'accusé, et l'interdiction de vendre le produit de sa pêche porterait atteinte à son droit de commercer à des fins de subsistance. En l'absence de justification des prohibitions réglementaires, l'accusé a droit à l'acquittement.

Les juges Gonthier et McLachlin (dissidents): Chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier et, en l'absence d'ambiguïté, il est possible recourir à la preuve extrinsèque pour interpréter des traités conclus avec des Autochtones. Il peut être utile d'interpréter un traité en deux étapes. Dans un premier temps, il convient d'examiner le texte de la clause litigieuse pour en déterminer le sens apparent, dans la mesure où il peut être dégagé, en soulignant toute ambiguïté et tout malentendu manifestes pouvant résulter de différences linguistiques et culturelles. Cet examen conduira à une ou à plusieurs interprétations possibles de la clause. Dans un deuxième temps, le ou les sens dégagés du texte du droit issu de traité doivent être examinés sur la toile de fond historique et culturelle du traité. Il est possible que l'examen de l'arrière-plan historique fasse ressortir des ambiguïtés latentes ou d'autres interprétations que la première lecture n'a pas permis de déceler.

Les traités de 1760 et 1761 ne confèrent pas un droit général de commercer. L'élément central de la clause relative au commerce est l'obligation faite aux Mi'kmaq de ne commercer qu'avec les Britanniques. Constitue un aspect accessoire de cette obligation la promesse implicite que les Britanniques établiront des postes de traite où les Mi'kmaq pourront commercer. Ces mots ne confèrent pas, à première vue, un droit général de commercer. Le contexte historique et culturel de la signature des traités n'établit pas non plus l'existence d'un tel droit.

terms of the treaties they were signing. On the historical record, moreover, neither the Mi'kmaq nor the British intended or understood the treaty trade clause as creating a general right to trade. To achieve the mutually desired objective of peace, both parties agreed to make certain concessions. The Mi'kmaq agreed to forgo their trading autonomy and the general trading rights they possessed as British subjects, and to abide by the treaty trade regime. The British, in exchange, undertook to provide the Mi'kmaq with stable trading outlets where European goods were provided at favourable terms while the exclusive trade regime existed. Both the Mi'kmaq and the British understood that the "right to bring" goods to trade was a limited right contingent on the existence of a system of exclusive trade and truckhouses. The finding that both parties understood that the treaties granted a specific, and limited, right to bring goods to truckhouses to trade is confirmed by the post-treaty conduct of the Mi'kmaq and the British. Soon after the treaties were entered into, the British stopped insisting that the Mi'kmaq trade only with them, and replaced the expensive truckhouses with licenced traders in 1762. The system of licenced traders, in turn, died out by the 1780s. The exclusive trade and truckhouse system was a temporary mechanism to achieve peace in a troubled region between parties with a long history of hostilities. When the restriction on the Mi'kmaq trade fell, the need for compensation for the removal of their trading autonomy fell as well. At this point, the Mi'kmaq were vested with the general non-treaty right to hunt, to fish and to trade possessed by all other British subjects in the region. The conditions supporting the right to bring goods to trade at truckhouses, as agreed to by both parties, ceased to exist.

It follows from the trial judge's finding that the "right to bring" goods to trade at truckhouses died with the exclusive trade obligation upon which it was premised that the treaties did not grant an independent right to truckhouses which survived the demise of the exclusive trade system. This right therefore cannot be relied on in

Le juge du procès était amplement justifié de conclure que les Mi'kmaq avaient compris le processus de négociation ainsi que les conditions particulières des traités qu'ils signaient. De plus, suivant la preuve historique, ni les Mi'kmaq ni les Britanniques n'entendaient créer par cette clause un droit général de commercer ou ne considéraient qu'elle avait cet effet. Pour réaliser leur objectif mutuel, en l'occurrence la paix, les deux parties ont donc convenu de certaines concessions. Les Mi'kmaq ont renoncé à leur autonomie commerciale et aux droits généraux de commercer qu'ils possédaient en tant que sujets britanniques, et ils ont accepté d'être liés par le régime commercial établi par les traités. En contrepartie, les Britanniques se sont engagés à établir des postes de traite stables où il était possible de se procurer des marchandises européennes à des conditions favorables, tant que durerait le régime de commerce exclusif. Il était entendu, tant par les Mi'kmaq que par les Britanniques, que le «droit d'apporter» des marchandises pour en faire le commerce était un droit limité, subordonné à l'existence du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. La conclusion que les deux parties comprenaient que les traités accordaient un droit précis et limité — savoir celui d'apporter des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce — est confirmée par la conduite des Mi'kmaq et des Britanniques après la signature des traités. Peu après la conclusion des traités, les Britanniques ont cessé d'exiger que les Mi'kmaq commercent uniquement avec eux et, en 1762, ils ont remplacé les coûteuses maisons de troc par des commerçants patentés. Le régime des commerçants patentés a à son tour disparu au cours des années 1780. Le régime de commerce exclusif et de maisons de troc était une mesure temporaire, qui visait à instaurer la paix dans une région perturbée et qui avait été convenue par des parties ayant depuis longtemps des rapports hostiles. Lorsque la restriction aux activités commerciales des Mi'kmaq a cessé d'exister, la nécessité de compenser le retrait de leur autonomie commerciale a elle aussi disparu. Les Mi'kmaq ont dès lors acquis le droit général — non issu de traité — de chasser, de pêcher et de commercer que possédaient tous les sujets britanniques de la région. Les conditions justifiant le droit d'apporter des marchandises aux postes de traite pour en faire le commerce dont avaient convenu les parties avaient cessé d'exister.

Compte tenu de la conclusion du juge du procès que le «droit d'apporter» des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce a cessé d'exister en même temps que l'obligation de commerce exclusif sur laquelle il reposait, il s'ensuit que les traités n'ont pas accordé un droit indépendant à des maisons de troc qui

support of an argument of a trade right in the modern context which would exempt the accused from the application of the fisheries regulations.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *International Casualty Co. v. Thomson* (1913), 48 S.C.R. 167; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, aff'g (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; *R. v. Cope* (1981), 132 D.L.R. (3d) 36; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025; *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92; *Province of Ontario v. Dominion of Canada and Province of Quebec; In re Indian Claims* (1895), 25 S.C.R. 434; *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Sundown, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187.

Statutes and Regulations Cited

Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations, SOR/93-332, s. 4.

aurait survécu à la disparition du régime de commerce exclusif. Par conséquent, ce droit ne peut être invoqué au soutien de l'argument voulant qu'il existe, aujourd'hui, un droit de commercer qui exempterait l'appelant de l'application de la réglementation sur les pêches.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés: *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *International Casualty Co. c. Thomson* (1913), 48 R.C.S. 167; *R. c. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, autorisation de pourvoi rejetée, [1981] 2 R.C.S. xi; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, conf. (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; *R. c. Cope* (1981), 132 D.L.R. (3d) 36; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *The «Moorcock»* (1889), 14 P.D. 64; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025; *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92; *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec; In re Indian Claims* (1895), 25 R.C.S. 434; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Sundown, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187.

Lois et règlements cités

Act to prevent any private Trade or Commerce with the Indians, 34 Geo. II, ch. 11.

Act to prevent any private Trade or Commerce with the Indians, 34 Geo. II, c. 11.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 830 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 182; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 15)].
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7(1).
Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).
Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, ss. 4(1)(*a*), 5, 20.
Mi'kmaq Treaties of 1760-61.

Authors Cited

"As Long as the Sun and Moon Shall Endure": A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783. Fredericton: Paul & Gaffney, 1986.
Bourgeois, Donald J. "The Role of the Historian in the Litigation Process", *Canadian Historical Review*, LXVII, 2 (June 1986), 195-205.
Daugherty, W.E. *Maritime Indian Treaties in Historical Perspective*. Ottawa: Department of Indian and Northern Affairs Canada, 1983.
Dickason, Olive Patricia. "Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763", *American Indian Culture and Research Journal*, X, 4 (1986), 31-56.
Dickinson, G. M., and R. D. Gidney. "History and Advocacy: Some Reflections on the Historian's Role in Litigation", *Canadian Historical Review*, LXVIII, 4 (December 1987), 576-85.
Fisher, Robin. "Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*", *B.C. Studies*, XCV (Autumn 1992), 43-54.
Henderson, James [Sákéj] Youngblood. "Interpreting *Sui Generis* Treaties" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46.
MacFarlane, R. O. "Indian Trade in Nova Scotia to 1764", in *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, held at McGill University, Montreal, May 20-22, 1934, with Historical Papers. Toronto: University of Toronto Press, 1935, 57-67.
MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada. *"We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made": A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer's Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations*. St. John, N.B., 1992.
Ray, Arthur J. "Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court", *Native Studies Review*, VI, 2 (1990), 13-29.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 830 [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 182; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 15)].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7(1).
Règlement de pêche des provinces maritimes, DORS/93-55, art. 4(1)*a*), 5, 20.
Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 35(2).
Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones, DORS/93-332, art. 4.
Traités conclus avec les Mi'kmaq en 1760 et en 1761.

Doctrine citée

«As Long as the Sun and Moon Shall Endure»: A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783. Fredericton: Paul & Gaffney, 1986.
Bourgeois, Donald J. «The Role of the Historian in the Litigation Process», *Canadian Historical Review*, LXVII, 2 (juin 1986), 195-205.
Daugherty, W.E. *Historique des traités avec les Indiens des Maritimes*. Ottawa: Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1983.
Dickason, Olive Patricia. «Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763», *American Indian Culture and Research Journal*, X, 4 (1986), 31-56.
Dickinson, G. M., and R. D. Gidney. «History and Advocacy: Some Reflections on the Historian's Role in Litigation», *Canadian Historical Review*, LXVIII, 4 (décembre 1987), 576-85.
Fisher, Robin. «Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*», *B.C. Studies*, XCV (automne 1992), 43-54.
Henderson, James [Sákéj] Youngblood. «Interpreting *Sui Generis* Treaties» (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46.
MacFarlane, R. O. «Indian Trade in Nova Scotia to 1764», in *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, held at McGill University, Montreal, May 20–22, 1934, with Historical Papers. Toronto: University of Toronto Press, 1935, 57-67.
MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada. *«We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made»: A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer's Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations*. St. John, N.-B., 1992.
Ray, Arthur J. «Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court», *Native Studies Review*, VI, 2 (1990), 13-29.

Rotman, Leonard I. "Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.

Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763.* Ottawa: Research Branch, Indian and Northern Affairs Canada, 1981.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Upton, Leslie F. S. *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867.* Vancouver: University of British Columbia Press, 1979.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 159 N.S.R. (2d) 186, 468 A.P.R. 186, 146 D.L.R. (4th) 257, [1997] 3 C.N.L.R. 209, [1997] N.S.J. No. 131 (QL), affirming a decision of the Provincial Court, [1996] N.S.J. No. 246 (QL), convicting the accused of three offences under the *Fisheries Act*. Appeal allowed, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Bruce H. Wildsmith, Q.C., and *Eric A. Zscheile*, for the appellant.

Michael A. Paré, *Ian MacRae* and *Gordon Campbell*, for the respondent.

Bruce Judah, Q.C., for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

A. William Moreira, Q.C., and *Daniel R. Pust*, for the intervener the West Nova Fishermen's Coalition.

D. Bruce Clarke, for the intervener the Native Council of Nova Scotia.

Henry J. Bear, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci and Binnie JJ. was delivered by

Rotman, Leonard I. «Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test» (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.

Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763.* Ottawa: Centre de la recherche historique, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Upton, Leslie F. S. *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867.* Vancouver: University of British Columbia Press, 1979.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 159 N.S.R. (2d) 186, 468 A.P.R. 186, 146 D.L.R. (4th) 257, [1997] 3 C.N.L.R. 209, [1997] N.S.J. No. 131 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour provinciale, [1996] N.S.J. No. 246 (QL), qui avait déclaré l'accusé coupable de trois infractions visées à la *Loi sur les pêches*. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Bruce H. Wildsmith, c.r., et *Eric A. Zscheile*, pour l'appelant.

Michael A. Paré, *Ian MacRae* et *Gordon Campbell*, pour l'intimée.

Bruce Judah, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

A. William Moreira, c.r., et *Daniel R. Pust*, pour l'intervenante West Nova Fishermen's Coalition.

D. Bruce Clarke, pour l'intervenant Native Council of Nova Scotia.

Henry J. Bear, pour l'intervenant Union of New Brunswick Indians.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci et Binnie rendu par

BINNIE J. — On an August morning six years ago the appellant and a companion, both Mi'kmaq Indians, slipped their small outboard motorboat into the coastal waters of Pomquet Harbour, Antigonish County, Nova Scotia to fish for eels. They landed 463 pounds, which they sold for $787.10, and for which the appellant was arrested and prosecuted.

On an earlier August morning, some 235 years previously, the Reverend John Seycombe of Chester, Nova Scotia, a missionary and sometime dining companion of the Governor, noted with satisfaction in his diary, "Two Indian squaws brought seal skins and eels to sell". That transaction was apparently completed without arrest or other incident. The thread of continuity between these events, it seems, is that the Mi'kmaq people have sustained themselves in part by harvesting and trading fish (including eels) since Europeans first visited the coasts of what is now Nova Scotia in the 16th century. The appellant says that they are entitled to continue to do so now by virtue of a treaty right agreed to by the British Crown in 1760. As noted by my colleague, Justice McLachlin, the appellant is guilty as charged unless his activities were protected by an existing aboriginal or treaty right. No reliance was placed on any aboriginal right; the appellant chooses to rest his case entirely on the Mi'kmaq treaties of 1760-61.

The trial judge ([1996] N.S.J. No. 246 (QL) (Prov. Ct.)) accepted as applicable the terms of a Treaty of Peace and Friendship signed on March 10, 1760 at Halifax. The parties disagree about the existence of alleged oral terms, as well as the implications of the "trade clause" written into that document. From this distance, across more than two centuries, events are necessarily seen as "through a glass, darkly". The parties were negotiating in March 1760 in the shadow of the great military and political turmoil following the fall of the French fortresses at Louisbourg, Cape Breton

LE JUGE BINNIE — Par un matin d'août, il y a six ans, l'appelant et un ami, tous deux des Indiens mi'kmaq, sont allés pêcher l'anguille avec leur petit hors-bord dans les eaux côtières de Pomquet Harbour, dans le comté d'Antigonish en Nouvelle-Écosse. Ils en ont pris 463 livres, qu'ils ont vendues pour 787,10 $, activités pour lesquelles l'appelant a été arrêté et accusé. 1

Par un matin d'août également, mais il y a plus longtemps de cela, soit environ 235 ans, le révérend John Seycombe, de Chester en Nouvelle-Écosse, missionnaire et, parfois, compagnon de table du gouverneur, a écrit avec satisfaction dans son journal, [TRADUCTION] «Deux Indiennes ont apporté des peaux de phoque et des anguilles pour les vendre». Cette transaction s'est apparemment déroulée sans arrestation ni autre incident. L'élément de continuité entre ces événements est, semble-t-il, que les Mi'kmaq subviennent en partie à leurs besoins en pêchant et en faisant le commerce du poisson (y compris l'anguille), et ce depuis que les Européens ont visité pour la première fois, au 16e siècle, les côtes du territoire qui est maintenant la Nouvelle-Écosse. L'appelant affirme que les Mi'kmaq ont le droit de continuer à le faire en vertu d'un droit issu d'un traité conclu avec la Couronne britannique en 1760. Comme l'a souligné ma collègue le juge McLachlin, l'appelant est coupable des infractions reprochées sauf si ses activités étaient protégées par un droit existant — ancestral ou issu de traité. Aucun droit ancestral n'a été invoqué; l'appelant a décidé de fonder sa cause entièrement sur les traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761. 2

Le juge du procès ([1996] N.S.J. No. 246 (QL) (C. prov.)) a considéré que les conditions du Traité de paix et d'amitié signé le 10 mars 1760 à Halifax étaient applicables. Les parties ne s'entendent pas quant à l'existence de conditions verbales ni quant aux effets de la «clause relative au commerce» figurant dans ce document. De cette distance, après plus de deux siècles, les événements sont nécessairement vus comme «dans un miroir, d'une manière obscure». En mars 1760, les parties négociaient dans l'ombre de la grande tourmente militaire et politique qui a suivi la chute des forteresses 3

(June 1758) and Quebec (September 1759). The Mi'kmaq signatories had been allies of the French King, and Montreal would continue to be part of New France until it subsequently fell in June 1760. The British had almost completed the process of expelling the Acadians from southern Nova Scotia. Both the Treaty of Paris, ending hostilities, and the Royal Proclamation of 1763 were still three years in the future. Only six years prior to the signing of the treaties, the British Governor of Nova Scotia had issued a Proclamation (May 14, 1756) offering rewards for the killing and capturing of Mi'kmaq throughout Nova Scotia, which then included New Brunswick. The treaties were entered into in a period where the British were attempting to expand and secure their control over their northern possessions. The subtext of the Mi'kmaq treaties was reconciliation and mutual advantage.

françaises de Louisbourg, du Cap Breton (en juin 1758) et de Québec (en septembre 1759). Les signataires mi'kmaq avaient été des alliés du roi français, et Montréal continuerait de faire partie de la Nouvelle-France jusqu'à sa chute en juin 1760. Les Britanniques avaient presque complété l'expulsion des Acadiens du sud de la Nouvelle-Écosse. Il s'écoulerait encore trois ans avant la signature du Traité de Paris, qui mettait fin aux hostilités, et l'édiction de la Proclamation royale de 1763. Six ans seulement avant la signature des traités, le gouverneur britannique de la Nouvelle-Écosse avait pris une proclamation (le 14 mai 1756) offrant une récompense à qui prendrait, morts ou vifs, des Mi'kmaq en Nouvelle-Écosse, territoire qui comprenait alors le Nouveau-Brunswick. Les traités ont été conclus à un moment où les Britanniques tentaient d'étendre et de solidifier leur emprise sur leurs possessions du nord. L'objectif implicite des traités avec les Mi'kmaq était la réconciliation et la reconnaissance d'avantages mutuels.

4 I would allow this appeal because nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi'kmaq people to secure their peace and friendship, as best the content of those treaty promises can now be ascertained. In reaching this conclusion, I recognize that if the present dispute had arisen out of a modern commercial transaction between two parties of relatively equal bargaining power, or if, as held by the courts below, the short document prepared at Halifax under the direction of Governor Charles Lawrence on March 10, 1760 was to be taken as being the "entire agreement" between the parties, it would have to be concluded that the Mi'kmaq had inadequately protected their interests. However, the courts have not applied strict rules of interpretation to treaty relationships. In *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, and earlier decisions cited therein, the Nova Scotia Court of Appeal has affirmed the Mi'kmaq aboriginal right to fish for food. The appellant says the treaty allows him to fish for trade. In my view, the 1760 treaty does affirm the right of the Mi'kmaq people to continue to provide for their own sustenance by taking the products of their hunting, fishing and other

Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi parce que rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié, autant qu'il soit possible de dégager aujourd'hui la teneur des promesses faites par traité. En tirant cette conclusion, je reconnais que, si le présent litige découlait d'une transaction commerciale moderne entre deux parties jouissant d'un pouvoir de négociation relativement égal, ou si, comme ont conclu les juridictions inférieures, le court document rédigé à Halifax, sous la direction du gouverneur Charles Lawrence le 10 mars 1760, devait être considéré comme l'«entente intégrale» entre les parties, il faudrait conclure que les Mi'kmaq ont mal protégé leurs intérêts. Toutefois, les tribunaux n'appliquent pas des règles d'interprétation strictes aux rapports fondés sur les traités. Dans *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, et dans des décisions antérieures citées dans cet arrêt, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé le droit ancestral des Mi'kmaq de pêcher pour se nourrir. L'appelant affirme que le traité lui permet de pêcher à des fins commerciales. À mon avis, le Traité de 1760

gathering activities, and trading for what in 1760 was termed "necessaries". This right was always subject to regulation. The Crown does not suggest that the regulations in question accommodate the treaty right. The Crown's case is that no such treaty right exists. Further, no argument was made that the treaty right was extinguished prior to 1982, and no justification was offered by the Crown for the several prohibitions at issue in this case. Accordingly, in my view, the appellant is entitled to an acquittal.

confirme le droit des Mi'kmaq de continuer à assurer leur subsistance en se servant du produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette pour se procurer ce qu'on appelait en 1760 les «biens nécessaires». Ce droit a toujours été assujetti à la réglementation. Le ministère public ne prétend pas que le règlement en cause tient compte du droit issu du traité. Il plaide plutôt qu'aucun droit de la sorte n'existe. De plus, le ministère public n'a ni prétendu que ce droit avait été éteint avant 1982, ni tenté de justifier les diverses prohibitions en litige dans la présente affaire. En conséquence, je suis d'avis que l'appelant a droit à l'acquittement.

Analysis

The starting point for the analysis of the alleged treaty right must be an examination of the specific words used in any written memorandum of its terms. In this case, the task is complicated by the fact the British signed a series of agreements with individual Mi'kmaq communities in 1760 and 1761 intending to have them consolidated into a comprehensive Mi'kmaq treaty that was never in fact brought into existence. The trial judge, Embree Prov. Ct. J., found that by the end of 1761 all of the Mi'kmaq villages in Nova Scotia had entered into separate but similar treaties. Some of these documents are missing. Despite some variations among some of the documents, Embree Prov. Ct. J. was satisfied that the written terms applicable to this dispute were contained in a Treaty of Peace and Friendship entered into by Governor Charles Lawrence on March 10, 1760, which in its entirety provides as follows:

Treaty of Peace and Friendship concluded by [His Excellency Charles Lawrence] Esq. Govr and Comr. in Chief in and over his Majesty's Province of Nova Scotia or Accadia with Paul Laurent chief of the LaHave tribe of Indians at Halifax in the Province of N.S. or Acadia.

I, Paul Laurent do for myself and the tribe of LaHave Indians of which I am Chief do acknowledge the jurisdiction and Dominion of His Majesty George the Second over the Territories of Nova Scotia or Accadia

L'analyse

Pour analyser le droit issu de traité invoqué, il faut d'abord examiner les termes précis qui ont été utilisés dans tout document en constatant les conditions. En l'espèce, cette tâche se complique du fait que, en 1760 et en 1761, les Britanniques ont signé avec diverses communautés mi'kmaq une série d'ententes qu'ils entendaient consolider en un traité global avec les Mi'kmaq, mais qui, dans les faits, n'a jamais vu le jour. Le juge qui a présidé le procès, le juge Embree de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, a conclu que, à la fin de 1761, des traités similaires avaient été conclus avec tous les villages mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse. Certains de ces documents sont disparus. Malgré l'existence de différences entre certains documents, le juge Embree a conclu que les conditions écrites applicables au présent litige figurent dans le Traité de paix et d'amitié conclu par le gouverneur Charles Lawrence le 10 mars 1760, dont voici le texte intégral: 5

[TRADUCTION] Traité de paix et d'amitié conclu par [Son Excellence Charles Lawrence], Esq., Gouv. et Com. en chef dans et pour la province de Sa Majesté la Nouvelle-Écosse ou l'Acadie, avec Paul Laurent, Chef de la tribu des Indiens de LaHave, à Halifax, dans la province de la N.-É. ou d'Acadie.

Je soussigné, Paul Laurent, en mon nom et au nom de la tribu des Indiens de LaHave dont je suis le chef, reconnais la juridiction et la domination de Sa Majesté le Roi George II sur les territoires de la Nouvelle-Écosse

and we do make submission to His Majesty in the most perfect, ample and solemn manner.

And I do promise for myself and my tribe that I nor they shall not molest any of His Majesty's subjects or their dependents, in their settlements already made or to be hereafter made or in carrying on their Commerce or in any thing whatever within the Province of His said Majesty or elsewhere and if any insult, robbery or outrage shall happen to be committed by any of my tribe satisfaction and restitution shall be made to the person or persons injured.

That neither I nor any of my tribe shall in any manner entice any of his said Majesty's troops or soldiers to desert, nor in any manner assist in conveying them away but on the contrary will do our utmost endeavours to bring them back to the Company, Regiment, Fort or Garrison to which they shall belong.

That if any Quarrel or Misunderstanding shall happen between myself and the English or between them and any of my tribe, neither I, nor they shall take any private satisfaction or Revenge, but we will apply for redress according to the Laws established in His said Majesty's Dominions.

That all English prisoners made by myself or my tribe shall be sett at Liberty and that we will use our utmost endeavours to prevail on the other tribes to do the same, if any prisoners shall happen to be in their hands.

And I do further promise for myself and my tribe that we will not either directly nor indirectly assist any of the enemies of His most sacred Majesty King George the Second, his heirs or Successors, nor hold any manner of Commerce traffick nor intercourse with them, but on the contrary will as much as may be in our power discover and make known to His Majesty's Governor, any ill designs which may be formed or contrived against His Majesty's subjects. And I do further engage that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's Governor at Lunenbourg or Elsewhere in Nova Scotia or Accadia.

And for the more effectual security of the due performance of this Treaty and every part thereof I do promise and Engage that a certain number of persons of my tribe which shall not be less in number than two prisoners shall on or before September next reside as Hostages at Lunenburg or at such other place or places

ou d'Acadie et nous faisons notre soumission à sa Majesté de la manière la plus complète et la plus solennelle.

Et je promets en mon nom et au nom de ma tribu, de ne molester aucun des sujets de Sa Majesté et des personnes à leur charge, dans leurs établissements actuels ou futurs, ou dans leur commerce ou dans quelque autre chose dans ladite province de Sa Majesté ou ailleurs; et s'il arrive que quelque insulte, vol ou outrage soit commis par un membre de ma tribu, il sera donné satisfaction et fait restitution à la ou aux personnes lésées.

Que ni moi, ni aucun membre de ma tribu, n'inciterons les troupes ou soldats de Sa Majesté à déserter, ni ne les aiderons à s'enfuir, mais au contraire que nous nous efforcerons de les ramener à leur compagnie, régiment, fort ou garnison.

Qu'en cas de querelle ou mésentente entre moi-même et les Anglais ou entre ces derniers et un membre de ma tribu, ni eux ni moi n'exercerons aucune vengeance personnelle, mais que nous demanderons réparation selon les lois établies dans les Dominions de Sa Majesté.

Que tous les prisonniers anglais que ma tribu ou moi avons faits seront remis en liberté et que nous nous efforcerons de convaincre les autres tribus de faire de même si des prisonniers sont entre leurs mains.

Et je promets en outre, en mon nom et au nom de ma tribu, que nous n'assisterons, ni directement ni indirectement, aucun des ennemis de Sa Majesté très sacrée le Roi George II, de ses héritiers ou successeurs, ni ne ferons quelque forme de commerce, de trafic ou d'échanges avec eux; mais qu'au contraire nous ferons tout ce qui est en notre pouvoir pour découvrir et signaler au gouverneur de Sa Majesté tout complot formé ou ourdi contre les sujets de Sa Majesté. Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté à Lunenbourg ou ailleurs en Nouvelle-Écosse ou Acadie.

Et pour garantir plus efficacement l'exécution du présent traité en entier je prends l'engagement que certains membres de ma tribu, dont le nombre ne sera pas inférieur à deux, iront au plus tard en septembre prochain résider en tant qu'otages à Lunenburg ou à tel autre endroit en Nouvelle-Écosse ou Acadie désigné à cette

in this Province of Nova Scotia or Accadia as shall be appointed for that purpose by His Majesty's Governor of said Province which Hostages shall be exchanged for a like number of my tribe when requested.

And all these foregoing articles and every one of them made with His Excellency C. L., His Majesty's Governor I do promise for myself and on of sd part — behalf of my tribe that we will most strictly keep and observe in the most solemn manner.

In witness whereof I have hereunto putt my mark and seal at Halifax in Nova Scotia this day of March one thousand

Paul Laurent

I do accept and agree to all the articles of the forgoing treaty in Faith and Testimony whereof I have signed these present I have caused my seal to be hereunto affixed this day of march in the 33 year of His Majesty's Reign and in the year of Our lord — 1760

Chas Lawrence [Emphasis added.]

The underlined portion of the document, the so-called "trade clause", is framed in negative terms as a restraint on the ability of the Mi'kmaq to trade with non-government individuals. A "truckhouse" was a type of trading post. The evidence showed that the promised government truckhouses disappeared from Nova Scotia within a few years and by 1780 a replacement regime of government licensed traders had also fallen into disuse while the British Crown was attending to the American Revolution. The trial judge, Embree Prov. Ct. J., rejected the Crown's argument that the trade clause amounted to nothing more than a negative covenant. He found, at para. 116, that it reflected a grant to the Mi'kmaq of the positive right to "bring the products of their hunting, fishing and gathering to a truckhouse to trade". The Court of Appeal ((1997), 159 N.S.R. (2d) 186) found that the trial judge misspoke when he used the word "right". It held that the trade clause does not grant the Mi'kmaq any rights. Instead, the trade clause represented a "mechanism imposed upon them to help ensure that the peace was a lasting one, by obviating their need to trade with enemies of the British" (p. 208). When the truckhouses disappeared, said

fin par le gouverneur de Sa Majesté pour ladite province, lesquels otages seront échangés ou encore relevés par d'autres quand ils le souhaiteront.

Et je promets, en mon nom et au nom de ma tribu que nous respecterons et observerons de la manière la plus stricte et la plus solennelle tous et chacun des articles qui précèdent convenus avec Son Excellence C. L., gouverneur de Sa Majesté.

En foi de quoi, j'ai apposé ma marque et mon sceau à Halifax en Nouvelle-Écosse, le jour de mars mille

Paul Laurent

J'accepte tous les articles du traité susdit, en foi et en témoignage de quoi j'ai signé les présentes et y ai fait apposer mon sceau ce jour du mois de mars de la 33e année du règne de Sa Majesté et de l'an de Notre Seigneur — 1760

Chas Lawrence [Je souligne.]

La partie soulignée du document, qu'on appelle la «clause relative au commerce», est formulée de façon négative sous forme de restriction de la capacité des Mi'kmaq de commercer avec d'autres personnes que des représentants du gouvernement. Une «maison de troc» était un genre de poste de traite. La preuve a démontré que, quelques années plus tard, les maisons de troc promises par le gouvernement avaient cessé d'exister en Nouvelle-Écosse et que, en 1780, le régime de commerçants patentés par le gouvernement qui avait remplacé ces établissements était lui aussi tombé en désuétude, pendant que la Couronne britannique était préoccupée par la Révolution américaine. Le juge Embree a rejeté l'argument du ministère public que la clause relative au commerce n'était rien de plus qu'un engagement de ne pas faire quelque chose. Il a conclu, au par. 116, qu'elle avait eu pour effet d'accorder aux Mi'kmaq le droit positif [TRADUCTION] «d'apporter le produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette aux maisons de troc pour en faire le commerce». La Cour d'appel ((1997), 159 N.S.R. (2d) 186) a conclu que le juge du procès s'était mal exprimé lorsqu'il avait utilisé le mot «droit». Elle a statué que la clause relative au commerce ne conférait aucun droit aux Mi'kmaq, mais qu'elle constituait plutôt

6

the court, so did any vestiges of the restriction or entitlement, and that was the end of it.

7 The appellant's position is that the truckhouse provision not only incorporated the alleged right to trade, but also the right to pursue traditional hunting, fishing and gathering activities in support of that trade. It seems clear that the words of the March 10, 1760 document, standing in isolation, do not support the appellant's argument. The question is whether the underlying negotiations produced a broader agreement between the British and the Mi'kmaq, memorialized only in part by the Treaty of Peace and Friendship, that would protect the appellant's activities that are the subject of the prosecution. I should say at the outset that the appellant overstates his case. In my view, the treaty rights are limited to securing "necessaries" (which I construe in the modern context, as equivalent to a moderate livelihood), and do not extend to the open-ended accumulation of wealth. The rights thus construed, however, are, in my opinion, treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and are subject to regulations that can be justified under the *Badger* test (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R 771).

8 Although the agreed statement of facts does not state explicitly that the appellant was exercising his rights for the purpose of necessaries, the Court was advised in the course of oral argument that the appellant "was engaged in a small-scale commercial activity to help subsidize or support himself and his common-law spouse". The Crown did not dispute this characterization and it is consistent with the scale of the operation, the amount of money involved, and the other surrounding facts. If at some point the appellant's trade and related fishing activities were to extend beyond what is

un [TRADUCTION] «mécanisme qui leur avait été imposé en vue d'aider à l'établissement d'une paix durable, en éliminant leur besoin de commercer avec les ennemis des Britanniques» (p. 208). Lorsque les maisons de troc ont disparu, d'affirmer la Cour, il en a été de même pour tout vestige de la restriction ou du droit, et cela a mis fin à la question.

La position de l'appelant est que la clause relative aux maisons de troc n'a pas seulement incorporé le droit de commercer dont on allègue l'existence, mais aussi celui de poursuivre les activités traditionnelles de chasse, de pêche et de cueillette pratiquées au soutien de ce commerce. Il semble clair que, pris isolément, les termes du document du 10 mars 1760 n'appuient pas l'argument de l'appelant. La question est de savoir si les négociations ont produit une entente plus large entre les Britanniques et les Mi'kmaq, qui n'aurait été constatée qu'en partie par le Traité de paix et d'amitié et qui protégerait les activités de l'appelant visées par la poursuite. Je dois souligner, au départ, que l'appelant exagère ses droits. J'estime que les droits issus du traité se limitent au fait de pouvoir se procurer les «biens nécessaires» (expression qui, selon moi, s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées. Interprétés ainsi, toutefois, ces droits sont, à mon avis, des droits issus de traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ils sont assujettis aux règlements dont la justification peut se démontrer suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger* (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771).

Quoique l'exposé conjoint des faits n'indique pas expressément que l'appelant exerçait ses droits pour se procurer des biens nécessaires, notre Cour a été informée, au cours des plaidoiries, que l'appelant [TRADUCTION] «se livrait à des activités commerciales sur une petite échelle pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe de fait». Le ministère public n'a pas contesté cette description de la situation, qui concorde avec l'ampleur des activités, la somme en cause et les autres faits pertinents. Si, à un moment donné, le commerce de l'appelant et les activités de pêche connexes

reasonably required for necessaries, as hereinafter defined, he would be outside treaty protection, and can expect to be dealt with accordingly.

devaient dépasser ce qui est raisonnablement requis pour pouvoir se procurer les biens nécessaires, suivant la définition donnée à ce terme plus loin dans les présents motifs, il cesserait de bénéficier de la protection du traité et il pourrait s'attendre à être traité en conséquence.

Evidentiary Sources

The Court of Appeal took a strict approach to the use of extrinsic evidence when interpreting the Treaties of 1760-61. Roscoe and Bateman JJ.A. stated at p. 194: "While treaties must be interpreted in their historical context, extrinsic evidence cannot be used as an aid to interpretation, in the absence of ambiguity". I think this approach should be rejected for at least three reasons.

Les sources de la preuve

9 La Cour d'appel a appliqué une approche restrictive relativement à l'utilisation de la preuve extrinsèque dans l'interprétation des traités de 1760 et 1761. Les juges Roscoe et Bateman ont fait l'affirmation suivante, à la p. 194: [TRADUCTION] «Bien que les traités doivent être interprétés dans leur contexte historique, la preuve extrinsèque ne peut être utilisée pour aider à leur interprétation en l'absence d'ambiguïté». J'estime que cette approche doit être rejetée pour au moins trois raisons.

Firstly, even in a modern commercial context, extrinsic evidence is available to show that a written document does not include all of the terms of an agreement. Rules of interpretation in contract law are in general more strict than those applicable to treaties, yet Professor Waddams states in *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993), at para. 316:

10 Premièrement, même dans le contexte commercial moderne, il est possible de faire appel à des éléments de preuve extrinsèques pour démontrer qu'un document donné ne renferme pas toutes les conditions d'une entente. Les règles d'interprétation applicables en droit des contrats sont généralement plus strictes que celles applicables aux traités. Pourtant, le professeur Waddams a dit ce qui suit, dans *The Law of Contracts* (3e éd. 1993), au par. 316:

> The parol evidence rule does not purport to exclude evidence designed to show whether or not the agreement has been "reduced to writing", or whether it was, or was not, the intention of the parties that it should be the exclusive record of their agreement. Proof of this question is a pre-condition to the operation of the rule, and all relevant evidence is admissible on it. This is the view taken by Corbin and other writers, and followed in the Second Restatement.

> [TRADUCTION] La règle d'exclusion de la preuve extrinsèque ne vise pas à écarter les éléments de preuve qui sont de nature à démontrer si l'entente a oui ou non été «couchée par écrit», ou si les parties avaient l'intention de faire de l'écrit le seul document constatant cette entente. La preuve de ces questions est un préalable à l'application de la règle, et tout élément de preuve pertinent à cet égard est admissible. C'est l'opinion qui a été exprimée par Corbin et par d'autres auteurs, et qui a été suivie dans le *Second Restatement.*

See also *International Casualty Co. v. Thomson* (1913), 48 S.C.R. 167, *per* Idington J., at p. 191, and G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9th ed. 1995), at p. 177. For an example of a treaty only partly reduced to writing, see *R. v. Taylor and Wil-*

Voir également *International Casualty Co. c. Thomson* (1913), 48 R.C.S. 167, le juge Idington, à la p. 191, et G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9e éd. 1995), à la p. 177. Pour un exemple de traité qui n'a été que partiellement couché par

liams (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.) (leave to appeal dismissed, [1981] 2 S.C.R. xi).

11 Secondly, even in the context of a treaty document that purports to contain all of the terms, this Court has made clear in recent cases that extrinsic evidence of the historical and cultural context of a treaty may be received even absent any ambiguity on the face of the treaty. MacKinnon A.C.J.O. laid down the principle in *Taylor and Williams*, *supra*, at p. 236:

> . . . if there is evidence by conduct or otherwise as to how the parties understood the terms of the treaty, then such understanding and practice is of assistance in giving content to the term or terms.

The proposition is cited with approval in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 87, and *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1045.

12 Thirdly, where a treaty was concluded verbally and afterwards written up by representatives of the Crown, it would be unconscionable for the Crown to ignore the oral terms while relying on the written terms, *per* Dickson J. (as he then was) in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. Dickson J. stated for the majority, at p. 388:

> Nonetheless, the Crown, in my view, was not empowered by the surrender document to ignore the oral terms which the Band understood would be embodied in the lease. The oral representations form the backdrop against which the Crown's conduct in discharging its fiduciary obligation must be measured. They inform and confine the field of discretion within which the Crown was free to act. After the Crown's agents had induced the Band to surrender its land on the understanding that the land would be leased on certain terms, it would be unconscionable to permit the Crown simply to ignore those terms.

écrit, voir *R. c. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée, [1981] 2 R.C.S. xi).

Deuxièmement, même dans le cas d'un document censé contenir toutes les conditions d'un traité, notre Cour a clairement indiqué dans des arrêts récents que des éléments de preuve extrinsèques relatifs au contexte historique et culturel d'un traité pouvaient être admis même en l'absence d'ambiguïté ressortant à la lecture même du traité. Le juge en chef adjoint MacKinnon de la Cour d'appel de l'Ontario a énoncé le principe suivant dans *Taylor and Williams*, précité, à la p. 236:

> [TRADUCTION] . . . si la conduite des parties ou d'autres faits apportent des éléments de preuve concernant la manière dont celles-ci comprenaient les conditions du traité, cette façon de comprendre et d'agir est utile pour donner corps aux conditions visées.

Cette proposition est mentionnée avec approbation dans les arrêts *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au par. 87, et *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1045.

Troisièmement, lorsqu'un traité a été conclu oralement et subséquemment couché par écrit par des représentants de la Couronne, il serait inacceptable que cette dernière fasse fi des conditions dont les parties ont convenu oralement, alors qu'elle se fonde sur celles qui ont été consignées par écrit, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. S'exprimant pour la majorité, le juge Dickson a dit ceci, à la p. 388:

> J'estime néanmoins que l'acte de cession n'autorisait pas Sa Majesté à ignorer les conditions verbales qui, selon ce que la bande avait cru comprendre, seraient incluses dans le bail. C'est en fonction de ces représentations verbales que doit être appréciée la conduite adoptée par Sa Majesté en s'acquittant de son obligation de fiduciaire. Elles définissent et limitent la latitude dont jouissait Sa Majesté dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Après que les mandataires de Sa Majesté eurent amené la bande à céder ses terres en lui laissant entendre qu'elles seraient louées à certaines conditions, il serait déraisonnable de permettre à Sa Majesté d'ignorer tout simplement ces conditions.

The *Guerin* case is a strong authority in this respect because the surrender there could only be accepted by the Governor in Council, who was not made aware of any oral terms. The surrender could *not* have been accepted by the departmental officials who were present when the Musqueam made known their conditions. Nevertheless, the Governor in Council was held bound by the oral terms which "the Band understood would be embodied in the lease" (p. 388). In this case, unlike *Guerin*, the Governor did have authority to bind the Crown and was present when the aboriginal leaders made known their terms.

L'arrêt *Guerin* a une grande valeur comme précédent à cet égard, car la cession en cause dans cette affaire ne pouvait être acceptée que par le gouverneur en conseil, qui n'avait pas été informé de l'existence de quelque condition verbale que ce soit. La cession *ne* pouvait *pas* avoir été acceptée par les fonctionnaires du ministère qui étaient présents lorsque les Musqueams ont fait connaître leurs conditions. Néanmoins, il a été jugé que le gouverneur en conseil était lié par les conditions verbales qui, «selon ce que la bande avait cru comprendre, seraient incluses dans le bail» (p. 388). Dans le présent cas, contrairement à l'affaire *Guerin*, le gouverneur avait le pouvoir de lier la Couronne et était présent lorsque les chefs autochtones ont fait part de leurs conditions.

The narrow approach applied by the Court of Appeal to the use of extrinsic evidence apparently derives from the comments of Estey J. in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, where, at p. 201, he expressed some reservations about the use of extrinsic materials, such as the transcript of negotiations surrounding the signing of Treaty No. 6, except in the case of ambiguity. (Estey J. went on to consider the extrinsic evidence anyway, at p. 203.) Lamer J., as he then was, mentioned this aspect of *Horse* in *Sioui*, *supra*, at p. 1049, but advocated a more flexible approach when determining the existence of treaties. Lamer J. stated, at p. 1068, that "[t]he historical context, which has been used to demonstrate the existence of the treaty, may equally assist us in interpreting the extent of the rights contained in it".

13 L'approche restrictive appliquée par la Cour d'appel à l'égard du recours à la preuve extrinsèque découle apparemment des observations faites par le juge Estey dans l'arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, où, à la p. 201, il a exprimé des doutes quant à l'utilisation, sauf en cas d'ambiguïté, de documents extrinsèques, telle la transcription des négociations entourant la signature du Traité nº 6. (Le juge Estey a néanmoins examiné les éléments de preuve extrinsèques, à la p. 203.) Dans l'arrêt *Sioui*, précité, à la p. 1049, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a fait état de cet aspect de l'arrêt *Horse*, mais il a préconisé une approche plus souple aux fins de statuer sur l'existence de traités. Il a dit, à la p. 1068, que «[s]i le contexte historique a pu servir à démontrer l'existence du traité, il peut tout aussi bien nous aider à interpréter l'étendue des droits qui sont contenus dans ce traité».

Subsequent cases have distanced themselves from a "strict" rule of treaty interpretation, as more recently discussed by Cory J., in *Badger*, *supra*, at para. 52:

> . . . when considering a treaty, a court must take into account the context in which the treaties were negotiated, concluded and committed to writing. The treaties, as written documents, recorded an agreement that had already been reached orally and they did not always record the full extent of the oral agreement: see Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880), at

14 Dans des arrêts ultérieurs, notre Cour s'est écartée d'une règle «stricte» d'interprétation des traités, comme l'a récemment mentionné le juge Cory dans *Badger*, précité, au par. 52:

> . . . le tribunal qui examine un traité doit tenir compte du contexte dans lequel les traités ont été négociés, conclus et couchés par écrit. En tant qu'écrits, les traités constataient des accords déjà conclus verbalement, mais ils ne rapportaient pas toujours la pleine portée de ces ententes verbales: voir Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880), aux pp. 338 à 342; *Sioui*, pré-

pp. 338-42; *Sioui*, *supra*, at p. 1068; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991); Jean Friesen, *Grant me Wherewith to Make my Living* (1985). The treaties were drafted in English by representatives of the Canadian government who, it should be assumed, were familiar with common law doctrines. Yet, the treaties were not translated in written form into the languages (here Cree and Dene) of the various Indian nations who were signatories. Even if they had been, it is unlikely that the Indians, who had a history of communicating only orally, would have understood them any differently. As a result, it is well settled that the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction. [Emphasis added.]

"Generous" rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse. The special rules are dictated by the special difficulties of ascertaining what in fact was agreed to. The Indian parties did not, for all practical purposes, have the opportunity to create their own written record of the negotiations. Certain assumptions are therefore made about the Crown's approach to treaty making (honourable) which the Court acts upon in its approach to treaty interpretation (flexible) as to the existence of a treaty (*Sioui*, *supra*, at p. 1049), the completeness of any written record (the use, e.g., of context and implied terms to make honourable sense of the treaty arrangement: *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, and *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393), and the interpretation of treaty terms once found to exist (*Badger*). The bottom line is the Court's obligation is to "choose from among the various possible interpretations of the common intention [at the time the treaty was made] the one which best reconciles" the Mi'kmaq interests and those of the British Crown (*Sioui*, *per* Lamer J., at p. 1069 (emphasis added)). In *Taylor and Williams*, *supra*, the Crown conceded that points of oral agreement recorded in contemporaneous minutes were included in the treaty (p. 230) and the court concluded that their effect was to "preserve the historic right of these Indians to hunt and fish on Crown lands" (p. 236). The historical record in the

cité, à la p. 1068; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991); Jean Friesen, *Grant me Wherewith to Make my Living* (1985). Les traités, qui ont été rédigés en anglais par des représentants du gouvernement canadien qui, on le présume, connaissaient les doctrines de common law, n'ont toutefois pas été traduits, par écrit, dans les diverses langues (en l'espèce le cri et le déné) des nations indiennes qui en étaient signataires. D'ailleurs, même s'ils l'avaient été, il est peu probable que les Indiens, qui communiquaient exclusivement oralement, les auraient interprétés différemment. Par conséquent, il est bien établi que le texte d'un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d'interprétation modernes. [Je souligne.]

Il ne faut pas confondre les règles «généreuses» d'interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori. L'application de règles spéciales est dictée par les difficultés particulières que pose la détermination de ce qui a été convenu dans les faits. Les parties indiennes n'ont à toutes fins pratiques pas eu la possibilité de créer leurs propres compte-rendus écrits des négociations. Certaines présomptions sont donc appliquées relativement à l'approche suivie par la Couronne dans la conclusion des traités (conduite honorable), présomptions dont notre Cour tient compte dans son approche en matière d'interprétation des traités (souplesse) pour statuer sur l'existence d'un traité (*Sioui*, précité, à la p. 1049), le caractère exhaustif de tout écrit (par exemple l'utilisation du contexte et des conditions implicites pour donner un sens honorable à ce qui a été convenu par traité: *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393), et l'interprétation des conditions du traité, une fois qu'il a été conclu à leur existence (*Badger*). En bout de ligne, la Cour a l'obligation «de choisir, parmi les interprétations de l'intention commune [au moment de la conclusion du traité] qui s'offrent à [elle], celle qui concilie le mieux» les intérêts des Mi'kmaq et ceux de la Couronne britannique (*Sioui*, le juge Lamer, à la p. 1069 (je souligne)). Dans *Taylor and Williams*, précité, le ministère public a concédé que des conditions qui avaient été convenues verbalement et constatées dans des procès-verbaux de l'époque faisaient partie du traité (p. 230), et la cour a conclu qu'elles avaient pour effet de [TRADUCTION] «protéger le droit historique de ces

present case is admittedly less clear-cut, and there is no parallel concession by the Crown.

The 1752 Mi'kmaq Treaty

In 1749, following one of the continuing wars between Britain and France, the British Governor at Halifax had issued what was apparently the first of the Proclamations "authorizing the military and all British subjects to kill or capture any Mi'kmaq found, and offering a reward". This prompted what the Crown's expert witness at trial referred to as a "British-Mi'kmaq war". By 1751 relations had eased to the point where the 1749 Proclamation was revoked, and in November 1752 the Shubenacadie Mi'kmaq entered into the 1752 Treaty which was the subject of this Court's decision in *Simon*. This treaty stated in Article 4 that:

It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting and Fishing as usual and that if they shall think a Truckhouse needful at the River Chibenaccadie or any other place of their resort, they shall have the same built and proper Merchandize lodged therein, to be exchanged for what the Indians shall have to dispose of, and that in the mean time the said Indians shall have free liberty to bring for Sale to Halifax or any other Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other thing they shall have to sell, where they shall have liberty to dispose thereof to the best Advantage. [Emphasis added.]

It will be noted that unlike the March 10, 1760 document, the earlier 1752 Treaty contains both a treaty right to hunt and fish "as usual" as well as a more elaborate trade clause. The appellant here initially relied on the 1752 Treaty as the source of his treaty entitlement. In *Simon*, Dickson C.J., at p. 404, concluded that on the basis of the evidence adduced in that case, "[t]he Crown has failed to prove that the Treaty of 1752 was terminated by subsequent hostilities" and left the termination

Indiens de chasser et de pêcher sur les terres de la Couronne» (p. 236). La preuve historique est, il faut le reconnaître, moins claire en l'espèce, et le ministère public n'a fait aucune concession de la sorte.

Le Traité de 1752 avec les Mi'kmaq

En 1749, par suite de l'une des guerres continuelles entre la Grande-Bretagne et la France, le gouverneur britannique à Halifax avait pris ce qui était apparemment la première des Proclamations [TRADUCTION] «autorisant les militaires et tous les sujets britanniques à tuer ou capturer tout Mi'kmaq et offrant une récompense à cet égard». Cette décision a provoqué ce que le témoin-expert du ministère public au procès a appelé une [TRADUCTION] «guerre anglo-mi'kmaq». En 1751, les relations étaient devenues moins tendues, de sorte que la Proclamation de 1749 a été révoquée, et, en novembre 1752, les Mi'kmaq de Shubenacadie ont conclu le Traité de 1752, qui a fait l'objet de l'arrêt *Simon* de notre Cour. L'article 4 de ce traité prévoyait ce qui suit: 15

[TRADUCTION] On est plus Convenu que la susditte Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au contraire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume. Et qu'au cas que les dits Sauvages demandassent quil leur fut alloué un Magazin d'Echange sur la rivière Chubenaccadie, ou dans toute autre Place de leurs Habitations, ils en aurront un de batis remplis des Marchandizes convenables pour être échangées avec celles des Sauvages, et qu'au même tems les dits Sauvages auront un entière Liberté d'apporter vendre à Halifax ou dans quelqu'autre Plantation que ce soit dans cette Province, les Pelletries, Vollailles Poissons, et toute autre Chose quils auront à vendre et le tout a tel Avantage quils en pourront tirer. [Je souligne.]

Il convient de souligner que, contrairement au document du 10 mars 1760, le Traité de 1752 comporte le droit de chasser et de pêcher «comme de coutume» ainsi qu'une clause relative au commerce plus élaborée. En l'espèce, l'appelant a d'abord invoqué le Traité de 1752 comme source de son droit issu de traité. Dans l'arrêt *Simon*, à la p. 404, le juge en chef Dickson a conclu, à la lumière de la preuve présentée dans cette affaire, que «[l]e ministère public n'a[vait] pas réussi à 16

issue open (at pp. 406-7). The Crown led more detailed evidence of hostilities in this case. It appears that while the British had hoped that by entering the 1752 Treaty other Mi'kmaq communities would come forward to make peace, skirmishing commenced again in 1753 with the Mi'kmaq. France and Britain themselves went to war in 1754 in North America. In 1756, as stated, another Proclamation was issued by the British authorizing the killing and capturing of Mi'kmaq throughout Nova Scotia. According to the trial judge, at para. 63, during the 1750s the "French were relying on Mi'kmaq assistance in almost every aspect of their military plans including scouting and reconnaissance, and guarding the Cape Breton coast line". This evidence apparently persuaded the appellant at trial to abandon his reliance on the 1752 Peace and Friendship Treaty. The Court is thus not called upon to consider the 1752 Treaty in the present appeal.

démontrer que, à cause des hostilités subséquentes au Traité de 1752, celui-ci avait pris fin», et il ne s'est pas prononcé sur la question de l'extinction (aux pp. 406 et 407). Dans la présente affaire, le ministère public a présenté une preuve plus détaillée concernant les hostilités. Il semble que, bien que les Britanniques aient espéré que la conclusion du Traité de 1752 amènerait d'autres communautés mi'kmaq à faire des démarches de paix, de nouveaux accrochages avec les Mi'kmaq se soient produits en 1753. La France et la Grande-Bretagne elles-mêmes sont entrées en guerre en 1754 en Amérique du Nord. Comme je l'ai mentionné plus tôt, une autre Proclamation, prise en 1756 par les Britanniques, autorisait la prise, morts ou vifs, des Mi'kmaq en Nouvelle-Écosse. Selon le juge du procès, au par. 63 de ses motifs, pendant les années 1750, [TRADUCTION] «les Français comptaient sur l'assistance des Mi'kmaq dans presque tous les aspects de leur stratégie militaire, y compris le dépistage, la reconnaissance et la surveillance des côtes du Cap Breton». Cette preuve a apparemment convaincu l'appelant au procès de cesser de se fonder sur le Traité de paix et d'amitié de 1752. Notre Cour n'a donc pas à examiner ce Traité dans le présent pourvoi.

17 It should be pointed out that the Mi'kmaq were a considerable fighting force in the 18th century. Not only were their raiding parties effective on land, Mi'kmaq were accomplished sailors. Dr. William Wicken, for the defence, spoke of "the Maritime coastal adaptation of the Micmac":

> There are fishing people who live along the coastline who encounter countless fishermen, traders, on a regular basis off their coastline.

The Mi'kmaq, according to the evidence, had seized in the order of 100 European sailing vessels in the years prior to 1760. There are recorded Mi'kmaq sailings in the 18th century between Nova Scotia, St. Pierre and Miquelon and Newfoundland. They were not people to be trifled with. However, by 1760, the British and Mi'kmaq had a mutual self-interest in terminating hostilities and establishing the basis for a stable peace.

Il faut souligner que les Mi'kmaq constituaient une puissance militaire considérable au 18e siècle. Non seulement leurs raids étaient-ils efficaces sur terre, mais les Mi'kmaq étaient des marins accomplis. Le Dr William Wicken, qui a témoigné pour la défense, a parlé de [TRADUCTION] «l'adaptation des Micmacs à la vie côtière»:

> [TRADUCTION] Il s'agit d'un peuple de pêcheurs qui vit le long des côtes et y rencontre de façon régulière une multitude de pêcheurs et de commerçants.

D'après la preuve, les Mi'kmaq s'étaient emparés d'environ 100 navires européens avant 1760. Il existe des écrits faisant état de voyages maritimes des Mi'kmaq au 18e siècle entre la Nouvelle-Écosse, Saint-Pierre-et-Miquelon et Terre-Neuve. Ce n'était pas des gens qu'il fallait prendre à la légère. En 1760, toutefois, les Britanniques et les Mi'kmaq avaient un intérêt mutuel à mettre fin aux hostilités et à jeter les fondements d'une paix durable.

Findings of Fact by the Trial Judge

The appellant admitted that he did what he was alleged to have done on August 24, 1993. The only contentious issues arose on the historical record and with respect to the conclusions and inferences drawn by Embree Prov. Ct. J. from the documents, as explained by the expert witnesses. The permissible scope of appellate review in these circumstances was outlined by Lamer C.J. in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 82:

> In the case at bar, Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge, made findings of fact based on the testimony and evidence before him, and then proceeded to make a determination as to whether those findings of fact supported the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. The second stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis — his determination of the scope of the appellant's aboriginal rights on the basis of the facts as he found them — is a determination of a question of law which, as such, mandates no deference from this Court. The first stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis, however — the findings of fact from which that legal inference was drawn — do mandate such deference and should not be overturned unless made on the basis of a "palpable and overriding error".

In the present case, the trial judge, after a careful and detailed review of the evidence, concluded at para. 116:

> I accept as inherent in these treaties that the British recognized and accepted the existing Mi'kmaq way of life. Moreover, it's my conclusion that the British would have wanted the Mi'kmaq to continue their hunting, fishing and gathering lifestyle. The British did not want the Mi'kmaq to become a long-term burden on the public treasury although they did seem prepared to tolerate certain losses in their trade with the Mi'kmaq for the purpose of securing and maintaining their friendship and discouraging their future trade with the French. I am satisfied that this trade clause in the 1760-61 Treaties gave the Mi'kmaq the right to bring the products of their hunting, fishing and gathering to a truckhouse to trade. [Emphasis added.]

Les conclusions de fait tirées par le juge du procès

L'appelant a admis avoir commis les actes qu'on lui reproche d'avoir accomplis le 24 août 1993. Les seules questions litigieuses portaient sur le dossier historique et sur les conclusions et les inférences que le juge Embree a tirées des documents, à la lumière des explications des témoins-experts. La portée de l'examen que peut faire un tribunal d'appel dans de telles circonstances a été exposée par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au par. 82: 18

> Dans le cas qui nous occupe, le juge Scarlett de la Cour provinciale, juge du procès, a tiré des conclusions de fait fondées sur les témoignages et les autres éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis il s'est demandé si ces conclusions de fait étayaient l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Dans la deuxième étape de son analyse — la détermination de la portée des droits ancestraux de l'appelante à la lumière de ses conclusions de fait — le juge Scarlett tranche une question de droit qui, en tant que telle, ne commande aucune retenue de la part de notre Cour. Toutefois, la première étape de son analyse — savoir les conclusions de fait à partir desquelles cette inférence juridique est tirée — commande une telle retenue, et ces conclusions ne doivent pas être modifiées, sauf si elles résultent d'une «erreur manifeste et dominante».

Dans la présente affaire, après un examen soigné et détaillé de la preuve, le juge du procès a tiré la conclusion suivante, au par. 116: 19

> [TRADUCTION] Je considère qu'il ressort intrinsèquement de ces traités que les Britanniques reconnaissaient et acceptaient le mode de vie des Mi'kmaq. En outre, j'en viens à la conclusion que les Britanniques voulaient que les Mi'kmaq conservent leur mode de vie fondée sur la chasse, la pêche et la cueillette. Les Britanniques ne voulaient pas que les Mi'kmaq deviennent un fardeau à long terme pour le trésor public même s'ils semblaient prêts à tolérer certaines pertes dans leur commerce avec les Mi'kmaq afin de gagner et de conserver leur amitié et de les décourager de commercer dans le futur avec les Français. Je suis convaincu que cette clause relative au commerce figurant dans les traités de 1760 et 1761 a conféré aux Mi'kmaq le droit d'apporter le produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette aux maisons de troc pour en faire le commerce. [Je souligne.]

The treaty document of March 10, 1760 sets out a restrictive covenant and does not say anything about a positive Mi'kmaq right to trade. In fact, the written document does not set out any Mi'kmaq rights at all, merely Mi'kmaq "promises" and the Governor's acceptance. I cannot reconcile the trial judge's conclusion, at para. 116, that the treaties "gave the Mi'kmaq the right to bring the products of their hunting, fishing and gathering to a truckhouse to trade", with his conclusion at para. 112 that:

> The written treaties with the Mi'kmaq in 1760 and 1761 which are before me contain, and fairly represent, all the promises made and all the terms and conditions mutually agreed to.

It was, after all, the aboriginal leaders who asked for truckhouses "for the furnishing them with necessaries, in Exchange for their Peltry" in response to the Governor's inquiry "Whether they were directed by their Tribes, to propose any other particulars to be Treated upon at this Time". It cannot be supposed that the Mi'kmaq raised the subject of trade concessions merely for the purpose of subjecting themselves to a trade restriction. As the Crown acknowledges in its factum, "The restrictive nature of the truckhouse clause was British in origin". The trial judge's view that the treaty obligations are all found within the four corners of the March 10, 1760 document, albeit generously interpreted, erred in law by failing to give adequate weight to the concerns and perspective of the Mi'kmaq people, despite the recorded history of the negotiations, and by giving excessive weight to the concerns and perspective of the British, who held the pen. (See *Badger*, at para. 41, and *Sioui*, at p. 1036.) The need to give balanced weight to the aboriginal perspective is equally applied in aboriginal rights cases: *Van der Peet*, at paras. 49-50; *Delgamuukw*, at para. 81.

Le Traité du 10 mars 1760 comporte un covenant (engagement) restrictif et ne parle aucunement d'un droit positif des Mi'kmaq de commercer. En fait, le document ne confère absolument aucun droit aux Mi'kmaq; il ne fait état que de «promesses» faites par ces derniers et de l'acceptation des clauses du traité par le gouverneur. Je ne peux pas concilier la conclusion du juge du procès, au par. 116, que les traités ont «conféré aux Mi'kmaq le droit d'apporter le produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette aux maisons de troc pour en faire le commerce», avec la conclusion qu'il tire, au par. 112:

> [TRADUCTION] Les traités écrits qui ont été conclus avec les Mi'kmaq en 1760 et en 1761 et qui sont devant moi contiennent et reflètent fidèlement toutes les promesses qui ont été faites et les conditions dont les parties ont convenu mutuellement.

Après tout, ce sont les chefs indiens qui ont demandé l'établissement de maisons de troc [TRADUCTION] «afin de leur fournir des biens nécessaires, en échange de leurs pelleteries», en réponse à la question du gouverneur, qui leur demandait [TRADUCTION] «s'ils avaient été mandatés par leurs tribus pour proposer autre chose à ce moment». On ne peut supposer que les Mi'kmaq ont soulevé la question des concessions commerciales dans le seul but de se soumettre à une restriction en la matière. Comme le reconnaît le ministère public dans son mémoire, [TRADUCTION] «les Britanniques étaient à l'origine de la nature restrictive de la clause relative aux maisons de troc». En concluant que toutes les obligations prévues par le traité étaient circonscrites dans le document du 10 mars 1760, quoiqu'il s'agisse d'une interprétation généreuse, le juge du procès a commis une erreur de droit en n'accordant pas suffisamment d'importance aux préoccupations et au point de vue des Mi'kmaq, en dépit des écrits constatant l'historique des négociations, et en accordant une importance excessive aux préoccupations et au point de vue des Britanniques, qui tenaient le crayon. (Voir *Badger*, au par. 41, et *Sioui*, à la p. 1036.) La nécessité d'accorder une importance égale au point de vue des Autochtones s'applique de la même façon dans les affaires de droits ancestraux: *Van der Peet*, aux par. 49 et 50; *Delgamuukw*, au par. 81.

While the trial judge drew positive implications from the negative trade clause (reversed on this point by the Court of Appeal), such limited relief is inadequate where the British-drafted treaty document does not accord with the British-drafted minutes of the negotiating sessions and more favourable terms are evident from the other documents and evidence the trial judge regarded as reliable. Such an overly deferential attitude to the March 10, 1760 document was inconsistent with a proper recognition of the difficulties of proof confronted by aboriginal people, a principle emphasized in the treaty context by *Simon*, at p. 408, and *Badger*, at para. 4, and in the aboriginal rights context in *Van der Peet*, at para. 68, and *Delgamuukw*, at paras. 80-82. The trial judge interrogated himself on the scope of the March 10, 1760 text. He thus asked himself the wrong question. His narrow view of what constituted "the treaty" led to the equally narrow legal conclusion that the Mi'kmaq trading entitlement, such as it was, terminated in the 1780s. Had the trial judge not given undue weight to the March 10, 1760 document, his conclusions might have been very different.

20 Bien que le juge du procès ait inféré certaines conséquences positives de l'existence de la clause relative au commerce libellée négativement (conclusion toutefois infirmée par la Cour d'appel), une réparation aussi limitée est insuffisante lorsque le traité rédigé par les Britanniques ne concorde pas avec le procès-verbal des séances de négociation qu'ils ont eux-mêmes rédigé, et lorsque l'existence de conditions plus favorables ressort clairement des autres documents et éléments de preuve que le juge du procès a considérés fiables. Une attitude de retenue aussi excessive envers le document du 10 mars 1760 ne tient pas compte comme il se doit des problèmes de preuve auxquels font face les peuples autochtones, principe qui a été mis en évidence, en matière de traités, dans les arrêts *Simon*, à la p. 408, et *Badger*, au par. 4, et en matière de droits ancestraux dans les arrêts *Van der Peet*, au par. 68, et *Delgamuukw*, aux par. 80 à 82. Le juge du procès s'est interrogé sur la portée du texte du 10 mars 1760. Il s'est donc posé la mauvaise question. Son interprétation étroite de ce qui constituait «le traité» a conduit à sa conclusion de droit tout aussi étroite selon laquelle le droit des Mi'kmaq de commercer, tel qu'il existait, s'était éteint dans les années 1780. Si le juge du procès n'avait pas accordé une importance indue au document du 10 mars 1760, ses conclusions auraient pu être très différentes.

The Court of Appeal, with respect, compounded the errors of law. It not only read the Mi'kmaq "right", such as it was, out of the trial judgment, it also took the view, at p. 204, that the principles of interpretation of Indian treaties developed in connection with land cessions are of "limited specific assistance" to treaties of peace and friendship where "the significant 'commodity' exchanged was mutual promises of peace". While it is true that there is no applicable land cession treaty in Nova Scotia, it is also true that the Mi'kmaq were largely dispossessed of their lands in any event, and (as elsewhere) assigned to reserves to accommodate the wave of European settlement which the Treaty of 1760 was designed to facilitate. It seems harsh to put aboriginal people in a worse legal position where land has been taken without their formal cession than where they have agreed to

21 Avec égards, la Cour d'appel a ajouté aux erreurs de droit. Elle a non seulement interprété le «droit» conféré aux Mi'kmaq, tel qu'il existait, à partir du jugement de première instance, mais, à la p. 204, elle a également dit être d'avis que les principes d'interprétation des traités conclus avec les Indiens qui ont été élaborés dans le contexte de cessions de territoire sont d'un [TRADUCTION] «secours limité et précis» dans le cas des traités de paix et d'amitié, où «le «bien» important qui était échangé était des promesses réciproques de paix». Bien qu'il soit vrai qu'il n'y a aucun traité de cession de territoire applicable en Nouvelle-Écosse, il est également vrai que les Mi'kmaq ont de toute manière été largement dépossédés de leurs terres et que (comme ailleurs) on les a assignés à des réserves pour faire place à la vague de colons européens dont le Traité de 1760 visait à faciliter l'éta-

terms of cession. A deal is a deal. The same rules of interpretation should apply. If, as I believe, the courts below erred as a matter of law in these respects, it is open to an appellate court to correct the errors in an appeal under s. 830 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

blissement. Il apparaît sévère de placer les Autochtones dans une situation juridique plus mauvaise lorsque des terres ont été prises sans qu'ils les aient cédées formellement que lorsqu'ils ont accepté les conditions de la cession. Un marché est un marché. Les mêmes règles d'interprétation devraient s'appliquer. Si, comme je le crois, les juridictions inférieures ont commis des erreurs de droit sur ces questions, il est loisible au tribunal d'appel de corriger ces erreurs dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de l'art. 830 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

The 1760 Negotiations

Les négociations de 1760

22 I propose to review briefly the documentary record to emphasize and amplify certain aspects of the trial judge's findings. He accepted in general the evidence of the Crown's only expert witness, Dr. Stephen Patterson, a Professor of History at the University of New Brunswick, who testified at length about what the trial judge referred to (at para. 116) as British encouragement of the Mi'kmaq "hunting, fishing and gathering lifestyle". That evidence puts the trade clause in context, and answers the question whether there was something more to the treaty entitlement than merely the right to bring fish and wildlife to truckhouses.

Je me propose de passer brièvement en revue la preuve documentaire pour bien faire ressortir certains aspects des conclusions du juge du procès. Il a accepté de façon générale la déposition du seul témoin-expert du ministère public, le Dr Stephen Patterson, professeur d'histoire à l'Université du Nouveau-Brunswick. Ce dernier a longuement témoigné à propos de ce que le juge du procès a qualifié (au par. 116) d'encouragement des Britanniques à la poursuite par les Mi'kmaq de leur [TRADUCTION] «mode de vie fondée sur la chasse, la pêche et la cueillette». Ce témoignage situe dans son contexte la clause relative au commerce et répond à la question de savoir si le traité conférait davantage que le simple droit d'apporter du gibier et du poisson aux maisons de troc.

(i) *The Documentary Record*

(i) *La preuve documentaire*

23 I take the following points from the matters particularly emphasized by the trial judge at para. 90 following his thorough review of the historical background:

Je tire les éléments suivants des points que le juge du procès a fait ressortir de façon particulière au par. 90 de ses motifs, après un examen approfondi de la toile de fond historique:

[TRADUCTION]

1. The 1760-61 treaties were the culmination of more than a decade of intermittent hostilities between the British and the Mi'kmaq. Hostilities with the French were also prevalent in Nova Scotia throughout the 1750's, and the Mi'kmaq were constantly allied with the French against the British.

1. Les traités de 1760 et 1761 ont été le point culminant de plus d'une décennie d'hostilités intermittentes entre les Britanniques et les Mi'kmaq. Les accrochages avec les Français étaient également monnaie courante en Nouvelle-Écosse au cours des années 1750, et les Mi'kmaq s'alliaient constamment avec les Français contre les Britanniques.

2. The use of firearms for hunting had an important impact on Mi'kmaq society. The Mi'kmaq remained

2. L'utilisation des armes à feu pour chasser a eu une incidence importante sur la société mi'kmaq. Les

dependant on others for gun powder and the primary sources of that were the French, Acadians and the British.

3. The French frequently supplied the Mi'kmaq with food and European trade goods. By the mid-18th century, the Mi'kmaq were accustomed to, and in some cases relied on, receiving various European trade goods [including shot, gun powder, metal tools, clothing cloth, blankets and many other things].

. . .

6. The British wanted peace and a safe environment for their current and future settlers. Despite their recent victories, they did not feel completely secure in Nova Scotia.

Shortly after the fall of Louisbourg in June 1758, the British commander sent emissaries to the Mi'kmaq, through the French missionary, Father Maillard (who served as translator at the subsequent negotiations), holding out an offer of the enjoyment of peace, liberty, property, possessions and religion:

. . . my Reverend Father, It is necessary that I make known to you that your Capital Quebec has fallen to the arms of the King, my master, your armies are in flight, thus if you and your people are so reckless to continue [this war] without justification, it is certain that you will perish by starvation since you have no other assistance.

So you, My Reverend Father, would do well to accept the olive branches that I send to you and to put me in possession of the vessels that your people took from me and return them all to me, I am commanded to assure you by His Majesty that you will enjoy all your possessions, your liberty, property with the free exercise of your religion as you can see by the declaration that I have the honour of sending you. [Emphasis added.]

In the harsh winter of 1759-1760, so many Mi'kmaq turned up at Louisbourg seeking sustenance that the British Commander expressed concern that unless their demand for necessaries was met, they would become "very Troublesome" and "entirely putt a Stop to any Settling or fishing all along the Coast" or indeed "the Settlement of Nova Scotia" generally. This is stated in the dis-

Mi'kmaq ont continué à dépendre d'autrui pour la poudre à fusil, et leurs sources premières de ce produit étaient les Français, les Acadiens et les Britanniques.

3. Les Français fournissaient fréquemment aux Mi'kmaq de la nourriture et de biens commerciaux européens. Au milieu du 18e siècle, les Mi'kmaq étaient habitués à recevoir, et dans certains cas s'attendaient à recevoir, divers produits européens, [notamment des plombs, de la poudre à fusil, des outils en métal, du vêtement, des couvertures et bien d'autres choses].

. . .

6. Les Britanniques voulaient la paix et un environnement sécuritaire pour leurs colons actuels et futurs. Malgré leurs récentes victoires, ils ne se sentaient pas complètement en sécurité en Nouvelle-Écosse.

Peu de temps après la chute de Louisbourg en juin 1758, le commandant britannique a envoyé des émissaires aux Mi'kmaq, en faisant appel aux services du père Maillard, missionnaire français (qui a fait office de traducteur lors des négociations subséquentes), pour leur faire une offre de paix leur garantissant la liberté, la jouissance de leurs biens et l'exercice de leur religion: 24

[TRADUCTION] . . . mon Reverend pere, Il faut que je vous faites scavoir que votre capitale Quebec s'en rendu aux armes du Roy mon maitre, vos armées sont mises dans la route, ainsi que si vous Et vos gens sont si temeraires de continuer [cette guerre] contre la bonne Raison, Il faut absolument que vous périssies par la famine puisque vous ne scaurés avoir de secours.

Si vous Mon Reverend Pere, vous voules bien accepter Les branches d'holive que je vous envoye et me mettre En possession des Vaisseaux que vos Gens m'ont prier et vous Rendre tout à moy, Je suis commandé de vous assurer par Sa majesté que vous jouirés de tous vos biens, votre Liberté, proprieté avec une Exercise Libre de votre Religion comme vous verré par Le manifest que Jay l'honneur de vous Envoye. [Je souligne.]

Au cours du rigoureux hiver de 1759-1760, tant de Mi'kmaq se sont rendus à Louisbourg en quête de nourriture que le commandant britannique a exprimé la crainte qu'à moins qu'il ne soit satisfait à leur demande de biens nécessaires, ils créeraient [TRADUCTION] «beaucoup de problèmes» et «interrompraient complètement toute colonisation et toute activité de pêche le long de la côte», voire 25

patch from the Governor at Louisbourg, Brigadier-General Edward Whitmore to General Jeffrey Amherst, based in New York, who commanded the British forces in North America:

I acquainted you in some of my Letters in December [1759] and January [1760] last that the Indians were Come in, and that they had agreed to live with us upon a footing of Friendship. Accordingly Several of their Chiefs came in here and articles were agreed on and Signed by Them and Me in Form. On which Occassion as They pleaded they were Naked and Starving I Cloathed Them and gave Them Some Presents of Provisions etc. Afterwards Several Others came in to whom I was Obliged to do the like. And at this time the Chief of the Island is here who beside some Cloathing makes a demand of Powder, Shott, and Arms for four men, which if I would Remain in Peace with Them I find I must Comply with. They Say the French always Supplyed Them with these Things and They expect that we will do the Same. I can fore See that this will be a Constant annual Expence, and therefore I should be glad to have Your Directions both for my own Satisfaction and as a Rule to whoever may be left to Command here when I am Called away. Its Certain unless They are keep'd Quiet They might be very Troublesome to this Town with only a Small Garrison in it, and would entirely putt a Stop to any Settling or fishing all along the Coast, and which is yet of greater Consequence might much disturb and hinder the Settlement of Nova Scotia as They are so near to the back Settlements of that Province.

(Dispatch dated November 14, 1760.)

It is apparent that the British saw the Mi'kmaq trade issue in terms of peace, as the Crown expert Dr. Stephen Patterson testified, "people who trade together do not fight, that was the theory". Peace was bound up with the ability of the Mi'kmaq people to sustain themselves economically. Starvation breeds discontent. The British certainly did not want the Mi'kmaq to become an unnecessary drain on the public purse of the colony of Nova Scotia or of the Imperial purse in London, as the trial judge found. To avoid such a result, it became necessary to protect the traditional Mi'kmaq economy,

même «la colonisation de la Nouvelle-Écosse» de façon générale. C'est ce que dit la dépêche envoyée par le commandant de Louisbourg, le brigadier-général Edward Whitmore, au général Jeffrey Amherst, qui était basé à New York et commandait les forces britanniques en Amérique du Nord:

[TRADUCTION] Je vous ai informé dans certaines de mes lettres, soit en décembre [1759] et en janvier [1760] dernier, que les Indiens étaient venus et qu'ils avaient accepté de vivre avec nous dans un climat d'amitié. Par conséquent, plusieurs de leurs chefs sont venus ici et eux et moi avons convenu d'arrangements que nous avons signés en bonne et due forme. À cette occasion, ils ont dit n'avoir rien à se mettre sur le dos ni à manger, et je les ai vêtus et je leur ai fait cadeau de quelques provisions etc. Par la suite, plusieurs autres sont venus, pour qui j'ai été obligé de faire de même. Et maintenant, le chef de l'île est ici et, en plus de vêtements, il demande de la poudre, des plombs et des armes pour quatre hommes, ce que je dois leur donner si je veux continuer à être en paix avec eux. Ils disent que les Français leur fournissaient ces choses et qu'ils s'attendent à ce que nous fassions de même. Je peux prévoir que cela deviendra une dépense annuelle constante, de sorte que je serais heureux d'avoir vos directives pour mon propre bénéfice et en tant que règle pour la personne qui assumera le commandement ici lorsque je serai affecté ailleurs. Il est certain qu'à moins qu'ils soient apaisés, ils pourraient créer beaucoup de problèmes à cette ville, qui n'abrite qu'une petite garnison; ils interrompraient complètement toute colonisation et toute activité de pêche le long de la côte; et, ce qui est plus grave encore, ils pourraient nuire à la colonisation de la Nouvelle-Écosse puisqu'ils sont si près des colonies de l'arrière-pays dans cette province.

(Dépêche datée du 14 novembre 1760.)

Il est apparent que les Britanniques considéraient que la question du commerce avec les Mi'kmaq était liée à la paix, comme a affirmé l'expert du ministère public, le Dr Stephen Patterson, [TRADUCTION] «les gens qui commercent ensemble ne se font pas la guerre, voilà quelle était la théorie». La paix était liée à la capacité des Mi'kmaq de subvenir à leurs besoins sur le plan économique. La famine engendre le mécontentement. Les Britanniques ne voulaient certes pas que les Mi'kmaq deviennent une ponction inutile sur les deniers publics de la colonie de la Nouvelle-Écosse ou sur

including hunting, gathering and fishing. A comparable policy was pursued at a later date on the west coast where, as Dickson J. commented in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, at p. 311:

What is plain from the pre-Confederation period is that the Indian fishermen were encouraged to engage in their occupation and to do so for both food and barter purposes.

The same strategy of economic aboriginal self-sufficiency was pursued across the prairies in terms of hunting: see *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, *per* Wilson J., at p. 919, and Cory J., at p. 928.

The trial judge concluded that in 1760 the British Crown entered into a series of negotiations with communities of first nations spread across what is now Nova Scotia and New Brunswick. These treaties were essentially "adhesions" by different Mi'kmaq communities to identical terms because, as stated, it was contemplated that they would be consolidated in a more comprehensive and all-inclusive document at a later date, which never happened. The trial judge considered that the key negotiations took place not with the Mi'kmaq people directly, but with the St. John River Indians, part of the Maliseet First Nation, and the Passamaquody First Nation, who lived in present-day New Brunswick.

The trial judge found as a fact, at para. 108, that the relevant Mi'kmaq treaty did "make peace upon the same conditions" (emphasis added) as the Maliseet and Passamaquody. Meetings took place between the Crown and the Maliseet and the Passamaquody on February 11, 1760, twelve days before these bands signed their treaty with the British and eighteen days prior to the meeting between the Governor and the Mi'kmaq representatives, Paul Laurent of LaHave and Michel Augus-

le trésor impérial à Londres, comme a conclu le juge du procès. Pour éviter un tel résultat, il est devenu nécessaire de protéger l'économie mi'kmaq traditionnelle, y compris leurs activités de la chasse, de cueillette et de pêche. Une politique comparable a été appliquée plus tard sur la côte ouest, à propos de laquelle le juge Dickson a fait le commentaire suivant dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, à la p. 311:

Il est manifeste que durant les années qui ont précédé la Confédération, les pêcheurs indiens ont été encouragés à poursuivre leur activité non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc.

La même stratégie d'auto-suffisance économique des Autochtones a été appliquée dans les Prairies en ce qui a trait à la chasse: voir *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, le juge Wilson, à la p. 919, et le juge Cory, à la p. 928.

26 Le juge du procès a conclu que, en 1760, la Couronne britannique avait entamé des négociations avec diverses communautés autochtones habitant le territoire qui constitue maintenant la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. Ces traités constataient essentiellement l'«adhésion» de diverses communautés mi'kmaq à des conditions identiques parce que, comme il a été mentionné plus tôt, on envisageait de consolider ces traités en un document plus exhaustif et plus global à une date ultérieure, ce qui n'est jamais arrivé. Le juge du procès a considéré que les négociations les plus importantes n'avaient pas eu lieu directement avec les Mi'kmaq, mais avec les Indiens de la rivière Saint-Jean, une partie de la Première nation de Maliseet, et avec les Passamaquody, premières nations qui habitaient le territoire qui est aujourd'hui le Nouveau-Brunswick.

27 Le juge du procès, au par. 108 de ses motifs, a tiré la conclusion de fait que le traité mi'kmaq pertinent avait effectivement [TRADUCTION] «scellé la paix aux mêmes conditions» (je souligne) que celles convenues avec les Maliseet et les Passamaquody. Des rencontres ont eu lieu entre la Couronne et les Maliseet et les Passamaquody le 11 février 1760, soit douze jours avant que ces bandes ne signent leur traité avec les Britanniques et dix-huit jours avant la rencontre entre le gouver-

tine of the Richibucto region, where the terms of the Maliseet and Passamaquody treaties were "communicated" and accepted.

28 The trial judge found (at para. 101) that on February 29, 1760, at a meeting between the Governor in Council and the Mi'kmaq chiefs, the following exchange occurred:

> His Excellency then Ordered the Several Articles of the Treaty made with the Indians of St. John's River and Passamaquody to be Communicated to the said Paul Laurent and Michel Augustine who expressed their satisfaction therewith, and declar'd that all the Tribe of Mickmacks would be glad to make peace upon the *same* Conditions. [Emphasis added.]

Governor Lawrence afterwards confirmed, in his May 11, 1760 report to the Board of Trade, that he had treated with the Mi'kmaq Indians on "the same terms".

29 The genesis of the Mi'kmaq trade clause is therefore found in the Governor's earlier negotiations with the Maliseet and Passamaquody First Nations. In that regard, the appellant places great reliance on a meeting between the Governor and their chiefs on February 11, 1760 for the purpose of reviewing various aspects of the proposed treaty. The following exchange is recorded in contemporaneous minutes of the meeting prepared by the British Governor's Secretary:

> His Excellency then demanded of them, Whether they were directed by their Tribes, to propose any other particulars to be Treated upon at this time. To which they replied that their Tribes had not directed them to propose any thing further than that there might be a Truckhouse established, for the furnishing them with necessaries, in Exchange for their Peltry, and that it might, at present, be at Fort Frederick.
>
> Upon which His Excellency acquainted them that in case of their now executing a Treaty in the manner proposed, and its being ratified at the next General Meeting of their Tribes the next Spring, a Truckhouse should be established at Fort Frederick, agreable to their desire, and likewise at other Places if it should be found neces-

neur et les représentants mi'kmaq, Paul Laurent, de LaHave, et Michel Augustine, de la région Richibucto, au cours de laquelle les conditions des traités conclus avec les Maliseet et les Passamaquody ont été «communiquées» et acceptées.

Le juge du procès a conclu (au par. 101) que l'échange suivant avait eu lieu le 29 février 1760, à l'occasion d'une rencontre entre le gouverneur en conseil et les chefs mi'kmaq:

> [TRADUCTION] Son Excellence a alors ordonné que plusieurs articles du traité conclu avec les Indiens de la rivière Saint-Jean et avec les Passamaquody soient communiqués aux dénommés Paul Laurent et Michel Augustine, qui s'en sont déclarés satisfaits et ont déclaré que toute la tribu des Mickmacks serait heureuse de sceller la paix aux *mêmes* conditions. [Italiques et soulignements ajoutés.]

Le gouverneur Lawrence a par la suite confirmé, dans son rapport du 11 mai 1760 au *Board of Trade* (ministère du Commerce), qu'il avait fait un traité avec les Mi'kmaq aux «mêmes conditions».

La clause relative au commerce des Mi'kmaq tire donc son origine des négociations antérieures du gouverneur avec les Premières nations Maliseet et Passamaquody. À cet égard, l'appelant accorde une grande importance à une rencontre qui a eu lieu entre le gouverneur et les chefs de ces Premières nations le 11 février 1760 aux fins d'examiner divers aspects du traité proposé. L'échange suivant est consigné au procès-verbal de cette rencontre, qui a été préparé à l'époque par le secrétaire du gouverneur britannique:

> [TRADUCTION] Son Excellence leur a ensuite demandé s'ils avaient été mandatés par leurs tribus pour proposer autre chose à ce moment. Ce à quoi ils ont répondu que leurs tribus ne les avaient pas mandatés pour proposer autre chose que l'établissement d'une maison de troc afin de leur fournir des biens nécessaires, en échange de leurs pelleteries, ce poste pouvant, dans l'immédiat, être situé à Fort Frederick.
>
> Son Excellence les a assurés que s'ils signaient maintenant un traité en la manière proposée et s'ils en obtenaient la ratification à la prochaine assemblée générale de leurs tribus au printemps suivant, une maison de troc serait établie à Fort Frederick, selon leur souhait, ainsi qu'à d'autres endroits, si cela était jugé nécessaire pour

sary, for furnishing them with such Commodities as shall be necessary for them, in Exchange for their Peltry & and that great care should be taken, that the Commerce at the said Truckhouses should be managed by Persons on whose Justice and good Treatment, they might always depend; and that it would be expected that the said Tribes should not Trafic or Barter and Exchange any Commodities at any other Place, nor with any other Persons. Of all which the Chiefs expressed their entire Approbation. [Emphasis added.]

leur fournir les biens dont ils pourraient avoir besoin, en échange de leurs pelleteries, et qu'il serait fait en sorte que le commerce aux maisons de troc relève de personnes dont ils puissent toujours attendre un traitement juste et équitable; en outre, lesdites tribus devraient s'abstenir de trafiquer, de troquer ou d'échanger quelque marchandise que ce soit à tout autre endroit ou avec toute autre personne. Ce à quoi les chefs ont donné leur assentiment sans réserve. [Je souligne.]

It is true, as my colleague points out at para. 97, that the British made it clear from the outset that the Mi'kmaq were not to have any commerce with "any of His Majesty's Enemies". A Treaty of Peace and Friendship could not be otherwise. The subject of trading with the British government as distinguished from British settlers, however, did not arise until after the Indians had first requested truckhouses. The limitation to government trade came as a response to the request for truckhouses, not the other way around.

30 Il est vrai, comme le souligne ma collègue au par. 97, que les Britanniques ont clairement indiqué dès le départ que les Mi'kmaq devaient s'abstenir de commercer avec les [TRADUCTION] «ennemis de Sa Majesté». Il ne saurait en être autrement dans le cadre d'un traité de paix et d'amitié. Toutefois, la question du commerce avec le gouvernement britannique, par opposition au commerce avec les colons britanniques, ne s'est soulevée qu'après que les Indiens aient demandé pour la première fois l'établissement de maisons de troc. La limitation du commerce aux échanges avec le gouvernement a résulté de la demande d'établissement de maisons de troc, ce n'est pas l'inverse qui s'est produit.

At a meeting of the Governor's Council on February 16, 1760 (less than a week later), the Council and the representatives of the Indians proceeded to settle the prices of various articles of merchandise including beaver, marten, otter, mink, fox, moose, deer, ermine and bird feathers, etc. Prices of "necessaries" for purchase at the truckhouse were also agreed, e.g., one pound of spring beaver could purchase 30 pounds of flour or 14 pounds of pork. The British took a liberal view of "necessaries". Two gallons of rum cost one pound of spring beaver pelts. The oral agreement on a price list was reflected in an Order in Council dated February 23, 1760, which provided "[t]hat the Prizes of all other kinds of Merchandize not mention'd herein be Regulated according to the Rates of the Foregoing articles". At trial the Crown expert and the defence experts agreed that fish could be among the items that the Mi'kmaq would trade.

31 À la réunion du Conseil du gouverneur le 16 février 1760 (moins d'une semaine plus tard), le Conseil et les représentants des Indiens ont fixé les prix de divers articles, notamment le castor, la martre, la loutre, le vison, le renard, l'original, le cerf, la belette et les plumes d'oiseau. Les prix des «biens nécessaires» disponibles à la maison de troc ont également été convenus, par exemple, une livre de peaux de castor gras permettait d'acheter 30 livres de farine ou 14 livres de porc. Les Britanniques interprétaient de façon libérale la notion de «biens nécessaires». Deux gallons de rhum coûtaient une livre de peaux de castor gras. L'entente verbale établissant une liste de prix s'est reflétée dans un décret daté du 23 février 1760, qui précisait [TRADUCTION] «[q]ue les prix de tout autre type de marchandises non mentionnées dans le présent décret sont fixés selon les taux prévus pour les articles précédemment». Au procès, l'expert du ministère public et les experts de la défense ont convenu que le poisson a pu faire partie des articles dont les Mi'kmaq faisaient le commerce.

32 In furtherance of this trade arrangement, the British established six truckhouses following the signing of the treaties in 1760 and 1761, including Chignecto, Lunenburg, St. John, Windsor, Annapolis and "the Eastern Battery" along the coast from Halifax. The existence of advantageous terms at the truckhouses was part of an imperial peace strategy. As Governor Lawrence wrote to the Board of Trade on May 11, 1760, "the greatest advantage from this [trade] Article . . . is the friendship of these Indians". The British were concerned that matters might again become "troublesome" if the Mi'kmaq were subjected to the "pernicious practices" of "unscrupulous traders". The cost to the public purse of Nova Scotia of supporting Mi'kmaq trade was an investment in peace and the promotion of ongoing colonial settlement. The strategy would be effective only if the Mi'kmaq had access *both* to trade *and* to the fish and wildlife resources necessary to provide them with something to trade.

Pour l'application de cet arrangement commercial, les Britanniques ont établi six maisons de troc après la signature des traités de 1760 et de 1761, soit à Chignecto, Lunenburg, St. John, Windsor, Annapolis et à l'«*Eastern Battery*», le long de la côte non loin d'Halifax. L'offre de conditions avantageuses aux maisons de troc faisait partie d'une stratégie de paix impériale. Comme l'a écrit le gouverneur Lawrence au *Board of Trade* le 11 mai 1760, [TRADUCTION] «Le bénéfice le plus important de cette clause [commerciale] [. . .] est l'amitié de ces Indiens». Les Britanniques craignaient que «des problèmes» puissent resurgir si les Mi'kmaq étaient victimes des [TRADUCTION] «pratiques pernicieuses» de «commerçants sans scrupules». Les coûts assumés par le trésor public de la Nouvelle-Écosse pour soutenir le commerce avec les Mi'kmaq constituaient un investissement dans la paix et dans la promotion de l'établissement continu de colonies de l'empire. La stratégie ne pouvait être efficace que si les Mi'kmaq pouvaient *à la fois* commercer *et* avoir accès aux ressources fauniques et halieutiques nécessaires pour leur procurer des biens à échanger.

33 Accordingly, on March 21, 1760, the Nova Scotia House of Assembly passed *An Act to prevent any private Trade or Commerce with the Indians*, 34 Geo. II, c. 11. In July 1761, however, the "Lords of Trade and Plantation" (the Board of Trade) in London objected and the King disallowed the Act as a restraint on trade that disadvantaged British merchants. This coincided with exposure of venality by the local truckhouse merchants. As Dr. Patterson testified:

> . . . the first Indian commissary, Halifax merchant, Benjamin Garrish, managed the system so that it was the Government which lost money while he profited usuriously.

En conséquence, le 21 mars 1760, la Chambre d'assemblée de la Nouvelle-Écosse a adopté *An Act to prevent any private Trade or Commerce with the Indians*, 34 Geo. II, ch. 11. En juillet 1761, toutefois, les «*Lords of Trade and Plantation*» (Lords du commerce et des plantations) (le *Board of Trade*) à Londres se sont opposés et le Roi a désavoué la loi parce qu'elle constituait une restriction au commerce qui désavantageait les marchands britanniques. Cela a coïncidé avec la mise à jour du comportement vénal des exploitants des maisons de troc locales. Selon le témoignage du Dr Patterson:

> [TRADUCTION] . . . le premier commissaire aux affaires indiennes, le marchand d'Halifax, Benjamin Garrish, a géré le système de telle manière que le gouvernement perdait de l'argent pendant que lui en tirait des profits usuraires.

34 By 1762, Garrish was removed and the number of truckhouses was reduced to three. By 1764, the system itself was replaced by the impartial licensing of private traders approved by the London

En 1762, Garrish a été démis de ses fonctions et le nombre de maisons de troc a été réduit à trois. En 1764, le système lui-même a été remplacé par un régime impartial de délivrance de permis à des

Board of Trade's "Plan for the Future Management of Indian Affairs", but that eventually died out as well, as mentioned earlier.

commerçants privés approuvé par le *Board of Trade* de Londres dans son «*Plan for the Future Management of Indian Affairs*». Toutefois, comme il a été mentionné précédemment, ce régime a lui aussi été abandonné.

In my view, all of this evidence, reflected in the trial judgment, demonstrates the inadequacy and incompleteness of the written memorial of the treaty terms by selectively isolating the restrictive trade covenant. Indeed, the truckhouse system offered such advantageous terms that it hardly seems likely that Mi'kmaq traders had to be compelled to buy at lower prices and sell at higher prices. At a later date, they objected when truckhouses were abandoned. The trade clause would not have advanced British objectives (peaceful relations with a self-sufficient Mi'kmaq people) or Mi'kmaq objectives (access to the European "necessaries" on which they had come to rely) unless the Mi'kmaq were assured at the same time of continuing access, implicitly or explicitly, to wildlife to trade. This was confirmed by the expert historian called by the Crown, as set out below.

35 Je suis d'avis que, en isolant de façon sélective la clause commerciale restrictive, tous ces éléments de preuve, qui se reflètent dans le jugement de première instance, démontrent le caractère insuffisant et incomplet du texte constatant les conditions du traité. De fait, le système des maisons de troc offrait des conditions si avantageuses qu'il semble très peu probable que l'on ait eu à contraindre les commerçants mi'kmaq d'acheter à bas prix et de vendre à des prix plus élevés. D'ailleurs, ils se sont opposés par la suite à l'abandon des maisons de troc. La clause relative au commerce n'aurait pas favorisé les objectifs des Britanniques (des relations harmonieuses avec un peuple mi'kmaq auto-suffisant) ni ceux des Mi'kmaq (l'accès aux «biens nécessaires» européens, sur lesquels ils étaient venus à compter) si les Mi'kmaq n'avaient pas été assurés, implicitement ou explicitement, d'avoir un accès continu aux ressources de la faune pour en faire le commerce. Cela a été confirmé par l'historien que le ministère public a fait entendre à titre de témoin-expert, comme il est indiqué ci-après.

(ii) *The Expert Evidence*

(ii) *La preuve d'expert*

36 The courts have attracted a certain amount of criticism from professional historians for what these historians see as an occasional tendency on the part of judges to assemble a "cut and paste" version of history: G. M. Dickinson and R. D. Gidney, "History and Advocacy: Some Reflections on the Historian's Role in Litigation", *Canadian Historical Review*, LXVIII (1987), 576; D. J. Bourgeois, "The Role of the Historian in the Litigation Process", *Canadian Historical Review*, LXVII (1986), 195; R. Fisher, "Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*", *B.C. Studies*, XCV (1992), 43; A. J. Ray, "Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court", *Native Studies Review*, VI (1990), 13.

Les tribunaux ont fait l'objet de certaines critiques par des historiens professionnels qui leur reprochent une tendance occasionnelle à assembler une version de l'histoire de type «coupé-collé»: G. M. Dickinson et R. D. Gidney, «History and Advocacy: Some Reflections on the Historian's Role in Litigation», *Canadian Historical Review*, LXVIII (1987), 576; D. J. Bourgeois, «The Role of the Historian in the Litigation Process», *Canadian Historical Review*, LXVII (1986), 195; R. Fisher, «Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*», *B.C. Studies*, XCV (1992), 43; A. J. Ray, «Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court», *Native Studies Review*, VI (1990), 13.

37 While the tone of some of this criticism strikes the non-professional historian as intemperate, the basic objection, as I understand it, is that the judicial selection of facts and quotations is not always up to the standard demanded of the professional historian, which is said to be more nuanced. Experts, it is argued, are trained to read the various historical records together with the benefit of a protracted study of the period, and an appreciation of the frailties of the various sources. The law sees a finality of interpretation of historical events where finality, according to the professional historian, is not possible. The reality, of course, is that the courts are handed disputes that require for their resolution the finding of certain historical facts. The litigating parties cannot await the possibility of a stable academic consensus. The judicial process must do as best it can. In this particular case, however, there was an unusual level of agreement amongst all of the professional historians who testified about the underlying expectations of the participants regarding the treaty obligations entered into by the Crown with the Mi'kmaq. I set out, in particular, the evidence of the Crown's expert, Dr. Stephen Patterson, who spent many days of testimony reviewing the minutiae of the historical record. While he generally supported the Crown's narrow approach to the interpretation of the Treaty, which I have rejected on points of law, he did make a number of important concessions to the defence in a relatively lengthy and reflective statement which should be set out in full:

Q. I guess it's fair to say that the British would have understood that the Micmac lived and survived by hunting and fishing and gathering activities.

A. Yes, of course.

Q. And that in this time period, 1760 and '61, fish would be amongst the items they would have to trade. And they would have the right under this treaty to bring fish and feathers and furs into a truckhouse in exchange for commodities that were available.

Bien que le ton de certaines de ces critiques paraisse immodérées aux yeux de l'historien non professionnel, la critique fondamentale, si je comprends bien, est que le choix des faits et des citations de la part des juges ne respecte pas toujours la norme exigée de l'historien professionnel, que l'ont dit plus nuancée. Les experts, prétend-on, sont formés pour interpréter les divers documents historiques avec l'avantage d'une étude approfondie de l'époque et d'une appréciation des lacunes des diverses sources. Le droit donne à l'interprétation des événements historiques un caractère définitif, alors que, selon l'historien professionnel, cela n'est pas possible. Évidemment, la réalité est que les tribunaux sont saisis de litiges dont la résolution requiert qu'ils tirent des conclusions sur certains faits historiques. Les parties à ces litiges ne peuvent pas attendre qu'il se dégage éventuellement un consensus stable parmi les chercheurs. Le processus judiciaire doit faire de son mieux. Dans la présente affaire, toutefois, il existait un degré d'accord inhabituel entre tous les historiens professionnels qui ont témoigné à propos des attentes sous-jacentes des participants relativement aux obligations issues du traité conclu par la Couronne avec les Mi'kmaq. Je réfère notamment à la déposition de l'expert du ministère public, le Dr Stephen Patterson, qui a consacré plusieurs jours de témoignage à examiner par le détail les documents historiques. Quoiqu'il ait de façon générale appuyé l'approche étroite que préconisait la Couronne à l'égard de l'interprétation du traité et que j'ai rejetée sur le fondement de points de droit, il a néanmoins fait un certain nombre de concessions importantes à la défense dans un exposé réfléchi et relativement long, qu'il convient de reproduire en entier:

[TRADUCTION]

Q. Je suppose qu'il est exact de dire que les Britanniques avaient compris que les Micmacs vivaient de la chasse, de la pêche et de la cueillette.

R. Oui, évidemment.

Q. Et qu'à cette époque, en 1760 et en 1761, le poisson faisait partie des articles qu'ils échangeraient. Et qu'ils auraient le droit, en vertu de ce traité, d'apporter du poisson, des plumes et des fourrures à une maison de troc pour les y échanger contre les produits disponibles.

A. Well, it's not mentioned but it's not excluded. So I think it's fair to assume that it was permissible.

Q. Okay. It's fair to say that it's an assumption on which the trade truckhouse clause is based.

A. That the truckhouse clause is based on the assumption that natives will have a variety of things to trade, some of which are mentioned and some not. Yes, I think that's fair.

Q. Yes. And wouldn't be out of line to call that a right to fish and a right to bring the fish or furs or feathers or fowl or venison or whatever they might have, into the truckhouses to trade.

A. Ah, a right. I think the implication here is that there is a right to trade under a certain form of regulation —

Q. Yes.

A. — that's laid down. And if you're saying right to fish, I've assumed that in recognizing the Micmac by treaty, the British were recognizing them as the people they were. They understood how they lived and that that meant that those people had a *right* to live in Nova Scotia in their traditional ways. And, to me, that *implies* that the British were accepting that the Micmac would continue to be a hunting and gathering people, that they would fish, that they would hunt to support themselves. I don't see any problem with that.

It seems to me that that's implicit in the thing. Even though it doesn't say it, and I know that there seems to, in the 20th century, be some reluctance to see the value of the 1760 and 1761 treaties because they're not so explicit on these matters, but I personally don't see the hang-up. Because it strikes me that there is a recognition that the Micmac are a people and they have the right to exist. And that has — carries certain implications with it.

More than this, the very fact that there is a truckhouse and that the truckhouse does list some of the things that natives are expected to trade, implies that the British are condoning or recognizing that this is the way that natives live. They do live by hunting and, therefore, this is the produce of their hunting. They have the *right* to trade it.

Q. And you have, in fact, said that in your May 17th, 1994 draft article.

R. Bien, ce n'est pas mentionné, mais ce n'est pas exclu. Par conséquent, j'estime qu'il est juste de supposer que c'était permis.

Q. D'accord. Il est juste de dire que c'est une hypothèse sur laquelle la clause relative aux maisons de troc est fondée.

R. Que la clause relative aux maisons de troc est fondée sur l'hypothèse que les Autochtones auront diverses choses à échanger, certaines étant mentionnées et d'autres non. Oui, je pense que c'est juste.

Q. Oui. Et il ne serait pas exagéré d'appeler cela un droit de pêche et un droit d'apporter le poisson, les fourrures ou les plumes, le gibier à plume ou la venaison ou toute autre chose qu'ils pouvaient avoir aux maisons de troc pour les échanger.

R. Ah, un droit. Je pense qu'en l'espèce cela implique l'existence d'un droit de commercer assujetti à une certaine forme de réglementation —

Q. Oui.

R. — qui est fixée. Et si vous parlez de droit de pêche, j'ai tenu pour acquis que, en reconnaissant les Micmacs par traité, les Britanniques les reconnaissaient comme les gens qu'ils étaient. Ils comprenaient comment ils vivaient et le fait que cela voulait dire que ces gens avaient le *droit* de vivre en Nouvelle-Écosse selon leur mode de vie traditionnel. Et, à mon avis, cela *implique* que les Britanniques acceptaient le fait que les Micmacs continueraient d'être un peuple de chasseurs et de cueilleurs, et qu'ils pêcheraient et chasseraient pour subvenir à leurs besoins. Je ne vois aucun problème à cela.

Il me semble que c'est implicite dans la chose. Même si cela n'est pas précisé, et je sais que, au 20e siècle, il semble y avoir certaines réticences à reconnaître la valeur des traités de 1760 et 1761 parce qu'ils ne sont pas très explicites sur ces questions, mais personnellement je ne comprends pas cette inhibition. Car je constate qu'on reconnaît que les Micmacs sont un peuple et qu'ils ont le droit d'exister. Et cela a — emporte certaines implications.

En outre, le fait même qu'il y ait une maison de troc et qu'on y énumère certaines des choses que l'on s'attend à ce que les Autochtones échangent implique que les Britanniques reconnaissent que c'est ainsi que vivent les Autochtones. Ils vivent de la chasse, et, par conséquent, c'est le produit de leur chasse. Ils ont le *droit* de l'échanger.

Q. Et c'est en fait ce que vous avez dit dans votre projet d'article du 17 mai 1994.

A. That's correct.

Q. Yeah. And you testified to that effect in the *Pelletier* case, as well.

A. Well, my understanding of this issue, Mr. Wildsmith, has developed and grown with my close reading of the material. It's the position that I come to accept as being a reasonable interpretation of what is here in these documents. [Emphasis added.]

38 The trial judge gave effect to this evidence in finding a *right* to bring fish to the truckhouse to trade, but he declined to find a treaty right to fish and hunt to obtain the wherewithal to trade, and concluded that the right to trade expired along with the truckhouses and subsequent special arrangements. The Court of Appeal concluded, at p. 207, that Dr. Patterson used the word "right" interchangeably with the word "permissible", and that the trade clause gave rise to no "rights" at all. I think the view taken by the courts below rather underestimates Dr. Patterson. No reason is given for doubting that Dr. Patterson meant what he said about the common understanding of the parties that he considered at least implicit in this particular treaty arrangement. He initially uses the words "permissible" and "assumption", but when asked specifically by counsel about a "right" to fish and to trade fish, he says, "Ah, a *right*" (emphasis added), then, weighing his words carefully, he addresses a "right to fish" and concludes that "by treaty" the British did recognize that the Mi'kmaq "had a right to live in Nova Scotia in their traditional ways" (emphasis added) which included hunting and fishing and trading their catch for necessaries. (Trading was traditional. The trial judge found, at para. 93, that the Mi'kmaq had already been trading with Europeans, including French and Portugese fishermen, for about 250 years prior to the making of this treaty.) Dr. Patterson said his opinion was based on the historic documents produced in evidence. He said that this was "the position that I come to accept as being a reasonable interpretation of what is here in these documents" (emphasis added). Dr. Patterson went on to emphasize that the understanding of the

R. C'est exact.

Q. Oui. Et vous avez témoigné en ce sens dans l'affaire *Pelletier* également.

R. Bien, ma compréhension de cette question, M. Wildsmith, s'est développée et s'est accrue au fil de mon examen attentif des documents. C'est la position que je considère comme étant une interprétation raisonnable du contenu de ces documents. [Italiques et soulignements ajoutés.]

Le juge du procès a tenu compte de ce témoignage en ce qu'il a conclu à l'existence d'un *droit* d'apporter du poisson aux maisons de troc pour en faire le commerce, mais il a refusé de conclure à l'existence d'un droit — issu de traité — de pêcher et de chasser pour obtenir les biens à échanger, et il a conclu que le droit de commercer avait cessé d'exister en même temps que les maisons de troc et les mesures spéciales qui ont suivi. La Cour d'appel a conclu, à la p. 207, que le Dr Patterson avait utilisé le mot «droit» et le mot «permis» de façon interchangeable, et que la clause relative au commerce ne donnait naissance à aucun «droit» que ce soit. Je pense que la position adoptée par les juridictions inférieures sous-estime le Dr Patterson. On ne donne aucune raison justifiant le fait de douter que le Dr Patterson pensait ce qu'il disait au sujet de la compréhension commune des parties, qu'il a considéré à tout le moins implicite dans ce traité en particulier. Il utilise d'abord les mots «permis» et «hypothèse», mais, lorsqu'il est interrogé de façon précise par l'avocat au sujet d'un «droit» de pêcher et de faire le commerce du poisson, il dit, «Ah, un *droit*» (italiques ajoutés), et, ensuite, pesant ses mots avec soin, il mentionne un «droit de pêche» et conclut que, «par traité», les Britanniques ont reconnu que les Mi'kmaq «avaient le droit de vivre en Nouvelle-Écosse selon leur mode de vie traditionnel» (je souligne), qui incluait la chasse, la pêche ainsi que l'échange du produit de ces activités pour se procurer des biens nécessaires. (Le commerce était une activité traditionnelle. Le juge du procès a conclu, au par. 93, que les Mi'kmaq faisaient déjà du commerce avec les Européens, notamment avec les pêcheurs français et portugais, environ 250 ans avant la conclusion de ce traité.) Le Dr Patterson a dit que son opinion était fondée sur les documents

Mi'kmaq would have been that these treaty rights were subject to regulation, which I accept.

historiques déposés en preuve. Il a affirmé que c'était «la position qu['il] consid[érait] comme étant une interprétation raisonnable du contenu de ces documents» (je souligne). Le Dr Patterson a ensuite souligné que les Mi'kmaq comprenaient que ces droits issus du traité étaient réglementés, ce à quoi je souscris.

Dr. Patterson's evidence regarding the assumptions underlying and "implicit" in the treaty were generally agreed with by the defence experts, Dr. John Reid and Dr. William Wicken. While the trial judge was not bound to accept the whole or any particular part of Dr. Patterson's evidence, even if supported by the other experts, I do not think there was any basis in the evidence for the trial judge to find (at para. 129) that the appellant's claim, to the extent it tracked Dr. Patterson's evidence, was "not even among the 'various possible interpretations of the common intention'" of the parties when they entered into the 1760 Treaty. Lamer J. in *Sioui*, *supra*, at p. 1069, it will be recalled, said it was the Court's duty to search amongst such reasonable interpretations for the one that best accommodates the interests of the parties at the time the treaty was signed. The trial judge erred, I think, because he thought he was boxed in by the March 10, 1760 document.

39 Le témoignage du Dr Patterson au sujet des hypothèses sous-jacentes et «implicites» du traité a, de façon générale, été accepté par les experts de la défense, le Dr John Reid et le Dr William Wicken. Quoique le juge du procès ne fût pas tenu d'accepter en tout ou en partie le témoignage du Dr Patterson, même s'il avait l'appui d'autres experts, je ne pense pas qu'il y avait quoi que ce soit dans la preuve qui justifiait le juge du procès de conclure (au par. 129) que la prétention de l'appelant, dans la mesure où elle était conforme au témoignage du Dr Patterson, [TRADUCTION] «ne figurait même pas «parmi les interprétations possibles de l'intention commune»» des parties lorsqu'elles ont conclu le Traité de 1760. On se rappellera que, dans l'arrêt *Sioui*, précité, à la p. 1069, le juge Lamer a dit que notre Cour avait l'obligation de rechercher, parmi les interprétations raisonnables, celle qui conciliait le mieux les intérêts des parties à l'époque de la signature du traité. Le juge du procès a fait erreur, je pense, parce qu'il a cru être prisonnier du document du 10 mars 1760.

In my view, the Nova Scotia judgments erred in concluding that the only enforceable treaty obligations were those set out in the written document of March 10, 1760, whether construed flexibly (as did the trial judge) or narrowly (as did the Nova Scotia Court of Appeal). The findings of fact made by the trial judge taken as a whole demonstrate that the concept of a disappearing treaty right does justice neither to the honour of the Crown nor to the reasonable expectations of the Mi'kmaq people. It is their common intention in 1760 – not just the terms of the March 10, 1760 document – to which effect must be given.

40 À mon avis, les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont fait erreur en concluant que les seules obligations issues du traité qui étaient exécutoires étaient celles énoncées dans le document du 10 mars 1760, interprété soit de façon souple (comme l'a fait le juge du procès) soit de façon étroite (comme l'a fait la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse). Considérées globalement, les conclusions de fait du juge du procès démontrent que l'idée qu'un droit issu d'un traité se serait éteint ne rend justice ni à l'honneur de la Couronne ni aux attentes raisonnables des Mi'kmaq. C'est à l'intention commune des parties en 1760 — et non seulement aux conditions du document du 10 mars 1760 — qu'il faut donner effet.

Ascertaining the Terms of the Treaty

41 Having concluded that the written text is incomplete, it is necessary to ascertain the treaty terms not only by reference to the fragmentary historical record, as interpreted by the expert historians, but also in light of the stated objectives of the British and Mi'kmaq in 1760 and the political and economic context in which those objectives were reconciled.

42 I mentioned earlier that the Nova Scotia Court of Appeal has held on several occasions that the "peace and friendship" treaties with the Mi'kmaq did not extinguish aboriginal hunting and fishing rights in Nova Scotia: *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460, *R. v. Cope* (1981), 132 D.L.R. (3d) 36, *Denny*, *supra*. We are not here concerned with the exercise of such a right. The appellant asserts the right of Mi'kmaq people to catch fish and wildlife in support of trade as an alternative or supplementary method of obtaining necessaries. The right to fish is not mentioned in the March 10, 1760 document, nor is it expressly noted elsewhere in the records of the negotiation put in evidence. This is not surprising. As Dickson J. mentioned with reference to the west coast in *Jack*, *supra*, at p. 311, in colonial times the perception of the fishery resource was one of "limitless proportions".

43 The law has long recognized that parties make assumptions when they enter into agreements about certain things that give their arrangements efficacy. Courts will imply a contractual term on the basis of presumed intentions of the parties where it is necessary to assure the efficacy of the contract, e.g., where it meets the "officious bystander test": *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, at para. 30. (See also: *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; and see generally: Waddams, *supra*, at para. 490; Treitel, *supra*, at pp. 190-94.) Here, if the ubiquitous officious bystander had said, "This talk about truckhouses is

La détermination des conditions du traité

Ayant conclu que le texte est incomplet, il est nécessaire de déterminer quelles sont les conditions du traité, non seulement à partir du dossier historique fragmentaire, tel que l'interprètent les experts historiens, mais aussi à la lumière des objectifs déclarés des Britanniques et des Mi'kmaq en 1760 et du contexte politique et économique dans lequel ces objectifs ont été conciliés.

J'ai mentionné précédemment que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avait à plusieurs occasions statué que les traités «de paix et d'amitié» conclus avec les Mi'kmaq n'avaient pas éteint les droits ancestraux de chasse et de pêche en Nouvelle-Écosse: *R. c. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460, *R. c. Cope* (1981), 132 D.L.R. (3d) 36, *Denny*, précité. Il n'est pas question, en l'espèce, de l'exercice d'un tel droit. L'appelant invoque le droit des Mi'kmaq de prendre du poisson et des animaux sauvages à des fins commerciales en tant que méthode alternative ou complémentaire de se procurer des biens nécessaires. Le droit de pêcher n'est pas mentionné dans le document du 10 mars 1760, ni indiqué explicitement ailleurs dans les documents relatifs aux négociations qui ont été déposés en preuve. Cela n'est pas surprenant. Comme l'a mentionné le juge Dickson relativement à la situation sur la côte ouest dans l'arrêt *Jack*, précité, à la p. 311, au temps des colonies, le poisson était perçu comme une «ressource inépuisable».

Le droit reconnaît depuis longtemps que, lorsque des parties concluent une entente, elles présument certaines choses qui lui donnent plein effet. Les tribunaux tiennent pour avérée l'existence d'une condition contractuelle à la lumière de l'intention présumée des parties lorsque cela est nécessaire pour donner plein effet au contrat, par exemple lorsque cela respecte le «critère de l'observateur objectif»: *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, au par. 30. (Voir également: *The «Moorcock»* (1889), 14 P.D. 64; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; et, sur un plan général, voir: Waddams, *op. cit.*, au par. 490; Treitel, *op. cit.*, aux

all very well, but if the Mi'kmaq are to make these promises, will they have the right to hunt and fish to catch something to trade at the truckhouses?", the answer would have to be, having regard to the honour of the Crown, "of course". If the law is prepared to supply the deficiencies of written contracts prepared by sophisticated parties and their legal advisors in order to produce a sensible result that accords with the intent of both parties, though unexpressed, the law cannot ask less of the honour and dignity of the Crown in its dealings with First Nations. The honour of the Crown was, in fact, specifically invoked by courts in the early 17th century to ensure that a Crown grant was effective to accomplish its intended purpose: *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025, at p. 67b and p. 1026, and *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555, at p. 56b and pp. 557-58.

pp. 190 à 194.) En l'espèce, si l'observateur objectif doué d'ubiquité avait dit, «Tous ces propos concernant les maisons de troc c'est très bien, mais si les Mi'kmaq doivent faire ces promesses, auront-ils le droit de chasser et de pêcher pour prendre quelque chose à échanger à ces maisons de troc?», compte tenu de l'honneur de la Couronne, il aurait fallu répondre: «évidemment». Si le droit est disposé à suppléer aux lacunes de contrats écrits — préparés par des parties bien informées et par leurs conseillers juridiques — afin d'en dégager un résultat sensé et conforme à l'intention des deux parties, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, il ne saurait demander moins de l'honneur et de la dignité de la Couronne dans ses rapports avec les Premières nations. De fait, l'honneur de la Couronne a été invoquée de façon expresse par les tribunaux au début du 17e siècle pour faire en sorte qu'une concession de la Couronne atteigne le but qu'elle visait: *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025, à la p. 67b et la p. 1026, et *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555, à la p. 56b et les pp. 557 et 558.

An example of the Court's recognition of the necessity of supplying the deficiencies of aboriginal treaties is *Sioui*, *supra*, where Lamer J. considered a treaty document that stated simply (at p. 1031) that the Huron tribe "are received upon the same terms with the Canadians, being allowed the free Exercise of their Religion, their Customs, and Liberty of trading with the English". Lamer J. found that, in order to give real value and meaning to these words, it was necessary that a territorial component be supplied, as follows, at p. 1067:

> The treaty gives the Hurons the freedom to carry on their customs and their religion. No mention is made in the treaty itself of the territory over which these rights may be exercised. There is also no indication that the territory of what is now Jacques-Cartier park was contemplated. However, for a freedom to have real value and meaning, it must be possible to exercise it somewhere. [Emphasis added.]

44 Un exemple de la reconnaissance par notre Cour de la nécessité de suppléer aux lacunes des traités conclus par les Autochtones est l'arrêt *Sioui*, précité, où le juge Lamer a examiné le texte d'un traité qui indiquait seulement (à la p. 1031) que les Hurons [TRADUCTION] «sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais». Le juge Lamer a conclu que, pour donner à ces mots une valeur réelle et un sens, il était nécessaire d'y ajouter une composante territoriale, et il s'est exprimé ainsi, à la p. 1067:

> Le traité accorde aux Hurons la liberté d'exercer leurs coutumes et leur religion. Aucune mention n'est faite dans le traité lui-même du territoire sur lequel ces droits peuvent s'exercer. Rien n'y indique non plus que le territoire de ce qui constitue aujourd'hui le Parc de la Jacques-Cartier soit visé. Toutefois, pour qu'une liberté ait une valeur réelle et ait un sens, il faut pouvoir l'exercer quelque part. [Je souligne.]

Similarly, in *Sundown*, *supra*, the Court found that the express right to hunt included the implied right

De même, dans l'arrêt *Sundown*, précité, notre Cour a conclu que le droit explicite de chasser

to build shelters required to carry out the hunt. See also *Simon*, *supra*, where the Court recognized an implied right to carry a gun and ammunition on the way to exercise the right to hunt. These cases employed the concept of implied rights to support the meaningful exercise of express rights granted to the first nations in circumstances where no such implication might necessarily have been made absent the *sui generis* nature of the Crown's relationship to aboriginal people. While I do not believe that in ordinary commercial situations a right to trade implies any right of access to things to trade, I think the honour of the Crown requires nothing less in attempting to make sense of the result of these 1760 negotiations.

comportait le droit implicite de construire les abris requis pour pouvoir chasser. Voir également *Simon*, précité, où notre Cour a reconnu le droit implicite de porter une arme et des munitions dans l'exercice du droit de chasser. Dans ces arrêts, la notion de droits implicites a été utilisée pour appuyer l'exercice concret des droits explicites conférés aux Premières nations dans des cas où une telle inférence n'aurait pas nécessairement été faite n'eût été la nature *sui generis* des rapports de la Couronne avec les Autochtones. Bien que je ne croie pas que, dans les situations commerciales ordinaires, un droit de commercer emporte un droit d'accès aux biens faisant l'objet du commerce, j'estime que l'honneur de la Couronne n'exige rien de moins en vue de donner un sens au résultat des négociations de 1760.

Rights of the Other Inhabitants

45 My colleague, McLachlin J., takes the view that, subject to the negative restriction in the treaty, the Mi'kmaq possessed only the liberty to hunt, fish, gather and trade "enjoyed by other British subjects in the region" (para. 103). The Mi'kmaq were, in effect, "citizens minus" with no greater liberties but with greater restrictions. I accept that in terms of the *content* of the hunting, fishing and gathering activities, this may be true. There is of course a distinction to be made between a liberty enjoyed by all citizens and a right conferred by a specific legal authority, such as a treaty, to participate in the same activity. Even if this distinction is ignored, it is still true that a general right enjoyed by all citizens can nevertheless be made the subject of an enforceable treaty promise. In *Taylor and Williams*, *supra*, at p. 235, the treaty was found to include a term that "[t]he Rivers are open to all & you have an equal right to fish & hunt on them", and yet, despite the reference to equal rather than preferential rights, "the historic right of these Indians to hunt and fish" was found to be incorpo-

Les droits des autres habitants

Ma collègue le juge McLachlin adopte le point de vue que, sous réserve de la restriction figurant au traité, les Mi'kmaq possédaient uniquement la liberté de chasser, de pêcher, de faire de la cueillette et de commercer «dont jouissaient les autres sujets britanniques de la région» (par. 103). Les Mi'kmaq étaient dans les faits «des citoyens de deuxième ordre», qui ne jouissaient pas de libertés plus grandes, mais étaient assujettis à davantage de restrictions. J'accepte que, pour ce qui est du *contenu* des activités de chasse, de pêche et de cueillette, cela puisse être vrai. Il faut évidemment faire une distinction entre une liberté dont jouissent tous les citoyens et un droit de participer à la même activité qui est conféré par un texte juridique particulier, tel un traité. Même si on ne tient pas compte de cette distinction, il demeure vrai qu'un droit général dont jouissent tous les citoyens peut néanmoins faire l'objet d'une promesse exécutoire dans le cadre d'un traité. Dans l'arrêt *Taylor and Williams*, précité, à la p. 235, il a été jugé que le traité était assorti d'une condition portant que [TRADUCTION] «[l]es rivières sont accessibles à tous, et vous avez un droit égal d'y pêcher et d'y chasser», et pourtant, malgré que l'on ait mentionné qu'il était question de droits égaux plutôt que de droit préférentiels, il a été jugé que «le droit historique de ces

rated in the treaty, *per* MacKinnon A.C.J.O., at p. 236.

Similarly, in *Sioui*, at p. 1031, as mentioned above, the treaty provided that the Hurons would be "received upon the *same terms* with the Canadians" (emphasis added), yet their religious freedom, which in terms of content was no greater than that of the non-aboriginal inhabitants in 1760, was in 1990 accorded treaty protection.

The Crown objects strongly to any suggestion that the treaty conferred "*preferential* trading rights". I do not think the appellant needs to show *preferential* trading rights. He only has to show *treaty* trading rights. The settlers and the military undoubtedly hunted and fished for sport or necessaries as well, and traded goods with each other. The issue here is not so much the content of the rights or liberties as the level of legal protection thrown around them. A treaty could, to take a fanciful example, provide for a right of the Mi'kmaq to promenade down Barrington Street, Halifax, on each anniversary of the treaty. Barrington Street is a common thoroughfare enjoyed by all. There would be nothing "special" about the Mi'kmaq use of a common right of way. The point is that the treaty rights-holder not only has the *right* or liberty "enjoyed by other British subjects" but may enjoy special treaty *protection* against interference with its exercise. So it is with the trading arrangement. On June 25, 1761, following the signing of the Treaties of 1760-61 by the last group of Mi'kmaq villages, a ceremony was held at the farm of Lieutenant Governor Jonathan Belcher, the first Chief Justice of Nova Scotia, who was acting in the place of Governor Charles Lawrence, who had recently been drowned on his way to Boston.

Indiens de chasser et de pêcher» était incorporé au traité (le juge en chef adjoint MacKinnon, à la p. 236).

46 De même, comme il a été indiqué précédemment, le traité en cause dans *Sioui*, à la p. 1031, précisait que les Hurons seraient «reçus aux *mêmes conditions* que les Canadiens» (italiques ajoutés), et pourtant cela n'a pas empêché que leur liberté de religion qui, du point de vue du contenu, n'était pas plus large que celle des non-autochtones en 1760, s'est vu reconnaître en 1990 la protection qu'accorde un traité.

47 Le ministère public s'oppose énergiquement à toute suggestion voulant que le traité ait conféré «des droits commerciaux *préférentiels*». Je ne pense pas que l'appelant ait besoin d'établir l'existence de droits commerciaux *préférentiels*. Il n'a qu'à démontrer l'existence de droits commerciaux *issus de traités*. Il ne fait aucun doute que les colons et les militaires chassaient et pêchaient pour le sport ainsi que pour se procurer des biens nécessaires, et qu'ils faisaient le commerce de biens entre eux. La question en litige en l'espèce n'est pas tant le contenu des droits ou des libertés que le degré de protection que leur accorde la loi. Pour prendre un exemple un peu fantaisiste, un traité pourrait accorder aux Mi'kmaq le droit de se promener dans la rue Barrington, à Halifax, à chaque anniversaire du traité. La rue Barrington est une artère connue qui est fréquentée par tous. Il n'y aurait rien de «spécial» dans l'utilisation par les Mi'kmaq d'un droit de passage public. Le point est que le titulaire de droits issus d'un traité a non seulement le *droit* ou la liberté «dont jouiss[ent] les autres sujets britanniques», mais il peut jouir de la *protection* spéciale qu'accorde le traité contre toute atteinte à l'exercice du droit ou de la liberté en question. Il en va de même pour l'arrangement commercial. Le 25 juin 1761, après la signature des traités de 1760 et de 1761 par le dernier groupe de villages mi'kmaq, une cérémonie a eu lieu à la ferme du lieutenant gouverneur Jonathan Belcher, qui fut le premier juge en chef de la Nouvelle-Écosse et qui remplaçait alors à titre intérimaire le gouverneur Charles Lawrence, qui s'était noyé peu de temps auparavant en se rendant à Boston.

In reference to the treaties, including the trade clause, Lieutenant Governor Belcher proclaimed:

> The Laws will be like a great Hedge about your Rights and properties, if any break this Hedge to hurt and injure you, the heavy weight of the Laws will fall upon them and punish their Disobedience.

48 Until enactment of the *Constitution Act, 1982*, the treaty rights of aboriginal peoples could be overridden by competent legislation as easily as could the rights and liberties of other inhabitants. The hedge offered no special protection, as the aboriginal people learned in earlier hunting cases such as *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, and *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267. On April 17, 1982, however, this particular type of "hedge" was converted by s. 35(1) into sterner stuff that could only be broken down when justified according to the test laid down in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1112 *et seq.*, as adapted to apply to treaties in *Badger*, *supra*, *per* Cory J., at paras. 75 *et seq.* See also *R. v. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (Ont. C.A.). The fact the *content* of Mi'kmaq rights under the treaty to hunt and fish and trade was no greater than those enjoyed by other inhabitants does not, unless those rights were extinguished prior to April 17, 1982, detract from the higher *protection* they presently offer to the Mi'kmaq people.

The Honour of the Crown

49 This appeal puts to the test the principle, emphasized by this Court on several occasions, that the honour of the Crown is always at stake in its dealings with aboriginal people. This is one of the principles of interpretation set forth in *Badger*, *supra*, by Cory J., at para. 41:

> . . . the honour of the Crown is always at stake in its dealings with Indian people. Interpretations of treaties and statutory provisions which have an impact upon

Relativement aux traités, y compris la clause relative au commerce, le lieutenant gouverneur Belcher a proclamé que:

> [TRADUCTION] Les lois formeront comme une grande haie autour de vos droits et de vos biens; si quelqu'un brise cette haie pour vous causer du tort, le poids écrasant des lois s'abattra sur cette personne et la punira de sa désobéissance.

Jusqu'à l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits issus de traités des peuples autochtones pouvaient être écartés par des dispositions législatives valides aussi facilement que pouvaient l'être les droits et libertés des autres habitants. La haie n'offrait aucune protection spéciale, comme l'ont appris les peuples autochtones dans des affaires antérieures portant sur des droits de chasse, tels les arrêts *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, et *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267. Le 17 avril 1982, toutefois, ce type particulier de «haie» a été transformée par le par. 35(1) en un rempart plus solide, qui ne peut être déplacé que dans les cas où cela est justifié suivant le critère qui a été établi dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pp. 1112 et suiv., et qui a été adapté à l'application des traités dans *Badger*, précité, le juge Cory, aux par. 75 et suiv. Voir également l'arrêt *R. c. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (C.A. Ont.). Le fait que le *contenu* des droits de chasse, de pêche et de commerce conférés aux Mi'kmaq par le traité n'était pas plus large que les droits dont jouissaient les autres habitants n'affecte en rien la *protection* plus grande qu'ils offrent actuellement aux Mi'kmaq, à moins que ces droits n'aient été éteints avant le 17 avril 1982.

L'honneur de la Couronne

Le présent pourvoi met en évidence le principe qu'a souligné notre Cour à plusieurs reprises et selon lequel l'honneur de la Couronne est toujours en jeu dans le cadre de ses rapport avec les peuples autochtones. Il s'agit de l'un des principes d'interprétation énoncés dans l'arrêt *Badger*, précité, par le juge Cory, au par. 41:

> . . . l'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits

treaty or aboriginal rights must be approached in a manner which maintains the integrity of the Crown. It is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises. No appearance of "sharp dealing" will be sanctioned.

This principle that the Crown's honour is at stake when the Crown enters into treaties with first nations dates back at least to this Court's decision in 1895, *Province of Ontario v. Dominion of Canada and Province of Quebec; In re Indian Claims* (1895), 25 S.C.R. 434. In that decision, Gwynne J. (dissenting) stated, at pp. 511-12:

> . . . what is contended for and must not be lost sight of, is that the British sovereigns, ever since the acquisition of Canada, have been pleased to adopt the rule or practice of entering into agreements with the Indian nations or tribes in their province of Canada, for the cession or surrender by them of what such sovereigns have been pleased to designate the Indian title, by instruments similar to these now under consideration to which they have been pleased to give the designation of "treaties" with the Indians in possession of and claiming title to the lands expressed to be surrendered by the instruments, and further that the terms and conditions expressed in those instruments as to be performed by or on behalf of the Crown, have always been regarded as involving a trust graciously assumed by the Crown to the fulfilment of which with the Indians the faith and honour of the Crown is pledged, and which trust has always been most faithfully fulfilled as a treaty obligation of the Crown. [Emphasis added.]

See also *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1, at p. 2.

In more recent times, as mentioned, the principle that the honour of the Crown is always at stake was asserted by the Ontario Court of Appeal in *Taylor and Williams*, *supra*. In that case, as here, the issue was to determine the actual terms of a treaty, whose terms were partly oral and partly written. MacKinnon A.C.J.O. said for the court, at pp. 235-36:

> The principles to be applied to the interpretation of Indian treaties have been much canvassed over the years. In approaching the terms of a treaty quite apart

ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée.

Ce principe que l'honneur de la Couronne est en jeu lorsqu'elle conclut des traités avec les Premières nations remonte au moins à la décision qu'a rendue notre Cour, en 1895, dans *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec; In re Indian Claims* (1895), 25 R.C.S. 434. Dans cet arrêt, le juge Gwynne (dissident) a dit ceci, aux pp. 511 et 512: 50

> [TRADUCTION] . . . ce qu'on affirme et ce qu'il ne faut pas perdre de vue est le fait qu'il a plu aux souverains britanniques, depuis l'acquisition du Canada, d'adopter la règle ou la pratique de conclure des accords avec les nations ou tribus indiennes dans leur province du Canada, de façon à ce qu'elles cèdent ce qu'il a plu aux souverains d'appeler le titre indien, au moyen de textes semblables à celui qui fait l'objet de la présente affaire et qu'il leur a plu de désigner sous le nom de «traités» avec les Indiens qui sont en possession des terres, sur lesquelles ils affirment avoir un titre et qui sont cédés par ces instruments; et, de plus, le fait que les obligations prévues par ces textes qui doivent être remplies par la Couronne ou en son nom ont toujours été considérées comme comportant une fiducie que la Couronne s'engage gracieusement envers les Indiens à exécuter sur sa foi et son honneur, et qui a toujours été fidèlement exécutée en tant qu'obligation de la Couronne issue d'un traité. [Je souligne.]

Voir également *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1, à la p. 2.

Plus récemment, comme il a été mentionné plus tôt, le principe que l'honneur de la Couronne est toujours en jeu a été invoqué par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Taylor and Williams*, précité. Dans cette affaire, tout comme en l'espèce, il s'agissait de déterminer les conditions véritables d'un traité, lesquelles étaient en partie orales et en partie écrites. Le juge en chef adjoint de l'Ontario MacKinnon, s'exprimant au nom de la cour, a dit ceci, aux pp. 235 et 236: 51

> [TRADUCTION] Les principes applicables à l'interprétation de traités visant les Indiens ont fait l'objet de nombreuses discussions au fil des ans. Lorsqu'il s'agit

from the other considerations already noted, the honour of the Crown is always involved and no appearance of "sharp dealing" should be sanctioned. Mr. Justice Cartwright emphasized this in his dissenting reasons in *R. v. George*, . . . [1966] S.C.R. 267 at p. 279, where he said:

> We should, I think, endeavour to construe the treaty of 1827 and those Acts of Parliament which bear upon the question before us in such a manner that the honour of the Sovereign may be upheld and Parliament not made subject to the reproach of having taken away by unilateral action and without consideration the rights solemnly assured to the Indians and their posterity by treaty.

Further, if there is any ambiguity in the words or phrases used, not only should the words be interpreted as against the framers or drafters of such treaties, but such language should not be interpreted or construed to the prejudice of the Indians if another construction is reasonably possible: *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 at p. 652 . . . (B.C.C.A.); affirmed . . . [1965] S.C.R. vi. . . .

This statement by MacKinnon A.C.J.O. (who had acted as counsel for the native person convicted of hunting offences in *George*, *supra*) has been adopted subsequently in numerous cases, including decisions of this Court in *Badger*, *supra*, para. 41, and *Sparrow*, *supra*, at pp. 1107-8.

52 I do not think an interpretation of events that turns a positive Mi'kmaq trade demand into a negative Mi'kmaq covenant is consistent with the honour and integrity of the Crown. Nor is it consistent to conclude that the Lieutenant Governor, seeking in good faith to address the trade demands of the Mi'kmaq, accepted the Mi'kmaq suggestion of a trading facility while denying any treaty protection to Mi'kmaq access to the things that were to be traded, even though these things were identified and priced in the treaty negotiations. This was not a commercial contract. The trade arrangement must be interpreted in a manner which gives meaning and substance to the promises made by the Crown. In my view, with respect, the interpretation

d'interpréter les conditions d'un traité, tout à fait indépendamment des autres considérations déjà évoquées, il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée. Le juge Cartwright a souligné ce point dans ses motifs de dissidence dans *R. c. George*, [. . .] [1966] R.C.S. 267, à la p. 279, où il a dit:

> Je pense que nous devons nous efforcer d'interpréter le Traité de 1827 et les lois fédérales qui portent sur la question dont nous sommes saisis de manière à protéger l'honneur du Souverain et à éviter qu'on puisse reprocher au Parlement d'avoir retiré unilatéralement et sans contrepartie les droits solennellement garantis aux Indiens et à leurs descendants par traité.

De plus, s'il y a des ambiguïtés dans les mots ou les expressions qui sont utilisés, non seulement faut-il leur donner une interprétation défavorable aux rédacteurs des traités, mais ils ne doivent pas être interprétés au désavantage des Indiens si une autre interprétation est raisonnablement possible: *R. c. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 à la p. 652 [. . .] (C.A.C.-B.); confirmé [. . .] à [1965] R.C.S. vi. . . .

Cet énoncé du juge en chef adjoint MacKinnon (qui avait agi comme avocat pour l'Autochtone déclaré coupable d'infractions relatives à la chasse dans *George*, précité) a été adopté par la suite dans de nombreuses affaires, dont les arrêts de notre Cour *Badger*, précité, au par. 41, et *Sparrow*, précité, aux pp. 1107 et 1108.

Est à mon sens incompatible avec l'honneur et l'intégrité de la Couronne, une interprétation des événements qui a pour effet de transformer une demande positive des Mi'kmaq pour que soit prise une mesure commerciale en un engagement par ces derniers de ne pas faire quelque chose. Il n'est pas non plus logique de conclure que le lieutenant gouverneur, qui cherchait de bonne foi à satisfaire aux demandes commerciales des Mi'kmaq, a accepté la proposition de ces derniers de mettre sur pied un établissement commercial mais refusé de protéger dans le traité l'accès des Mi'kmaq aux choses qui devaient faire l'objet du commerce, même si l'identité et le prix de ces choses avaient été déterminés lors de la négociation du traité. Il ne s'agissait pas d'un contrat commercial. L'arrangement commercial doit être interprété de manière à donner sens et substance aux promesses faites par

adopted by the courts below left the Mi'kmaq with an empty shell of a treaty promise.

Contradictory Interpretations of the Truckhouse Clause

The appellant argues that the Crown has been in breach of the treaty since 1762, when the truckhouses were terminated, or at least since the 1780s when the replacement system of licensed traders was abandoned. This argument suffers from the same quality of unreasonableness as does the Crown's argument that the treaty left the Mi'kmaq with nothing more than a negative covenant. It was established in *Simon*, *supra*, at p. 402, that treaty provisions should be interpreted "in a flexible way that is sensitive to the evolution of changes in normal" practice, and *Sundown*, *supra*, at para. 32, confirms that courts should not use a "frozen-in-time" approach to treaty rights. The appellant cannot, with any show of logic, claim to exercise his treaty rights using an outboard motor while at the same time insist on restoration of the peculiar 18th century institution known as truckhouses.

The Crown, on the other hand, argues that the truckhouse was a time-limited response to a temporary problem. As my colleague McLachlin J. sets out at para. 96, the "core" of the treaty was said to be that "[t]he Mi'kmaq agreed to forgo their trading autonomy and the general trading rights they possessed as British subjects, and to abide by the treaty trade regime. The British, in exchange, undertook to provide the Mi'kmaq with stable trading outlets where European goods were provided at favourable terms while the exclusive trade regime existed". My disagreement with that view, with respect, is that the aboriginal people, as found by the trial judge, relied on European powder, shot and other goods and pushed a trade agenda with the British because their alternative sources of supply had dried up; the real inhibition

la Couronne. Avec égards, je suis d'avis que l'interprétation adoptée par les juridictions inférieures ne laisse aux Mi'kmaq qu'une promesse — issue de traité — vide de contenu.

Les interprétations contradictoires de la clause relative aux maisons de troc

L'appelant prétend que la Couronne contrevient au traité depuis 1762, date où l'on a mis fin au régime des maisons de troc, ou à tout le moins depuis les années 1780, lorsqu'on a abandonné le système des commerçants patentés qui avait remplacé celui des maisons de troc. Cet argument souffre du même caractère déraisonnable que l'argument de la Couronne qui veut que, suivant le traité, il ne restait aux Mi'kmaq rien d'autre qu'un covenant négatif, leur engagement de ne pas faire quelque chose. Dans *Simon*, précité, à la p. 402, il a été établi que les clauses des traités doivent être interprétées «d'une manière souple qui puisse évoluer avec les pratiques normales», et dans *Sundown*, précité, au par. 32, on a confirmé que les tribunaux ne doivent pas employer une approche «figée dans le temps» à l'égard des droits issus de traités. L'appelant ne peut logiquement prétendre à l'exercice des droits que lui accorde le traité au moyen d'un hors-bord, et du même souffle insister pour que soit rétablie l'institution particulière connue sous le nom de maisons de troc qui existait au 18e siècle. 53

De son côté, le ministère public affirme que les maisons de troc constituaient une solution limitée dans le temps à un problème temporaire. Comme le précise ma collègue le juge McLachlin au par. 96, «essentiellement», par le traité, «[l]es Mi'kmaq ont renoncé à leur autonomie commerciale et aux droits généraux de commercer qu'ils possédaient en tant que sujets britanniques, et ils ont accepté d'être liés par le régime commercial établi par les traités. En contrepartie, les Britanniques se sont engagés à établir des maisons de troc stables où il était possible de se procurer des marchandises européennes à des conditions favorables, tant que durerait le régime de commerce exclusif». Avec égards, mon désaccord avec cette opinion vient du fait que, comme a conclu le juge du procès, les Autochtones comptaient sur la 54

on trade with the French was not the treaty but the absence of the French, whose military had retreated up the St. Lawrence and whose settlers had been expelled; there is no suggestion in the negotiating records that the truckhouse system was a sort of transitional arrangement expected to be temporary, it only became temporary because the King unexpectedly disallowed the enabling legislation passed by the Nova Scotia House of Assembly; and the notion that the truckhouse was merely a response to a trade restriction overlooks the fact the truckhouse system offered very considerable financial benefits to the Mi'kmaq which they would have wanted to exploit, restriction or no restriction. The promise of access to "necessaries" through trade in wildlife was the key point, and where a right has been granted, there must be more than a mere disappearance of the mechanism created to facilitate the exercise of the right to warrant the conclusion that the right itself is spent or extinguished.

poudre, les plombs et les autres produits européens et voulaient commercer avec les Britanniques parce que leurs autres sources d'approvisionnement n'existaient plus; le véritable empêchement au commerce avec les Français n'était pas le traité, mais l'absence de Français, puisque les soldats français avaient retraité en amont sur le Saint-Laurent et que les colons français avaient été expulsés; rien dans les documents relatifs aux négociations ne tend à indiquer que le système de maisons de troc était une sorte de mesure transitoire devant être temporaire; ce système n'a été temporaire que parce que le Roi a, de façon inattendue, désavoué la loi habilitante adoptée par la Chambre d'assemblée de la Nouvelle-Écosse; et l'argument que les maisons de troc n'étaient qu'une réponse à une restriction commerciale ne tient pas compte du fait que le système des maisons de troc avait pour les Mi'kmaq des avantages financiers considérables dont ils auraient voulu profiter, restriction ou pas. La promesse d'accès aux «biens nécessaires» au moyen du commerce des ressources de la faune était l'élément fondamental, et, lorsqu'un droit a été accordé, il faut plus que la simple disparition du mécanisme créé en vue d'en faciliter l'exercice pour justifier la conclusion que le droit lui-même est caduc ou éteint.

55 The Crown further argues that the treaty rights, if they exist at all, were "subject to regulation, *ab initio*". The effect, it is argued, is that no *Badger* justification would be required. The Crown's attempt to distinguish *Badger* is not persuasive. *Badger* dealt with treaty rights which were specifically expressed in the treaty (at para. 31) to be "subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country". Yet the Court concluded that a *Sparrow*-type justification was required.

Le ministère public soutient également que, dans la mesure où ils existent, les droits issus du traité étaient [TRADUCTION] «dès le départ assujettis à la réglementation». Il s'ensuit, prétend-on, qu'il n'est pas nécessaire d'apporter la justification requise par *Badger*. La distinction d'avec l'arrêt *Badger* proposée par le ministère public n'est pas convaincante. Cet arrêt portait sur des droits issus d'un traité qui les déclarait expressément [TRADUCTION] «subordonné[s] à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays» (par. 31). Malgré cela, notre Cour a néanmoins conclu qu'une justification analogue à celle requise par l'arrêt *Sparrow* devait être fournie.

56 My view is that the surviving substance of the treaty is not the literal promise of a truckhouse, but a treaty right to continue to obtain necessaries

J'estime que l'aspect du traité qui survit n'est pas la promesse littérale d'établir des maisons de troc, mais un droit — issu de ce traité — qui

through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to restrictions that can be justified under the *Badger* test.

permet de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger*.

The Limited Scope of the Treaty Right

La portée limitée du droit issu du traité

The Crown expresses the concern that recognition of the existence of a constitutionally entrenched right with, as here, a trading aspect, would open the floodgates to uncontrollable and excessive exploitation of the natural resources. Whereas hunting and fishing for food naturally restricts quantities to the needs and appetites of those entitled to share in the harvest, it is argued that there is no comparable, built-in restriction associated with a trading right, short of the paramount need to conserve the resource. The Court has already addressed this issue in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, *per* Lamer C.J., at paras. 57-63, L'Heureux-Dubé J., at para. 137, and McLachlin J., at para. 164; *Van der Peet*, *supra*, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 192, and *per* McLachlin J., at para. 279; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 47; and *Horseman*, *supra*, *per* Wilson J., at p. 908, and Cory J., at pp. 928-29. The ultimate fear is that the appellant, who in this case fished for eels from a small boat using a fyke net, could lever the treaty right into a factory trawler in Pomquet Harbour gathering the available harvest in preference to all non-aboriginal commercial or recreational fishermen. (This is indeed the position advanced by the intervener the Union of New Brunswick Indians.) This fear (or hope) is based on a misunderstanding of the narrow ambit and extent of the treaty right.

57 Le ministère public dit craindre que le fait de reconnaître l'existence d'un droit constitutionnalisé comportant un aspect commercial, comme celui en litige dans la présente affaire, donnerait lieu à une exploitation incontrôlable et excessive des ressources naturelles. Alors que, dans le cas de la chasse et de la pêche à des fins de subsistance, les quantités prélevées sont naturellement restreintes aux besoins et à l'appétit de ceux qui ont droit à une part des prises, on plaide qu'un droit de commercer ne comporte aucune restriction interne comparable, si ce n'est le besoin primordial de conserver la ressource. Notre Cour s'est déjà penchée sur cette question dans les arrêts *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, le juge en chef Lamer, aux par. 57 à 63, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 137, et le juge McLachlin, au par. 164; *Van der Peet*, précité, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 192, et le juge McLachlin, au par. 279; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 47; et *Horseman*, précité, le juge Wilson, à la p. 908, et le juge Cory, aux pp. 928 et 929. Ce qu'on craint le plus, c'est que l'appelant, qui en l'espèce pêchait l'anguille à bord d'un petit bateau au moyen d'un filet appelé verveux, pourrait élargir l'étendue du droit issu du traité à l'utilisation d'un chalutier usine dans Pomquet Harbour pour récolter la ressource disponible, au détriment de tous les pêcheurs non-autochtones et sportifs. (De fait, c'est la position préconisée par l'intervenante Union of New Brunswick Indians.) Cette crainte (ou cet espoir, selon le point de vue) est fondée sur une mauvaise compréhension de la portée étroite du droit issu du traité.

The recorded note of February 11, 1760 was that "there might be a Truckhouse established, for the furnishing them with necessaries" (emphasis added). What is contemplated therefore is not a right to trade generally for economic gain, but rather a right to trade for necessaries. The treaty

58 Le document du 11 février 1760 faisait état de «l'établissement d'une maison de troc afin de leur fournir des biens nécessaires» (je souligne). Par conséquent, ce qui est envisagé ce n'est pas un droit de commercer de façon générale pour réaliser des gains financiers, mais plutôt un droit de com-

right is a regulated right and can be contained by regulation within its proper limits.

59 The concept of "necessaries" is today equivalent to the concept of what Lambert J.A., in *R. v. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, at p. 126, described as a "moderate livelihood". Bare subsistence has thankfully receded over the last couple of centuries as an appropriate standard of life for aboriginals and non-aboriginals alike. A moderate livelihood includes such basics as "food, clothing and housing, supplemented by a few amenities", but not the accumulation of wealth (*Gladstone*, *supra*, at para. 165). It addresses day-to-day needs. This was the common intention in 1760. It is fair that it be given this interpretation today.

60 The distinction between a commercial right and a right to trade for necessaries or sustenance was discussed in *Gladstone*, *supra*, where Lamer C.J., speaking for the majority, held that the Heiltsuk of British Columbia have "an aboriginal right to sell herring spawn on kelp to an extent best described as commercial" (para. 28). This finding was based on the evidence that "tons" of the herring spawn on kelp was traded and that such trade was a central and defining feature of Heiltsuk society. McLachlin J., however, took a different view of the evidence, which she concluded supported a finding that the Heiltsuk derived only sustenance from the trade of the herring spawn on kelp. "Sustenance" provided a manageable limitation on what would otherwise be a free-standing commercial right. She wrote at para. 165:

Despite the large quantities of herring spawn on kelp traditionally traded, the evidence does not indicate that the trade of herring spawn on kelp provided for the

mercer pour pouvoir se procurer des biens nécessaires. Le droit issu du traité est un droit réglementé qui peut, par règlement, être circonscrit à ses limites appropriées.

Le concept de «biens nécessaires» est l'équivalent moderne du concept que le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a qualifié de [TRADUCTION] «subsistance convenable» dans *R. c. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, à la p. 126. Fort heureusement, le strict nécessaire a cessé, au cours des derniers siècles, d'être considéré comme le niveau de vie approprié, autant pour les Autochtones que pour les non-autochtones. La notion de «subsistance convenable» s'entend des choses essentielles comme «la nourriture, le vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie», mais non de l'accumulation de richesses (*Gladstone*, précité, au par. 165). Elle vise les besoins courants. C'était là l'intention commune des parties en 1760. Il est juste de suivre cette interprétation aujourd'hui.

La distinction entre le droit de commercer et le droit de commercer pour se procurer les biens nécessaires ou à des fins de subsistance a été examinée dans l'arrêt *Gladstone*, précité, où le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que les Heiltsuk de la Colombie-Britannique ont "un droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale" (par. 28). Cette conclusion était fondée sur la preuve que des «tonnes» de rogue de hareng sur varech étaient échangées et que ce commerce constituait une caractéristique fondamentale et importante de la société Heiltsuk. Le juge McLachlin a toutefois interprété la preuve différemment, concluant qu'elle étayait la conclusion que les Heiltsuk ne faisaient que tirer leur subsistance du commerce de la rogue de hareng sur varech. La notion de «subsistance» a constitué un moyen pratique de limiter ce qui serait autrement un droit autonome de commercer. Le juge McLachlin a écrit ce qui suit, au par. 165:

En dépit des grandes quantités de rogue de hareng sur varech échangées traditionnellement, il ne ressort pas de la preuve que ces échanges rapportaient aux Heiltsuk

Heiltsuk anything more than basic sustenance. There is no evidence in this case that the Heiltsuk accumulated wealth which would exceed a sustenance lifestyle from the herring spawn on kelp fishery. [Emphasis added.]

In this case, equally, it is not suggested that Mi'kmaq trade historically generated "wealth which would exceed a sustenance lifestyle". Nor would anything more have been contemplated by the parties in 1760.

Catch limits that could reasonably be expected to produce a moderate livelihood for individual Mi'kmaq families at present-day standards can be established by regulation and enforced without violating the treaty right. In that case, the regulations would accommodate the treaty right. Such regulations would *not* constitute an infringement that would have to be justified under the *Badger* standard.

Application to the Facts of this Case

The appellant is charged with three offences: the selling of eels without a licence, fishing without a licence and fishing during the close season with illegal nets. These acts took place at Pomquet Harbour, Antigonish County. For Marshall to have satisfied the regulations, he was required to secure a licence under either the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, the *Maritime Provinces Fishery Regulations*, SOR/93-55, or the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332.

All of these regulations place the issuance of licences within the absolute discretion of the Minister. Section 7(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, so provides:

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on. [Emphasis added.]

The *Maritime Provinces Fishery Regulations* provides that the Minister "may issue" a commercial

plus que ce qui est nécessaire pour satisfaire les besoins essentiels. Il n'y a en l'espèce aucun élément de preuve indiquant que les Heiltsuk auraient tiré de la récolte de la rogue de hareng sur varech des richesses incompatibles avec une économie de subsistance. [Je souligne.]

Dans la présente affaire, on n'a pas non plus prétendu que le commerce pratiqué par les Mi'kmaq avait historiquement produit «des richesses incompatibles avec une économie de subsistance». Les parties n'auraient pas visé davantage en 1760.

Des limites de prises, dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elles permettent aux familles mi'kmaq de s'assurer une subsistance convenable selon les normes d'aujourd'hui, peuvent être établies par règlement et appliquées sans porter atteinte au droit issu du traité. Un tel règlement respecterait ce droit et *ne* constituerait *pas* une atteinte qui devrait être justifiée suivant la norme établie dans l'arrêt *Badger*. 61

L'application aux faits de l'espèce

L'appelant est accusé de trois infractions: avoir vendu des anguilles sans permis, avoir pêché sans permis et avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux. Ces actes ont eu lieu à Pomquet Harbour, dans le comté d'Antigonish. Pour se conformer aux règlements, Marshall était tenu de se procurer un permis en application du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, du *Règlement de pêche des provinces maritimes*, DORS/93-55, ou du *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332. 62

Dans tous ces règlements, la délivrance des permis est à l'entière discrétion du ministre. C'est ce que précise le par. 7(1) de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14: 63

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries — ou en permettre l'octroi —, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche. [Je souligne.]

Le *Règlement de pêche des provinces maritimes* précise que le ministre «peut délivrer» un permis

fishing licence (s. 5). The *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations* state as well that the Minister "may issue" a communal licence to an aboriginal organization to carry on food fishing and related activities (s. 4). The licences described in the *Fishery (General) Regulations* are all discretionary as well, although none of those licences would have assisted the appellant in this situation.

64 Furthermore, there is nothing in these regulations which gives direction to the Minister to explain how she or he should exercise this discretionary authority in a manner which would respect the appellant's treaty rights. This Court has had the opportunity to review the effect of discretionary licensing schemes on aboriginal and treaty rights: *Badger, supra, R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, and *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139. The test for infringement under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* was set out in *Sparrow, supra*, at p. 1112:

> To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

Lamer C.J. in *Adams, supra*, applied this test to licensing schemes and stated as follows at para. 54:

> In light of the Crown's unique fiduciary obligations towards aboriginal peoples, Parliament may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance. If a statute confers an administrative discretion which may carry significant consequences for the exercise of an aboriginal right, the statute or its delegate regulations must outline specific criteria for the granting or refusal of that discretion which seek to accommodate the existence of aboriginal rights. In the

de pêche commerciale (art. 5). Le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones* indique lui aussi que le ministre «peut délivrer» un permis de pêche communautaire à une organisation autochtone en vue de l'autoriser à pratiquer la pêche et toute autre activité connexe (art. 4). La délivrance de tous les permis décrits dans le *Règlement de pêche (dispositions générales)* relève également de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, quoiqu'aucun de ces permis n'aurait aidé l'appelant dans la situation actuelle.

De plus, rien dans ces règlements n'indique au ministre comment il doit exercer ce pouvoir discrétionnaire de façon à respecter les droits issus du traité de l'appelant. Notre Cour a eu la possibilité d'examiner l'effet des régimes discrétionnaires de délivrance de permis sur les droits ancestraux et sur les droits issus de traités: *Badger*, précité, *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139. Le critère pour déterminer s'il y a eu atteinte a un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été établi dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1112:

> Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue.

Dans l'arrêt *Adams*, précité, le juge en chef Lamer a appliqué ce critère aux régimes de délivrance de permis et a dit ce qui suit, au par. 54:

> Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas. Si une loi confère un pouvoir discrétionnaire administratif susceptible d'entraîner d'importantes conséquences pour l'exercice d'un droit ancestral, cette loi ou son règlement d'application doit énoncer des critères précis, balisant l'exer-

absence of such specific guidance, the statute will fail to provide representatives of the Crown with sufficient directives to fulfil their fiduciary duties, and the statute will be found to represent an infringement of aboriginal rights under the *Sparrow* test. [Emphasis added.]

Cory J. in *Badger*, *supra*, at para. 79, found that the test for infringement under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* was the same for both aboriginal and treaty rights, and thus the words of Lamer C.J. in *Adams*, although in relation to the infringement of aboriginal rights, are equally applicable here. There was nothing at that time which provided the Crown officials with the "sufficient directives" necessary to ensure that the appellant's treaty rights would be respected. To paraphrase *Adams*, at para. 51, under the applicable regulatory regime, the appellant's exercise of his treaty right to fish and trade for sustenance was exercisable only at the absolute discretion of the Minister. Mi'kmaq treaty rights were not accommodated in the Regulations because, presumably, the Crown's position was, and continues to be, that no such treaty rights existed. In the circumstances, the purported regulatory prohibitions against fishing without a licence (*Maritime Provinces Fishery Regulations*, s. 4(1)(*a*)) and of selling eels without a licence (*Fishery (General) Regulations*, s. 35(2)) do *prima facie* infringe the appellant's treaty rights under the Treaties of 1760-61 and are inoperative against the appellant unless justified under the *Badger* test.

Further, the appellant was charged with fishing during the close season with improper nets, contrary to s. 20 of the *Maritime Provinces Fishery Regulations*. Such a regulation is also a *prima facie* infringement, as noted by Cory J. in *Badger*, *supra*, at para. 90: "This Court has held on numerous occasions that there can be no limitation on the

cice du pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l'existence des droits ancestraux. En l'absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l'État des directives suffisantes pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans *Sparrow*, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Badger*, précité, au par. 79, le juge Cory a conclu que le critère applicable pour déterminer s'il y a atteinte à un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* était le même et pour les droits ancestraux et pour les droits issus de traités, de sorte que, même si les propos du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Adams* portaient sur une atteinte à des droits ancestraux, ils s'appliquent également en l'espèce. À l'époque, les fonctionnaires de la Couronne ne disposaient pas des «directives suffisantes» nécessaires pour être en mesure d'assurer le respect des droits issus de traité de l'appelant. Pour paraphraser les propos tenus dans l'arrêt *Adams*, au par. 51, dans le cadre du régime de réglementation applicable, l'appelant ne pouvait exercer son droit issu de traité de pêcher et de commercer à des fins de subsistance qu'à l'entière discrétion du ministre. Les règlements ne tiennent pas compte des droits issus de traités des Mi'kmaq parce que, peut-on présumer, la position de la Couronne a été et continue d'être que de tels droits n'existent pas. Par conséquent, les prohibitions censément établies par les règlements, c'est-à-dire l'interdiction de pêcher sans permis (*Règlement de pêche des provinces maritimes*, al. 4(1)*a*)) et l'interdiction de vendre des anguilles sans permis (*Règlement de pêche (dispositions générales)*, par. 35(2)), portent à première vue atteinte aux droits conférés à l'appelant par les traités de 1760 et 1761 et sont inopérantes à son égard sauf si elles sont justifiées suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*.

65 En outre, l'appelant a été accusé d'avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux, contrairement à l'art. 20 du *Règlement de pêche des provinces maritimes*. Une telle disposition constitue également une atteinte à première vue, comme l'a souligné le juge Cory dans l'arrêt *Badger*, précité, au par. 90: «Notre Cour a statué,

method, timing and extent of Indian hunting under a Treaty", apart, I would add, from a treaty limitation to that effect.

66 The appellant caught and sold the eels to support himself and his wife. Accordingly, the close season and the imposition of a discretionary licensing system would, if enforced, interfere with the appellant's treaty right to fish for trading purposes, and the ban on sales would, if enforced, infringe his right to trade for sustenance. In the absence of any justification of the regulatory prohibitions, the appellant is entitled to an acquittal.

Disposition

67 The constitutional question stated by the Chief Justice on February 9, 1998, as follows:

Are the prohibitions on catching and retaining fish without a licence, on fishing during the close time, and on the unlicensed sale of fish, contained in ss. 4(1)(*a*) and 20 of the *Maritime Provinces Fishery Regulations* and s. 35(2) of the *Fishery (General) Regulations*, inconsistent with the treaty rights of the appellant contained in the Mi'kmaq Treaties of 1760-61 and therefore of no force or effect or application to him, by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?

should be answered in the affirmative. I would therefore allow the appeal and order an acquittal on all charges.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

I. Introduction

68 The issue in this case is whether the appellant Marshall, a Mi'kmaq Indian, possesses a treaty right that exempts him from the federal fisheries legislation under which he was charged with fish-

en de nombreuses occasions, qu'on ne peut limiter l'ampleur des activités de chasse exercées par les Indiens en vertu d'un traité, ni les méthodes qu'ils utilisent à cette fin ou les périodes durant lesquelles ils s'y adonnent», sauf si, ajouterais-je, le traité comporte une restriction de cette nature.

L'appelant a pris et vendu les anguilles pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe. En conséquence, si la période de fermeture et le régime discrétionnaire de délivrance de permis étaient appliqués, ils porteraient atteinte au droit de pêcher à des fins commerciales conféré par le traité à l'appelant, et l'interdiction de vendre le produit de sa pêche porterait atteinte à son droit de commercer à des fins de subsistance. En l'absence de justification des prohibitions réglementaires, l'appelant a droit à l'acquittement.

Dispositif

La question constitutionnelle suivante, énoncée par le Juge en chef le 9 février 1998:

L'interdiction de prendre et de garder du poisson sans permis, ainsi que celles de pêcher pendant la période de fermeture et de vendre du poisson sans permis, prévues respectivement par l'al. 4(1)*a*) et l'art. 20 du *Règlement de pêche des provinces maritimes* ainsi que par le par. 35(2) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, sont-elles incompatibles avec les droits conférés à l'appelant par les traités conclus par les Micmacs en 1760 et 1761 et, par conséquent, inopérantes à son endroit, par l'effet du par. 35(1) et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

doit recevoir une réponse affirmative. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'acquittement relativement à toutes les accusations.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

I. Introduction

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l'appelant Marshall, Indien mi'kmaq, possède un droit issu de traité qui l'exempte de l'application de la législation fédérale sur les

ing without a licence, fishing with a prohibited net during the closed period, and selling fish caught without a licence.

At trial, Marshall admitted that he caught and sold 463 pounds of eels without a licence and with a prohibited net within closed times. The only issue at trial was whether he possessed a treaty right to catch and sell fish that exempted him from compliance with the federal fisheries legislation and mandated his acquittal. The trial judge held that he did not. The Nova Scotia Court of Appeal dismissed his appeal. Marshall now appeals to this Court.

I conclude that the Treaties of 1760-61 created an exclusive trade and truckhouse regime which implicitly gave rise to a limited Mi'kmaq right to bring goods to British trade outlets so long as this regime was extant. The Treaties of 1760-61 granted neither a freestanding right to truckhouses nor a general underlying right to trade outside of the exclusive trade and truckhouse regime. The system of trade exclusivity and correlative British trading outlets died out in the 1780s and with it, the incidental right to bring goods to trade. There is therefore no existing right to trade in the Treaties of 1760-61 that exempts the appellant from the federal fisheries legislation. The charges against him stand.

II. Relevant Treaty and Constitutional Provisions

Trade Clause in Treaties of 1760-61

And I do further engage that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's

pêches en vertu de laquelle il a été accusé d'avoir pêché sans permis, d'avoir pêché en utilisant un filet prohibé pendant la période de fermeture et d'avoir vendu du poisson pris sans permis.

69 Au procès, Marshall a avoué avoir vendu 463 livres d'anguilles qu'il avait pêchées sans permis à l'aide d'un filet prohibé, pendant la période de fermeture. La seule question en litige au procès était celle de savoir si Marshall possédait un droit issu de traité qui l'autorisait à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la législation fédérale sur les pêches et qui commandait son acquittement. Le juge du procès a statué qu'il ne possédait pas un tel droit. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a rejeté l'appel de Marshall, qui se pourvoit maintenant devant notre Cour.

70 Je conclus que les traités de 1760 et 1761 ont créé un régime de commerce exclusif et de maisons de troc (postes de traite) qui a tacitement donné naissance, en faveur des Mi'kmaq, à un droit limité d'apporter des biens à ces établissements britanniques tant et aussi longtemps que ce régime a existé. Les traités de 1760 et 1761 n'ont accordé ni droit autonome d'accès aux magasins de troc ni droit général sous-jacent de commercer hors du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. Ce régime de commerce exclusif, et les maisons de troc britanniques en découlant, a pris fin dans les années 1780 et, avec lui, le droit correspondant d'apporter des marchandises à ces établissements pour en faire le commerce. Il n'y a donc pas, dans les traités de 1760 et 1761, de droit existant ayant pour effet d'exempter l'appelant de l'application de la législation fédérale sur les pêches. Les accusations portées contre lui demeurent.

II. Les dispositions pertinentes des traités et de la Constitution

La clause relative au commerce des traités de 1760 et 1761

71 [TRADUCTION] Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons

Governor at [insert location of closest truck house] or Elsewhere in Nova Scotia or Accadia.

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

III. Judgments

72 The trial judge, Embree Prov. Ct. J., concluded ([1996] N.S.J. No. 246 (QL)) that the trade clause in the Treaties of 1760-61 imposed an obligation on the Mi'kmaq to trade only at English truckhouses or with licensed traders. The clause gave the Mi'kmaq a limited "right to bring" their trade goods (the products of their hunting, fishing and gathering lifestyle) to such outlets or traders to trade. The trial judge found that when the exclusive trade obligation and the system of truckhouses and licensed traders fell into disuse, the "right to bring" disappeared. He concluded, at para. 125:

> It was a pre-requisite to the Mi'kmaq being able to trade under the terms of the trade clause that the British provide truckhouses or appoint persons to trade with. When the British stopped doing that, the requirement (or if I had taken the Defence view, the option) to trade with truckhouses or licensed traders disappeared. The trade clause says nothing about that eventuality and it is my view that no further trade right arises from the trade clause.

73 The trial judge was unequivocal on the limited nature of this Treaty "right to bring" goods to truckhouses and licensed traders to trade. He concluded that the British did not intend to convey, and would not have conveyed, a trading right beyond the limited right to trade at truckhouses and with licensed traders within the exclusive trade regime, and that the Mi'kmaq appreciated and understood the position and objectives of the

de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté à [indiquer l'endroit où se trouve la maison de troc la plus proche] ou ailleurs en Nouvelle-Écosse ou en Acadie.

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

III. L'historique des procédures judiciaires

Le juge Embree de la Cour provinciale, qui a présidé le procès, a conclu ([1996] N.S.J. No. 246 (QL)) que la clause relative au commerce des traités de 1760 et 1761 imposait aux Mi'kmaq l'obligation de commercer uniquement aux maisons de troc anglaises ou avec les commerçants patentés. Cette clause conférait aux Mi'kmaq un «droit [limité] d'apporter» leurs marchandises (les produits de leur mode de vie basé sur la chasse, la pêche et la cueillette) à ces maisons ou à des commerçants pour en faire le commerce. Le juge du procès a estimé que lorsque l'obligation de commerce exclusif et le système des maisons de troc et des commerçants patentés sont tombés en désuétude, le «droit d'apporter» des marchandises a disparu. Il a conclu en ces termes, au par. 125:

> [TRADUCTION] La capacité des Mi'kmaq de commercer conformément à la clause relative au commerce était subordonnée à l'établissement par les Britanniques de maisons de troc ou à la désignation par eux de personnes avec lesquelles commercer. Lorsque les Britanniques ont cessé de le faire, l'obligation (ou si j'avais retenu la thèse de la défense, la faculté) de commercer à ces établissements ou avec ces personnes a disparu. La clause relative au commerce ne dit rien à l'égard de cette éventualité et, à mon avis, aucun autre droit de commercer ne découle de cette clause.

Le juge du procès a parlé en termes non équivoques du caractère limité de ce «droit [issu du traité] d'apporter» des marchandises aux maisons de troc et aux commerçants patentés pour en faire le commerce. Il a conclu que les Britanniques n'avaient pas entendu conférer et n'auraient pas conféré un droit de commercer supérieur au droit limité de commercer aux maisons de troc et avec les commerçants patentés dans le cadre du régime

British. In light of these conclusions, he rejected the appellant's claim that the Treaties granted him a treaty right to catch and sell fish. He found, at para. 129, that such an interpretation was not even among the "various possible interpretations of the common intention" of the Mi'kmaq and the British.

de commerce exclusif, et que les Mi'kmaq connaissaient et comprenaient la position et les objectifs des Britanniques. Vu ces conclusions, il a rejeté la prétention de l'appelant voulant que les traités lui aient conféré un droit issu de traité de prendre du poisson et de le vendre. Il a estimé, au par. 129, qu'une telle interprétation ne figurait même pas [TRADUCTION] «parmi les interprétations possibles de l'intention commune» des Mi'kmaq et des Britanniques.

The Court of Appeal ((1997), 159 N.S.R. (2d) 186), *per* Roscoe and Bateman JJ.A., affirmed the trial judge's decision that the Treaties of 1760-61 did not grant a treaty right to catch and sell fish. The court found, at p. 200, that "the mercantile nature of the British economy; the fact that the Governor had been instructed not to place any subject in a preferential trading position; and the fact that, pursuant to this *Treaty*, the Mi'kmaq were submitting to British law" all lent support to the trial judge's conclusion. Unlike the trial judge, however, the Court of Appeal concluded that the Treaties did not grant any right to trade, not even a limited "right to bring" goods to truckhouses. The court held that the mere reference to trading at truckhouses in the trade clause of the Treaties of 1760-61 could not, without more, constitute the grant of a right to trade. The Treaties of 1760-61 were peace treaties, not land cession treaties, and hence no grant of rights could be presumed. Moreover, the negative language of the clause was unlike that traditionally found in rights-granting treaties. The Court of Appeal concluded, at p. 200, that the Treaties of 1760-61 were negotiated following a long period of British-Mi'kmaq hostilities and that "[t]rade was not central to the *Treaties* but a vehicle by which the British could encourage the maintenance of a friendly relationship with the Mi'kmaq". The requirement imposed upon the Mi'kmaq to trade solely at truckhouses was characterized as a mechanism to help ensure the maintenance of peace. Thus, while the Treaties made trade at truckhouses "permissible", they did not confer a legal right on the Mi'kmaq to do so. The

74 La Cour d'appel ((1997), 159 N.S.R. (2d) 186), sous la plume des juges Roscoe et Bateman, a confirmé la décision du juge du procès que les traités de 1760 et 1761 n'avaient pas conféré de droit — issu de traité — de prendre du poisson et de le vendre. La cour a conclu, à la p. 200, que [TRADUCTION] «la nature mercantile de l'économie britannique, le fait que le gouverneur avait reçu ordre de n'accorder aucun traitement commercial préférentiel et le fait que, en vertu du *Traité*, les Mi'kmaq étaient assujettis au droit britannique» étaient autant de facteurs étayant la conclusion du juge du procès. À la différence de ce dernier, toutefois, la Cour d'appel a conclu que les traités ne conféraient aucun droit de commercer, pas même un «droit [limité] d'apporter» des marchandises aux maisons de troc. La cour a estimé que la simple mention des échanges à ces établissements dans la clause relative au commerce des traités de 1760 et 1761 ne pouvait, à elle seule, constituer l'octroi d'un droit de commercer. Les traités de 1760 et 1761 étaient des traités de paix, non pas des traités de cession territoriale, on ne saurait donc présumer qu'on y concédait des droits. De plus, la formulation négative de la clause différait de celle figurant traditionnellement dans les traités concédant des droits. La Cour d'appel a conclu, à la p. 200, que les traités de 1760 et 1761 avaient été négociés à la suite d'une longue période d'hostilités entre les Britanniques et les Mi'kmaq et que le [TRADUCTION] «[c]ommerce n'était pas un aspect central des *Traités*, mais plutôt un moyen pour les Britanniques d'encourager le maintien de relations amicales avec les Mi'kmaq». L'obligation faite aux Mi'kmaq de commercer uniquement aux maisons de troc a été qualifiée de mécanisme destiné à

Court of Appeal upheld the trial judge's decision and dismissed the appeal.

IV. The Issues

75 The ultimate issue before the Court on this appeal is whether the appellant possesses a treaty right which exempts him from the federal fisheries legislation under which he is charged. The arguments urged in support of this position, however, are more difficult to articulate. The appellant's oral and written submissions, taken together, suggest that he contends that the Treaties of 1760-61 granted either or both of two separate rights, one unlimited, one more restricted. The appellant's arguments may be summarized as follows:

A. *The Rights Claimed*

1. The treaties conferred on the Mi'kmaq a general right to trade.
2. Alternatively, or in addition, the treaties conferred on the Mi'kmaq a right to truckhouses or licensed traders.

B. *Justification Arguments*

1. In the event a general right to trade is established, the federal fisheries legislation governing fishing and trade in fish fails to accommodate this treaty right to trade.
2. The government has not shown that this failure is justified as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.
3. Therefore the federal fisheries legislation does not apply to the appellant and he is entitled to be acquitted.

Alternatively, or in addition:

favoriser le maintien de la paix. Par conséquent, bien que les traités aient fait en sorte que le commerce aux maisons de troc soit «permis», ils n'ont pas conféré aux Mi'kmaq le droit légal de s'adonner à cette activité. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès et a rejeté l'appel.

IV. Les questions en litige

La question ultime que la Cour doit trancher dans le présent pourvoi est de savoir si l'appelant possède un droit issu de traité qui l'exempte de l'application de la législation fédérale sur les pêches en vertu de laquelle on l'accuse. Les arguments présentés au soutien de cette thèse sont toutefois plus difficiles à exprimer. Considérées globalement, les observations orales et écrites de l'appelant suggèrent que ce dernier prétend que les traités de 1760 et 1761 lui ont conféré soit deux droits distincts, soit l'un ou l'autre de ces deux droits, l'un illimité, l'autre plus restreint. Les arguments de l'appelant peuvent être résumés ainsi:

A. *Les droits revendiqués*

1. Les traités ont conféré aux Mi'kmaq un droit général de commercer.
2. À titre subsidiaire ou supplétif, les traités ont conféré aux Mi'kmaq un droit à l'établissement de magasins de troc ou à la désignation de commerçants patentés.

B. *Arguments justificatifs*

1. Dans l'hypothèse où l'existence d'un droit général de commercer est établie, la législation fédérale régissant la pêche et le commerce du poisson ne tient pas compte de ce droit de commercer issu de traité.
2. Le gouvernement n'a pas démontré que ce manquement est justifié, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
3. Par conséquent, la législation fédérale sur les pêches ne s'applique pas à l'appelant et celui-ci doit être acquitté.

À titre subsidiaire ou supplétif:

1. In the event a right to truckhouses or licensed traders is established, the government has been in breach of its treaty obligations since the 1780s.

2. The government has not shown that this infringement is justified as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

3. Therefore the federal fisheries legislation does not apply to the appellant and he is entitled to be acquitted.

I will first consider the principles of interpretation relevant to this appeal. I will then consider in turn the appellant's "general trade right" and "right to trading outlets" arguments.

It should be noted that the appellant does not argue for an aboriginal (as distinct from treaty) right to trade on this appeal.

V. Discussion

A. *What Principles of Interpretation Apply to the Interpretation of the Treaty Trade Clause?*

This Court has set out the principles governing treaty interpretation on many occasions. They include the following.

1. Aboriginal treaties constitute a unique type of agreement and attract special principles of interpretation: *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R 393, at para. 24; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 78; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1043; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 404. See also: J. [Sákéj] Youngblood Henderson, "Interpreting *Sui Generis* Treaties" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46; L. I. Rotman, "Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights,

1. Dans l'hypothèse où l'existence d'un droit à l'établissement de maisons de troc ou à la désignation de commerçants patentés est démontrée, le gouvernement manque aux obligations qui lui incombent aux termes des traités depuis les années 1780.

2. Le gouvernement n'a pas démontré que ce manquement est justifié, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

3. Par conséquent, la législation fédérale sur les pêches ne s'applique pas à l'appelant et celui-ci doit être acquitté.

Je vais d'abord examiner les principes d'interprétation pertinents dans le cadre du présent pourvoi. Puis, j'analyserai séparément les arguments de l'appelant relatifs au «droit général de commercer» et au «droit à l'établissement de maisons de troc». 76

Il convient de souligner que, dans le présent pourvoi, l'appelant n'invoque pas l'existence d'un droit ancestral (par opposition à issu de traité) de commercer. 77

V. L'analyse

A. *Quelles sont les principes applicables à l'interprétation de la clause relative au commerce figurant dans les traités?*

Notre Cour a, à maintes reprises, énoncé les principes qui régissent l'interprétation des traités, notamment les principes suivants: 78

1. Les traités conclus avec les Autochtones constituent un type d'accord unique, qui demandent l'application de principes d'interprétation spéciaux: *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, au par. 24; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 78; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1043; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 404. Voir également: J. [Sákéj] Youngblood Henderson, «Interpreting *Sui Generis* Treaties» (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46; L. I. Rotman,

and the *Sparrow* Justificatory Test" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.

2. Treaties should be liberally construed and ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the aboriginal signatories: *Simon*, *supra*, at p. 402; *Sioui*, *supra*, at p. 1035; *Badger*, *supra*, at para. 52.

3. The goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed: *Sioui*, *supra*, at pp. 1068-69.

4. In searching for the common intention of the parties, the integrity and honour of the Crown is presumed: *Badger*, *supra*, at para. 41.

5. In determining the signatories' respective understanding and intentions, the court must be sensitive to the unique cultural and linguistic differences between the parties: *Badger*, *supra*, at paras. 52-54; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907.

6. The words of the treaty must be given the sense which they would naturally have held for the parties at the time: *Badger*, *supra*, at paras. 53 *et seq.*; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36.

7. A technical or contractual interpretation of treaty wording should be avoided: *Badger*, *supra*; *Horseman*, *supra*; *Nowegijick*, *supra*.

8. While construing the language generously, courts cannot alter the terms of the treaty by exceeding what "is possible on the language" or realistic: *Badger*, *supra*, at para. 76; *Sioui*, *supra*, at p. 1069; *Horseman*, *supra*, at p. 908.

«Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test» (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.

2. Les traités doivent recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones: *Simon*, précité, à la p. 402; *Sioui*, précité, à la p. 1035; *Badger*, précité, au par. 52.

3. L'interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature: *Sioui*, précité, aux pp. 1068 et 1069.

4. Dans la recherche de l'intention commune des parties, l'intégrité et l'honneur de la Couronne sont présumées: *Badger*, précité, au par. 41.

5. Dans l'appréciation de la compréhension et de l'intention respectives des signataires, le tribunal doit être attentif aux différences particulières d'ordre culturel et linguistique qui existaient entre les parties: *Badger*, précité, aux par. 52 à 54; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907.

6. Il faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l'époque: *Badger*, précité, aux par. 53 et suiv.; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36.

7. Il faut éviter de donner aux traités une interprétation formaliste ou inspirée du droit contractuel: *Badger*, précité, *Horseman*, précité, et *Nowegijick*, précité.

8. Tout en donnant une interprétation généreuse du texte du traité, les tribunaux ne peuvent en modifier les conditions en allant au-delà de ce qui est réaliste ou de ce que «le language utilisé [. . .] permet»: *Badger*, précité, au par. 76; *Sioui*, précité, à la p. 1069; *Horseman*, précité, à la p. 908.

9. Treaty rights of aboriginal peoples must not be interpreted in a static or rigid way. They are not frozen at the date of signature. The interpreting court must update treaty rights to provide for their modern exercise. This involves determining what modern practices are reasonably incidental to the core treaty right in its modern context: *Sundown*, *supra*, at para. 32; *Simon*, *supra*, at p. 402.

9. Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide. Ils ne sont pas figés à la date de la signature. Les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. Il faut pour cela déterminer quelles sont les pratiques modernes qui sont raisonnablement accessoires à l'exercice du droit fondamental issu de traité dans son contexte moderne: *Sundown*, précité, au par. 32; *Simon*, précité, à la p. 402.

Two specific issues of interpretation arise on this appeal. The answer to each is found in the foregoing summary of principles.

79 Deux questions d'interprétation précises se posent dans le présent pourvoi. La réponse à chacune d'elles se trouve dans l'exposé sommaire des principes qui précède.

The first issue of interpretation arises from the Court of Appeal's apparent suggestion that peace treaties fall in a different category from land cession treaties for purposes of interpretation, with the result that, when interpreting peace treaties, there is no "presumption" that rights were granted to the aboriginal signatories in exchange for entering into the treaty. This raises the issue of whether it is useful to slot treaties into different categories, each with its own rules of interpretation. The principle that each treaty must be considered in its unique historical and cultural context suggests that this practice should be avoided.

80 La première question d'interprétation découle de la suggestion apparente de la Cour d'appel que, aux fins d'interprétation, les traités de paix et les traités de cession territoriale appartiennent à des catégories différentes, de sorte qu'il n'y a, dans l'interprétation des traités de paix, aucune «présomption» que des droits ont été conférés aux signataires autochtones en échange de leur adhésion au traité. Cette question soulève à son tour celle de savoir s'il est utile de classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d'interprétation. Le principe selon lequel chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier tend à indiquer que cette pratique devrait être évitée.

The second issue of interpretation raised on this appeal is whether extrinsic evidence can be used in interpreting aboriginal treaties, absent ambiguity. Again, the principle that every treaty must be understood in its historical and cultural context suggests the answer must be yes. It is true that in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, at p. 201, this Court alluded with approval to the strict contract rule that extrinsic evidence is not admissible to construe a contract in the absence of ambiguity. However, subsequent decisions have made it clear that extrinsic evidence of the historic and cultural context of a treaty may be received absent ambigu-

81 La deuxième question d'interprétation soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir si l'on peut, en l'absence d'ambiguïté, recourir à la preuve extrinsèque pour interpréter des traités conclus avec des Autochtones. Encore une fois, le principe selon lequel chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel suggère une réponse affirmative. Il est vrai que, dans l'arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, à la p. 201, notre Cour a mentionné en l'approuvant la règle stricte du droit contractuel qui écarte le recours à la preuve extrinsèque pour interpréter un contrat en l'absence d'ambiguïté. Toutefois, il

ity: *Sundown*, *supra*, at para. 25; *Badger*, *supra*, at para. 52. As Cory J. wrote in *Badger*, *supra*, at para. 52, courts interpreting treaties "must take into account the context in which the treaties were negotiated, concluded and committed to writing".

ressort clairement de décisions subséquentes que des éléments de preuve extrinsèques du contexte historique et culturel d'un traité peuvent être reçus en preuve en l'absence d'ambiguïté: *Sundown*, précité, au par. 25; *Badger*, précité, au par. 52. Comme a écrit le juge Cory dans *Badger*, au par. 52, les tribunaux qui interprètent des traités «doi[vent] tenir compte du contexte dans lequel les traités ont été négociés, conclus et couchés par écrit».

82 The fact that both the words of the treaty and its historic and cultural context must be considered suggests that it may be useful to approach the interpretation of a treaty in two steps. First, the words of the treaty clause at issue should be examined to determine their facial meaning, in so far as this can be ascertained, noting any patent ambiguities and misunderstandings that may have arisen from linguistic and cultural differences. This exercise will lead to one or more possible interpretations of the clause. As noted in *Badger*, *supra*, at para. 76, "the scope of treaty rights will be determined by their wording". The objective at this stage is to develop a preliminary, but not necessarily determinative, framework for the historical context inquiry, taking into account the need to avoid an unduly restrictive interpretation and the need to give effect to the principles of interpretation.

Le fait qu'il faille examiner tant le texte du traité que son contexte historique et culturel tend à indiquer qu'il peut être utile d'interpréter un traité en deux étapes. Dans un premier temps, il convient d'examiner le texte de la clause litigieuse pour en déterminer le sens apparent, dans la mesure où il peut être dégagé, en soulignant toute ambiguïté et tout malentendu manifestes pouvant résulter de différences linguistiques et culturelles. Cet examen conduira à une ou à plusieurs interprétations possibles de la clause. Comme il a été souligné dans *Badger*, précité, au par. 76, «la portée des droits issus de traités est fonction de leur libellé». À cette étape, l'objectif est d'élaborer, pour l'analyse du contexte historique, un cadre préliminaire — mais pas nécessairement définitif — qui tienne compte d'un double impératif, celui d'éviter une interprétation trop restrictive et celui de donner effet aux principes d'interprétation.

83 At the second step, the meaning or different meanings which have arisen from the wording of the treaty right must be considered against the treaty's historical and cultural backdrop. A consideration of the historical background may suggest latent ambiguities or alternative interpretations not detected at first reading. Faced with a possible range of interpretations, courts must rely on the historical context to determine which comes closest to reflecting the parties' common intention. This determination requires choosing "from among the various possible interpretations of the common intention the one which best reconciles" the parties' interests: *Sioui*, *supra*, at p. 1069. Finally, if the court identifies a particular right which was intended to pass from generation to generation, the historical context may assist the

Dans un deuxième temps, le ou les sens dégagés du texte du droit issu de traité doivent être examinés sur la toile de fond historique et culturelle du traité. Il est possible que l'examen de l'arrière-plan historique fasse ressortir des ambiguïtés latentes ou d'autres interprétations que la première lecture n'a pas permis de déceler. Confronté à une éventuelle gamme d'interprétations, le tribunal doit s'appuyer sur le contexte historique pour déterminer laquelle traduit le mieux l'intention commune des parties. Pour faire cette détermination, le tribunal doit choisir, «parmi les interprétations de l'intention commune qui s'offrent à [lui], celle qui concilie le mieux» les intérêts des parties: *Sioui*, précité, à la p. 1069. Enfin, si le tribunal conclut à l'existence d'un droit particulier qui était censé se transmettre de génération en génération, le con-

court in determining the modern counterpart of that right: *Simon*, *supra*, at pp. 402-3; *Sundown*, *supra*, at paras. 30 and 33.

In the case on appeal, the trial judge heard 40 days of trial, the testimony of three expert witnesses, and was presented with over 400 documents. After a meticulous review of this evidence, the trial judge stated, at para. 92:

> With the full benefit of the cultural and historical context, I now need to address the following questions. What did the Mi'kmaq and the British agree to and intend to agree to in the Treaties of 1760 and 1761? Directly related to that are the questions of Mi'kmaq understanding of these treaties' contents. Did they understand and agree to all of the written portions of the treaties before me? Were there other statements or promises made orally which the Mi'kmaq considered were part of these treaties and which have an impact on their meaning? Did the Mi'kmaq consider that previous treaties were renewed by and combined with the 1760-61 Treaties? Are there any other aspects of the historical record, whether referred to me by Counsel for the defendant or otherwise, which reflect on the contents or the proper understanding of the contents of these treaties?

The trial judge's review of the historical context, the cultural differences between the parties, their different methods of communication, and the pre-treaty negotiations, led him to conclude that there was no misunderstanding or lack of agreement between the British and the Mi'kmaq that trade under the treaties was to be carried out in accordance with the terms of the trade clause. Having come to this conclusion, the trial judge turned again to the historical context to interpret the content of such terms, in accordance with the parties' common intention. In my opinion, the trial judge's approach to the interpretation of the Treaties of 1760-61 is in keeping with the principles governing treaty interpretation. With the greatest respect for the contrary view of my colleague, Justice Binnie, I find no basis for error in the trial judge's approach.

texte historique peut l'aider à déterminer l'équivalent moderne de ce droit: *Simon*, précité, aux pp. 402 et 403; *Sundown*, précité, aux par. 30 et 33.

En l'espèce, le juge du procès a présidé 40 jours d'audience, il a entendu trois témoins experts et on lui a présenté plus de 400 documents. Après avoir examiné méticuleusement cette preuve, il a déclaré ce qui suit, au par. 92: 84

> [TRADUCTION] Maintenant que je dispose du contexte culturel et historique, je dois maintenant examiner les questions suivantes. De quoi les Mi'kmaq et les Britanniques ont-ils convenu et entendaient-ils convenir dans les traités de 1760 et 1761? Se rattachent directement à cette question certaines questions concernant la compréhension qu'avaient les Mi'kmaq du contenu de ces traités. Ont-ils compris et accepté toutes les clauses écrites des traités qui sont devant moi? Existe-t-il d'autres déclarations ou promesses faites de vive voix qui étaient considérées par les Mi'kmaq comme faisant partie de ces traités et qui ont une incidence sur le sens de ces derniers? Les Mi'kmaq considéraient-ils que les traités de 1760 et 1761 reconduisaient des traités antérieurs et se combinaient à ceux-ci? Existe-t-il d'autres facteurs historiques, qui m'auraient été signalés par l'avocat du défendeur ou autrement, et qui ont une incidence sur le contenu de ces traités ou sur l'interprétation qu'il convient de donner à leur contenu?

L'examen qu'a fait le juge du procès du contexte historique, des différences culturelles entre les parties, de leurs différentes méthodes de communication et des négociations qui ont précédé la signature des traités l'a amené à conclure qu'il n'y avait eu ni malentendu ni absence d'accord entre les Britanniques et les Mi'kmaq sur le fait que les activités commerciales prévues par les traités devaient être exercées conformément aux conditions de la clause relative au commerce. Après avoir tiré cette conclusion, le juge du procès a repris l'examen du contexte historique pour interpréter le contenu de ces conditions, conformément à l'intention commune des parties. À mon avis, l'approche suivie par le juge du procès pour interpréter les traités de 1760 et 1761 est conforme aux principes qui régissent l'interprétation des traités. Avec les plus grands égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Binnie, je ne crois pas que le juge du procès a commis une erreur.

B. *Do the Treaties of 1760-61 Grant a General Right to Trade?*

85 At trial, the appellant argued that the treaty trade clause conferred on the Mi'kmaq a general trading right. The trial judge rejected this submission, finding that the treaties conferred only a limited "right to bring" goods to truckhouses and licensed traders to trade. The Court of Appeal went even further, finding that the treaties conferred no trade right at all. Before this Court, the appellant once again advances the argument that the Treaties of 1760-61 conferred a general trade right on the Mi'kmaq.

86 Before addressing whether the words of the treaties, taken in their historic and cultural context support a general treaty right to trade, it is necessary to distinguish between a right to trade under the law applicable to all citizens, and a treaty right to trade. All inhabitants of the province of Nova Scotia or Acadia enjoyed a general right to trade. No treaty was required to confer such a right as it vested in all British subjects. The Mi'kmaq, upon signing the Treaties of 1760-61 and thereby acknowledging the jurisdiction of the British king over Nova Scotia, automatically inherited this general right. This public right must be distinguished from the asserted treaty right to trade. Treaty rights are by definition special rights conferred by treaty. They are given protection over and above rights enjoyed by the general populace. Only rights conferred by treaty are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. I note that while rights enjoyed by the general populace can be included in treaties, where this occurs, they become separate and distinct treaty rights subject to a higher level of protection. The appellant in this case must establish a distinct treaty right if he is to succeed.

B. *Les traités de 1760 et 1761 confèrent-ils un droit général de commercer?*

Au procès, l'appelant a plaidé que la clause des traités relative au commerce conférait aux Mi'kmaq un droit général de commercer. Le juge du procès a rejeté cet argument, concluant que les traités n'avait accordé qu'un «droit [limité] d'apporter» des marchandises aux maisons de troc et aux commerçants patentés pour en faire le commerce. La Cour d'appel est allée encore plus loin, jugeant que les traités ne conféraient aucun droit de commercer que ce soit. Devant notre Cour, l'appelant a une fois de plus avancé l'argument que les traités de 1760 et 1761 conféraient aux Mi'kmaq un droit général de commercer.

Avant d'aborder la question de savoir si le texte des traités, considérés dans leur contexte historique et culturel, étaye l'existence d'un droit général de commercer, il est nécessaire de distinguer entre le droit de commercer fondé sur les lois applicables à l'ensemble des citoyens et un droit de commercer issu d'un traité. Tous les habitants des colonies de Nouvelle-Écosse et d'Acadie jouissaient d'un droit général de commercer. Aucun traité n'était nécessaire pour conférer ce droit qui était reconnu à tous les sujets britanniques. En signant les traités de 1760 et 1761 et, ce faisant, en reconnaissant la souveraineté du roi britannique en Nouvelle-Écosse, les Mi'kmaq ont automatiquement hérité de ce droit général. Ce droit public de commercer doit être distingué du droit de commercer issu de traité qui est invoqué. Les droits issus de traité sont, par définition, des droits spéciaux conférés par traité. On leur accorde une protection supérieure à celle reconnue aux droits dont jouit la population en général. Seuls les droits conférés par traité sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je signale que, bien que des droits dont jouit la population en général puissent être inclus dans un traité, lorsque cela se produit, ils deviennent alors des droits distincts, issus de traité et jouissant d'une protection accrue. Pour avoir gain de cause en l'espèce, l'appelant doit établir l'existence d'un droit issu de traité particulier.

(1) The Wording of the Trade Clause

This brings me to the words of the treaty trade clause. It states:

> And I do further engage that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's Governor at [insert location of closest truck house] or Elsewhere in Nova Scotia or Accadia.

The clause is short, the words simple. The Mi'kmaq covenant that they will "not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with [British agents]" (emphasis added). The core of this clause is the obligation on the Mi'kmaq to trade only with the British. Ancillary to this is the implied promise that the British will establish truckhouses where the Mi'kmaq can trade. These words do not, on their face, confer a general right to trade.

The next question is whether the historic and cultural context in which the treaties were made establishes a general right to trade, having due regard for the need to interpret treaty rights generously. I will deal first with the linguistic and cultural differences between the parties, then with the historical record generally.

(2) Cultural and Linguistic Considerations

The trial judge found that there was no misunderstanding or lack of agreement between the British and the Mi'kmaq that trade under the treaties was to be carried out in accordance with the terms of the trade clause, and that the Mi'kmaq understood those terms. He addressed and discounted the possibility that the French-speaking Mi'kmaq might not have understood the English treaty terms. The record amply supports this conclusion.

(1) Le texte de la clause relative au commerce

Cela nous amène à la clause du traité relative au commerce, qui est libellée ainsi: 87

> [TRADUCTION] Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté à [indiquer l'endroit où se trouve la maison de troc la plus proche] ou ailleurs en Nouvelle-Écosse ou en Acadie.

Cette clause est brève et rédigée en termes simples. Les Mi'kmaq conviennent qu'ils «ne trafiquer[ont], ne troquer[ont] et n'échanger[ont] aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec [les agents anglais]» (je souligne). L'élément central de cette clause est l'obligation faite aux Mi'kmaq de ne commercer qu'avec les Britanniques. Constitue un aspect accessoire à cette obligation la promesse implicite que les Britanniques établiront des maisons de troc où les Mi'kmaq pourront commercer. Ces mots ne confèrent pas, à première vue, un droit général de commercer.

La question suivante consiste à déterminer si le contexte historique et culturel de la signature des traités établit l'existence d'un droit général de commercer, eu égard, comme il se doit, à la nécessité d'interpréter généreusement les droits issus de traités. Je vais d'abord examiner les différences linguistiques et culturelles qui existent entre les parties, puis la preuve de nature historique en général. 88

(2) Les considérations culturelles et linguistiques

Le juge du procès a estimé qu'il n'y avait pas de malentendu ou d'absence d'accord entre les Britanniques et les Mi'kmaq sur le fait que les échanges commerciaux envisagés par les traités devaient se faire conformément aux conditions de la clause relative au commerce de chaque document, et que les Mi'kmaq avaient compris ces conditions. Il a examiné et rejeté la possibilité que les Mi'kmaq, qui parlaient le français, n'aient pas 89

French missionaries, long allied with the Mi'kmaq, were employed by the British as interpreters in the treaty negotiations. In the course of the negotiations, the Mi'kmaq were referred to an earlier treaty entered into by the Maliseet and Passamaquody, containing a similar trade clause in French. Some of the Mi'kmaq appeared to have acquired English; the records speak of Paul Laurent of LaHave, a Mi'kmaq Sakamow and one of the first signatories, as speaking English. More generally, by the time the Treaties of 1760-61 were entered into, the record suggests that the Mi'kmaq had developed an understanding of the importance of the written word to the British in treaty-making and had a sufficiently sophisticated knowledge of the treaty-making process to compare and discern the differences between treaties. The trial judge was amply justified in concluding that the Mi'kmaq understood the treaty process as well as the particular terms of the treaties they were signing. There is nothing in the linguistic or cultural differences between the parties to suggest that the words of the trade clause were not fully understood or appreciated by the Mi'kmaq.

(3) The Historical Context and the Scope of the Trade Clause

90 After a meticulous review of the historical evidence, the trial judge concluded that: (1) the Treaties of 1760-61 were primarily peace treaties, cast against the background of both a long struggle between the British and the French in which the Mi'kmaq were allied with the French, and over a decade of intermittent hostilities between the British and the Mi'kmaq; (2) the French defeat and withdrawal from Nova Scotia left the Mi'kmaq to co-exist with the British without the presence of their former ally and supplier; (3) the Mi'kmaq were accustomed to and in some cases dependent on trade for firearms, gunpowder, food and European trade goods; and (4) the British wanted peace and a safe environment for settlers and, despite

compris les conditions des traités, qui étaient rédigés en anglais. Le dossier étaye amplement cette conclusion. Des missionnaires français, longtemps alliés des Mi'kmaq, ont été engagés par les Britanniques comme interprètes durant la négociation des traités. Dans le cours de ces négociations, on a renvoyé les Mi'kmaq à un traité antérieur conclu par les Maliseet et les Passamaquody et comportant une clause analogue en français. Il semble que certains Mi'kmaq avaient appris l'anglais; des documents d'archives font état d'un certain Paul Laurent de LaHave, Mi'kmaq Sakamow et un des premiers signataires, qui aurait parlé l'anglais. De façon plus générale, la preuve tend à indiquer que, à l'époque de la conclusion des traités de 1760 et 1761, les Mi'kmaq comprenaient l'importance de l'écrit pour les Britanniques dans la négociation et la conclusion des traités, et qu'ils avaient une connaissance suffisamment poussée de ce processus pour être en mesure de comparer les traités et de saisir les différences. Le juge du procès était amplement justifié de conclure que les Mi'kmaq avaient compris le processus de négociation ainsi que les conditions particulières des traités qu'ils signaient. Rien dans les différences linguistiques ou culturelles entre les parties ne tend à indiquer que les Mi'kmaq n'ont pas bien compris le texte de la clause relative au commerce ou saisi pleinement sa portée.

(3) Le contexte historique et la portée de la clause relative au commerce

Après avoir analysé méticuleusement la preuve historique, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes: (1) les traités de 1760 et 1761 étaient essentiellement des traités de paix, ayant pour toile de fond la longue lutte ayant opposé les Britanniques et les Français, dont les Mi'kmaq étaient les alliés, et plus d'une décennie d'hostilités intermittentes entre les Britanniques et les Mi'kmaq; (2) la défaite des Français et leur retrait de la Nouvelle-Écosse ont fait en sorte que les Mi'kmaq ont coexisté avec les Britanniques, sans la présence de leurs anciens alliés et fournisseurs; (3) les Mi'kmaq avaient l'habitude de commercer — et dans certains cas dépendaient de ce commerce — pour se procurer des armes à feu, de la poudre, de la

recent victories, did not feel completely secure in Nova Scotia.

nourriture et des marchandises européennes; (4) les Britanniques désiraient assurer la paix et un environnement sûr pour les colons et, malgré leurs récentes victoires, ils ne se sentaient pas totalement en sécurité en Nouvelle-Écosse.

Considering the wording of the trade clause in this historical context, the trial judge concluded that it was not within the common intention of the parties that the treaties granted a general right to trade. He found that at the time of entering the treaties, the Mi'kmaq wanted to secure peace and continuing access to European trade goods. He described the Mi'kmaq concerns at the time as very focussed and immediate. The British, for their part, wanted peace in the region to ensure the safety of their settlers. While the British were willing to support the costly truckhouse system to secure peace, they did not want the Mi'kmaq to become a long-term burden on the public treasury. To this end, the trial judge found that the British wanted the Mi'kmaq to continue their traditional way of life. The trial judge found that the interpretation of the treaty trade clause which best reconciled the intentions of both parties was that the trade clause imposed an obligation on the Mi'kmaq to trade only at British truckhouses or with licensed traders, as well as a correlative obligation on the British to provide the Mi'kmaq with such trading outlets so long as this restriction on Mi'kmaq trade existed. This correlative obligation on the British gave rise to a limited Mi'kmaq "right to bring" goods to trade at these outlets. When the British ceased to provide trading outlets to the Mi'kmaq, the restriction on their trade fell as did the limited "right to bring" which arose out of the system of mutual obligations.

91 Considérant le texte de la clause relative au commerce dans ce contexte historique, le juge du procès a conclu que l'intention commune des parties n'était pas de conférer un droit général de commercer par les traités. Il a estimé que, au moment de la signature, les Mi'kmaq voulaient la paix et un accès continu aux marchandises européennes. Selon lui, les Mi'kmaq avaient alors des préoccupations très précises et immédiates. Pour leur part, les Britanniques voulaient instaurer la paix dans la région pour assurer la sécurité de leurs colons. Même s'ils étaient disposés à supporter le coût élevé du régime des maisons de troc pour obtenir la paix, les Britanniques ne souhaitaient pas que les Mi'kmaq grèvent à long terme le Trésor public. Voilà pourquoi le juge du procès a conclu que les Britanniques souhaitaient que les Mi'kmaq conservent leur mode de vie traditionnel. Il a jugé que l'interprétation du traité qui conciliait le mieux les intentions des deux parties était que la clause relative au commerce imposait aux Mi'kmaq, d'une part, l'obligation de commercer uniquement aux maisons de troc britanniques ou avec des commerçants patentés, et aux Britanniques, d'autre part, l'obligation corrélative de mettre des maisons de troc à la disposition des Mi'kmaq tant qu'existerait cette restriction aux activités commerciales des Mi'kmaq. Cette obligation corrélative des Britanniques a conféré aux Mi'kmaq un «droit [limité] d'apporter» des marchandises à ces maisons pour en faire le commerce. Lorsque les Britanniques ont cessé de mettre des maisons de troc à la disposition des Mi'kmaq, la restriction à leurs activités commerciales a disparu, tout comme le «droit [limité] d'apporter» des marchandises auquel avait donné naissance le régime d'obligations mutuelles.

Although trade was central to the Treaties of 1760-61, it cannot be doubted that achieving and securing peace was the preeminent objective of both parties in entering into the treaties. See: *"As*

92 Même si la question du commerce était au cœur des traités de 1760 et 1761, il ne fait aucun doute que l'objectif principal des deux parties en signant les traités était d'instaurer une paix durable. Voir:

Long as the Sun and Moon Shall Endure": A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783 (1986), at pp. 101-2; The MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada, *"We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made": A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer's Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations* (1992), at pp. 23-24, 31-34 and 90; and L. F. S. Upton, *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867* (1979), at p. 63.

93 The desire to establish a secure and successful peace led each party to make significant concessions. The Mi'kmaq accepted that forging a peaceful relationship with the British was essential to ensuring continued access to European trade goods and to their continued security in the region. To this end, the Mi'kmaq agreed to limit their autonomy by trading only with the British and ceasing all trading relations with the French. Agreeing to restricted trade at truckhouses made the limit on Mi'kmaq autonomy more palatable as truckhouses were recognized as vehicles for stable trade at guaranteed and favourable terms. See: O. P. Dickason, "Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763", *American Indian Culture and Research Journal*, X (1986), 31, at p. 46; and MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada, *supra*, at pp. 23, 31 and 32.

94 The British, for their part, saw continued relations between the Mi'kmaq and the French as a threat to British dominance in the region and to British-Mi'kmaq relations. Although the fall of the French in 1760 established British power in the region, the trial judge concluded, at para. 90, that the British "did not feel completely secure in Nova Scotia". Evidence submitted at trial indicated that the British feared the possibility of a renewed military alliance between the Mi'kmaq and the French as late as 1793. These concerns of the British are reflected in the Treaties of 1760-61, which, in addition to restricting Mi'kmaq trade, prevent the

«As Long as the Sun and Moon Shall Endure»: A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783 (1986), aux pp. 101 et 102; The MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada, *«We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made»: A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer's Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations* (1992), aux pp. 23 et 24, 31 à 34 et 90; et L. F. S. Upton, *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867* (1979), à la p. 63.

Le désir des parties d'instaurer une paix durable et fructueuse les a amenées à faire d'importantes concessions. Les Mi'kmaq ont reconnu qu'il leur était essentiel de nouer des relations pacifiques avec les Britanniques pour s'assurer un accès continu aux marchandises européennes et garantir leur sécurité dans la région. À cette fin, ils ont accepté de limiter leur autonomie en ne commerçant qu'avec les Britanniques et en cessant toutes relations commerciales avec les Français. L'existence des maisons de troc rendait la restriction de leurs activités commerciales plus acceptable pour les Mi'kmaq puisque ces établissements étaient considérés comme un moyen d'assurer la stabilité du commerce et de garantir des conditions favorables; voir O. P. Dickason, «Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763», *American Indian Culture and Research Journal*, X (1986), 31, à la p. 46; et MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada, *op. cit.*, aux pp. 23, 31 et 32.

Pour leur part, les Britanniques considéraient la poursuite des rapports entre les Mi'kmaq et les Français comme une menace à leur suprématie dans la région et à leurs relations avec les Mi'kmaq. Même si la défaite des Français en 1760 avait permis aux Britanniques d'asseoir leur pouvoir dans la région, le juge du procès a conclu, au par. 90, que les Britanniques [TRADUCTION] «ne se sentaient pas totalement en sécurité en Nouvelle-Écosse». La preuve présentée au procès indique que, même en 1793, les Britanniques craignaient le renouvellement éventuel de l'alliance militaire entre Mi'kmaq et Français. Ces inquiétudes se

Mi'kmaq from attacking British settlers and from assisting any of the Crown's enemies. The British were also acutely aware that trading between unregulated private traders and the Mi'kmaq was often unfair and the cause of many disruptions of the peace. Preventing such disruptive practices was a central concern of the Nova Scotia governors and the British Board of Trade who hoped to cement the fragile peace in the region.

reflètent dans les traités de 1760 et 1761 qui non seulement restreignent les activités commerciales des Mi'kmaq, mais prévoient également que ceux-ci devront s'abstenir d'attaquer les colons britanniques et de collaborer avec les ennemis de Sa Majesté. Les Britanniques savaient aussi très bien que le commerce entre les Mi'kmaq et des commerçants privés échappant à toute réglementation était souvent à l'origine de situations inéquitables et de nombreux troubles de la paix. Mettre fin à ces pratiques nuisibles était au cœur des préoccupations des gouverneurs de la Nouvelle-Écosse et du ministère du commerce (*Board of Trade*) britannique, qui souhaitaient consolider la paix encore fragile dans la région.

To secure the peace, the British therefore required the Mi'kmaq to trade only at truckhouses, even though truckhouses ran counter to the British policy not to place the Crown in a monopolistic trading position and imposed a significant financial burden on the public purse. The Nova Scotia government in "Remarks on the Indian Commerce Carried on by the Government of Nova Scotia 1760, 1761 and part of 1762", expressed the view that the benefits of "Settling [of] the Province and securing the Peace of the New Settlers" were "much more than an Equivalent for any exceedings" in cost (see: R. O. MacFarlane, "Indian Trade in Nova Scotia to 1764", *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association with Historical Papers* (1935), 57, at pp. 59-60; Upton, *supra*, at p. 63; J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763* (1981), at p. 278; W.E. Daugherty, *Maritime Indian Treaties in Historical Perspective* (1983); and "*We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made . . .*", *supra*, at p. 90. On British policy see: Letter from the British Board of Trade to Lieutenant Governor Belcher, March 3, 1761, and June 23, 1761; Board of Trade and Privy Council Minutes, June 23 and July 2, 1761).

95 Pour assurer la paix, les Britanniques ont donc exigé des Mi'kmaq qu'ils commercent uniquement aux maisons de troc, même si l'existence de tels établissements allait à l'encontre de leur politique qui était de ne pas placer la Couronne en position de monopole, et grevait en outre considérablement le Trésor britannique. Dans ses «Remarks on the Indian Commerce Carried on by the Government of Nova Scotia 1760, 1761 and part of 1762», le gouvernement de la Nouvelle Écosse a exprimé l'opinion que les avantages qu'apportaient la [TRADUCTION] «colonisation [de] la province et le fait d'assurer la paix pour les nouveaux colons» avaient pour effet de «plus que compenser tout dépassement» des dépenses (voir: R. O. MacFarlane, «Indian Trade in Nova Scotia to 1764», *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association with Historical Papers* (1935), 57, aux pp. 59 et 60; Upton, *op. cit.*, à la p. 63; J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763* (1981), à la p. 278; W.E. Daugherty, *Historique des traités avec les Indiens des Maritimes* (1983); et *«We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made . . .»*, *op. cit.*, à la p. 90. Relativement à la politique britannique, voir: Lettre du ministère du Commerce britannique au lieutenant-gouverneur Belcher, 3 mars 1761, et 23 juin 1761; Procès-verbal du ministère du Commerce et du Conseil privé, 23 juin et 2 juillet 1761).

96 To achieve the mutually desired objective of peace, both parties agreed to make certain concessions. The Mi'kmaq agreed to forgo their trading autonomy and the general trading rights they possessed as British subjects, and to abide by the treaty trade regime. The British, in exchange, undertook to provide the Mi'kmaq with stable trading outlets where European goods were provided at favourable terms while the exclusive trade regime existed. This is the core of what the parties intended. The wording of the trade clause, taken in its linguistic, cultural and historical context, permits no other conclusion. Both the Mi'kmaq and the British understood that the "right to bring" goods to trade was a limited right contingent on the existence of a system of exclusive trade and truckhouses. On the historical record, neither the Mi'kmaq nor the British intended or understood the treaty trade clause as creating a general right to trade.

Pour réaliser leur objectif mutuel, en l'occurrence la paix, les deux parties ont donc convenu de certaines concessions. Les Mi'kmaq ont renoncé à leur autonomie commerciale et aux droits généraux de commercer qu'ils possédaient en tant que sujets britanniques, et ils ont accepté d'être liés par le régime commercial établi par les traités. En contrepartie, les Britanniques se sont engagés à établir des maisons de troc stables où il était possible de se procurer des marchandises européennes à des conditions favorables, tant que durerait le régime de commerce exclusif. Voilà essentiellement quelle était l'intention des parties. Considéré dans son contexte linguistique, culturel et historique, le texte de la clause relative au commerce ne permet pas d'autre conclusion. Il était entendu, tant par les Mi'kmaq que par les Britanniques, que le «droit d'apporter» des marchandises pour en faire le commerce était un droit limité, subordonné à l'existence du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. Suivant la preuve historique, ni les Mi'kmaq ni les Britanniques n'entendaient créer par cette clause un droit général de commercer ou ne considéraient qu'elle avait cet effet.

97 The parties' pre-treaty negotiations and post-treaty conduct point to the same conclusion. I turn first to the pre-treaty negotiations. British negotiations with the Mi'kmaq took place against the background of earlier negotiations with the Maliseet and Passamaquody on February 11, 1760. These negotiations led to the treaty of February 23, 1760, the first of the 1760-61 Treaties. When Mi'kmaq representatives came to negotiate peace with the British 18 days later on February 29, 1760, they were informed of the treaty entered into by the Maliseet and Passamaquody and agreed to make peace on the same conditions. The minutes record that at the very outset of the February 11, 1760, meeting, the Maliseet and Passamaquody representatives were informed:

Les négociations qu'ont tenues les parties en vue de conclure les traités ainsi que leur conduite après leur signature tendent à la même conclusion. Examinons d'abord les négociations préalables aux traités. Les négociations entre les Britanniques et les Mi'kmaq ont eu comme toile de fond les négociations qui s'étaient déroulées plus tôt, le 11 février 1760, avec les Maliseet et les Passamaquody, et qui avaient débouché sur le premier des traités de 1760 et 1761, celui du 23 février 1760. Lorsque des représentants des Mi'kmaq sont venus négocier un accord de paix avec les Britanniques 18 jours plus tard, soit le 29 février 1760, ils ont été informés de l'existence du traité intervenu avec les Maliseet et les Passamaquody et ils ont accepté de faire la paix aux mêmes conditions. Le procès-verbal de la rencontre du 11 février 1760 celle-ci révèle qu'au tout début, les représentants des Maliseet et des Passamaquody ont été informés:

. . . that it was now expected that they should engage, in behalf of their Tribes, that they will not aid or assist any

[TRADUCTION] . . . qu'on s'attend[ait] désormais à ce qu'ils s'engagent, au nom de leurs tribus, à n'apporter

of His Majesty's Enemies, nor hold any Correspondence or Commerce with them.

The Maliseet and Passamaquody consented to this term of trade exclusivity. After some discussion about "hostages" the following exchange took place:

His Excellency then demanded of them, Whether they were directed by their Tribes, to propose any other particulars to be Treated upon at this Time. To which they replied that their Tribes had not directed them to propose any thing further than that there might be a Truckhouse established, for the furnishing them with necessaries, in Exchange for their Peltry, and that it might, at present, be at Fort Frederick.

Upon which His Excellency acquainted them that in case of their now executing a Treaty in the manner proposed, and its being ratified at the next General Meeting of their Tribes the next Spring, a Truckhouse should be established at Fort Frederick, agreable to their desire, and likewise at other Places if it should be found necessary, for furnishing them with such Commodities as shall be necessary for them, in Exchange for their Peltry & and that great care should be taken, that the Commerce at the said Truckhouses should be managed by Persons on whose Justice and good Treatment, they might always depend; and that it would be expected that the said Tribes should not Trafic or Barter and Exchange any Commodities at any other Place, nor with any other Persons. Of all which the Chiefs expressed their entire Approbation. [Nova Scotia Executive Council Minutes, February 11, 1760.]

The pre-treaty negotiations between the British and the Maliseet and the Passamaquody, indicate that the aboriginal leaders requested truckhouses in response to their accommodation of the British desire for restricted trade. The negotiations also indicate that the British agreed to furnish truckhouses where necessary to ensure that the Maliseet and the Passamaquody could continue to acquire commodities and necessities through trade. The negotiations highlight the concessions that both the aboriginal and the British signatories made in order to secure the mutually desired objective of peace. The negotiations also indicate that both parties understood that the treaties

aucun secours ni assistance que ce soit aux ennemis de Sa Majesté et à s'abstenir de toute correspondance ou commerce avec ces derniers.

Les Maliseet et les Passamaquody ont accepté la condition d'exclusivité commerciale. Après une discussion sur la question des «otages», l'échange suivant a eu lieu:

[TRADUCTION] Son Excellence leur a ensuite demandé s'ils avaient été mandatés par leurs tribus pour proposer autre chose à ce moment. Ce à quoi ils ont répondu que leurs tribus ne les avaient pas mandatés pour proposer autre chose que l'établissement d'une maison de troc afin de leur fournir des biens nécessaires, en échange de leurs pelleteries, ce poste pouvant, dans l'immédiat, être situé à Fort Frederick.

Son Excellence les a assurés que s'ils signaient maintenant un traité en la manière proposée et s'ils en obtenaient la ratification à la prochaine assemblée générale de leurs tribus au printemps suivant, une maison de troc serait établie à Fort Frederick, selon leur souhait, ainsi qu'à d'autres endroits, si cela était jugé nécessaire pour leur fournir les biens dont ils pourraient avoir besoin, en échange de leurs pelleteries, et qu'il serait fait en sorte que le commerce aux maisons de troc relève de personnes dont ils puissent toujours attendre un traitement juste et équitable; en outre, lesdites tribus devraient s'abstenir de trafiquer, de troquer ou d'échanger quelque marchandise que ce soit à tout autre endroit ou avec toute autre personne. Ce à quoi les chefs ont donné leur assentiment sans réserve. [Procès-verbal du Conseil de la Nouvelle-Écosse, 11 février 1760.]

Les négociations qui ont précédé les traités intervenus entre les Britanniques, d'une part, et les Maliseet et les Passamaquody, d'autre part, révèlent que les chefs autochtones ont exigé l'établissement de maisons de troc en contrepartie de leur acquiescement à la limitation du commerce souhaitée par les Britanniques. Elles indiquent en outre que ces derniers ont accepté d'établir des maisons de troc là où ce serait nécessaire pour que Maliseet et Passamaquody puissent continuer de se procurer, par voie d'échange, des biens de première nécessité et d'autres marchandises. Elles font ressortir les concessions que les signataires autochtones et britanniques ont faites en vue de la réalisation de l'objectif commun des parties, l'instauration de la paix. Les négociations indi- 98

granted a specific, and limited, right to bring goods to truckhouses to trade.

99 This finding is confirmed by the post-treaty conduct of the Mi'kmaq and the British. Neither party's conduct is consistent with an expectation that the treaty granted the Mi'kmaq any trade right except the implied "right to bring" incidental to their obligation to trade exclusively with the British. Soon after the treaties were entered into, the British stopped insisting that the Mi'kmaq trade only with them. The British replaced the expensive truckhouses with licensed traders in 1762. The system of licensed traders, in turn, died out by the 1780s. Mi'kmaq adherence to the exclusive trade and truckhouse regime was also ambiguous. Records exist of Mi'kmaq trade with the French on the islands of St. Pierre and Miquelon in 1763 and again in 1767: Upton, *supra*, at pp. 64-65.

100 The fall of the licensed trading system marked the fall of the trading regime established under the Treaties. This left the Mi'kmaq free to trade with whomever they wished, like all other inhabitants of the colonies. The British expressly confirmed that the obligation on the aboriginal signatories to trade exclusively with the British fell with the demise of the truckhouse and licensed trader system at a meeting between two Maliseet Sakamows and the Lieutenant Governor of Nova Scotia on July 18, 1768:

Chiefs 9.

> We shall be glad that the Prices of Goods were regulated, as formerly, for Beaver skins were Sold at a better price than some people will now give for them.

quent également que les parties comprenaient que les traités accordaient un droit précis et limité, celui d'apporter des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce.

Cette conclusion est confirmée par la conduite des Mi'kmaq et des Britanniques après la signature des traités. En effet, aucune des parties ne s'est comportée d'une manière compatible avec une quelconque attente que le traité conférait aux Mi'kmaq un droit de commercer, si ce n'est le «droit d'apporter» des marchandises qui découle implicitement de leur obligation de commercer uniquement avec les Britanniques. Peu après la conclusion des traités, les Britanniques ont cessé d'exiger que les Mi'kmaq commercent uniquement avec eux. En 1762, soit un an après la signature des traités, ils ont remplacé les coûteuses maisons de troc par des commerçants patentés. Le régime des commerçants patentés a à son tour disparu au cours des années 1780. L'adhésion des Mi'kmaq au régime de commerce exclusif et de maisons de troc a été tout aussi ambivalente. Il existe des documents attestant que les Mi'kmaq ont commercé avec les Français aux îles Saint-Pierre-et-Miquelon en 1763, puis à nouveau en 1767: Upton, *op. cit.*, aux pp. 64 et 65.

La fin du système des commerçants patentés a marqué celle du régime commercial établi par les traités. Les Mi'kmaq étaient de ce fait libres de commercer avec qui ils voulaient, à l'instar de tous les autres habitants des colonies. Lors d'une rencontre entre deux Maliseet Sakamows et le lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Écosse le 18 juillet 1768, les Britanniques ont expressément confirmé que l'obligation des signataires autochtones de commercer uniquement avec eux s'était éteinte avec la fin du système des maisons de troc et des commerçants patentés:

[TRADUCTION]

Chefs 9.

> Nous aimerions que les prix des marchandises soient réglementés, comme auparavant, car les peaux de castor se vendaient à meilleur prix que ce qu'en offrent actuellement certaines personnes.

Answer

> There is no Restriction on your Trade you may Traffick with those who sell Cheapest, which will be more for your Interest than limitting the Price of Beaver.

(Nova Scotia Executive Council Minutes, July 18, 1768.)

The record thus shows that within a few years of the signing of the Treaty, the Mi'kmaq treaty obligation to trade only with the British fell into disuse and with it the correlative British obligation to supply the Mi'kmaq with trading outlets. Both parties contributed to the demise of the system of mutual obligations and, apart from a lament that prices were better regulated under the truckhouse system, neither seems to have mourned it. The exclusive trade and truckhouse system was a temporary mechanism to achieve peace in a troubled region between parties with a long history of hostilities. To achieve this elusive peace, the parties agreed that the trading autonomy possessed by all British subjects would be taken away from the Mi'kmaq, and that compensation for the removal of this right would be provided through the provision of preferential and stable trade at truckhouses. When the restriction on the Mi'kmaq trade fell, the need for compensation for the removal of their trading autonomy fell as well. At this point, the Mi'kmaq were vested with the general non-treaty right to hunt, to fish and to trade possessed by all other British subjects in the region. The conditions supporting the right to bring goods to trade at truckhouses, as agreed to by both parties, ceased to exist.

The historical context, as the trial judge points out, supports the view that the British wanted the Mi'kmaq to maintain their traditional way of life and that trade was important to the Mi'kmaq. From this, Binnie J. suggests that the purpose of the treaty trading regime was to promote the self-sufficiency of the Mi'kmaq, and finds a treaty right

Réponse

> Vous n'êtes soumis à aucune restriction du commerce, vous pouvez commercer avec ceux qui vendent aux prix les plus bas, ce qui est davantage dans votre intérêt que la limitation du prix du castor.

(Procès-verbal du Conseil exécutif de la Nouvelle-Écosse, 18 juillet 1768.)

Il ressort donc du dossier que, quelques années après la signature du traité, l'obligation des Mi'kmaq de ne commercer qu'avec les Britanniques est tombée en désuétude, tout comme l'obligation corrélative des Britanniques d'établir des postes de traite à l'intention des Mi'kmaq. Les deux parties ont contribué à l'extinction de l'obligation et, outre la doléance selon laquelle les prix étaient meilleurs lorsqu'ils étaient réglementés du temps des maisons de troc, ni l'une ni l'autre ne semblent avoir eu de regrets. Le régime de commerce exclusif et de maisons de troc était une mesure temporaire, qui visait à instaurer la paix dans une région perturbée et qui avait été convenue par des parties ayant depuis longtemps des rapports hostiles. Pour réaliser cette paix élusive, les parties ont convenu que les Mi'kmaq seraient privés de l'autonomie commerciale dont jouissent tous les sujets britanniques, mais que, en contrepartie de la perte de ce droit, on leur accorderait la possibilité de commercer à des maisons de troc sur une base stable et préférentielle. Lorsque la restriction aux activités commerciales des Mi'kmaq a cessé d'exister, la nécessité de compenser le retrait de leur autonomie commerciale a elle aussi disparu. Les Mi'kmaq ont dès lors acquis le droit général — non issu de traité — de chasser, de pêcher et de commercer que possédaient tous les sujets britanniques de la région. Les conditions justifiant le droit d'apporter des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce, dont avaient convenu les parties, avaient cessé d'exister. 101

Comme le souligne le juge du procès, le contexte historique étaye l'opinion que les Britanniques voulaient que les Mi'kmaq conservent leur mode de vie traditionnel et que le commerce était important pour les Mi'kmaq. Partant, le juge Binnie estime que le régime commercial établi par les traités avait pour objet de favoriser l'autosuffi- 102

to hunt, to fish, and to trade for sustenance. Yet, with respect, the historical record does not support this inference. The dominant purpose of the treaties was to prevent the Mi'kmaq from maintaining alliances with the French. To this end, the British insisted on a treaty term that the Mi'kmaq trade exclusively with British agents at British trading outlets — the truckhouses. Implicit in this is the expectation that the Mi'kmaq would continue to trade. But it does not support the inference that the treaty clause conveyed a general right to trade and to sustenance. The treaty reference to the right to bring goods to truckhouses was required by and incidental to the obligation of the Mi'kmaq to trade with the British, and cannot be stretched to embrace a general treaty right to trade surviving the exclusive trade and truckhouse regime. To do so is to transform a specific right agreed to by both parties into an unintended right of broad and undefined scope.

sance des Mi'kmaq, et il conclut à l'existence d'un droit issu de traité de chasser, de pêcher et de commercer à des fins de subsistance. Toutefois, avec égards, le dossier historique n'étaye pas cette inférence. L'objet dominant des traités était d'empêcher les Mi'kmaq de maintenir des alliances avec les Français. À cette fin, les Britanniques ont exigé que les traités renferment une clause obligeant les Mi'kmaq à commercer exclusivement avec des agents britanniques, à des établissements britanniques — les maisons de troc. Il en découle implicitement qu'on s'attendait à ce que les Mi'kmaq continuent de commercer. Mais cela n'étaye pas l'inférence que cette clause des traités a conféré un droit général de commercer à des fins de subsistance. La mention dans les traités du droit d'apporter des marchandises aux maisons de troc était nécessaire en raison de l'obligation faite aux Mi'kmaq de commercer avec les Britanniques et elle était accessoire à cette obligation, de plus elle ne saurait être considérée comme englobant un droit général de commercer issu de traité qui aurait survécu à la disparition du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. Une telle interprétation aurait pour effet de transformer un droit précis dont les deux parties ont convenu en un droit non envisagé, de portée générale et indéfinie.

103 The importance of trade to the Mi'kmaq was recognized in two ways. First, as discussed above, so long as the Mi'kmaq were bound to an exclusive covenant of trade with the British, the British promised to provide the Mi'kmaq with truckhouses at which they could trade on favourable terms and obtain the European products they desired. Second, as noted, upon entering into a treaty with the British and acknowledging the sovereignty of the British king, the Mi'kmaq automatically acquired all rights enjoyed by other British subjects in the region. Although these rights were supplanted by the exclusive trade and truckhouse regime while it was extant, when this regime came to an end, the Mi'kmaq trading interest continued to be protected by the general laws of the province under which the Mi'kmaq were free to trade with whomever they wished.

L'importance du commerce pour les Mi'kmaq a été reconnue de deux façons. Premièrement, comme nous l'avons vu précédemment, tant que les Mi'kmaq étaient tenus de commercer uniquement avec les Britanniques, ces derniers devaient mettre à leur disposition des maisons de troc où ils pouvaient commercer à des conditions favorables et se procurer les marchandises européennes qu'ils désiraient. Deuxièmement, comme je l'ai signalé, en signant un traité avec les Britanniques et en reconnaissant la souveraineté du roi britannique, les Mi'kmaq acquéraient d'office les droits dont jouissaient les autres sujets britanniques de la région. Même si, pendant qu'il a existé, le régime de commerce exclusif et de maisons de troc a primé ces droits, lorsqu'il a disparu, le droit des Mi'kmaq de commercer est demeuré protégé par les lois d'application générale de la province, de sorte que les Mi'kmaq étaient libres de commercer avec qui ils voulaient.

I conclude that the trial judge did not err — indeed was manifestly correct — in his interpretation of the historical record and the limited nature of the treaty right that this suggests.

(4) The Argument on the Treaty of 1752

The appellant suggests that when the Treaties of 1760-61 are considered together with the earlier Treaty of 1752, the inference arises that the parties understood the trade clause of the later treaties to confer a general trade right on the Mi'kmaq. The Treaty of 1752 stated that "the said Indians shall have free liberty to bring for Sale to Halifax or any other Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other thing they shall have to sell, where they shall have liberty to dispose thereof to the best Advantage" (emphasis added). These words, unlike the words of the Treaties of 1760-61, arguably confer a positive right to trade. The appellant admits that this broad right, if that is what it was, was supplanted by the quite different negative wording of the Treaties of 1760-61. However, he suggests that when the exclusive trade-truckhouse regime of the Treaties of 1760-61 fell into disuse, the more general trade right of the Treaty of 1752 was revived. The difficulty with this argument is that the Treaty of 1752 was completely displaced by the new Treaties of 1760-61, which pointedly made no reference to a general right to trade. Moreover, the different wording of the two treaties cannot be supposed to have gone unperceived by the parties. To conclude that the parties would have understood that a general right to trade would be revived in the event that the exclusive trade and truckhouse regime fell into disuse is not supportable on the historical record and is to "exceed what is possible on the language", to paraphrase from *Sioui*, *supra*.

In summary, a review of the wording, the historical record, the pre-treaty negotiations between the British and the Maliseet and Passamaquody, as well as the post-treaty conduct of the British and

Je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur — et, de fait, qu'il a manifestement eu raison — en interprétant le dossier historique comme il l'a fait et en concluant au caractère limité du droit accordé par les traités. 104

(4) L'argument fondé sur le Traité de 1752

L'appelant fait valoir que, si on examine les traités de 1760 et 1761 en corrélation avec le Traité de 1752, l'inférence qui se dégage est que les parties considéraient que la clause relative au commerce conféraient aux Mi'kmaq un droit général de commercer. Aux termes du Traité de 1752, [TRADUCTION] «les dits Sauvages auront un entière Liberté d'apporter vendre à Halifax ou dans quelqu'autre Plantation que ce soit dans cette Province, les Pelletries, Vollailles Poissons, et toute autre Chose quils auront à vendre et le tout a tel Avantage quils en pourront tirer» (je souligne). Il est possible de prétendre que ces mots, contrairement à ceux utilisés dans les traités de 1760 et 1761, accordent un droit positif de commercer. L'appelant reconnaît que ce droit général, si c'est bien ce dont il s'agissait, a été supplanté par le libellé négatif et très différent des traités de 1760 et 1761. Toutefois, il suggère que la désuétude du régime de commerce exclusif et de maisons de troc établi par les traités de 1760 et 1761 a fait renaître le droit plus général de commercer prévu par le Traité de 1752. Toutefois, la difficulté que pose cet argument est que le Traité de 1752 a été entièrement remplacé par les nouveaux traités de 1760 et 1761, qui, fait significatif, ne font aucune mention d'un droit général de commercer. De plus, on ne peut supposer que les parties n'ont pas remarqué la différence de libellé entre les deux traités. La conclusion voulant que les parties auraient considéré qu'un droit général de commercer reprendrait effet si le régime de commerce exclusif et de maisons de troc tombait en désuétude n'est pas étayée par la preuve historique et, pour paraphraser *Sioui*, précité, revient à «aller plus loin que ce que permet le langage utilisé». 105

En résumé, l'examen du texte des traités, du dossier historique, des négociations qui ont précédé les traités entre les Britanniques d'une part et les Maliseet et les Passamaquody d'autre part, 106

the Mi'kmaq, support the trial judge's conclusion that the treaty trade clause granted only a limited "right to bring" trade goods to truckhouses, a right that ended with the obligation to trade only with the British on which it was premised. The trial judge's conclusion that the treaties granted no general trade right must be confirmed.

C. *Do the Treaties of 1760-61 Grant a Right to Government Trading Outlets?*

107 The appellant suggests both in the alternative and in addition, that the trial judge's decision makes it clear that the Treaties of 1760-61 granted a right to truckhouses or licensed traders which was breached by the government's failure to provide such outlets after the 1780s. In the absence of government outlets and any justification for the failure to provide them, the appellant suggests that the federal fisheries regulations are inconsistent with his right to a Mi'kmaq trade vehicle and therefore are null and void in their application to him and other treaty beneficiaries. This argument rests on one aspect of the trial judge's finding, while ignoring the other. Specifically, it asserts the right to truckhouses as an independent freestanding treaty right, while ignoring the finding that this was a dependent right to bring goods to truckhouses collateral to the obligation to trade exclusively with the British. It follows from the trial judge's finding that the "right to bring" goods to trade at truckhouses died with the exclusive trade obligation upon which it was premised, that the treaties did not grant an independent right to truckhouses which survived the demise of the exclusive trade system. This right therefore cannot be relied on in support of an argument of a trade right in the modern context which would exempt

ainsi que de la conduite des Britanniques et des Mi'kmaq après la signature des traités appuient la conclusion du juge du procès que la clause du traité relative au commerce n'accordait qu'un «droit [limité] d'apporter» des marchandises à échanger aux maisons de troc, droit qui a cessé d'exister en même temps que l'obligation dont il découlait, savoir celle de commercer uniquement avec les Britanniques. La conclusion du juge du procès selon laquelle les traités n'accordaient aucun droit général de commercer doit être confirmée.

C. *Les traités de 1760 et 1761 accordent-ils le droit à des postes de traite gouvernementaux?*

L'appelant soutient, tant à titre subsidiaire que supplétif, qu'il ressort clairement de la décision du juge du procès que les traités de 1760 et 1761 ont accordé le droit à l'établissement de maisons de troc ou à la désignation de commerçants patentés et que le gouvernement n'a pas respecté ce droit puisqu'il a cessé de fournir de tels mécanismes après les années 1780. Vu l'absence de postes de traite gouvernementaux et de toute justification de l'omission du gouvernement d'en établir, l'appelant fait valoir que la réglementation fédérale sur les pêches est incompatible avec son droit à un moyen de commercer en tant que Mi'kmaq et qu'elle est donc inapplicable à son égard ainsi qu'aux autres bénéficiaires des traités. Cet argument s'appuie sur un aspect de la conclusion du juge du procès tout en faisant abstraction de l'autre. Plus précisément, cet argument revendique le droit à des maisons de troc en tant que droit issu de traité autonome, sans tenir compte de la conclusion qu'il s'agissait d'un droit — celui d'apporter des marchandises aux maisons de troc — qui était tributaire de l'obligation de commercer exclusivement avec les Britanniques. Compte tenu de la conclusion du juge du procès que le «droit d'apporter» des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce a cessé d'exister en même temps que l'obligation de commerce exclusif sur laquelle il reposait, il s'ensuit que les traités n'ont pas accordé un droit indépendant à des maisons de troc qui aurait survécu à la disparition du régime de commerce exclusif. Par conséquent, ce droit ne peut être invoqué au soutien de l'argument voulant

the appellant from the application of the fisheries regulations.

Even if the appellant surmounted the trial judge's finding that the "right to bring" died with the exclusive trade obligation upon which it was premised, he has failed to establish how a breach of the obligation to provide trading outlets would exempt him from the federal fisheries regulations and, specifically, acquit him of illegally catching fish and illegally selling them to a private party. In my opinion, it is difficult to see how a government obligation to provide trading outlets could be stretched to include a treaty right to fish and a treaty right to trade the product of such fishing with private individuals. Even a broad conception of a right to government trading outlets does not take us to the quite different proposition of a general treaty right to take goods from the land and the sea and sell them to whomever one wishes.

This brings me to a variation on the appellant's argument of a right to trading outlets. When pressed on the exact nature and scope of the trade right asserted, the appellant at times seemed to suggest that this did not matter. A finding that the treaties granted a right to truckhouses or licensed traders, undefined as it might be in scope and modern counterpart, would shift the onus to the government to justify its failure to provide such trading outlets, he suggested. The absence of any justification would put the government in breach and preclude it from applying its regulations against the appellant.

The appeal of this argument cannot be denied. It engages, at a superficial glance, many of the concerns that underlie the principles of interpretation addressed at the outset of these reasons. The treaty rights of aboriginal peoples should be interpreted in a generous manner. The honour of the Crown is

qu'il existe, aujourd'hui, un droit de commercer qui exempterait l'appelant de l'application de la réglementation sur les pêches.

108 Même si l'appelant était en mesure de réfuter la conclusion du juge du procès que le «droit d'apporter» des marchandises a cessé d'exister en même temps que l'obligation de commerce exclusif dont il découlait, il n'a pas établi de quelle façon le manquement à l'obligation d'établir des maisons de troc l'exempte de l'application de la réglementation fédérale sur les pêches et, plus particulièrement, l'innocente des accusations d'avoir pris illégalement du poisson et de l'avoir vendu illégalement à un particulier. À mon avis, il est difficile de concevoir que l'obligation du gouvernement d'établir des maisons de troc aurait pu aller jusqu'à conférer un droit issu de traité de pêcher et un droit issu de traité de faire le commerce, avec des particuliers, du poisson pris en application du premier droit. Même une interprétation large du droit à des maisons de troc établies par le gouvernement ne nous permet pas de conclure à l'existence d'un droit général issu de traité de prélever les fruits de la terre et de la mer et de les vendre à n'importe qui.

109 Ce qui m'amène à une variante de l'argument de l'appelant concernant l'existence d'un droit à des maisons de troc. Lorsqu'on lui a demandé de préciser la nature et la portée du droit de commercer qu'il revendique, l'appelant a semblé, par moments, suggérer que cet aspect était sans importance. Il a prétendu que le fait de conclure que les traités avaient accordé le droit à un réseau de maisons de troc ou de commerçants patentés, aussi indéfinis que puissent être la portée de ce droit et son équivalent moderne, obligerait le gouvernement à justifier son omission d'établir des maisons de troc. En l'absence de justification, le gouvernement serait en défaut et ne pourrait faire appliquer sa réglementation contre l'appelant.

110 On en saurait dénier l'attrait de cet argument. Il implique, à première vue, plusieurs des préoccupations qui sous-tendent les principes d'interprétation examinés au début des présents motifs. Les droits issus de traités des peuples autochtones doivent être interprétés de façon généreuse. L'honneur de

presumed and must be upheld. Ambiguities must be resolved in favour of the aboriginal signatories. Yet the argument, in my opinion, cannot succeed.

111 A claimant seeking to rely on a treaty right to defeat a charge of violating Canadian law must first establish a treaty right that protects, expressly or by inference, the activities in question, see: *Sioui*, *supra*, at pp. 1066-67. Only then does the onus shift to the government to show that it has accommodated the right or that its limitations of the right are justified.

112 To proceed from a right undefined in scope or modern counterpart to the question of justification would be to render treaty rights inchoate and the justification of limitations impossible. How can one meaningfully discuss accommodation or justification of a right unless one has some idea of the core of that right and its modern scope? How is the government, in the absence of such definition, to know how far it may justifiably trench on the right in the collective interest of Canadians? How are courts to judge whether the government that attempts to do so has drawn the line at the right point? Referring to the "right" in the generalized abstraction risks both circumventing the parties' common intention at the time the treaty was signed, and functioning illegitimately to create, in effect, an unintended right of broad and undefined scope.

113 Instead of positing an undefined right and then requiring justification, a claim for breach of a treaty right should begin by defining the core of that right and seeking its modern counterpart. Then the question of whether the law at issue derogates from that right can be explored, and any justification for such derogation examined, in a meaningful way.

114 Based on the wording of the treaties and an extensive review of the historical evidence, the

la Couronne est présumé et doit être maintenu. Toute ambiguïté doit être tranchée en faveur des signataires autochtones. Malgré tout, cet argument ne saurait, à mon avis, être retenu.

La personne qui veut invoquer un droit issu de traité à l'encontre d'une accusation d'avoir contrevenu à une règle de droit canadienne doit tout d'abord établir l'existence d'un droit issu de traité qui protège, expressément ou par inférence, les activités en cause, voir: *Sioui*, précité, aux pp. 1066 et 1067. Ce n'est qu'ensuite qu'il incombe au gouvernement d'établir qu'il a tenu compte de ce droit ou que les limites dont il l'a assorti sont justifiées.

Examiner la question de la justification à partir d'un droit dont la portée ou l'équivalent moderne ne sont pas définis aurait pour effet de rendre virtuels les droits issus de traités et de rendre impossible la justification des limites dont ils sont assortis. Comment peut-on analyser utilement la question de la prise en compte d'un droit ou de la justification de ses limites sans avoir une idée de l'essence de ce droit et de sa portée actuelle? En l'absence d'une telle définition, comment le gouvernement peut-il savoir dans quelle mesure il est justifié de porter atteinte au droit dans l'intérêt collectif des Canadiens? Comment les tribunaux peuvent-ils déterminer si le gouvernement qui tente de le faire a tracé la ligne au bon endroit? Renvoyer au «droit» dans l'abstrait comporte le risque d'aller à l'encontre de l'intention commune des parties au moment de la signature du traité et de créer de manière illégitime un droit non envisagé, de portée générale et indéfinie.

Dans toute action reprochant un manquement à un droit issu de traité, il faut non pas invoquer un droit indéfini et exiger la justification de toute atteinte à ce droit, mais plutôt définir l'essence de ce droit en recherchant son équivalent moderne. Ensuite, il est possible d'examiner utilement la question de savoir si la règle de droit en cause porte atteinte à ce droit et si cette atteinte est justifiée.

À partir du texte des traités et après une analyse approfondie de la preuve historique, le juge du

trial judge concluded that the only trade right conferred by the treaties was a "right to bring" goods to truckhouses that terminated with the demise of the exclusive trading and truckhouse regime. This led to the conclusion that no Crown breach was established and therefore no accommodation or justification required. The record amply supports this conclusion, and the trial judge made no error of legal principle. I see no basis upon which this Court can interfere.

VI. Justification

Having concluded that the Treaties of 1760-61 confer no general trade right, I need not consider the arguments specifically relating to justification.

VII. Conclusion

There is no existing right to trade in the Treaties of 1760-61 that exempts the appellant from the federal fisheries regulations. It follows that I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, GONTHIER *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner, Nova Scotia.

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

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

Solicitors for the intervener the West Nova Fishermen's Coalition: Daley, Black & Moreira, Halifax.

Solicitors for the intervener the Native Council of Nova Scotia: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.

procès a conclu que le seul droit de commercer conféré par les traités était le «droit d'apporter» des marchandises aux maisons de troc, qui a pris fin avec la disparition du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. Cette constatation a mené à la conclusion qu'aucun manquement par la Couronne n'avait été établi et, par conséquent, qu'aucune prise en compte ou justification n'était nécessaire. Le dossier étaye amplement cette conclusion, et le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit. Je ne vois aucun motif justifiant notre Cour d'intervenir.

VI. Justification

Comme j'ai conclu que les traités de 1760 et 1761 ne confèrent aucun droit général de commercer, il est inutile d'examiner les arguments portant précisément sur la question de la justification. 115

VII. Conclusion

Les traités de 1760 et 1761 ne comportent aucun droit existant de commercer qui exempte l'appelant de l'application de la réglementation fédérale sur les pêches. En conséquence, je rejetterais le pourvoi. 116

Pourvoi accueilli, les juges GONTHIER *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner, Nouvelle-Écosse.

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

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

Procureurs de l'intervenante West Nova Fishermen's Coalition: Daley, Black & Moreira, Halifax.

Procureurs de l'intervenant Native Council of Nova Scotia: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.

Solicitors for the intervener the Union of New Brunswick Indians: Getty, Bear, Fredericton.

Procureurs de l'intervenant Union of New Brunswick Indians: Getty, Bear, Fredericton.

Donald John Marshall, Jr. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for New Brunswick, the West Nova Fishermen's Coalition, the Native Council of Nova Scotia and the Union of New Brunswick Indians *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* MARSHALL

File No.: 26014.

1999: November 17.

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

MOTION FOR REHEARING AND STAY

Indians — Treaty rights — Fishing rights — Accused, a Mi'kmaq Indian, acquitted of charges of fishing in violation of federal fishery regulations — Accused found to possess treaty rights exempting him from compliance with regulations — Whether accused should have been acquitted absent new or further trial to determine justification of regulations — Whether government can regulate treaty right to fish by licensing regulations and closed seasons — Scope of government power to regulate treaty right — Whether judgment should be stayed pending disposition of rehearing if so ordered.

Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Rehearing — Intervener in appeal applying for rehearing — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain application — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 1 "party".

An intervener in the *Marshall* appeal, the West Nova Fishermen's Coalition, applied for a rehearing of the

Donald John Marshall, Jr. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Nouveau-Brunswick, la West Nova Fishermen's Coalition, le Native Council of Nova Scotia et l'Union of New Brunswick Indians *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MARSHALL

N° du greffe: 26014.

1999: 17 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Binnie.

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION ET EN SURSIS D'EXÉCUTION

Indiens — Droits issus de traités – Droits de pêche — Indien mi'kmaq acquitté d'accusations d'avoir pêché en contravention de règlements fédéraux sur la pêche — Accusé déclaré titulaire de droits issus de traité l'exemptant de l'obligation de se conformer à la réglementation — L'accusé aurait-il dû être acquitté en l'absence d'un nouveau procès ou de la poursuite du litige afin qu'il soit statué sur la justification de la réglementation? — Le gouvernement peut-il réglementer l'exercice d'un droit de pêche issu de traité en imposant par règlement des périodes de pêche et l'obligation de se procurer un permis? — Étendue du pouvoir du gouvernement de réglementer l'exercice d'un droit issu de traité — La prise d'effet du jugement devrait-elle être suspendue jusqu'au prononcé de la décision au terme de la nouvelle audience, si la tenue d'une telle audience est ordonnée?

Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Nouvelle audition — Requête en nouvelle audition présentée par une intervenante au pourvoi — La Cour suprême a-t-elle compétence pour connaître de cette requête? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1 «partie».

Une intervenante dans l'affaire *Marshall*, la West Nova Fishermen's Coalition, a demandé que le pourvoi

appeal and, if granted, for a stay of the judgment pending the rehearing. The Coalition also sought a further trial limited to the issue whether the application of the fisheries regulations to the exercise of a Mi'kmaq treaty right could be justified on conservation or other grounds. The parties and other interveners opposed the rehearing and any further trial. The intervener's application was primarily directed to the presumed effects of the Court's judgment on the lobster fishery. The *Marshall* appeal, however, related to fishing eel out of season contrary to federal fishery regulations. In its judgment of September 17, 1999, a majority of the Court concluded that Marshall had established the existence and infringement of a local Mi'kmaq treaty right to carry on small scale commercial eel fishery. The Crown had not attempted to justify either the licensing restriction or the closed season to limit the exercise of the appellant's treaty right. The appellant was therefore acquitted. The issue of justification was a new issue neither raised by the parties nor decided in this Court nor dealt with in the courts below.

Held: The motion for a rehearing and stay of the judgment should be dismissed.

In light of the extended definition of "party" in Rule 1 of the Supreme Court Rules, this Court has jurisdiction to entertain an intervener's application for a rehearing but will only do so in exceptional circumstances. Not only are there no such circumstances here but the intervener's application also violated the basis on which an intervener is permitted to participate in the appeal in the first place, namely acceptance of the record as defined by the Crown and the defence. In so far as the Coalition's questions are capable of being answered on the trial record in this case, the responses are already evident in the majority judgment and the prior decisions of this Court referred to therein.

The Crown elected not to try to justify the licensing or closed season restriction on the eel fishery in this prosecution, but the resulting acquittal cannot be generalized to a declaration that licensing restrictions or closed seasons can never be imposed as part of the government's regulation of the Mi'kmaq limited commercial

soit entendu de nouveau et que, si cette demande était accueillie, il soit sursis à l'exécution du jugement pendant la nouvelle audience. La Coalition a également demandé la tenue d'un nouveau procès, qui serait limité à la question de savoir si l'application des règlements sur les pêches à l'exercice du droit issu de traité des Mi'kmaq pouvait être justifiée pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs. Les parties et les autres intervenants se sont opposés à la tenue d'une nouvelle audience et de tout nouveau procès. La demande de la Coalition intervenante visait principalement les présumés effets, sur la pêche au homard, du jugement de la Cour. L'arrêt *Marshall* portait toutefois sur la pratique de la pêche à l'anguille pendant une période de fermeture, en contravention de la réglementation fédérale sur les pêches. Dans son jugement du 17 septembre 1999, la majorité de notre Cour a statué que Marshall avait établi l'existence et la violation d'un droit issu d'un traité local autorisant les Mi'kmaq à pêcher commercialement l'anguille sur une petite échelle. Comme le ministère public n'avait pas tenté de justifier l'une ou l'autre des restrictions — obligation de se procurer un permis et période de fermeture — limitant l'exercice du droit issu de traité de l'appelant, ce dernier a été acquitté. La justification était donc une nouvelle question qui n'avait pas été soulevée par les parties, ni décidée par la Cour ni examinée par les juridictions inférieures.

Arrêt: La requête en nouvelle audition et en sursis à l'exécution du jugement est rejetée.

Vu la définition large de «partie» à l'art. 1 des Règles, la Cour a compétence pour connaître de la demande d'un intervenant qui sollicite la tenue d'une nouvelle audience, mais elle ne le fait que dans des circonstances exceptionnelles. Non seulement n'existe-t-il pas de telles circonstances en l'espèce, mais, de plus, la requête de l'intervenante déroge au principe fondamental sur lequel repose le droit même d'un intervenant de participer à un pourvoi, savoir qu'il accepte le dossier tel qu'il a été défini par le ministère public et la défense. Dans la mesure où il est possible de répondre aux questions posées par la Coalition à partir du dossier du procès en l'espèce, les réponses ressortent déjà clairement du jugement de la majorité et des arrêts antérieurs de notre Cour mentionnés dans ce jugement.

Le ministère public a choisi, dans le cadre des poursuites visées en l'espèce, de ne pas tenter de justifier les restrictions — obligation de se procurer un permis et période de fermeture — imposées en matière de pêche à l'anguille, mais le fait de l'acquittement qui en a résulté ne saurait être généralisé en une conclusion que de telles

"right to fish". The factual context for justification is of great importance and the strength of the justification may vary depending on the resource, species, community and time.

The federal and provincial governments have the authority within their respective legislative fields to regulate the exercise of a treaty right where justified on conservation or other grounds. The *Marshall* judgment referred to the Court's principal pronouncements on the various grounds on which the exercise of treaty rights may be regulated. The paramount regulatory objective is conservation and responsibility for it is placed squarely on the minister responsible and not on the aboriginal or non-aboriginal users of the resource. The regulatory authority extends to other compelling and substantial public objectives which may include economic and regional fairness, and recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups. Aboriginal people are entitled to be consulted about limitations on the exercise of treaty and aboriginal rights. The Minister has available for regulatory purposes the full range of resource management tools and techniques, provided their use to limit the exercise of a treaty right can be justified on conservation or other grounds.

The Coalition's application is based on a misconception of the scope of the Court's majority judgment of September 17, 1999 and the appellant should not have his acquittal kept in jeopardy while issues much broader than the specifics of his prosecution are litigated.

Cases Cited

Distinguished: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; **applied:** *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R.

restrictions ne peuvent être imposées dans le cadre de la réglementation par le gouvernement du «droit [limité] de pêcher» à des fins commerciales des Mi'kmaq. En matière de justification, le contexte factuel revêt une grande importance, et la valeur de la justification peut varier selon la ressource, l'espèce, la communauté et l'époque.

Les gouvernements fédéral et provinciaux ont le pouvoir de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice d'un droit issu du traité, lorsque de telles mesures sont justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs. L'arrêt *Marshall* fait état des principaux énoncés de la Cour sur les divers motifs justifiant la réglementation de l'exercice de droits issus de traités. L'objectif prépondérant en matière de réglementation est la conservation de la ressource, et cette responsabilité incombe carrément au ministre responsable et non aux personnes autochtones et non autochtones qui exploitent la ressource. Le pouvoir de réglementation s'étend à d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, par exemple, la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources halieutiques et participent à leur exploitation. Les peuples autochtones ont le droit d'être consultés à propos des restrictions à l'exercice des droits ancestraux ou issus de traités. En matière de réglementation, le ministre dispose de toute la panoplie des outils et techniques de gestion des ressources, pourvu qu'il puisse justifier leur utilisation pour limiter l'exercice d'un droit issu de traité pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs.

La demande de la Coalition repose sur une méprise quant à la portée de l'opinion majoritaire de la Cour datée du 17 septembre 1999, et l'acquittement de l'appelant ne devrait pas être mis en péril pendant que l'on débattrait de questions beaucoup plus générales que les faits précis pour lesquels il était poursuivi.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; **arrêt appliqué:** *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Renvoi relatif à la sécession du*

101; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139.

Statutes and Regulations Cited

Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations, SOR/93-332 [am. SOR/94-390].
Constitution Act, 1982, s. 35.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7(1), 43 [am. 1991, c. 1, s. 12].
Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).
Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, Sch. III, item 2.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 1, 27.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

MOTION FOR REHEARING AND STAY of *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. Motion dismissed.

Written submissions by *A. William Moreira, Q.C.*, for the applicant the West Nova Fishermen's Coalition.

Written submissions by *Bruce H. Wildsmith, Q.C.*, for Donald John Marshall, Jr., respondent on the motion.

Written submissions by *Graham Garton, Q.C.*, and *Robert J. Frater*, for Her Majesty the Queen, respondent on the motion.

Written submissions by *D. Bruce Clarke*, for the Native Council of Nova Scotia, respondent on the motion.

Written submissions by *Henry J. Bear*, for the Union of New Brunswick Indians, respondent on the motion.

The following is the judgment delivered by

1 THE COURT — The intervener, the West Nova Fishermen's Coalition (the "Coalition"), applies for a rehearing to have the Court address the regulatory authority of the Government of Canada over the east coast fisheries together with a new trial to

Québec, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7(1), 43 [mod. 1991, ch. 1, art. 12].
Règlement de pêche des provinces maritimes, DORS/93-55, ann. III, art. 2.
Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 35(2).
Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones, DORS/93-332 [mod. DORS/94-390].
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1, 27.

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION ET EN SURSIS D'EXÉCUTION dans l'affaire *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *A. William Moreira, c.r.*, pour la requérante la West Nova Fishermen's Coalition.

Argumentation écrite par *Bruce H. Wildsmith, c.r.*, pour Donald John Marshall, Jr., intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Graham Garton, c.r.*, et *Robert J. Frater*, pour Sa Majesté la Reine, intimée à la requête.

Argumentation écrite par *D. Bruce Clarke*, pour le Native Council of Nova Scotia, intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Henry J. Bear*, pour l'Union of New Brunswick Indians, intimée à la requête.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — L'intervenante West Nova Fishermen's Coalition (la «Coalition») demande la tenue d'une nouvelle audience afin que la Cour examine le pouvoir du gouvernement du Canada de réglementer les pêches sur la côte Est, la tenue d'un

allow the Crown to justify for conservation or other purposes the licensing and closed season restriction on the exercise of the appellant's treaty right, and for an order that the Court's judgment, dated September 17, 1999, [1999] 3 S.C.R. 456, be stayed in the meantime. The application is opposed by the Crown, the appellant Marshall and the other interveners.

nouveau procès en vue de permettre au ministère public de justifier, pour des raisons de conservation ou d'autres motifs, les restrictions — obligation de se procurer un permis et période de fermeture — auxquelles est assujetti l'exercice du droit issu de traité de l'appelant, ainsi qu'une ordonnance sursoyant, dans l'intervalle, à l'exécution du jugement de la Cour daté du 17 septembre 1999, [1999] 3 R.C.S. 456. Le ministère public, l'appelant Marshall et les autres intervenants s'opposent à cette demande.

Those opposing the motion object in different ways that the Coalition's motion rests on a series of misconceptions about what the September 17, 1999 majority judgment decided and what it did not decide. These objections are well founded. The Court did not hold that the Mi'kmaq treaty right cannot be regulated or that the Mi'kmaq are guaranteed an open season in the fisheries. Justification for conservation or other purposes is a separate and distinct issue at the trial of one of these prosecutions. It is up to the Crown to decide whether or not it wishes to support the applicability of government regulations when prosecuting an accused who claims to be exercising an aboriginal or treaty right.

2 Les opposants à la requête plaident, sous divers angles, que la requête de la Coalition repose sur une série de méprises quant à ce qui a été décidé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 et à ce qui ne l'a pas été. Ces objections sont bien fondées. La Cour n'a pas statué que le droit conféré aux Mi'kmaq par le traité ne peut pas être réglementé ni que les Mi'kmaq ont un accès garanti aux pêches à longueur d'année. Dans le cadre de poursuites comme celles visées en l'espèce, la question de la justification pour des motifs de conservation ou pour d'autres objectifs est une étape distincte du procès. Il appartient au ministère public de décider s'il entend défendre ou non l'applicabilité de la réglementation gouvernementale à l'occasion de poursuites contre un accusé qui prétend exercer un droit ancestral ou issu de traité.

The Attorney General of Canada, in opposing the Coalition's motion, acknowledges that the Crown did not lead any evidence at trial or make any argument on the appeal that the licensing and closed season regulations which restricted the exercise of the treaty right were justified in relation to the eel fishery. Accordingly, the issue whether these restrictions could have been justified in this case formed no part of the Court's majority judgment of September 17, 1999, and the constitutional question posed in this prosecution was answered on that basis.

3 Dans son opposition à la requête de la Coalition, la procureure générale du Canada reconnaît que le ministère public n'a présenté ni élément de preuve au procès ni argument en appel en vue de démontrer que les dispositions réglementaires établissant la période de fermeture et l'obligation de se procurer un permis qui restreignaient l'exercice du droit issu du traité étaient justifiées dans le cas de la pêche à l'anguille. Par conséquent, la question de savoir si ces restrictions étaient justifiées en l'espèce n'a pas été abordée dans le jugement rendu par la majorité de notre Cour le 17 septembre 1999, et c'est sur cette base que la question constitutionnelle qui se posait dans les présentes poursuites a été tranchée.

The September 17, 1999 Acquittal

4 In its majority judgment, the Court acquitted the appellant of charges arising out of catching 463 pounds of eel and selling them for $787.10. The acquittal was based on a treaty made with the British in 1760, and more particularly, on the oral terms reflected in documents made by the British at the time of the negotiations but recorded incompletely in the "truckhouse" clause of the written treaty. The treaty right permits the Mi'kmaq community to work for a living through continuing access to fish and wildlife to trade for "necessaries", which a majority of the Court interpreted as "food, clothing and housing, supplemented by a few amenities".

5 The Coalition argues that the native and non-native fishery should be subject to the same regulations. In fact, as pointed out in the September 17, 1999 majority judgment, natives and non-natives *were* subject to the unilateral regulatory authority of successive governments from 1760-61 to 1982. Until adoption of the *Constitution Act, 1982*, the appellant would clearly have been subject to regulations under the federal *Fisheries Act* and predecessor enactments in the same way and to the same extent as members of the applicant Coalition unless given a regulatory exemption as a matter of government policy.

6 As further pointed out in the September 17, 1999 majority judgment, the framers of the Constitution caused existing aboriginal and treaty rights to be entrenched in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This gave constitutional status to rights that were previously vulnerable to unilateral extinguishment. The constitutional language necessarily included the 1760-61 treaties, and did not, on its face, refer expressly to a power to regulate. Section 35(1) simply says that "[t]he existing aboriginal

L'acquittement du 17 septembre 1999

Dans le jugement de la majorité, notre Cour a acquitté l'appelant des accusations d'avoir pêché 463 livres d'anguille et d'avoir vendu ces prises pour 787,10 $. Le fondement de l'acquittement est un traité conclu avec les Britanniques en 1760 et, de façon plus particulière, les conditions verbales de ce traité qui ressortent de documents préparés par les Britanniques durant les négociations mais qui ont été consignées de manière incomplète dans la clause relative aux «maisons de troc» figurant dans le texte du traité. Le droit issu du traité permet à la communauté mi'kmaq d'assurer sa subsistance en lui accordant un accès continu aux ressources halieutiques et fauniques pour qu'elle puisse en faire le commerce afin de pouvoir se procurer les «choses nécessaires», notion que la majorité de notre Cour a interprétée comme étant «la nourriture, le vêtement et le logement, complété[s] par quelques commodités de la vie».

La Coalition prétend que les activités de pêche des Autochtones et celles des non-autochtones devraient être assujetties à la même réglementation. En fait, comme il a été souligné dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, tant les Autochtones que les non-autochtones *étaient* assujettis au pouvoir de réglementation unilatéral des divers gouvernements qui se sont succédé des années 1760 et 1761 jusqu'en 1982. Jusqu'à l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'appelant aurait été clairement assujetti à la réglementation établie en vertu de la *Loi sur les pêches* et des lois qui l'ont précédée, au même titre que les membres de la Coalition requérante, à moins de se voir accorder une exemption de la réglementation au titre d'une politique gouvernementale.

Comme il a également été souligné dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, les auteurs de notre Constitution ont fait inscrire les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette mesure a eu pour effet de constitutionnaliser des droits qui jusque-là étaient vulnérables à l'extinction par décision unilatérale. Ce texte incluait nécessairement les traités de 1760 et 1761, et il ne faisait pas expressément mention

and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed". In subsequent cases, some aboriginal peoples argued that, as no regulatory restrictions on their rights were expressed in plain language in the Constitution, none could be imposed except by constitutional amendment. On the other hand, some of the Attorneys General argued that as aboriginal and treaty rights had always been vulnerable to unilateral regulation and extinguishment by government, this vulnerability was itself part of the rights now entrenched in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In a series of important decisions commencing with *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, which arose in the context of the west coast fishery, this Court affirmed that s. 35 aboriginal and treaty rights *are* subject to regulation, provided such regulation is shown by the Crown to be justified on conservation or other grounds of public importance. A series of tests to establish such justification was laid out. These cases were referred to in the September 17, 1999 majority judgment, but the applicable principles were not elaborated because justification was not an issue which the Crown chose to make part of this particular prosecution, and therefore neither the Crown nor the defence had made submissions respecting the government's continuing powers of regulation. The Coalition recognizes that it is raising a new issue. It submits "that it is plain in the Reasons for Judgment, and in the earlier decisions of the Provincial Court of Nova Scotia at trial and of the Nova Scotia Court of Appeal on initial appeal, that that issue [of regulatory justification] has been neither considered nor decided".

The Coalition nevertheless says it would be an "injustice" to its members if the appellant is not

de quelque pouvoir de réglementation. Le paragraphe 35(1) dit simplement que «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Dans des affaires subséquentes, certains peuples autochtones ont plaidé que, comme aucune restriction par voie réglementaire de leurs droits n'est exprimée en langage clair dans la Constitution, aucune restriction de cette nature ne pouvait être imposée si ce n'est par voie de modification constitutionnelle. En revanche, certains procureurs généraux ont prétendu que, comme les droits ancestraux ou issus de traités avaient toujours été vulnérables à la réglementation et à l'extinction unilatérales par le gouvernement, cette vulnérabilité faisait elle-même partie intégrante des droits désormais inscrits à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans une série de décisions importantes, dont la première a été l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, qui concernait la pêche sur la côte Ouest, notre Cour a confirmé que les droits ancestraux et issus de traités visés à l'art. 35 *sont* assujettis à la réglementation, pourvu que l'État soit en mesure de justifier cette réglementation pour des motifs de conservation ou pour d'autres raisons d'importance publique. Une série de critères permettant de déterminer si cette justification a été apportée ont été exposés. Ces différents arrêts ont été mentionnés dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, mais les principes applicables n'ont pas été analysés en détail étant donné que le ministère public avait choisi de ne pas mettre en litige la question de la justification dans le cadre des poursuites visées en l'espèce et que, de ce fait, ni le ministère public ni la défense n'avaient présenté d'observations relativement au maintien des pouvoirs de réglementation du gouvernement. La Coalition reconnaît qu'elle soulève une nouvelle question. Elle plaide [TRADUCTION] «qu'il ressort clairement des motifs du jugement ainsi que des décisions de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse au procès et de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en appel que cette question [de la justification de la réglementation] n'a pas été examinée ni décidée».

La Coalition affirme néanmoins que, si l'appelant ne subit pas un nouveau procès relativement à 7

put through a new trial on the issue of justification. The Coalition asks the Court in effect to transform the proceeding retroactively into an advisory reference or declaratory action. The Attorney General of Canada objects to this transformation. It was the Crown's decision to proceed against the appellant by way of an ordinary prosecution. The appellant responded to the Crown's evidence. He was found not guilty of the case put against him.

la question de la justification, il en résultera une «injustice» pour ses membres. Dans les faits, la Coalition demande à notre Cour de transformer rétroactivement les poursuites en un renvoi consultatif ou en une action en jugement déclaratoire. La procureure générale du Canada s'oppose à cette transformation. Il appartenait au ministère public de décider d'agir contre l'appelant par voie de poursuites ordinaires. L'appelant a répondu à la preuve présentée par le ministère public. Il a été jugé non coupable des accusations qui pesaient contre lui.

No Stay of Judgment

8 The appellant, like any other accused who is found to be not guilty, is ordinarily entitled to an immediate acquittal, not a judgment that is suspended while the government considers the wider implications of an unsuccessful prosecution. The Attorney General of Canada did not at the hearing of this appeal, and does not now in its response to the Coalition's motion, apply for a stay of the effect of the Court's recognition and affirmation of the Mi'kmaq treaty right. Should such an application be made, the Court will hear argument on whether it has the jurisdiction to grant such a stay, and if so, whether it ought to do so in this case.

Aucun sursis à l'exécution du jugement

À l'instar de tout autre accusé jugé non coupable, l'appelant est normalement en droit de s'attendre à ce qu'on prononce un acquittement immédiat, et non un jugement dont la prise d'effet serait suspendu pendant que le gouvernement considère les répercussions plus générales des poursuites infructueuses qu'il a intentées. La procureure générale du Canada n'a pas demandé à l'occasion de l'audition du pourvoi, et elle ne demande pas non plus dans sa réponse à la requête de la Coalition qu'il soit sursis à la prise d'effet de la reconnaissance et de la confirmation par la Cour du droit issu de traité des Mi'kmaq. Si une telle demande était présentée, la Cour entendra les arguments des intéressés relativement à la question de savoir si elle a compétence pour accorder un tel sursis, et, dans l'affirmative, si elle devrait le faire en l'espèce.

Status of the West Nova Fishermen's Coalition

9 Those in opposition challenge the status of the Coalition to bring this application. It is argued that the Coalition, being an intervener, does not have the rights of a party to ask for a rehearing. The Coalition was added as an intervener to this proceeding by order dated April 7, 1998. Pursuant to s. 1 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, as pointed out by the Coalition in its Reply, an intervener enjoys the status of a party to the appeal unless the text of a particular rule provides otherwise or unless the context of a particular rule does not so permit. While it would only be

La qualité pour agir de la West Nova Fishermen's Coalition

Les opposants à la requête affirment que la Coalition n'a pas qualité pour présenter cette requête. Ils plaident que, en tant qu'intervenante, la Coalition n'a pas le droit qu'ont les parties de demander la tenue d'une nouvelle audience. La Coalition a été constituée intervenante aux présentes procédures par une ordonnance datée du 7 avril 1998. Comme le souligne la Coalition dans sa réplique, conformément à l'art. 1 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, un intervenant a, sauf indication contraire du contexte, la qualité de «partie» au pourvoi. Bien que ce ne soit que

in exceptional circumstances that the Court would entertain an intervener's application for a rehearing, the extended definition of "party" in s. 1 of the Rules gives the Court the jurisdiction to do so. Not only are there no such exceptional circumstances here, but also the Coalition's motion violates the basis on which interveners are permitted to participate in an appeal in the first place, which is that interveners accept the record as defined by the Crown and the defence. Moreover, in so far as the Coalition's questions are capable of being answered on the trial record in this case, the responses are already evident in the September 17, 1999 majority judgment and the prior decisions of this Court therein referred to. The Crown, the appellant Marshall and the other interveners all oppose a new trial on the issue of justification. They are right to do so, for the reasons which follow.

The Coalition requests a rehearing on the following issues:

1. Whether the Appellant is entitled to have been acquitted on a charge of unlicensed sale of fish, contrary to s. 35(2) of the *Fishery (General) Regulations*, in the absence of a new (or further) trial on the issue of whether that Regulation is or can be justified by the government of Canada;

2. Whether the Appellant is entitled to have been acquitted on a charge of out-of-season fishing, contrary to Item 2 of Schedule III of the *Maritime Provinces Fishery Regulations*, in the absence of a new (or further) trial on the issue of whether those Regulations are or can be justified by the government of Canada;

3. Whether the government of Canada has power to regulate the exercise by Mi'kmaq persons, including the Appellant, of their treaty right to fish through the imposition of licensing requirements;

dans des circonstances exceptionnelles que notre Cour entende la demande d'un intervenant sollicitant la tenue d'une nouvelle audience, la définition large de «partie» à l'art. 1 des Règles accorde à la Cour le pouvoir de connaître d'une telle demande. Non seulement n'existe-t-il pas de circonstances exceptionnelles en l'espèce, mais, de plus, la requête de la Coalition déroge au principe fondamental sur lequel repose le droit même des intervenants de participer à un pourvoi, savoir qu'ils acceptent le dossier tel qu'il a été défini par le ministère public et la défense. Qui plus est, dans la mesure où il est possible de répondre aux questions posées par la Coalition à partir du dossier du procès en l'espèce, les réponses ressortent déjà clairement du jugement de la majorité daté du 17 septembre 1999 et des arrêts antérieurs de notre Cour mentionnés dans ce jugement. Le ministère public, l'appelant Marshall et les autres intervenants s'opposent tous à la tenue d'un nouveau procès relativement à la question de la justification. Leur opposition est bien fondée et ce pour les motifs suivants.

La Coalition demande une nouvelle audience pour que soient examinées les questions suivantes: 10

[TRADUCTION]

1. L'appelant a-t-il droit à l'acquittement à l'égard de l'accusation d'avoir vendu du poisson pris sans permis, en contravention du par. 35(2) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité de cette disposition a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?

2. L'appelant a-t-il droit à l'acquittement à l'égard de l'accusation d'avoir pêché pendant la période de fermeture, en contravention de l'art. 2 de l'annexe III du *Règlement de pêche des provinces maritimes*, en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité du règlement a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?

3. Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq — y compris l'appelant — de leur droit de pêche issu du traité en imposant des conditions en matière d'obtention de permis?

4. Whether the government of Canada has power to regulate the exercise by Mi'kmaq persons, including the Appellant, of their treaty right to fish through the imposition of closed seasons;

5. In any event, what is the scope of regulatory power possessed by the government of Canada for purposes of regulating the treaty right; and

6. . . . pursuant to section 27 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, [requests] an Order that [the Court's] judgment pronounced herein on the 17th day of September, 1999 be stayed pending disposition of the rehearing of the appeal, if ordered.

11 These questions, together with the Coalition's request for a stay of judgment, reflect a basic misunderstanding of the scope of the Court's majority reasons for judgment dated September 17, 1999. As stated, this was a prosecution of a private citizen. It required the Court to determine whether certain precise charges relating to the appellant's participation in the eel fishery could be sustained. The majority judgment of September 17, 1999 was limited to the issues necessary to dispose of the appellant's guilt or innocence.

12 An order suspending the effect of a judgment of this Court is infrequently granted, especially where (as here) the parties have not requested such an order. This was not a reference to determine the general validity of legislative and regulatory provisions, as was the case, for example, in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 780, where the Court suspended its declaration of invalidity of Manitoba enactments until "the expiry of the minimum period required for translation, re-enactment, printing and publishing". Nor was this a case where the Court was asked to grant declaratory relief with respect to the invalidity of statutory provisions, as in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, where the Court suspended the effect of its declaration of invalidity of the definition of "spouse" for the purpose of s. 29 of the Ontario *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, for a period

4. Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq — y compris l'appelant — de leur droit de pêche issu du traité en imposant des périodes de fermeture?

5. Indépendamment de ce qui précède, quelle est l'étendue du pouvoir du gouvernement du Canada de réglementer le droit issu du traité?

6. . . . conformément à l'art. 27 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, [la Coalition demande à la Cour] une ordonnance sursoyant à l'exécution du jugement qu'elle a rendu dans la présente affaire le 17 septembre 1999 jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée au terme de la nouvelle audition du présent pourvoi, si elle ordonne une nouvelle audience.

Ces questions, ainsi que la requête en sursis à l'exécution présentée par la Coalition témoignent d'une incompréhension fondamentale de la portée des motifs de jugement exposés par la majorité de notre Cour le 17 septembre 1999. Comme il a été indiqué plus tôt, le pourvoi concernait des poursuites intentées contre un citoyen. La Cour devait décider si le bien-fondé de certaines accusations précises concernant la participation de l'appelant à la pêche à l'anguille avait été établi. L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 se limitait aux questions nécessaires pour statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'appelant.

Notre Cour n'accorde pas fréquemment d'ordonnance sursoyant à la prise d'effet de ses jugements, spécialement dans les cas (comme celui qui nous occupe) où les parties n'ont pas demandé une telle ordonnance. La présente affaire n'était toutefois pas un renvoi visant à faire statuer sur la validité générale de dispositions législatives et réglementaires, comme c'était le cas, par exemple, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 780, où la Cour a suspendu la prise d'effet de la déclaration d'invalidité des lois du Manitoba jusqu'à «l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier». Il ne s'agissait pas non plus d'un cas où l'on demandait à notre Cour de rendre un jugement déclaratoire invalidant certaines dispositions législatives, comme l'affaire *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, où la Cour a suspendu la prise d'effet de la déclaration d'invalidité de la définition de «conjoint» pour

of six months to enable the legislature to consider appropriate amendments.

Here the Crown elected to test the treaty issue by way of a prosecution, which is governed by a different set of rules than is a reference or a declaratory action. This appeal was directed solely to the issue whether the Crown had proven the appellant guilty as charged. In his defence, the appellant established that the collective treaty right held by his community allowed him to fish for eels in what was described as "a small-scale commercial activity to help subsidize or support himself and his common-law spouse", and that the existing regulations under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, had not recognized or accommodated that treaty right.

As stated in para. 56 of the September 17, 1999 majority judgment, the treaty right was "to continue to obtain necessaries through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to restrictions that can be justified under the *Badger* test" (emphasis added). The *Badger* test (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771) will be discussed below. The Crown, as stated, did not offer any evidence or argument justifying the licensing and closed season restrictions (referred to in the statute and regulations as a "close time") on the appellant's exercise of the collective treaty right, such as (for example) a need to conserve and protect the eel population. The eel population may not in fact require protection from commercial exploitation. Such was the assertion of the Native Council of Nova Scotia in opposition to the Coalition's motion:

l'application de l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, pendant une période de six mois afin de permettre à la législature de cette province d'examiner les modifications appropriées.

13 En l'espèce, le ministère public a choisi de contester la thèse du droit issu de traité en intentant des poursuites, type de procédure qui n'est pas régi par les mêmes règles que les renvois ou les actions en jugement déclaratoire. Le présent pourvoi portait seulement sur la question de savoir si le ministère public avait prouvé que l'appelant était coupable des accusations portées contre lui. En défense, l'appelant a prouvé que le droit collectif issu de traité dont est titulaire sa communauté l'autorisait à se livrer à des activités de pêche à l'anguille qu'on a qualifiées [TRADUCTION] «d'activités commerciales sur une petite échelle pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe de fait», et il a établi que les règlements d'application existants de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, ne reconnaissaient pas l'existence de ce droit issu de traité ou ne comportaient pas les adaptations nécessaires à son exercice.

14 Comme il est indiqué au par. 56 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, le droit issu du traité permet «de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger*» (nous soulignons). Ce critère (établi dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771) est examiné plus loin. Comme il a été dit plus tôt, le ministère public n'a pas présenté d'éléments de preuve ou d'arguments justifiant les restrictions — période de fermeture et obligation de se procurer un permis — auxquelles est assujetti l'exercice par l'appelant du droit collectif issu du traité, justification telle la nécessité de conserver et de protéger la population d'anguilles. Il est possible que, dans les faits, la population d'anguilles n'ait pas besoin de protection contre l'exploitation commerciale. C'est ce qu'a affirmé le Native Council of Nova Scotia dans son opposition à la requête de la Coalition:

. . . Mr. Marshall was fishing eels. There are no possible conservation issues involving the eel fishery. They are not an endangered species and there is no significant non-native commercial fishery. They are a traditional harvest species, being harvested by Mr. Marshall in a traditional method and in relatively small quantities. There is simply no justificatory evidence that the Crown could have led.

[TRADUCTION] . . . Monsieur Marshall pêchait l'anguille. La pêche de ce poisson ne soulève aucune question de conservation. L'anguille n'est pas une espèce menacée et les activités de pêche commerciale de ce poisson par des non-autochtones ne sont pas considérables. L'anguille est une espèce traditionnellement pêchée, que M. Marshall pêche selon une méthode traditionnelle et en quantités relativement petites. Il n'y a tout simplement aucune justification qui aurait pu être présentée en preuve par le ministère public.

The Attorney General of Canada's written argument on the appeal to this Court specifically stated that "[s]ince no such treaty rights have been established in this case, then there was no requirement for the Crown to justify its *Fisheries Act* regulations in accordance with . . . *R. v. Sparrow* [*supra*] or *R. v. Gladstone* [[1996] 2 S.C.R. 723]". The written argument of the Attorney General for New Brunswick did not refer to the issue of justification at all, and neither the Attorney General of Nova Scotia nor the Attorney General of Prince Edward Island intervened on the appeal. The majority judgment delivered on September 17, 1999, therefore directed the acquittal of the appellant on the evidence brought against him. The issue of justification was not before the Court and no judgment was made about whether or not such restrictions could have been justified in relation to the eel fishery had the Crown led evidence and argument to support their applicability.

La procureure générale du Canada a dit expressément, dans l'argumentation écrite qu'elle a présentée à notre Cour dans le cadre du présent pourvoi, que [TRADUCTION] «[c]omme l'existence d'aucun droit issu de traité de la sorte n'a été établie en l'espèce, le ministère public n'était pas tenu de justifier ses règlements d'application de la *Loi sur les pêches* conformément à . . . *R. c. Sparrow* [précité] ou à *R. c. Gladstone* [[1996] 2 R.C.S. 723]». La question de la justification n'était aucunement mentionnée dans l'argumentation écrite du procureur général du Nouveau-Brunswick, et ni le procureur général de la Nouvelle-Écosse ni celui de l'Île-du-Prince-Édouard ne sont intervenus dans le pourvoi. Par conséquent, l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a ordonné l'acquittement de l'appelant au regard de la preuve présentée contre ce dernier. La Cour n'était pas saisie de la question de la justification et aucune décision n'a été prononcée à l'égard de la question de savoir si oui ou non de telles restrictions auraient pu être justifiées dans le cas de la pêche à l'anguille si le ministère public avait présenté des éléments de preuve et des arguments au soutien de leur applicabilité.

Grounds on Which the Coalition Seeks a Rehearing

1. *Whether the Appellant is entitled to have been acquitted on a charge of unlicensed sale of fish, contrary to s. 35(2) of the Fishery (General) Regulations, in the absence of a new (or further) trial on the issue of whether that Regula-*

Motifs invoqués par la Coalition au soutien de sa demande de nouvelle audience

1. *L'appelant a-t-il droit à l'acquittement à l'égard de l'accusation d'avoir vendu du poisson pris sans permis, en contravention du par. 35(2) du Règlement de pêche (dispositions générales), en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité de cette disposi-*

tion is or can be justified by the government of Canada

The appellant, as any other citizen facing a prosecution, is entitled to know in a timely way the case he has to meet, and to be afforded the opportunity to answer it. The Coalition seeks a new trial on a new issue. The September 17, 1999 majority decision specifically noted at para. 4 that the treaty right

> was always subject to regulation. The Crown does not suggest that the regulations in question accommodate the treaty right. The Crown's case is that no such treaty right exists. Further, no argument was made that the treaty right was extinguished prior to [enactment of the *Constitution Act, 1982*], and no justification was offered by the Crown for the several prohibitions at issue in this case. [Emphasis added.]

The Attorney General of Canada affirms in opposition to the Coalition's motion the limited nature of the issues raised at trial:

> In this case, the intervener wishes to contest the appellant's entitlement to an acquittal by raising issues as to whether the regulations under which the appellant was charged could be justified in accordance with the test in *R. v. Sparrow*. That would clearly be a new issue in the proceedings. It is not open to the intervener to raise an issue that did not arise between the parties to the appeal. [Emphasis added.]

In its Reply, the Coalition argues that to require the parties to deal with the issue of regulatory justification in the same trial as treaty entitlement "would be to impose an unreasonable and unworkable burden in aboriginal rights litigation at the trial level". Whatever may be the advantages or disadvantages of splitting these issues into a two-stage trial, no such proposal was made to the trial judge by the parties, and no such procedure was considered, much less adopted, in this case. As stated, the Crown here opposes a rehearing and opposes a new trial. The issues of concern to the Coalition largely relate to the lobster fishery, not the eel fishery, and, if necessary, can be raised and decided in future cases that involve the specifics of

tion a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?

À l'instar de tout autre citoyen faisant l'objet de poursuites, l'appelant a droit qu'on l'informe en temps opportun de ce qu'on lui reproche et qu'on lui donne la possibilité de réfuter ces accusations. La Coalition sollicite la tenue d'un nouveau procès à l'égard d'une nouvelle question. Dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on souligne expressément, au par. 4, que le droit issu du traité 15

> a toujours été assujetti à la réglementation. Le ministère public ne prétend pas que le règlement en cause tient compte du droit issu du traité. Il plaide plutôt qu'aucun droit de la sorte n'existe. De plus, le ministère public n'a ni prétendu que ce droit avait été éteint avant [l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*], ni tenté de justifier les diverses prohibitions en litige dans la présente affaire. [Nous soulignons.]

Dans son opposition à la requête de la Coalition, la procureure générale du Canada affirme ce qui suit relativement à la nature limitée des questions soulevées au procès:

> [TRADUCTION] Dans la présente affaire, l'intervenante désire contester le droit de l'appelant à l'acquittement en soulevant certains points relativement à la question de savoir si les dispositions réglementaires en vertu desquelles ce dernier a été accusé peuvent être justifiées conformément au critère établi dans *R. c. Sparrow*. Il s'agirait clairement d'une nouvelle question dans le cadre des procédures. Il n'est pas loisible à l'intervenante de soulever une question qui n'était pas en litige entre les parties au pourvoi. [Nous soulignons.]

Dans sa réplique, la Coalition affirme que le fait d'obliger les parties à débattre, au cours du même procès, la question de la justification de la réglementation et celle du droit issu de traité [TRADUCTION] «aurait pour effet d'imposer aux parties, à l'étape du procès, un fardeau déraisonnable et impraticable dans les affaires concernant les droits des Autochtones». Quels que puissent être les avantages ou les désavantages de scinder l'examen de ces questions dans un procès en deux temps, aucune proposition en ce sens n'a été faite au juge du procès par les parties et aucune procédure de la sorte n'a été envisagée, et encore moins adoptée, dans le présent cas. Comme il a été indiqué plus tôt, le ministère public s'oppose en l'espèce à la

the lobster fishery. It is up to the Crown to initiate enforcement action in the lobster and other fisheries if and when it chooses to do so.

2. *Whether the Appellant is entitled to have been acquitted on a charge of out-of-season fishing, contrary to Item 2 of Schedule III of the Maritime Provinces Fishery Regulations, in the absence of a new (or further) trial on the issue of whether those Regulations are or can be justified by the government of Canada*

16 The Coalition argues that a rehearing and a further trial are necessary because of "uncertainty" about the authority of the government to manage the fisheries. The Attorney General of Canada, acting on behalf of the federal government which regulates the fisheries, opposes the Coalition's position.

17 In the event of another prosecution under the regulations, the Crown will (as it did in this case) have the onus of establishing the factual elements of the offence. The onus will then switch to the accused to demonstrate that he or she is a member of an aboriginal community in Canada with which one of the local treaties described in the September 17, 1999 majority judgment was made, and was engaged in the exercise of the community's collective right to hunt or fish in that community's traditional hunting and fishing grounds. The Court's majority judgment noted in para. 5 that no treaty was made by the British with the Mi'kmaq population as a whole:

> ... the British signed a series of agreements with individual Mi'kmaq communities in 1760 and 1761 intending to have them consolidated into a comprehensive Mi'kmaq treaty that was never in fact brought into existence. The trial judge, Embree Prov. Ct. J., found

tenue d'une nouvelle audience ainsi qu'à la tenue d'un nouveau procès. Les questions qui préoccupent la Coalition concernent en grande partie la pêche au homard et non la pêche à l'anguille, et, s'il y a lieu, ces questions pourraient être soulevées et tranchées dans de futures affaires mettant en cause les particularités de la pêche au homard. C'est au ministère public qu'il appartient de prendre des mesures visant à faire respecter la loi dans le cas du homard ou d'autres pêches, et ce lorsqu'il choisit de le faire.

2. *L'appelant a-t-il droit à l'acquittement à l'égard de l'accusation d'avoir pêché pendant la période de fermeture, en contravention de l'art. 2 de l'annexe III du Règlement de pêche des provinces maritimes, en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité du règlement a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?*

La Coalition prétend qu'une nouvelle audience et un nouveau procès sont nécessaires pour lever l'«incertitude» qui existerait à l'égard du pouvoir du gouvernement de gérer les pêches. La procureure générale du Canada, agissant pour le compte du gouvernement fédéral qui réglemente les pêches, conteste la thèse de la Coalition.

Si de nouvelles poursuites étaient intentées en vertu des dispositions réglementaires, le ministère public aurait (tout comme dans le présent cas) le fardeau de prouver les éléments factuels de l'infraction. Cela fait, il incomberait alors à l'accusé de démontrer qu'il est membre d'une communauté autochtone au Canada, communauté qui est partie à un des traités décrits dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, et qu'il exerçait le droit collectif de cette communauté de chasser ou de pêcher sur ses territoires de chasse et de pêche traditionnels. Il est souligné, au par. 5 de l'opinion majoritaire, que les Britanniques n'ont pas conclu de traité global avec la population mi'kmaq:

> ... les Britanniques ont signé avec diverses communautés mi'kmaq une série d'ententes qu'ils entendaient consolider en un traité global avec les Mi'kmaq, mais qui, dans les faits, n'a jamais vu le jour. Le juge qui a présidé le procès, le juge Embree de la Cour provinciale

that by the end of 1761 all of the Mi'kmaq villages in Nova Scotia had entered into separate but similar treaties. [Emphasis added.]

de la Nouvelle-Écosse, a conclu que, à la fin de 1761, des traités similaires avaient été conclus avec tous les villages mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse. [Nous soulignons.]

The British Governor in Halifax thus proceeded on the basis that local chiefs had no authority to promise peace and friendship on behalf of other local chiefs in other communities, or to secure treaty benefits on their behalf. The treaties were local and the reciprocal benefits were local. In the absence of a fresh agreement with the Crown, the exercise of the treaty rights will be limited to the area traditionally used by the local community with which the "separate but similar" treaty was made. Moreover, the treaty rights do not belong to the individual, but are exercised by authority of the local community to which the accused belongs, and their exercise is limited to the purpose of obtaining from the identified resources the wherewithal to trade for "necessaries".

Le gouverneur britannique à Halifax a agi ainsi parce qu'il considérait que le chef d'une communauté donnée n'avait pas l'autorité requise soit pour faire des promesses de paix et d'amitié au nom de chefs d'autres communautés, soit pour obtenir pour ceux-ci des avantages par voie de traité. Les traités et les avantages réciproques en découlant avaient un caractère local. En l'absence d'une nouvelle entente avec l'État, l'exercice des droits issus de traités se limite au territoire traditionnellement utilisé par la communauté locale qui a conclu un traité «similaire». En outre, les droits issus de traités n'appartiennent pas personnellement à l'individu, mais ils sont exercés sous l'autorité de la communauté à laquelle ce dernier appartient, et ils ne peuvent être exercés qu'à seule fin de tirer des ressources mentionnées les biens à échanger pour les «choses nécessaires».

The September 17, 1999 majority judgment further pointed out that the accused will be required to demonstrate (as the appellant did here) that the regulatory regime significantly restricts the exercise of the treaty right. The majority judgment concluded on this point, at para. 64, that:

Il est en outre précisé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 que l'accusé devra également prouver (comme l'a fait l'appelant en l'espèce) que le régime de réglementation restreint de manière appréciable l'exercice du droit issu de traité. La majorité a conclu ainsi sur ce point, au par. 64: 18

In the circumstances, the purported regulatory prohibitions against fishing without a licence (*Maritime Provinces Fishery Regulations*, s. 4(1)(*a*)) and of selling eels without a licence (*Fishery (General) Regulations*, s. 35(2)) do *prima facie* infringe the appellant's treaty rights under the Treaties of 1760-61 and are inoperative against the appellant unless justified under the *Badger* test. [Emphasis added.]

Par conséquent, les prohibitions censément établies par les règlements, c'est-à-dire l'interdiction de pêcher sans permis (*Règlement de pêche des provinces maritimes*, al. 4(1)*a*)) et l'interdiction de vendre des anguilles sans permis (*Règlement de pêche (dispositions générales)*, par. 35(2)), portent à première vue atteinte aux droits conférés à l'appelant par les traités de 1760 et de 1761 et sont inopérantes à son égard sauf si elles sont justifiées suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*. [Nous soulignons.]

At the end of the day, it is always open to the Minister (as it was here) to seek to justify the limitation on the treaty right because of the need to conserve the resource in question or for other compelling and substantial public objectives, as discussed below. Equally, it will be open to an accused in future cases to try to show that the treaty right was intended in 1760 by *both* sides to

En dernier ressort, il est toujours loisible au ministre (comme il en avait la possibilité en l'espèce) de tenter de justifier la limitation du droit issu de traité en se fondant sur la nécessité de conserver la ressource en question ou sur d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, comme nous le verrons plus loin. De même, il sera loisible à l'accusé, dans de futures affaires, 19

include access to resources other than fish, wildlife and traditionally gathered things such as fruits and berries. The word "gathering" in the September 17, 1999 majority judgment was used in connection with the types of the resources traditionally "gathered" in an aboriginal economy and which were thus reasonably in the contemplation of the parties to the 1760-61 treaties. While treaty rights are capable of evolution within limits, as discussed below, their subject matter (absent a new agreement) cannot be wholly transformed. Certain unjustified assumptions are made in this regard by the Native Council of Nova Scotia on this motion about "the effect of the economic treaty right on forestry, minerals and natural gas deposits offshore". The Union of New Brunswick Indians also suggested on this motion a need to "negotiate an integrated approach dealing with all resources coming within the purview of fishing, hunting and gathering which includes harvesting from the sea, the forests and the land". This extended interpretation of "gathering" is not dealt with in the September 17, 1999 majority judgment, and negotiations with respect to such resources as logging, minerals or offshore natural gas deposits would go beyond the subject matter of this appeal.

20 The September 17, 1999 majority judgment did not rule that the appellant had established a treaty right "to gather" anything and everything physically capable of being gathered. The issues were much narrower and the ruling was much narrower. No evidence was drawn to our attention, nor was any argument made in the course of this appeal, that trade in logging or minerals, or the exploitation of off-shore natural gas deposits, was in the contemplation of either or both parties to the 1760 treaty; nor was the argument made that exploitation of such resources could be considered a logical evolution of treaty rights to fish and wildlife or

d'essayer de démontrer que, en 1760, les *deux* parties considéraient que le droit issu de traité donnait accès à des ressources autres que le poisson, les espèces sauvages et les produits traditionnellement visés par les activités de cueillette comme les baies et autres fruits. Le mot «cueillette» figurant dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a été utilisé à l'égard des ressources qui étaient traditionnellement «cueillies» dans le cadre d'une économie autochtone et qui étaient donc raisonnablement envisagées par les parties aux traités de 1760 et 1761. Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d'évolution, comme nous le verrons plus loin, leur objet ne peut (en l'absence d'une nouvelle entente) être transformé du tout au tout. À cet égard, dans le cadre de la présente requête, certaines suppositions injustifiées sont faites par le Native Council of Nova Scotia quant [TRADUCTION] «aux répercussions de l'exercice du droit économique issu du traité sur l'exploitation des ressources forestières, des ressources minérales et des gisements de gaz naturel extracôtiers». Pour sa part, l'Union of New Brunswick Indians a évoqué le besoin de [TRADUCTION] «négocier une approche intégrée à l'égard de l'ensemble des ressources visées par la chasse, la pêche et la cueillette, ce qui inclut les produits de la mer, de la terre et des forêts». Cette interprétation élargie de la notion de «cueillette» n'est pas examinée dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, et des négociations touchant des ressources telles que le bois, les substances minérales et les gisements de gaz naturel extracôtiers déborderaient l'objet du présent pourvoi.

L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 n'a pas décidé que l'appelant avait établi l'existence d'un droit issu de traité permettant de «cueillir» toute chose qui peut physiquement l'être. Les questions en litige étaient beaucoup plus restreintes et la décision beaucoup plus limitée. Dans le cours du présent appel, il ne nous a été présenté aucun élément de preuve ou argument tendant à indiquer que le commerce des ressources forestières ou minérales ou l'exploitation des gisements de gaz naturel extracôtiers étaient envisagés par l'une ou l'autre des parties au traité de 1760, ou par les deux; il n'a pas non plus été plaidé que l'exploita-

to the type of things traditionally "gathered" by the Mi'kmaq in a 1760 aboriginal lifestyle. It is of course open to native communities to assert broader treaty rights in that regard, but if so, the basis for such a claim will have to be established in proceedings where the issue is squarely raised on proper historical evidence, as was done in this case in relation to fish and wildlife. Other resources were simply not addressed by the parties, and therefore not addressed by the Court in its September 17, 1999 majority judgment. As acknowledged by the Union of New Brunswick Indians in opposition to the Coalition's motion, "there are cases wending their way through the lower courts dealing specifically with some of these potential issues such as cutting timber on Crown lands".

tion de telles ressources pouvait être considérée comme une évolution logique des droits conférés par le traité à l'égard des ressources halieutiques et fauniques ou des autres choses traditionnellement «cueillies» par les Mi'kmaq dans le cadre du mode de vie autochtone en 1760. Il est évidemment loisible aux communautés autochtones de revendiquer l'existence de droits issus de traité plus larges à cet égard, mais, dans un tel cas, le fondement d'une telle revendication devra être établie dans le cadre de procédures où cette question est nettement soulevée, à la lumière de la preuve de nature historique pertinente, comme cela a été fait en l'espèce pour ce qui est des ressources halieutiques et fauniques. Les parties n'ont tout simplement pas parlé d'autres ressources et il n'en est donc pas question dans l'opinion majoritaire de la Cour du 17 septembre 1999. Comme le reconnaît l'Union of New Brunswick Indians dans son opposition à la requête de la Coalition, [TRADUCTION] «il y a actuellement des affaires qui suivent leur cours devant les tribunaux de juridiction inférieure et qui portent précisément sur certaines de ces questions potentielles, telle la coupe de bois sur les terres de la Couronne».

The fact the Crown elected not to try to justify a closed season on the eel fishery at issue in this case cannot be generalized, as the Coalition's question implies, to a conclusion that closed seasons can never be imposed as part of the government's regulation of the Mi'kmaq limited commercial "right to fish". A "closed season" is clearly a potentially available management tool, but its application to treaty rights will have to be justified for conservation or other purposes. In the absence of such justification, an accused who establishes a treaty right is ordinarily allowed to exercise it. As suggested in the expert evidence filed on this motion by the Union of New Brunswick Indians, the establishment of a closed season may raise very different conservation and other issues in the eel fishery than it does in relation to other species such as salmon, crab, cod or lobster, or for that matter, to moose and other wildlife. The complexities and techniques of fish and wildlife management vary from species to species and restrictions will likely have to be justified on a species-by-species basis.

Le fait que le ministère public ait choisi de ne pas tenter de justifier la période de fermeture de la pêche à l'anguille en litige dans le présent cas ne saurait, contrairement à ce que laisse entendre la question de la Coalition, être généralisé en une conclusion qu'aucune période de fermeture ne peut être imposée dans le cadre de la réglementation par le gouvernement du «droit [limité] de pêcher» à des fins commerciales des Mi'kmaq. La «période de fermeture» est clairement un outil de gestion dont dispose potentiellement le gouvernement, mais son application aux droits issus de traités devra être justifiée pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs. En l'absence de cette justification, l'accusé qui établit l'existence d'un droit issu de traité est ordinairement autorisé à l'exercer. Comme tend à l'indiquer la preuve d'expert déposée dans le cadre de la présente requête par l'Union of New Brunswick Indians, il est possible que, dans le cas de la pêche à l'anguille, l'établissement d'une période de fermeture soulève des questions très différentes — en matière de conser- 21

Evidence supporting closure of the wild salmon fishery is not necessarily transferable to justify closure of an eel fishery.

22 Resource conservation and management and allocation of the permissible catch inevitably raise matters of considerable complexity both for Mi'kmaq peoples who seek to work for a living under the protection of the treaty right, and for governments who seek to justify the regulation of that treaty right. The factual context, as this case shows, is of great importance, and the merits of the government's justification may vary from resource to resource, species to species, community to community and time to time. As this and other courts have pointed out on many occasions, the process of accommodation of the treaty right may best be resolved by consultation and negotiation of a modern agreement for participation in specified resources by the Mi'kmaq rather than by litigation. La Forest J. emphasized in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (a case cited in the September 17, 1999 majority decision), at para. 207:

> On a final note, I wish to emphasize that the best approach in these types of cases is a process of negotiation and reconciliation that properly considers the complex and competing interests at stake.

23 The various governmental, aboriginal and other interests are not, of course, obliged to reach an agreement. In the absence of a mutually satisfactory solution, the courts will resolve the points of conflict as they arise case by case. The decision in this particular prosecution is authority only for the matters adjudicated upon. The acquittal ought not to be set aside to allow the Coalition to address new issues that were neither raised by the parties

vation et à d'autres égards — que dans le cas d'autres espèces marines tels le saumon, la morue, le crabe ou le homard, ou encore dans le cas de l'orignal ou d'autres espèces sauvages. Comme les difficultés que pose la gestion des ressources fauniques et halieutiques ainsi que les techniques utilisées à cette fin varient d'une espèce à l'autre, les restrictions devront être justifiées au cas par cas. La preuve étayant la fermeture de la pêche au saumon n'est pas nécessairement applicable pour justifier la fermeture de la pêche à l'anguille.

La gestion et la conservation des ressources ainsi que la répartition des prises autorisées soulèvent inévitablement des questions d'une complexité considérable tant pour les Mi'kmaq qui veulent gagner leur vie en se prévalant de la protection du droit issu du traité, que pour les gouvernements qui veulent justifier la réglementation de ce droit. Comme l'illustre la présente affaire, le contexte factuel revêt une grande importance, et la valeur de la justification du gouvernement peut varier selon la ressource, l'espèce, la communauté et l'époque. Comme notre Cour et d'autres tribunaux l'ont à maintes occasions signalé, il est préférable de réaliser la prise en compte du droit issu du traité par des consultations et par la négociation d'un accord moderne de participation des Mi'kmaq à l'exploitation de ressources précises plutôt que par le recours aux tribunaux. Le juge La Forest a souligné ce point dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (arrêt cité dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999), au par. 207:

> Enfin, je tiens à souligner que la meilleure approche dans ce genre d'affaires est un processus de négociation et de réconciliation qui prenne dûment en compte les intérêts complexes et opposés en jeu.

Les divers intéressés — gouvernementaux, autochtones et autres — ne sont évidemment pas obligés d'en arriver à une entente. En l'absence de solution satisfaisante pour toutes les parties, les tribunaux résoudront les points litigieux au fur et à mesure qu'ils leur seront soumis. La décision rendue à l'égard des présentes poursuites ne fait autorité qu'à l'égard des questions sur lesquelles il a été statué dans celle-ci. L'acquittement ne devrait

nor determined by the Court in the September 17, 1999 majority judgment.

3. *Whether the government of Canada has power to regulate the exercise by Mi'kmaq persons, including the Appellant, of their treaty right to fish through the imposition of licensing requirements*

The government's power to regulate the treaty right is repeatedly affirmed in the September 17, 1999 majority judgment. In addition to the reference at para. 4 of the majority decision, already mentioned, that the treaty right "was always subject to regulation", the majority judgment further stated, at para. 7:

In my view, the treaty rights are limited to securing "necessaries" (which I construe in the modern context, as equivalent to a moderate livelihood), and do not extend to the open-ended accumulation of wealth. The rights thus construed, however, are, in my opinion, treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and are subject to regulations that can be justified under the *Badger* test. . . . [Emphasis added.]

At para. 38, the majority judgment noted that:

Dr. Patterson went on to emphasize that the understanding of the Mi'kmaq would have been that these treaty rights were subject to regulation, which I accept.

At para. 58, the limited nature of the right was reiterated:

What is contemplated therefore is not a right to trade generally for economic gain, but rather a right to trade for necessaries. The treaty right is a regulated right and can be contained by regulation within its proper limits. [Emphasis added.]

At para. 64, the majority judgment again referred to regulation permitted by the *Badger* test. The Court was thus most explicit in confirming the regulatory authority of the federal and provincial gov-

pas être écarté afin de permettre à la Coalition d'aborder de nouvelles questions qui n'ont pas été soulevées par les parties ni tranchées par la Cour dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.

3. *Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq — y compris l'appelant — de leur droit de pêche issu du traité en imposant des conditions en matière d'obtention de permis?*

Le pouvoir du gouvernement de réglementer l'exercice du droit issu du traité est à maintes reprises confirmé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999. Outre la mention au par. 4 de la décision de la majorité, citée plus tôt, que le droit issu du traité «a toujours été assujetti à la réglementation», on peut également lire ceci, au par. 7 du jugement de la majorité: 24

J'estime que les droits issus du traité se limitent au fait de pouvoir se procurer les «biens nécessaires» (expression qui, selon moi, s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées. Interprétés ainsi, toutefois, ces droits sont, à mon avis, des droits issus de traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ils sont assujettis aux règlements dont la justification peut se démontrer suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*... [Nous soulignons.]

L'observation suivante a été faite au par. 38 du jugement de la majorité:

Le Dr Patterson a ensuite souligné que les Mi'kmaq comprenaient que ces droits issus du traité étaient réglementés, ce à quoi je souscris.

Au paragraphe 58, le caractère limité du droit a été réaffirmé:

Par conséquent, ce qui est envisagé ce n'est pas un droit de commercer de façon générale pour réaliser des gains financiers, mais plutôt un droit de commercer pour pouvoir se procurer des biens nécessaires. Le droit issu du traité est un droit réglementé qui peut, par règlement, être circonscrit à ses limites appropriées. [Nous soulignons.]

Au paragraphe 64 du jugement de la majorité, il a une fois de plus été fait état de la réglementation permise par le critère établi dans l'arrêt *Badger*. La Cour a donc confirmé de façon très explicite le

ernments within their respective legislative fields to regulate the exercise of the treaty right subject to the constitutional requirement that restraints on the exercise of the treaty right have to be justified on the basis of conservation or other compelling and substantial public objectives, discussed below.

25 With all due respect to the Coalition, the government's general regulatory power is clearly affirmed. It is difficult to believe that further repetition of this fundamental point after a rehearing would add anything of significance to what is already stated in the September 17, 1999 majority judgment.

26 As for the specific matter of licences, the conclusion of the majority judgment was *not* that licensing schemes as such are invalid, but that the imposition of a licensing restriction on the appellant's exercise of the treaty right had not been justified for conservation or other public purposes. The Court majority stated at para. 64:

> ... under the applicable regulatory regime, the appellant's exercise of his treaty right to fish and trade for sustenance was exercisable only at the absolute discretion of the Minister. Mi'kmaq treaty rights were not accommodated in the Regulations because, presumably, the Crown's position was, and continues to be, that no such treaty rights existed. In the circumstances, the purported regulatory prohibitions ... are inoperative against the appellant unless justified under the *Badger* test. [Emphasis added.]

27 Although no evidence or argument was put forward to justify the licensing requirement in this case, a majority of the Court nevertheless referred at para. 64 of its September 17, 1999 decision to *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J., for the Court, dealt with a licensing issue as follows, at paras. 91 and 92:

> With respect to licensing, the appellant [aboriginal accused] takes the position that once his rights have

pouvoir des gouvernements fédéral et provinciaux de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, point qui est examiné plus loin.

En toute déférence pour la Coalition, le pouvoir général de réglementation du gouvernement est clairement confirmé. Il est difficile d'imaginer que le fait de réitérer ce point fondamental après une nouvelle audience ajouterait quoi que ce soit de pertinent à ce qui a déjà été dit dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.

Pour ce qui est de la question particulière des permis, la conclusion de l'opinion majoritaire *n'*était *pas* que les régimes de délivrance de permis sont en soi invalides, mais plutôt que l'obligation faite à l'appelant de se procurer un permis afin de pouvoir exercer le droit issu du traité n'avait pas été justifiée pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs d'intérêt public. La Cour, à la majorité, a déclaré ceci, au par. 64:

> ... dans le cadre du régime de réglementation applicable, l'appelant ne pouvait exercer son droit issu de traité de pêcher et de commercer à des fins de subsistance qu'à l'entière discrétion du ministre. Les règlements ne tiennent pas compte des droits issus de traités des Mi'kmaq parce que, peut-on présumer, la position de la Couronne a été et continue d'être que de tels droits n'existent pas. Par conséquent, les prohibitions censément établies par les règlements [...] sont inopérantes à son égard sauf si elles sont justifiées suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*. [Nous soulignons.]

Bien qu'aucun élément de preuve ni argument n'aient été présentés pour justifier l'obligation d'être titulaire d'un permis en l'espèce, au par. 64 de sa décision du 17 septembre 1999, la majorité s'est néanmoins référée à l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, dans lequel le juge Cory, s'exprimant pour la Cour, a dit ceci à propos de la question des permis, aux par. 91 et 92:

> En ce qui concerne le régime de délivrance de permis, l'appelant prétend que, une fois que l'existence de ses

been established, anything which affects or interferes with the exercise of those rights, no matter how insignificant, constitutes a *prima facie* infringement. It is said that a licence by its very existence is an infringement of the aboriginal right since it infers that government permission is needed to exercise the right and that the appellant is not free to follow his own or his band's discretion in exercising that right.

This position cannot be correct. It has frequently been said that rights do not exist in a vacuum, and that the rights of one individual or group are necessarily limited by the rights of another. The ability to exercise personal or group rights is necessarily limited by the rights of others. The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom in the exercise of even a *Charter* or constitutionally guaranteed aboriginal right has never been accepted, nor was it intended. Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is perhaps the prime example of this principle. Absolute freedom without any restriction necessarily infers a freedom to live without any laws. Such a concept is not acceptable in our society.

The justification for a licensing requirement depends on facts. The Crown in this case declined to offer evidence or argument to support the imposition of a licensing requirement in relation to the small-scale commercial eel fishery in which the appellant participated.

4. *Whether the government of Canada has power to regulate the exercise by Mi'kmaq persons, including the Appellant, of their treaty right to fish through the imposition of closed seasons*

The regulatory device of a closed season is at least in part directed at conservation of the resource. Conservation has always been recognized to be a justification of paramount importance to limit the exercise of treaty and aboriginal rights in the decisions of this Court cited in the majority decision of September 17, 1999, including *Sparrow*, *supra*, and *Badger*, *supra*. As acknowledged by the Native Council of Nova Scotia in opposition to the Coalition's motion, "[c]onservation is clearly a first priority and the Aboriginal peoples

droits a été établie, tout ce qui en entrave ou en gêne l'exercice, ne serait-ce que de façon négligeable, constitue à première vue une atteinte. On affirme que l'existence même du permis porte atteinte au droit ancestral en ce qu'elle implique que la permission du gouvernement est nécessaire pour exercer ce droit, et que l'appelant n'est pas libre de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire de la bande ou au sien pour l'exercer.

Cette thèse ne peut être fondée. Il a fréquemment été déclaré que les droits n'existent pas dans l'abstrait et que les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. La capacité d'exercer des droits individuels ou collectifs est nécessairement restreinte par les droits d'autrui. Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue d'exercer un droit, même un droit ancestral protégé par la *Charte* ou garanti par la Constitution, n'a jamais été reconnue ni voulue. L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* est peut-être la meilleure illustration de ce principe. La liberté absolue, sans restriction aucune, implique nécessairement la liberté de vivre en marge des lois. Un tel concept est inacceptable dans notre société.

La justification d'une obligation de se procurer un permis dépend des faits. En l'espèce, le ministère public a refusé de présenter des éléments de preuve ou des arguments pour justifier l'application d'une telle obligation aux activités commerciales de pêche à l'anguille sur une petite échelle auxquelles s'est livré l'appelant. 28

4. *Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq — y compris l'appelant — de leur droit de pêche issu du traité en imposant des périodes de fermeture?*

L'établissement de périodes de fermeture est un moyen de réglementation qui vise en partie à la conservation de la ressource touchée. Dans les arrêts de notre Cour auxquelles se réfère la décision majoritaire du 17 septembre 1999, notamment *Sparrow*, précité, et *Badger*, précité, on a constamment reconnu l'importance prépondérante de la conservation en tant que justification de limites imposées à l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités. Comme l'a reconnu le Native Council of Nova Scotia dans son opposition à la requête de la 29

accept this". Conservation, where necessary, may require the complete shutdown of a hunt or a fishery for aboriginal and non-aboriginal alike.

30 In this case, the prosecution of the appellant was directed to a "closed season" in the eel fishery which the Crown did not try to justify, and that is the precise context in which the majority decision of September 17, 1999 is to be understood. No useful purpose would be served for those like the Coalition who are interested in justifying a closed season in the lobster fishery if a rehearing or a new trial were ordered in this case, which related only to the closed season in the eel fishery.

5. *In any event, what is the scope of regulatory power possessed by the government of Canada for purposes of regulating the treaty right?*

31 On the face of it, this question is not raised by the subject matter of the appeal, nor is it capable of being answered on the factual record. As framed, it is so broad as to be incapable of a detailed response. In effect, the Coalition seeks to transform a prosecution on specific facts into a general reference seeking an advisory opinion of the Court on a broad range of regulatory issues related to the east coast fisheries. As was explained in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, the Court's jurisdiction to give advisory opinions is exceptional and can be invoked only by the Governor in Council under s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. In this instance, the Governor in Council has not sought an advisory opinion from the Court and the Attorney General of Canada opposes the Coalition's attempt to initiate what she calls a "private reference".

Coalition, [TRADUCTION] «[l]a conservation vient clairement en tête de liste des priorités, et les peuples autochtones acceptent ce fait». Lorsque cela s'avère nécessaire, la conservation d'une ressource peut commander la fermeture complète de la chasse ou de la pêche de cette ressource, tant par les Autochtones que par les non-autochtones.

Dans le présent cas, l'appelant était poursuivi pour faire respecter une «période de fermeture» de la pêche à l'anguille, mesure que le ministère public n'a pas tenté de justifier, et c'est dans ce contexte précis que l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 doit être comprise. Le fait d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience ou d'un nouveau procès dans la présente affaire, qui concernait uniquement la période de fermeture de la pêche à l'anguille, ne serait d'aucune utilité pour ceux qui, à l'instar de la Coalition, souhaitent justifier une période de fermeture de la pêche au homard.

5. *Indépendamment de ce qui précède, quelle est l'étendue du pouvoir du gouvernement du Canada de réglementer le droit issu du traité?*

Il ressort de la simple lecture du texte de cette question qu'elle n'est pas soulevée par l'objet du pourvoi, et qu'il est impossible d'y répondre à partir du dossier factuel. Telle qu'elle est formulée, elle est si générale qu'il est impossible d'y répondre de façon détaillée. Dans les faits, la Coalition veut transformer une poursuite fondée sur des faits précis en un renvoi général demandant à la Cour de donner un avis consultatif sur un large éventail de questions de réglementation touchant les pêches sur la côte Est. Comme il a été expliqué dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, le pouvoir de la Cour de donner des avis consultatifs a un caractère exceptionnel et ne peut être invoqué que par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-26. En l'occurrence, le gouverneur en conseil n'a pas demandé d'avis consultatif à la Cour et la procureure générale du Canada s'oppose à la tentative de la Coalition de soumettre ce qu'elle appelle un «renvoi privé».

Mention has already been made of "the *Badger* test" by which governments may justify restrictions on the exercise of treaty rights. The Court in *Badger* extended to treaties the justificatory standard developed for aboriginal rights in *Sparrow*, *supra*. Cory J. set out the test, in *Badger*, *supra*, at para. 97 as follows:

In *Sparrow*, at p. 1113, it was held that in considering whether an infringement of aboriginal or treaty rights could be justified, the following questions should be addressed sequentially:

> First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. . . .

At page 1114, the next step was set out in this way:

> If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin*, *supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. . . .

Finally, at p. 1119, it was noted that further questions might also arise depending on the circumstances of the inquiry:

> These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.
>
> We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justi-

Il a déjà été fait mention du «critère établi dans *Badger*», qui permet aux gouvernements de justifier les restrictions auxquelles ils assujettissent l'exercice de droits issus de traités. Dans *Badger*, notre Cour a étendu aux traités l'application du critère de justification qui avait été élaboré dans *Sparrow*, précité, à l'égard des droits ancestraux. Voici comment le juge Cory a énoncé ce critère dans *Badger*, précité, au par. 97: 32

Dans l'arrêt *Sparrow*, il a été jugé, à la p. 1113, que pour déterminer s'il est possible de justifier une atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités il faut se poser les questions suivantes, dans l'ordre indiqué:

> En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. . .

À la page 1114, l'étape suivante a été décrite ainsi:

> Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. . .

Enfin, à la p. 1119, on a signalé que d'autres questions peuvent également se soulever, selon les circonstances de l'enquête:

> Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.
>
> Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans

fication. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians. [Emphasis in original.]

33 The majority judgment of September 17, 1999 did not put in doubt the validity of the *Fisheries Act* or any of its provisions. What it said, in para. 66, was that, "the close season and the imposition of a discretionary licensing system would, if enforced, interfere with the appellant's treaty right to fish for trading purposes, and the ban on sales would, if enforced, infringe his right to trade for sustenance. In the absence of any justification of the regulatory prohibitions, the appellant is entitled to an acquittal" (emphasis added). Section 43 of the Act sets out the basis of a very broad regulatory authority over the fisheries which may extend to the native fishery where justification is shown:

REGULATIONS

43. The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and in particular, but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

(*a*) for the proper management and control of the seacoast and inland fisheries;

(*b*) respecting the conservation and protection of fish;

(*c*) respecting the catching, loading, landing, handling, transporting, possession and disposal of fish;

(*d*) respecting the operation of fishing vessels;

(*e*) respecting the use of fishing gear and equipment;

(*e*.1) respecting the marking, identification and tracking of fishing vessels;

(*e*.2) respecting the designation of persons as observers, their duties and their carriage on board fishing vessels;

(*f*) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

l'appréciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent. [Souligné dans l'original.]

L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 n'a pas mis en doute la validité de la *Loi sur les pêches* ou l'une ou l'autre de ses dispositions. Ce que dit l'opinion majoritaire, au par. 66, c'est que, «si la période de fermeture et le régime discrétionnaire de délivrance de permis étaient appliqués, ils porteraient atteinte au droit de pêcher à des fins commerciales conféré par le traité à l'appelant, et l'interdiction de vendre le produit de sa pêche porterait atteinte à son droit de commercer à des fins de subsistance. En l'absence de justification des prohibitions réglementaires, l'appelant a droit à l'acquittement» (nous soulignons). L'article 43 de la Loi jette les bases d'un très vaste pouvoir de réglementation à l'égard des pêches, qui peut s'étendre aux activités de pêche des Autochtones, lorsqu'on justifie une telle mesure. Voici le texte de l'art. 43:

RÈGLEMENTS

43. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment:

a) concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches en eaux côtières et internes;

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;

d) concernant l'exploitation des bateaux de pêche;

e) concernant l'utilisation des engins et équipements de pêche;

e.1) concernant le marquage, l'identification et l'observation des bateaux de pêche;

e.2) concernant la désignation des observateurs, leurs fonctions et leur présence à bord des bateaux de pêche;

f) concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux;

(*g*) respecting the terms and conditions under which a licence and lease may be issued;

(*g*.1) respecting any records, books of account or other documents to be kept under this Act and the manner and form in which and the period for which they shall be kept;

(*g*.2) respecting the manner in which records, books of account or other documents shall be produced and information shall be provided under this Act;

(*h*) respecting the obstruction and pollution of any waters frequented by fish;

(*i*) respecting the conservation and protection of spawning grounds;

(*j*) respecting the export of fish or any part thereof from Canada;

(*k*) respecting the taking or carrying of fish or any part thereof from one province to any other province;

(*l*) prescribing the powers and duties of persons engaged or employed in the administration or enforcement of this Act and providing for the carrying out of those powers and duties; and

(*m*) where a close time, fishing quota or limit on the size or weight of fish has been fixed in respect of an area under the regulations, authorizing persons referred to in paragraph (*l*) to vary the close time, fishing quota or limit in respect of that area or any portion of that area. [Emphasis added.]

(Pursuant to this regulatory power, the Governor in Council had, in fact, adopted the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, discussed below.) Although s. 7(1) of the *Fisheries Act* purports to grant the Minister an "absolute discretion" to issue or not to issue leases and licences, this discretion must be read together with the authority of the Governor in Council under s. 43(*f*) to make regulations "respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases". Specific criteria must be established for the exercise by the Minister of his or her discretion to grant or refuse licences in a manner that recognizes and accommodates the existence of an aboriginal or treaty right. In *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, also cited in the September 17, 1999 majority

g) concernant les conditions attachées aux licences, permis et baux;

g.1) concernant les registres, documents comptables et autres documents dont la tenue est prévue par la présente loi ainsi que la façon de les tenir, leur forme et la période pendant laquelle ils doivent être conservés;

g.2) concernant la façon dont les registres, documents comptables et autres documents doivent être présentés et les renseignements fournis sous le régime de la présente loi;

h) concernant l'obstruction et la pollution des eaux où vivent des poissons;

i) concernant la conservation et la protection des frayères;

j) concernant l'exportation de poisson;

k) concernant la prise ou le transport interprovincial de poisson;

l) prescrivant les pouvoirs et fonctions des personnes chargées de l'application de la présente loi, ainsi que l'exercice de ces pouvoirs et fonctions;

m) habilitant les personnes visées à l'alinéa *l*) à modifier les périodes de fermeture, les contingents ou les limites de taille ou de poids du poisson fixés par règlement pour une zone ou à les modifier pour un secteur de zone. [Nous soulignons.]

(De fait, le gouverneur en conseil a pris, en vertu de ce pouvoir de réglementation, le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, dont il est question plus loin.) Quoique le par. 7(1) de la *Loi sur les pêches* permette censément au ministre d'octroyer ou de refuser «à discrétion» des baux, permis et licences, ce pouvoir discrétionnaire doit être considéré en corrélation avec le pouvoir qu'a le gouverneur en conseil, aux termes de l'al. 43*f*), de prendre des règlements «concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux». Doivent être établis des critères précis permettant au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'octroyer ou de refuser des permis d'une manière qui reconnaisse l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité et comporte les adaptations nécessaires à son exercice. Dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101,

judgment, the Chief Justice stated as follows at para. 54:

> In light of the Crown's unique fiduciary obligations towards aboriginal peoples, Parliament may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance. If a statute confers an administrative discretion which may carry significant consequences for the exercise of an aboriginal right, the statute or its delegate regulations must outline specific criteria for the granting or refusal of that discretion which seek to accommodate the existence of aboriginal rights. In the absence of such specific guidance, the statute will fail to provide representatives of the Crown with sufficient directives to fulfil their fiduciary duties, and the statute will be found to represent an infringement of aboriginal rights under the *Sparrow* test. [Emphasis added.]

While *Adams* dealt with an aboriginal right, the same principle applies to treaty rights.

34 The *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332, referred to in the September 17, 1999 majority judgment, deal with the food fishery. These regulations provide specific authority to impose conditions where justified respecting the species and quantities of fish that are permitted to be taken or transported; the locations and times at which landing of fish is permitted; the method to be used for the landing of fish and the methods by which the quantity of the fish is to be determined; the information that a designated person or the master of a designated vessel is to report to the Minister or a person specified by the licence holder, prior to commencement of fishing; the locations and times of inspections of the contents of the hold and the procedure to be used in conducting those inspections; the maximum number of persons or vessels that may be designated to carry on fishing and related activities; the maximum number of designated persons who may fish at any one time; the type, size and quantity of fishing gear that may be used by a designated person; and the disposition of fish caught under the

arrêt cité également dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, le Juge en chef a dit ce qui suit, au par. 54:

> Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas. Si une loi confère un pouvoir discrétionnaire administratif susceptible d'entraîner d'importantes conséquences pour l'exercice d'un droit ancestral, cette loi ou son règlement d'application doit énoncer des critères précis, balisant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l'existence des droits ancestraux. En l'absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l'État des directives suffisantes pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans *Sparrow*, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux. [Nous soulignons.]

Même si l'arrêt *Adams* portait sur un droit ancestral, le même principe s'applique aux droits issus de traités.

Le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332, qui est mentionné dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, porte sur la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Ce règlement confère expressément le pouvoir d'imposer, lorsque les circonstances le justifient, des conditions concernant les espèces et quantités de poissons qui peuvent être prises ou transportées; les endroits et les moments où le poisson peut être débarqué ou amené à terre; la méthode à utiliser pour débarquer le poisson et les méthodes pour en déterminer la quantité; les renseignements que la personne désignée ou le capitaine du bateau désigné doit, avant le début de la pêche, transmettre au ministre ou à la personne indiquée par le titulaire du permis; les endroits et les moments des inspections du contenu de la cale et la procédure à suivre lors de celles-ci; le nombre maximal de personnes ou de bateaux qui peuvent être désignés pour pratiquer la pêche et toute activité connexe; le nombre maximal de personnes désignées qui peuvent pêcher en même temps; le type, la grosseur et la quantité des engins de pêche

authority of the licence. The Governor in Council has the power to amend the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations* to accommodate a limited commercial fishery as described in the September 17, 1999 majority judgment in addition to the food fishery.

que toute personne désignée peut utiliser; l'aliénation du poisson pris en vertu du permis. Le gouverneur en conseil a le pouvoir de modifier le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones* pour tenir compte de l'exercice des activités limitées de pêche commerciale décrites dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, en plus de la pêche pratiquée à des fins alimentaires.

Despite the limitations on the Court's ability in a prosecution to address broader issues not at issue between the Crown and the defence, the majority judgment of September 17, 1999 nevertheless referred to the Court's principal pronouncements on the various grounds on which the exercise of treaty rights may be regulated. These include the following grounds:

Malgré le fait que le pouvoir de la Cour d'examiner, dans le cadre de poursuites, des questions générales qui ne sont pas en litige entre le ministère public et la défense, l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 fait néanmoins état des principaux énoncés de la Cour sur les divers motifs justifiant la réglementation de l'exercice de droits issus de traités. Voici certains de ces motifs. 35

(a) *The treaty right itself is a limited right.* The September 17, 1999 majority judgment referred to the "narrow ambit and extent of the treaty right" (para. 57). In its written argument, the Coalition says that the only regulatory method specified in that judgment was a limit on the quantities of fish required to satisfy the Mi'kmaq need for necessaries. This is not so. What the majority judgment said is that the Mi'kmaq treaty right does not extend *beyond* the quantities required to satisfy the need for necessaries. The Court stated at para. 61 of the September 17, 1999 majority judgment:

a) *Le droit issu du traité est un droit limité.* Dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on a fait état de la «portée étroite du droit issu du traité» (par. 57). Dans son argumentation écrite, la Coalition prétend que la seule méthode de réglementation précisée dans ce jugement était la restriction des quantités de poisson requises pour satisfaire les besoins des Mi'kmaq en choses nécessaires. Ce n'est pas le cas. Ce que dit l'opinion majoritaire, c'est que le droit issu de traité des Mi'kmaq n'accorde pas *davantage* que les quantités requises pour satisfaire les besoins en choses nécessaires. La Cour a dit ce qui suit au par. 61 du jugement de la majorité daté du 17 septembre 1999: 36

> Catch limits that could reasonably be expected to produce a moderate livelihood for individual Mi'kmaq families at present-day standards can be established by regulation and enforced without violating the treaty right. In that case, the regulations would accommodate the treaty right. Such regulations would *not* constitute an infringement that would have to be justified under the *Badger* standard. [Underlining added; italics in original.]

> Des limites de prises, dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elles permettent aux familles mi'kmaq de s'assurer une subsistance convenable selon les normes d'aujourd'hui, peuvent être établies par règlement et appliquées sans porter atteinte au droit issu du traité. Un tel règlement respecterait ce droit et *ne* constituerait *pas* une atteinte qui devrait être justifiée suivant la norme établie dans l'arrêt *Badger*. [Nous soulignons; en italique dans l'original.]

In other words, regulations that do no more than reasonably define the Mi'kmaq treaty right in terms that can be administered by the regulator and understood by the Mi'kmaq community that holds the treaty rights do not impair the exercise of

En d'autres mots, un règlement qui se contente de définir raisonnablement le droit issu de traité des Mi'kmaq d'une manière qui puisse à la fois être administrée par l'organe chargé de sa réglementation et être comprise par la communauté 37

the treaty right and therefore do not have to meet the *Badger* standard of justification.

38 Other limitations apparent in the September 17, 1999 majority judgment include the local nature of the treaties, the communal nature of a treaty right, and the fact it was only hunting and fishing resources to which access was affirmed, together with traditionally gathered things like wild fruit and berries. With regard to the Coalition's concern about the fishing rights of its members, para. 38 of the September 17, 1999 majority judgment noted the trial judge's finding that the Mi'kmaq had been fishing to trade with non-natives for over 200 years prior to the 1760-61 treaties. The 1760-61 treaty rights were thus from their inception enjoyed alongside the commercial and recreational fishery of non-natives. Paragraph 42 of the September 17, 1999 majority judgment recognized that, unlike the scarce fisheries resources of today, the view in 1760 was that the fisheries were of "limitless proportions". On this point, it was noted in para. 53 of the September 17, 1999 majority judgment:

> It was established in *Simon* [*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387], at p. 402, that treaty provisions should be interpreted "in a flexible way that is sensitive to the evolution of changes in normal" practice, and *Sundown* [*R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393], at para. 32, confirms that courts should not use a "frozen-in-time" approach to treaty rights.

The Mi'kmaq treaty right to participate in the largely unregulated commercial fishery of 1760 has evolved into a treaty right to participate in the largely regulated commercial fishery of the 1990s. The notion of equitable sharing seems to be endorsed by the Coalition, which refers in its written argument on the motion to "the equal importance of the fishing industry to both Mi'kmaq and non-Mi'kmaq persons". In its Reply, the Coalition says that it is engaged in discussions "with repre-

mi'kmaq titulaire du droit en question ne porte pas atteinte à l'exercice de ce droit et n'a donc pas à satisfaire au critère de justification établi dans *Badger*.

Parmi les autres limites qui ressortent clairement de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, mentionnons la nature locale des traités, la nature communale du droit issu du traité et le fait que ce n'est qu'aux ressources halieutiques et fauniques ainsi qu'aux choses traditionnellement visées par les activités de cueillette telles que les baies et autres fruits sauvages qu'on a confirmé l'accès. Pour ce qui est des inquiétudes de la Coalition à propos des droits de pêche de ses membres, on souligne, au par. 38 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, la conclusion du juge du procès que, pendant plus de 200 ans avant les traités de 1760 et 1761, les Mi'kmaq avaient pratiqué la pêche afin de pouvoir commercer avec des non-autochtones. Dès le départ, les droits issus des traités de 1760 et 1761 ont donc coexisté avec les activités de pêche commerciale et sportive des non-autochtones. Au paragraphe 42 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on reconnaît que, contrairement aux ressources halieutiques plus limitées d'aujourd'hui, le poisson était perçu comme une ressource «inépuisable» en 1760. Sur ce point, l'observation suivante est faite, au par. 53 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999:

> Dans *Simon* [*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387], à la p. 402, il a été établi que les clauses des traités doivent être interprétées «d'une manière souple qui puisse évoluer avec les pratiques normales», et dans *Sundown* [*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393], au par. 32, on a confirmé que les tribunaux ne doivent pas employer une approche «figée dans le temps» à l'égard des droits issus de traités.

Le droit issu de traité qui permettait aux Mi'kmaq de participer en 1760 à une pêche commerciale largement non réglementée a évolué pour devenir un droit issu de traité leur permettant de participer à la pêche commerciale largement réglementée des années 1990. La notion de partage équitable semble avoir l'aval de la Coalition, qui souligne, dans son argumentation écrite dans la présente requête, [TRADUCTION] «l'importance égale que revêt l'industrie de la pêche et pour les Mi'kmaq et

sentatives of the Acadia and Bear River Bands in southwestern Nova Scotia and takes pride that those discussions have been productive and that there is reason to hope that they will lead to harmonious and mutually beneficial participation in the commercial lobster fishery by members of those Bands". Equally, the Mi'kmaq treaty right to hunt and trade in game is not now, any more than it was in 1760, a *commercial* hunt that must be satisfied before non-natives have access to the same resources for recreational or commercial purposes. The emphasis in 1999, as it was in 1760, is on assuring the Mi'kmaq equitable access to identified resources for the purpose of earning a moderate living. In this respect, a treaty right differs from an aboriginal right which in its origin, by definition, was *exclusively* exercised by aboriginal people prior to contact with Europeans.

pour les non-Mi'kmaq». Dans sa réplique, la Coalition affirme qu'elle a amorcé des discussions [TRADUCTION] «avec des représentants de la bande Acadia et de la bande de Bear River dans le Sud-Ouest de la Nouvelle-Écosse, qu'elle est fière du fait que ces discussions ont été productives et qu'il y a des raisons d'espérer qu'elles vont conduire à une participation harmonieuse et mutuellement avantageuse à la pêche commerciale du homard par les membres de ces bandes». De même, le droit qui est accordé par le traité aux Mi'kmaq de chasser des espèces sauvages et d'en faire le commerce n'est pas aujourd'hui, pas plus d'ailleurs qu'il ne l'était en 1760, un droit de chasser *à des fins commerciales* qui doit être satisfait avant que les non-autochtones puissent avoir accès aux mêmes ressources à des fins sportives ou commerciales. En 1999, tout comme en 1760, l'important est d'assurer aux Mi'kmaq un accès équitable aux ressources mentionnées afin qu'ils puissent en tirer une subsistance convenable. À cet égard, les droits issus de traités diffèrent des droits ancestraux en ce que, par définition, les seconds étaient exercés *exclusivement* par les Autochtones avant le contact avec les Européens.

Only those regulatory limits that take the Mi'kmaq catch *below* the quantities reasonably expected to produce a moderate livelihood or other limitations that are not inherent in the limited nature of the treaty right itself have to be justified according to the *Badger* test.

39 Seules les limites réglementaires qui fixeraient les prises des Mi'kmaq *en deçà* des quantités dont il serait raisonnable de s'attendre qu'elles permettent de s'assurer une subsistance convenable ou les autres restrictions qui ne découlent pas intrinsèquement de la nature limitée du droit issu de traité lui-même doivent être justifiées selon le critère établi dans *Badger*.

(b) *The paramount regulatory objective is the conservation of the resource. This responsibility is placed squarely on the Minister and not on the aboriginal or non-aboriginal users of the resource.* The September 17, 1999 majority decision referred to *Sparrow*, *supra*, which affirmed the government's paramount authority to act in the interests of conservation. This principle was repeated in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, *Nikal*, *supra*, *Adams*, *supra*, *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, and

40 b) *L'objectif prépondérant de la réglementation est la conservation de la ressource. Cette responsabilité incombe carrément au ministre et non aux personnes autochtones et non autochtones qui exploitent la ressource.* L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a fait état de l'arrêt *Sparrow*, précité, qui a confirmé le pouvoir prépondérant du gouvernement d'agir aux fins de conservation des ressources. Ce principe a été réitéré dans les arrêts *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, *Nikal*, précité, *Adams*, précité, *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, et *Delgamuukw*, précité, qui sont tous

Delgamuukw, *supra*, all of which were referred to in the September 17, 1999 majority judgment.

41 (c) *The Minister's authority extends to other compelling and substantial public objectives which may include economic and regional fairness, and recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups.* The Minister's regulatory authority is not limited to conservation. This was recognized in the submission of the appellant Marshall in opposition to the Coalition's motion. He acknowledges that "it is clear that limits may be imposed to conserve the species/stock being exploited and to protect public safety". Counsel for the appellant Marshall goes on to say: "Likewise, Aboriginal harvesting preferences, together with non-Aboriginal regional/community dependencies, may be taken into account in devising regulatory schemes" (emphasis added). In *Sparrow*, *supra*, at p. 1119, the Court said "We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justification." It is for the Crown to propose what controls are justified for the management of the resource, and why they are justified. In *Gladstone*, *supra* (cited at para. 57 of the September 17, 1999 majority judgment), the Chief Justice commented on the differences between a native *food* fishery and a native *commercial* fishery, and stated at para. 75 as follows:

> Although by no means making a definitive statement on this issue, I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. *In the right circumstances,* such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies

mentionnés dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.

c) *Le pouvoir du ministre s'étend à d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, par exemple, la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources halieutiques et participent à leur exploitation.* Le pouvoir de réglementation du ministre ne se limite pas à la conservation. Ce fait est reconnu par l'appelant Marshall dans les observations qu'il a présentées en opposition à la requête de la Coalition. Ce dernier reconnaît [TRADUCTION] «qu'il est clair que des restrictions peuvent être imposées pour conserver les espèces ou les stocks exploités et pour assurer la sécurité du public». L'avocat de Marshall poursuit en disant ceci: [TRADUCTION] «De même, les préférences des Autochtones en matière de récolte des ressources, ainsi que la dépendance d'une communauté ou d'une région non autochtone vis-à-vis d'une ressource donnée peuvent être prises en compte dans l'élaboration des régimes de réglementation» (nous soulignons). Dans *Sparrow*, précité, à la p. 1119, notre Cour a dit ceci: «Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification.» Il appartient à l'État d'indiquer quels sont les mécanismes de contrôle ou de surveillance justifiés aux fins de gestion de la ressource, et de préciser pourquoi ils sont justifiés. Dans l'arrêt *Gladstone*, précité (et mentionné au par. 57 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999), le Juge en chef a fait des observations sur les différences qui existent entre la pêche *de subsistance* autochtone et la pêche *commerciale* autochtone, et il a dit ceci, au par. 75:

> Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. *Dans les circonstances appropriées*

with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment. [Emphasis in original.]

This observation applies with particular force to a treaty right. The aboriginal right at issue in *Gladstone*, *supra*, was by definition exercised exclusively by aboriginal people prior to contact with Europeans. As stated, no such exclusivity ever attached to the treaty right at issue in this case. Although we note the acknowledgement of the appellant Marshall that "non-Aboriginal regional/community dependencies . . . may be taken into account in devising regulatory schemes", and the statements in *Gladstone*, *supra*, which support this view, the Court again emphasizes that the specifics of any particular regulatory regime were not and are not before us for decision.

In the case of any treaty right which may be exercised on a commercial scale, the natives constitute only one group of participants, and regard for the interest of the non-natives, as stated in *Gladstone*, *supra*, may be shown in the right circumstances to be entirely legitimate. Proportionality is an important factor. In asking for a rehearing, the Coalition stated that it is the lobster fishery "in which the Applicant's members are principally engaged and in which, since release of the Reasons for Judgment, controversy as to exercise of the treaty right has most seriously arisen". In response, the affidavit evidence of Dr. Gerard Hare, a fisheries biologist of some 30 years' experience, was filed. The correctness of Dr. Hare's evidence was not contested in reply by the Coalition. Dr. Hare estimated that the non-native lobster fishery in Atlantic Canada, excluding Newfoundland, sets about 1,885,000 traps in inshore waters each year and "[t]o put the situation in perspective, the recent Aboriginal commercial fisheries appear to be minuscule in comparison". It would be significant if it were established that the combined aboriginal

de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation. [Italiques et soulignement dans l'original.]

Cette observation s'applique avec une pertinence particulière dans les cas des droits issus de traités. Le droit ancestral en litige dans *Gladstone*, précité, était par définition exercé exclusivement par les Autochtones avant le contact avec les Européens. Comme il a été indiqué précédemment, aucune exclusivité de cette nature n'a jamais caractérisé le droit issu de traité en cause dans la présente affaire. Bien que nous prenions note de la reconnaissance par l'appelant Marshall du fait que [TRADUCTION] «la dépendance d'une communauté ou d'une région non autochtone vis-à-vis d'une ressource donnée p[uisse] être pris[e] en compte dans l'élaboration des régimes de réglementation», ainsi que les énoncés dans l'arrêt *Gladstone*, précité, qui étayent cette opinion, la Cour tient à nouveau à souligner qu'elle n'était pas et qu'elle n'est pas saisie de la question du bien-fondé du détail d'un régime de réglementation donné.

Dans le cas d'un droit issu de traité qui peut être exercé sur une échelle commerciale, les Autochtones ne sont qu'un des groupes participants, et, comme il a été dit dans *Gladstone*, précité, la prise en compte des intérêts des non-autochtones peut, lorsque les circonstances le justifient, constituer un objectif tout à fait légitime. La proportionnalité est un facteur important. Dans sa demande de nouvelle audience, la Coalition a déclaré que la pêche au homard est la pêche [TRADUCTION] «à laquelle [ses] membres s'adonnent principalement et qui a suscité la controverse la plus sérieuse en ce qui a trait à l'exercice du droit issu du traité, depuis le dépôt des motifs du jugement». En réponse, on a déposé en preuve le témoignage par affidavit du Dr Gerard Hare, biologiste des pêches possédant une trentaine d'années d'expérience. L'exactitude du témoignage du Dr Hare n'a pas été contestée en réplique par la Coalition. Le Dr Hare a estimé à environ 1 885 000 le nombre de casiers à homard déposés chaque année dans les eaux côtières par les pêcheurs non autochtones des provinces de l'Atlantique, à l'exclusion de Terre-Neuve, et que,

42

food and limited commercial fishery constitute only a "minuscule" percentage of the non-aboriginal commercial catch of a particular species, such as lobster, bearing in mind, however, that a fishery that is "minuscule" on a provincial or regional basis could nevertheless raise conservation issues on a local level if it were concentrated in vulnerable fishing grounds.

[TRADUCTION] «[p]our mettre les choses en perspective, les récentes activités de pêche commerciale des Autochtones apparaissent comme infimes en comparaison». Constituerait un élément significatif la démonstration que, globalement, les activités de pêche alimentaire des Autochtones ainsi que leurs activités limitées de pêche commerciale ne constituent qu'un «infime» pourcentage des prises annuelles d'une espèce donnée, le homard par exemple, par les pêcheurs commerciaux non-autochtones, sans oublier cependant que des activités de pêche «infimes» à l'échelle d'une province ou d'une région pourraient néanmoins soulever des problèmes de conservation au niveau local si elles sont concentrées dans des champs de pêche vulnérables.

43 (d) *Aboriginal people are entitled to be consulted about limitations on the exercise of treaty and aboriginal rights.* The Court has emphasized the importance in the justification context of consultations with aboriginal peoples. Reference has already been made to the rule in *Sparrow*, *supra*, at p. 1114, repeated in *Badger*, *supra*, at para. 97, that:

> The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.

The special trust relationship includes the right of the treaty beneficiaries to be consulted about restrictions on their rights, although, as stated in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168:

> The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances.

This variation may reflect such factors as the seriousness and duration of the proposed restriction, and whether or not the Minister is required to act in response to unforeseen or urgent circumstances. As stated, if the consultation does not produce an agreement, the adequacy of the justification of the government's initiative will have to be litigated in the courts.

d) *Les peuples autochtones ont le droit d'être consultés à propos des restrictions à l'exercice des droits ancestraux ou issus de traités.* La Cour a souligné l'importance de la consultation des peuples autochtones dans le contexte de la justification. La règle suivante a été mentionnée dans *Sparrow*, précité, à la p. 1114, puis réitérée dans *Badger*, précité, au par. 97:

> Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.

Ces rapports spéciaux de fiduciaire comportent le droit pour les bénéficiaires du traité d'être consultés à l'égard des restrictions de leurs droits, quoique, comme il a été dit dans *Delgamuukw*, précité, au par. 168:

> La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances.

Cette obligation pourrait varier en raison de circonstances telles que la gravité et la durée de la restriction proposée, ou le fait que le ministre soit ou non contraint d'agir pour répondre à une situation imprévue ou urgente. Comme il a été expliqué, si les consultations n'aboutissent pas à une entente, la question du caractère approprié de la mesure proposée par le gouvernement devra être tranchée par les tribunaux.

(e) *The Minister has available for regulatory purposes the full range of resource management tools and techniques, provided their use to limit the exercise of a treaty right can be justified.* If the Crown establishes that the limitations on the treaty right are imposed for a pressing and substantial public purpose, after appropriate consultation with the aboriginal community, and go no further than is required, the same techniques of resource conservation and management as are used to control the non-native fishery may be held to be justified. Equally, however, the concerns and proposals of the native communities must be taken into account, and this might lead to different techniques of conservation and management in respect of the exercise of the treaty right.

In its written argument on this appeal, the Coalition also argued that no treaty right should "operate to involuntarily displace any non-aboriginal existing participant in any commercial fishery", and that "neither the authors of the Constitution nor the judiciary which interprets it are the appropriate persons to mandate who shall and shall not have access to the commercial fisheries". The first argument amounts to saying that aboriginal and treaty rights should be recognized only to the extent that such recognition would not occasion disruption or inconvenience to non-aboriginal people. According to this submission, if a treaty right would be disruptive, its existence should be denied or the treaty right should be declared inoperative. This is not a legal principle. It is a political argument. What is more, it is a political argument that was expressly rejected by the political leadership when it decided to include s. 35 in the *Constitution Act, 1982*. The democratically elected framers of the *Constitution Act, 1982* provided in s. 35 that "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized *and affirmed*" (emphasis added). It is the obligation of the courts to give effect to that national commitment. No useful purpose would be

e) *En matière de réglementation, le ministre dispose de toute la panoplie des outils et techniques de gestion des ressources, pourvu qu'il puisse justifier leur utilisation pour limiter l'exercice d'un droit issu de traité.* Si le ministère public établit que les limites auxquelles est assujetti l'exercice du droit issu du traité ont été imposées pour répondre à un objectif d'intérêt public réel et impérieux, à la suite de consultations appropriées avec la communauté autochtone et que ces limites ne vont pas au-delà de ce qui est requis, il est possible que le recours aux mêmes techniques de conservation et de gestion des ressources que celles utilisées dans le cas de la pêche pratiquée par les pêcheurs non autochtones soit déclaré justifié. De même, toutefois, les préoccupations et les propositions des communautés autochtones doivent être prises en compte et pourraient entraîner le recours à des techniques différentes de conservation et de gestion à l'égard de l'exercice du droit issu de traité. 44

Dans son argumentation écrite dans le présent pourvoi, la Coalition a également plaidé qu'aucun droit issu de traité ne devrait [TRADUCTION] «avoir pour effet d'écarter involontairement de toute activité de pêche commerciale quelque participant non autochtone», et que «ni les rédacteurs de la Constitution ni les juges qui l'interprètent ne sont les personnes indiquées pour prescrire qui peut ou non pêcher à des fins commerciales». Le premier argument revient à dire que les droits ancestraux ou issus de traités ne devraient être reconnus que dans les cas où cette reconnaissance ne cause aucun dérangement ou inconvénient aux non-autochtones. Suivant cet argument, si un droit issu de traité est source de dérangements, il faudrait en dénier l'existence ou le déclarer inopérant. Il ne s'agit pas là d'un principe juridique mais d'un argument de nature politique. Qui plus est, il s'agit d'un argument politique qui a été expressément rejeté par les dirigeants politiques lorsqu'ils ont décidé d'inclure l'art. 35 dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les auteurs démocratiquement élus de la *Loi constitutionnelle de 1982* y ont expressément indiqué, à l'art. 35, que «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus *et confirmés*» (italiques ajoutés). Les tribunaux ont 45

served by a rehearing of this appeal to revisit such fundamental and incontrovertible principles.

6. . . . *pursuant to section 27 of the Rules of the Supreme Court of Canada, [requests] an Order that [the Court's] judgment pronounced herein on the 17th day of September, 1999 be stayed pending disposition of the rehearing of the appeal, if ordered*

46 At no stage of this appeal, either before or after September 17, 1999, has any government requested a stay or suspension of judgment. The Coalition asks for the stay based on its theory that the ruling created broad gaps in the regulatory scheme, but for the reasons already explained, its contention appears to be based on a misconception of what was decided on September 17, 1999. The appellant should not have his acquittal kept in jeopardy while issues which are much broader than the specifics of his prosecution are litigated. The request for a stay of the acquittal directed on September 17, 1999, is therefore denied.

A Stay of the Broader Effect of the September 17, 1999 Majority Judgment

47 In the event the respondent Attorney General of Canada or the intervener Attorney General for New Brunswick should determine that it is in the public interest to apply for a stay of the effect of the Court's recognition and affirmation of the Mi'kmaq treaty right in its September 17, 1999 majority judgment, while leaving in place the acquittal of the appellant, the Court will entertain argument on whether it has the jurisdiction to grant such a stay, and if so, whether it ought to do so in this case.

l'obligation de donner effet à cet engagement national. Le fait d'entendre à nouveau le présent pourvoi afin de réexaminer des principes aussi fondamentaux et incontestables ne servirait aucune fin utile.

6. . . . *conformément à l'art. 27 des Règles de la Cour suprême du Canada, [la Coalition demande à la Cour] une ordonnance sursoyant à l'exécution du jugement qu'elle a rendu dans la présente affaire le 17 septembre 1999 jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée au terme de la nouvelle audition du présent pourvoi, si elle ordonne une nouvelle audience*

Aucun gouvernement n'a demandé, à quelque étape du présent pourvoi, que ce soit avant ou après le 17 septembre 1999, qu'il soit sursis à l'exécution du jugement. La Coalition demande un tel sursis sur le fondement de sa thèse que le jugement aurait créé de grands vides dans le régime de réglementation. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, cette thèse semble reposer sur une méprise quant à ce qui a été décidé le 17 septembre 1999. L'acquittement de l'appelant ne devrait pas être mis en péril pendant que l'on débattrait de questions beaucoup plus générales que les faits précis pour lesquels il était poursuivi. La requête demandant qu'il soit sursis à la prise d'effet de l'acquittement prononcé le 17 septembre 1999 est par conséquent rejetée.

Sursis d'exécution visant les effets généraux de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999

Dans l'éventualité où la procureure générale du Canada intimée ou le procureur général du Nouveau-Brunswick intervenant déciderait qu'il est dans l'intérêt du public de demander à notre Cour qu'elle sursoie à la prise d'effet de la reconnaissance et de la confirmation du droit issu de traité des Mi'kmaq prononcées dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, tout en maintenant l'acquittement de l'appelant, la Cour entendra les arguments des intéressés relativement à la question de savoir si elle a compétence pour accorder un tel sursis, et, dans l'affirmative, si elle devrait le faire en l'espèce.

Disposition

The Coalition's motion is dismissed with costs.

Motion dismissed.

Solicitors for the applicant the West Nova Fishermen's Coalition: Daley, Black & Moreira, Halifax.

Solicitor for Donald John Marshall, Jr., respondent on the motion: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner, Nova Scotia.

Solicitor for Her Majesty the Queen, respondent on the motion: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the Native Council of Nova Scotia, respondent on the motion: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.

Solicitors for the Union of New Brunswick Indians, respondent on the motion: Getty, Bear, Fredericton.

Dispositif

La requête de la Coalition est rejetée avec dépens. 48

Requête rejetée.

Procureurs de la requérante la West Nova Fishermen's Coalition: Daley, Black & Moreira, Halifax.

Procureur de Donald John Marshall, Jr., intimé à la requête: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner (Nouvelle-Écosse).

Procureur de Sa Majesté la Reine, intimée à la requête: La procureure générale du Canada, Ottawa.

Procureurs du Native Council of Nova Scotia, intimé à la requête: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.

Procureurs de l'Union of New Brunswick Indians, intimée à la requête: Getty, Bear, Fredericton.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1999 Vol. 3

Cited as [1999] 3 S.C.R. 569-757

4e cahier, 1999 Vol. 3

Renvoi [1999] 3 R.C.S. 569-757

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2000.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

CONTENTS

R. *v.* Brown **660**

Armed Forces — Civil offences — Defence of entrapment — Member of Armed Forces charged with trafficking in narcotics — President of Standing Court Martial ordering stay of proceedings — Court Martial Appeal Court quashing stay on basis that President of Standing Court Martial misunderstood test for entrapment and breadth of offence — No reversible error in President of Standing Court Martial's decision — Stay of proceedings restored.

R. *v.* F. (W.J.) **569**

Evidence — Hearsay — Necessity and reliability exception — Sexual assault of child — Child making statements to relatives but not responding verbally to questions at trial — No reason given for failure to testify — Whether reason for failure to testify required for finding that out-of-court statements admissible as necessary and reliable.

R. *v.* Fleming **662**

Criminal law — Sexual offences — Reasonable doubt — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual offences — Trial judge's charge on reasonable doubt and re-charge on use of similar fact evidence containing errors — Proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code inapplicable — Court of Appeal's judgment quashing convictions and ordering new trial affirmed.

R. *v.* Groot **664**

Criminal law — Assault — Court of Appeal correctly relying on trial judge's finding that accused allowed prisoner's head to come into contact with desk and floor to set aside acquittal and enter conviction for common assault.

R. *v.* Lance **658**

Criminal law — Sexual assault — Trial judge making no error in charge to jury, in admission of evidence and with respect to complainant's emotional state — Conviction affirmed.

R. *v.* Mills **668**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to fair trial — Right to make full answer and defence — Right to privacy — Right to equality — Sexual offences — Production of records to accused — Balancing of rights and interests: privacy, equality and full answer and defence — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings infringing ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether infringement justified — Whether constitutional challenge premature — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

Continued on next page

SOMMAIRE

R. *c.* Brown **660**

Forces armées — Infractions civiles — Défense de provocation policière — Membre des Forces armées accusé de trafic de stupéfiants — Président de la cour martiale permanente ordonnant l'arrêt des procédures — Cour d'appel de la cour martiale annulant l'ordonnance pour le motif que le président de la cour martiale permanente a mal compris le critère applicable en matière de provocation policière et l'étendue de l'infraction visée — Aucune erreur justifiant l'infirmation de la décision du président de la cour martiale permanente — Ordonnance prononçant l'arrêt des procédures rétablie.

R. *c.* F. (W.J.) **569**

Preuve — Ouï-dire — Exception fondée sur la nécessité et la fiabilité — Agression sexuelle d'une enfant — Enfant ayant fait des déclarations à des membres de sa famille mais ne répondant pas verbalement aux questions posées lors du procès — Aucune raison donnée pour expliquer l'omission de témoigner — La raison de l'omission de témoigner est-elle requise pour pouvoir conclure à l'admissibilité de déclarations extrajudiciaires pour le motif qu'elles sont nécessaires et fiables?

R. *c.* Fleming **662**

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Doute raisonnable — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Erreurs par le juge du procès dans l'exposé sur le doute raisonnable et le nouvel exposé sur l'utilisation de la preuve de faits similaires — Dispositions de l'art. 686(1)b)(iii) du Code criminel inapplicables — Cour d'appel écartant les déclarations de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — Jugement confirmé.

R. *c.* Groot **664**

Droit criminel — Voies de fait — Cour d'appel justifiée d'écarter l'acquittement et de déclarer l'accusé coupable de voies de fait simples en se fondant sur la conclusion du juge du procès que l'accusé a fait en sorte que la tête du prisonnier vienne en contact avec le pupitre et avec le plancher.

R. *c.* Lance **658**

Droit criminel — Agression sexuelle — Aucune erreur commise par le juge du procès dans son exposé au jury ni en ce qui concerne l'admission de la preuve ou l'état émotif du plaignant — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. *c.* Mills **668**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à un procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Droit à la vie privée — Droit à l'égalité — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Sexual offences — Production of records to accused — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

R. *v.* Timm **666**

Constitutional law — Fundamental justice — Right to silence — Admissibility of evidence — First degree murder and conspiracy — Statements made by accused after prolonged detention leading to murder weapon — Murder weapon properly admitted.

R. *v.* W. (G.) **597**

Criminal law — Appeals — Court of Appeal — Jurisdiction — Sentencing — Whether Court of Appeal has inherent jurisdiction to vary sentence where no appeal from sentence has been sought — Whether Court of Appeal can ease its concern over what it feels is an improper sentence by inviting counsel to seek leave to appeal.

Shell Canada Ltd. *v.* Canada **616**

Practice — Supreme Court of Canada — Cross-appeal — Court of Appeal reversing Tax Court's finding on interest expense deduction but affirming finding that gain realized by taxpayer in currency transaction is capital gain not income — Taxpayer granted leave to appeal to Supreme Court — Respondent wishing to keep capital gain issue alive without seeking leave to cross-appeal — Respondent's argument on capital gain issue would not, if accepted, uphold Court of Appeal's judgment — Respondent required to obtain leave to cross-appeal to raise capital gain issue in Supreme Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 29(1), (3).

Shell Canada Ltd. *v.* Canada **622**

Income Tax — Income from business — Deductions — Interest — Taxpayer entering into debenture agreements with foreign lenders to borrow NZ dollars — NZ dollars used by taxpayer to purchase US dollars pursuant to forward exchange contract with foreign bank — Interest on debentures payable semi-annually at market rate — Whether s. 20(1)(c)(i) of Income Tax Act allows taxpayer to deduct from its income all of semi-annual interest payments made to lenders under debenture agreements — If so, whether s. 67 or former s. 245(1) of Income Tax Act applicable to reduce deduction to amount that would have been paid if US dollars had been borrowed directly — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(c)(i), 67 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 245(1).

Income Tax — Income or capital gain — Net foreign exchange gain — Whether net foreign exchange gain taxable as income or as capital gain.

SOMMAIRE (Suite)

l'accusé — Évaluation de droits et d'intérêts en matière de vie privée, d'égalité et de défense pleinè et entière — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel portent-elles atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — La contestation constitutionnelle est-elle prématurée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel sont-elles inconstitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

R. *c.* Timm **666**

Droit constitutionnel — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Admissibilité de la preuve — Meurtre au premier degré et complot — Déclarations de l'accusé faites à l'issue d'une détention prolongée menant à la découverte de l'arme du crime — Arme du crime admise en preuve à bon droit.

R. *c.* W. (G.) **597**

Droit criminel — Appels — Cour d'appel — Compétence — Détermination de la peine — Une cour d'appel possède-t-elle une compétence inhérente lui permettant de modifier la peine infligée en l'absence d'un appel interjeté contre la sentence? — Une cour d'appel peut-elle apaiser ses inquiétudes à l'égard d'une peine qu'elle juge inadéquate en invitant l'avocat à demander l'autorisation d'en appeler?

Shell Canada Ltée *c.* Canada **616**

Pratique — Cour suprême du Canada — Appel incident — Cour d'appel infirmant la décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant la déduction d'intérêts à titre de dépense, mais confirmant la décision qu'un gain réalisé par le contribuable dans le cadre d'une opération en devises est un gain en capital et non pas un revenu — Contribuable autorisé à interjeter appel devant la Cour suprême — Intimée souhaitant garder ouverte la question du gain en capital sans demander l'autorisation d'interjeter un appel incident — Argument de l'intimée sur la question du gain en capital ne mènerait pas, s'il était retenu, à la confirmation du jugement de la Cour d'appel — Nécessité pour l'intimée d'obtenir une autorisation d'appel incident pour soulever une question de gain en capital devant la Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1), (3).

Shell Canada Ltée *c.* Canada **622**

Impôt sur le revenu — Revenu tiré d'une entreprise — Déduc-

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

tions — Intérêt — Conclusion par le contribuable de contrats d'achat de débentures avec des prêteurs étrangers pour emprunter des dollars néo-zélandais — Affectation par le contribuable des dollars néo-zélandais à l'achat de dollars américains en application d'un contrat de change à terme intervenu avec une banque étrangère — Paiements semestriels d'intérêts sur les débentures au taux du marché — L'article 20(1)c)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet-il au contribuable de déduire de son revenu la totalité des intérêts versés tous les six mois aux prêteurs conformément aux contrats d'achat de débentures? — Dans l'affirmative, l'art. 67 ou l'ancien art. 245(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu s'appliquent-ils de façon à ramener le montant de la déduction à la somme qui aurait été versée si les dollars américains avaient été empruntés directement? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^{e} suppl.), art. 20(1)c)(i), 67 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 245(1).

Impôt sur le revenu — Revenu ou gain en capital — Gain de change net — Le gain de change net est-il imposable à titre de revenu ou de gain en capital?

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

W.J.F. *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* F. (W.J.)

File No.: 26854.

1999: May 19; 1999: October 15.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,* McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Evidence — Hearsay — Necessity and reliability exception — Sexual assault of child — Child making statements to relatives but not responding verbally to questions at trial — No reason given for failure to testify — Whether reason for failure to testify required for finding that out-of-court statements admissible as necessary and reliable.

The accused was charged with sexually assaulting a five-year-old girl. The complainant, who was six years and eight months old at trial, testified in a cleared courtroom behind a screen with a support person present. She did not answer when asked about the assaults and did not adopt a videotape of her extensive account given to the police. Crown counsel applied to have her out-of-court statements to relatives about the alleged assaults introduced into evidence for the truth of their contents as an exception to the hearsay rule, on the basis that the statements met the requirements of necessity and reliability. On a *voir dire*, the trial judge ruled that the statements were inadmissible because the Crown, since it had not presented evidence establishing why the child failed to testify, had failed to establish necessity. The Crown presented no further evidence, and the accused was acquitted. The majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. At issue here is whether the

*Cory J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

W.J.F. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* F. (W.J.)

N° du greffe: 26854.

1999: 19 mai; 1999: 15 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory*, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Preuve — Ouï-dire — Exception fondée sur la nécessité et la fiabilité — Agression sexuelle d'une enfant — Enfant ayant fait des déclarations à des membres de sa famille mais ne répondant pas verbalement aux questions posées lors du procès — Aucune raison donnée pour expliquer l'omission de témoigner — La raison de l'omission de témoigner est-elle requise pour pouvoir conclure à l'admissibilité de déclarations extrajudiciaires pour le motif qu'elles sont nécessaires et fiables?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle d'une enfant de cinq ans. La plaignante, qui était âgée de six ans et huit mois au moment du procès, a témoigné à huis clos derrière un écran, en présence d'une personne chargée de l'assister. Elle n'a pas répondu aux questions portant sur les agressions en cause et n'a pas confirmé le contenu d'un enregistrement magnétoscopique du récit complet qu'elle en avait fait à la police. L'avocat du ministère public a ensuite demandé que les déclarations extrajudiciaires qu'elle avait faites à des membres de sa famille relativement aux agressions alléguées soient produites comme preuve de la véracité de leur contenu, à titre d'exception à la règle du ouï-dire, pour le motif que ces déclarations satisfaisaient aux exigences de nécessité et de fiabilité. À la suite d'un voir-dire, le juge du procès a décidé que ces déclarations étaient inadmissibles parce que le ministère public n'avait pas établi la nécessité étant donné qu'il n'avait présenté aucune preuve établissant pourquoi l'enfant n'avait pas témoigné. Le ministère public n'a présenté aucun autre élément de preuve et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel du ministère public. Il s'agit en l'espèce de savoir si le ministère public était incapable

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

Crown could not establish necessity absent extrinsic evidence explaining why the child refused to testify.

Held (Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.: The requirement of necessity may be established either on the basis of what has happened at trial or on the basis of evidence. Evidence as to the reason why the child fails to give evidence in court, while often useful, is not essential. What is required is that the trial judge be satisfied that the evidence is unavailable despite reasonable efforts to obtain it. Fear or disinclination, without more, do not constitute necessity. If the circumstances reveal that the child cannot, for whatever reason, give evidence in a meaningful way, then the trial judge may conclude that it is self-evident, or evident from the proceedings, that out-of-court statements are "necessary" if the court is to get the evidence and discover the truth of the matter. An insistence on evidence to support necessity in every case cannot be reconciled with the values underlying the hearsay rule and the increasing sensitivity in society generally to the difficulties children face when called upon to testify. Here, the record disclosed inability to testify consistent with trauma and negated the suggestion that the child was unwilling to testify.

Per L'Heureux-Dubé J.: Although in complete agreement with the reasons of McLachlin J., the need for increased sensitivity to the difficulties that child witnesses face required emphasis. Separating the child witness from the alleged abuser does not erase the trauma of testifying. When a child witness is unable to respond in a meaningful way, sometimes what happened may make it so clear that the witness was truly unable to testify that necessity can be inferred absent evidence as to why the witness cannot testify. Expert testimony is neither a panacea nor a prerequisite to observing and understanding the traumatized child witness.

Per Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. (dissenting): A finding of necessity for the admission of hearsay evidence requires an evidentiary foundation that is appropriate in the circumstances. If the trial judge is to satisfy him- or herself that the hearsay evidence is actually necessary, counsel attempting to introduce the evi-

d'établir la nécessité en l'absence de preuve extrinsèque expliquant pourquoi l'enfant refusait de témoigner.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les juges Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie: La nécessité requise peut être établie soit en fonction de ce qui s'est passé au procès, soit en fonction d'éléments de preuve. La preuve qui explique pourquoi l'enfant ne témoigne pas en cour, bien qu'elle soit souvent utile, n'est pas essentielle. Ce qui est nécessaire, c'est que le juge du procès soit convaincu que le témoignage n'est pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir. La peur ou le manque d'enthousiasme, sans plus, ne constitue pas de la nécessité. Si les circonstances révèlent que l'enfant ne peut pas, pour une raison quelconque, témoigner de façon utile, le juge du procès peut alors conclure qu'il est évident en soi, ou évident d'après ce qui s'est passé au procès, que les déclarations extrajudiciaires sont «nécessaires» pour que le tribunal puisse obtenir la preuve et découvrir la vérité. Le fait d'insister pour qu'une preuve étayant la nécessité soit présentée dans tous les cas n'est pas conciliable avec les valeurs sous-jacentes de la règle du ouï-dire et la sensibilité accrue de la société en général aux difficultés qu'éprouvent les enfants appelés à témoigner. En l'espèce, le dossier révélait une incapacité de témoigner susceptible d'être due à un traumatisme, et écartait l'idée que l'enfant ne voulait pas témoigner.

Le juge L'Heureux-Dubé: En dépit d'un accord complet avec les motifs du juge McLachlin, la nécessité de développer une sensibilité accrue vu les difficultés qu'éprouvent les enfants appelés à témoigner mérite d'être soulignée. Séparer le témoin enfant de son prétendu agresseur n'efface pas le traumatisme que lui cause son témoignage. Lorsqu'un témoin enfant n'arrive pas à répondre de façon utile, il peut parfois être si évident, d'après ce qui s'est passé, que le témoin était réellement incapable de déposer, qu'il est possible de déduire la nécessité sans disposer d'une preuve expliquant pourquoi le témoin ne peut pas déposer. La preuve d'expert n'est ni une panacée ni une condition préalable pour observer et comprendre le témoin enfant traumatisé.

Le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major (dissidents): Conclure qu'il est nécessaire d'admettre une preuve par ouï-dire requiert un fondement probant approprié dans les circonstances. Si le juge du procès doit s'assurer que la preuve par ouï-dire est réellement nécessaire, il incombe à l'avocat qui tente de présenter

dence must make some reasonable attempt to establish such a foundation. Here, the Crown did not take even simple steps to determine if the witness could continue after a pause. The reason a witness has stopped talking has everything to do with present or future availability and ability to testify and must accordingly be subject to a specific determination based on an evidentiary foundation before the admission of hearsay evidence becomes reasonably necessary.

cette preuve de tenter raisonnablement d'établir un tel fondement. En l'espèce, le ministère public n'a même pas pris des mesures élémentaires en vue de déterminer si le témoin pourrait continuer après une pause. La raison pour laquelle un témoin a cessé de parler est directement liée à sa disponibilité présente et future pour déposer et à sa capacité présente ou future de le faire, et doit, par conséquent, faire l'objet d'une décision particulière fondée sur une preuve pour que l'admission d'une preuve par ouï-dire devienne raisonnablement nécessaire.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. P. (J.)*, [1993] 1 S.C.R. 469, aff'g (1992), 13 C.R. (4th) 79, 74 C.C.C. (3d) 276; **referred to:** *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. C.N.* (1997), 195 A.R. 387; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, leave to appeal refused, [1966] S.C.R. vii; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. B. (K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Aguilar* (1992), 10 O.R. (3d) 266; *R. v. P. (J.)*, [1993] 1 S.C.R. 469, aff'g (1992), 13 C.R. (4th) 79, 74 C.C.C. (3d) 276.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16 [repl. c. 19 (3rd Supp.), s. 18; am. 1994, c. 44, s. 89].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1 [ad. c. 19 (3rd Supp.), s. 16; repl. 1997, c. 16, s. 7].

Authors Cited

American Psychological Association. Brief for *Amicus Curiae* in *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), 1989 U.S. Briefs 478 (Lexis).
Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montreal: Thémis, 1993, 231.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. P. (J.)*, [1993] 1 R.C.S. 469, conf. (1992), 13 C.R. (4th) 79; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. C.N.* (1997), 195 A.R. 387; *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, autorisation de pourvoi refusée, [1966] R.C.S. vii; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Aguilar* (1992), 10 O.R. (3d) 266; *R. c. P. (J.)*, [1993] 1 R.C.S. 469, conf. (1992), 13 C.R. (4th) 79.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1 [aj. ch. 19 (3e suppl.), art. 16; rempl. 1997, ch. 16, art. 7].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16 [rempl. ch. 19 (3e suppl.), art. 18; mod. 1994, ch. 44, art. 89].

Doctrine citée

American Psychological Association. Brief for *Amicus Curiae* in *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), 1989 U.S. Briefs 478 (Lexis).
Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», dans Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal: Thémis, 1993, 231.

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.

Bulkley, Josephine, and Claire Sandt, eds. *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse.* Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994.

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children* ("Badgley Report"). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Castel, Jacqueline. "The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?" (1992), 10 *Can. J. Fam. L.* 283.

Harvey, Wendy, and Paulah Edwards Dauns. *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process.* Toronto: Butterworths, 1993.

Marchese, Claudia L. "Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child's Trauma Against the Defendant's Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*" (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 411.

McLeer, Susan V., et al. "Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children", *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650-654.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Child Witnesses.* Toronto: The Commission, 1991.

Paciocco, David M. "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 *Queen's L.J.* 345.

Roberts, Julian V. *Sexual Assault Legislation in Canada, An Evaluation: An Analysis of National Statistics* (Report No. 4). Ottawa: Department of Justice, 1990.

Saywitz, Karen. "Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application", in Josephine Bulkley and Claire Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse.* Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994, 15.

Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology.* London: Blackstone Press, 1990.

Western Australia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses.* Perth: The Commission, 1990.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5, 3rd ed. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1998), 165 D.L.R. (4th) 247, 128 C.C.C. (3d) 550, 18 C.R. (5th) 199, [1999] 3

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.

Bulkley, Josephine, and Claire Sandt, eds. *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse.* Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994.

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* («rapport Badgley»). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Castel, Jacqueline. «The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?» (1992), 10 *Rev. can. d. fam.* 283.

Harvey, Wendy, and Paulah Edwards Dauns. *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process.* Toronto: Butterworths, 1993.

Marchese, Claudia L. «Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child's Trauma Against the Defendant's Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*» (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 411.

McLeer, Susan V., et al. «Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children», *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650-654.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Child Witnesses.* Toronto: The Commission, 1991.

Paciocco, David M. «The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know» (1996), 21 *Queen's L.J.* 345.

Roberts, Julian V. *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation: Analyse des statistiques nationales* (Rapport nº 4). Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.

Saywitz, Karen. «Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application», in Josephine Bulkley and Claire Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse.* Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994, 15.

Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology.* London: Blackstone Press, 1990.

Western Australia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses.* Perth: The Commission, 1990.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5, 3rd ed. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1998), 165 D.L.R. (4th) 247, 128 C.C.C. (3d) 550, 18 C.R. (5th) 199, [1999] 3

W.W.R. 42, [1998] S.J. No. 604 (QL), dismissing an appeal from acquittal by Ebert Prov. Ct. J. Appeal allowed, Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Daryl Rayner, for the appellant.

David W. Andrews, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — This case is about a child witness who stopped answering questions during an examination. The Crown asked the trial judge to conclude that the witness was necessarily unavailable to provide further evidence, thus allowing the admission of hearsay evidence in the form of the witness's prior out-of-court statements to various relatives. The trial judge held that the Crown had failed to offer any evidence as to why the witness had stopped testifying and thus as to whether hearsay evidence was necessary. As a result, the trial judge refused to infer that hearsay evidence was now necessary. Justice McLachlin would overturn the holding of the trial judge. After a consideration of the difficult circumstances of this case, I find myself unable to agree with McLachlin J.'s conclusion.

Admitting hearsay evidence is always a serious matter. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 764, I highlighted the dangers inherent in hearsay evidence:

> . . . the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour and therefore the credibility of the declarant when the statement was made (as well as the trier's inability to ensure that the witness actually said what is claimed), and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent.

W.W.R. 42, [1998] S.J. No. 604 (QL), qui a rejeté l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Ebert de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Daryl Rayner, pour l'appelante.

David W. Andrews, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) — Il est question en l'espèce d'un témoin enfant qui a cessé de répondre aux questions qui lui étaient posées lors d'un interrogatoire. Le ministère public a demandé au juge du procès de conclure que ce témoin était nécessairement non disponible pour continuer à déposer, et d'autoriser ainsi l'admission d'une preuve par ouï-dire consistant en des déclarations extrajudiciaires que le témoin avait faites antérieurement à divers membres de sa famille. Le juge du procès a décidé que le ministère public n'avait présenté aucun élément de preuve expliquant pourquoi le témoin avait cessé de déposer et, partant, pourquoi une preuve par ouï-dire était nécessaire. En conséquence, le juge du procès a refusé de conclure qu'une preuve par ouï-dire était désormais nécessaire. Le juge McLachlin est d'avis d'écarter la décision du juge du procès. Compte tenu des circonstances difficiles de la présente affaire, il m'est impossible de souscrire à la conclusion du juge McLachlin. 1

Admettre une preuve par ouï-dire est toujours une chose sérieuse. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, à la p. 764, j'ai souligné les dangers inhérents de la preuve par ouï-dire: 2

> . . . l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite; l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite (ainsi que l'impossibilité pour le juge des faits de s'assurer que le témoin a vraiment dit ce que l'on prétend qu'il a dit), et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite.

While not all of these dangers apply to every type of hearsay evidence, their general presence underlines the importance to a fair justice system of trial judges' treating hearsay evidence in a prudent fashion.

3 Balanced against this, of course, is the reality that hearsay evidence may be the best or the only evidence going to some critical fact. This Court has adopted a modern, principled approach to hearsay evidence, recognizing that out-of-court statements may be admitted for the truth of their contents where their admission is reasonably necessary to the determination of a fact in issue and where the circumstances surrounding these statements tend to support their reliability. See *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. This Court has also properly taken up its role in protecting the most vulnerable members of our society by recognizing the trauma that children who are victims of horrible crimes may face in appearing in court and by interpreting the *Khan* and *Smith* principles in an appropriately flexible fashion. See *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 20.

4 In interpreting these principles flexibly, however, we must not forget that the reasonable necessity criterion is a real requirement that serves as an important protection in our criminal justice system. It is not a mere formality established whenever a witness is uncommunicative for some unknown reason; it requires an evidentiary foundation. McLachlin J. has written elsewhere: "There is no presumption of necessity; it must always be considered on the circumstances of a particular case" (*Rockey*, *supra*, at para. 17 (emphasis added)). In my respectful view, McLachlin J.'s approach in the case at bar would require a trial judge to infer necessity in circumstances where the Crown failed to take even simple steps to establish it.

5 Commencing at para. 33, McLachlin J. separates the reasons for which a witness is not testifying from the question of that witness's availability and,

Bien que ces dangers ne s'appliquent pas intégralement à tous les types de preuve par ouï-dire, leur existence en général souligne que, pour assurer l'équité d'un système judiciaire, il importe que le juge du procès traite avec prudence la preuve par ouï-dire.

En revanche, bien entendu, la preuve par ouï-dire peut constituer la meilleure ou la seule preuve concernant un fait décisif. Notre Cour a adopté une approche moderne et fondée sur des principes relativement à la preuve par ouï-dire, en reconnaissant que les déclarations extrajudiciaires peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu lorsque leur admission est raisonnablement nécessaire à la détermination d'un fait en litige et lorsque les circonstances entourant ces déclarations tendent à étayer leur fiabilité. Voir *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Notre Cour a aussi assumé à bon droit son rôle de protection des membres les plus vulnérables de notre société en reconnaissant le traumatisme que peuvent subir les enfants victimes de crimes horribles lorsqu'ils comparaissent en cour, et en donnant aux principes des arrêts *Khan* et *Smith* une interprétation plus appropriée. Voir *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 20.

Toutefois, en interprétant ces principes d'une manière souple, nous ne devons pas oublier que le critère de la nécessité raisonnable est une exigence réelle qui constitue une protection importante dans notre système de justice criminelle. Il ne s'agit pas simplement d'une formalité à remplir chaque fois qu'un témoin se montre peu communicatif pour une raison inconnue; il doit y avoir une preuve en ce sens. Dans un autre arrêt, le juge McLachlin a écrit: «Il n'existe pas de présomption de nécessité; chaque cas doit être examiné à la lumière des circonstances qui lui sont propres» (*Rockey*, précité, au par. 17 (je souligne)). J'estime, en toute déférence, que l'approche adoptée en l'espèce par le juge McLachlin obligerait le juge du procès à déduire la nécessité dans des circonstances où le ministère public n'a même pas tenté de l'établir.

À partir du par. 33, le juge McLachlin établit une distinction entre les raisons pour lesquelles un témoin ne dépose pas et la question de la disponi-

thus, from the issue of the necessity of introducing substitute hearsay evidence. What this dichotomy obscures is the reality that why a witness is not testifying has everything to do with that witness's present or future availability and ability to testify. A witness suffering a temporary physical illness is different from a witness who is on the verge of suffering permanent mental trauma, who is different from a witness who is effectively recanting, who is in turn different from a witness who simply decides not to participate in the process. Without knowing why a witness is uncommunicative, we cannot know whether that witness is genuinely unavailable or, accordingly, whether resort to hearsay evidence is reasonably necessary.

bilité de ce témoin et, ainsi, la question de la nécessité de présenter une preuve par ouï-dire substitutive. Cette dichotomie masque le fait que la raison pour laquelle un témoin ne dépose pas est directement liée à sa disponibilité présente ou future pour déposer et à sa capacité présente ou future de le faire. Le témoin temporairement atteint d'une maladie physique est différent du témoin au bord du traumatisme mental permanent, lequel diffère du témoin qui se rétracte effectivement et qui, à son tour, est différent du témoin qui décide simplement de ne pas participer au processus. Si nous ignorons pourquoi un témoin est peu communicatif, nous ne pouvons pas savoir si ce témoin est véritablement non disponible ni, par conséquent, si le recours à une preuve par ouï-dire est raisonnablement nécessaire.

It is appropriate for a trial judge to be quite cautious in making determinations as to why a witness has stopped testifying. A trial judge is unlikely to bring to the bench any particular medical expertise. To ask the trial judge to guess and make assumptions about why a witness has stopped testifying puts a heavy burden on him or her. This burden is all the heavier when the trial judge has no expertise to evaluate the risks of harm to a child witness in proceeding, yet he or she must try to evaluate these in a charged context with a great deal at stake.

6 Il est opportun que le juge du procès soit très prudent en déterminant pourquoi un témoin a cessé de déposer. Le juge du procès est peu susceptible d'être doté d'une compétence médicale particulière. C'est lui imposer un lourd fardeau que de lui demander d'essayer de deviner pourquoi un témoin a cessé de déposer. Ce fardeau est d'autant plus lourd que le juge du procès n'a pas la compétence voulue pour évaluer les risques de préjudice auxquels sera exposé le témoin enfant en déposant, et pourtant il doit tenter de les évaluer dans un contexte tendu où l'enjeu est considérable.

A finding of necessity for the admission of hearsay evidence requires an evidentiary foundation that is appropriate in the circumstances: see *Khan*, *supra*, at p. 546. If the trial judge is to satisfy him- or herself that the hearsay evidence is actually necessary, it is incumbent on counsel attempting to introduce the evidence to make some reasonable attempt to establish such a foundation. In *R. v. Aguilar* (1992), 10 O.R. (3d) 266, a case not dissimilar from that at bar, the Ontario Court of Appeal considered a situation where the Crown had adduced no evidence as to why a child witness's testimony in court did not go as far as her earlier out-of-court statements. The Ontario Court of Appeal held that this meant that the Crown had failed to establish the reasonable necessity of admitting the hearsay statements. This is not a

7 Conclure qu'il est nécessaire d'admettre une preuve par ouï-dire requiert un fondement probant approprié dans les circonstances: voir *Khan*, précité, à la p. 546. Si le juge du procès doit s'assurer que la preuve par ouï-dire est réellement nécessaire, il incombe à l'avocat qui tente de présenter cette preuve de tenter raisonnablement d'établir un tel fondement. Dans *R. c. Aguilar* (1992), 10 O.R. (3d) 266, une affaire semblable à celle dont nous sommes saisis, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné une situation où le ministère public n'avait présenté aucun élément de preuve expliquant pourquoi le témoignage en cour d'une enfant n'allait pas aussi loin que ses déclarations extrajudiciaires antérieures. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que cela signifiait que le ministère public n'avait pas établi la nécessité raisonnable d'admettre les

matter of treating child witnesses more harshly than adult witnesses, as McLachlin J. claims at para. 42. Rather, it is a matter of acting prudently in admitting anyone's hearsay evidence when there seems to be a viable alternative in the form of direct testimony and, particularly, when the liberty of an accused is at stake.

déclarations relatées. Il ne s'agit pas de traiter les témoins enfants plus durement que les témoins adultes, comme l'affirme le juge McLachlin au par. 42. Il s'agit plutôt d'agir prudemment en admettant une preuve par ouï-dire quand il semble exister une solution de rechange viable sous forme de témoignage direct et, en particulier, quand la liberté d'un accusé est en jeu.

8 Where a trial judge determines that a witness is unavoidably unavailable or incompetent to testify and a party is unable to obtain evidence of a similar quality from another source, the reasonable necessity of out-of-court statements might appear self-evident. For example, in *R. v. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, the Quebec Court of Appeal recognized that it was impossible for a toddler to appear as a competent witness, thus making the introduction of her out-of-court statements reasonably necessary. I note, however, that the determination of necessity in such circumstances resulted from a prior determination of the witness's incapacity. McLachlin J., in affirming the Quebec Court of Appeal's decision on behalf of a unanimous Supreme Court of Canada, effectively recognized that such a determination was something that itself required inquiry: *R. v. P. (J.)*, [1993] 1 S.C.R. 469.

Lorsque le juge du procès décide qu'un témoin est inévitablement non disponible pour déposer ou inhabile à le faire et qu'une partie est incapable d'obtenir une preuve de qualité comparable auprès d'une autre source, la nécessité raisonnable de déclarations extrajudiciaires pourrait sembler évidente en soi. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. P. (J.)* (1992), 13 C.R. (4th) 79, la Cour d'appel du Québec a reconnu qu'il était impossible pour une bambine d'être considérée comme un témoin habile à déposer, ce qui rendait donc la présentation de ses déclarations extrajudiciaires raisonnablement nécessaire. Je souligne, cependant, que la conclusion de nécessité dans ces circonstances découlait d'une conclusion antérieure que le témoin était incapable de déposer. En confirmant l'arrêt de la Cour d'appel du Québec au nom de la Cour suprême du Canada à l'unanimité, le juge McLachlin a en réalité reconnu qu'une telle conclusion requérait en soi une enquête: *R. c. P. (J.)*, [1993] 1 R.C.S. 469.

9 In the case at bar, the trial judge determined that the child witness was competent to testify. The process was not entirely easy. The witness was unfamiliar with the courtroom, and the record shows clearly that there were numerous occasions when either she gave a non-verbal response or the recorder did not pick up her verbal response. However, it is indisputable that she answered many questions. When she stopped answering questions, Crown counsel adduced no evidence as to why she had stopped. Crown counsel did not even take the simple step of asking for an adjournment to determine in an appropriately sensitive manner if the witness could continue after a pause.

En l'espèce, le juge du procès a décidé que le témoin enfant était habile à déposer. Tout ne s'est pas déroulé aisément. Le témoin n'était pas familier avec la salle d'audience, et le dossier montre clairement qu'à maintes reprises elle a donné soit une réponse non verbale soit une réponse verbale qui n'a pu être captée par le système d'enregistrement. Cependant, elle a incontestablement répondu à de nombreuses questions. Quand elle a cessé de répondre aux questions qui lui étaient posées, l'avocat du ministère public n'a présenté aucun élément de preuve expliquant pourquoi elle avait cessé de le faire. Il n'a même pas pris la peine de demander un ajournement afin de pouvoir déterminer avec toute la délicatesse voulue si le témoin pourrait continuer après une pause.

Works written in the area specifically refer to an adjournment as a step that may help to deal with a situation where a child witness stops talking during testimony: W. Harvey and P. Dauns, *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process* (1993), at p. 184; K. Saywitz, "Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application", in J. Bulkley and C. Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994), 15, at p. 40. The Crown failed to take simple, appropriate steps that might have enabled the witness to continue testifying and that would have helped the trial judge to determine whether the witness could resume testifying.

Des ouvrages rédigés en la matière décrivent expressément l'ajournement comme une mesure susceptible d'être utile pour remédier à une situation où un témoin enfant cesse de témoigner: W. Harvey et P. Dauns, *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process* (1993), à la p. 184; K. Saywitz, «Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application», dans J. Bulkley et C. Sandt, dir., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994), 15, à la p. 40. Le ministère public n'a même pas pris des mesures élémentaires qui auraient pu permettre au témoin de continuer à déposer et qui auraient aidé le juge du procès à déterminer si le témoin pouvait reprendre son témoignage. 10

The trial judge, who had the unique opportunity to observe the witness's demeanour and comportment, found that she simply did not know why the witness had stopped answering questions. Who knows? Maybe she did not, understanding the promise to tell the truth, want to repeat that which she had said earlier while not under such a promise. Accordingly, in balancing the need for a fair trial process with the need for sensitivity to the circumstances of child witnesses, she held that the Crown had not set out a foundation for the reasonable necessity of the use of hearsay evidence despite the dangers associated with it. The Saskatchewan Court of Appeal upheld the trial judge's exercise of discretion. I see no reason to disturb it. In my view, the reason a witness stops talking has everything to do with his or her present or future availability and ability to testify. This means that it must be the subject of a specific determination by the trial judge based on an evidentiary foundation before the admission of hearsay evidence becomes reasonably necessary. I would dismiss the appeal.

Le juge du procès, qui était dans une position privilégiée pour observer le comportement et la conduite du témoin, a conclu qu'elle ne savait absolument pas pourquoi le témoin avait cessé de répondre aux questions qui lui étaient posées. Qui sait? Peut-être que, comprenant la nature de la promesse de dire la vérité, elle ne voulait pas répéter ce qu'elle avait dit auparavant sans avoir fait une telle promesse. Par conséquent, en soupesant le besoin d'assurer l'équité du procès avec celui de prendre en considération la situation des témoins enfants, le juge du procès a décidé que le ministère public n'avait pas établi qu'il était raisonnablement nécessaire d'utiliser une preuve par ouï-dire malgré les dangers qu'une telle preuve comporte. La Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé la validité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Je ne vois aucun motif de modifier cette décision. À mon avis, la raison pour laquelle un témoin cesse de parler est directement liée à sa disponibilité présente et future pour déposer et à sa capacité présente ou future de le faire. Cela signifie que, pour que l'admission d'une preuve par ouï-dire devienne raisonnablement nécessaire, il faut que le juge du procès prenne à ce sujet une décision particulière fondée sur une preuve. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 11

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I am in complete agreement with the reasons of my colleague Justice

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis entièrement d'accord avec les motifs de ma collègue le 12

McLachlin. I write separately to emphasize the need for increased sensitivity to the difficulties that children face when called upon to testify, particularly in abuse cases.

13 The extent of sexual abuse of children in this country is a tragic fact. See Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children* (1984) ("Badgley Report"). Reporting of sexual offences has increased since the Badgley Report, see J. V. Roberts, *Sexual Assault Legislation in Canada, An Evaluation: An Analysis of National Statistics* (1990), at pp. 9-12, and it is estimated that up to 80 percent of all sexual offences involve children. See N. Bala and M. Bailey, "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, at p. 292. In recent years, we have come to realize that for children who are victimized by sexual abuse, their ordeal continues as they are forced to enter the strange and unfamiliar terrain of the courtroom. See K. Saywitz, "Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application", in J. Bulkley and C. Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994), 15, at pp. 37-38 (and sources cited therein); N. Bala, "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993), 231, at p. 233; J. R. Spencer and R. H. Flin, *The Evidence of Children: The Law and the Psychology* (1990), at pp. 290-97. Thus, Parliament has taken important steps "to sensitize the law to the realities of the child witness" (para. 42). This Court has upheld the constitutionality of allowing complainants to testify behind a screen (*R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475) and of introducing a videotape of the complainant's statement regarding the offence (*R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419). In writing for a unanimous Court in *Levogiannis*, *supra*, at p. 483, I recognized that "young complainants often suffer tremendous stress when required to testify before those whom they accuse". As discussed in the brief for *amicus curiae* of the American Psychological Association in *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836

juge McLachlin. J'écris des motifs distincts pour souligner la nécessité de développer une sensibilité accrue vu les difficultés qu'éprouvent les enfants appelés à témoigner, particulièrement dans les cas de traitements abusifs.

L'ampleur des agressions sexuelles d'enfants dans notre pays est consternante. Voir Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984) («rapport Badgley»). Le nombre des infractions d'ordre sexuel signalées a augmenté depuis la publication du rapport Badgley, voir J. V. Roberts, *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation: Analyse des statistiques nationales* (1990), aux pp. 11 à 15, et on estime que, dans près de 80 pour 100 des cas, les victimes sont des enfants. Voir N. Bala et M. Bailey, «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, à la p. 292. Au cours des dernières années, nous nous sommes rendus compte que l'épreuve des enfants victimes d'agressions sexuelles se poursuit lorsqu'ils sont forcés de s'engager sur un terrain qui leur est totalement inconnu: la salle d'audience. Voir K. Saywitz, «Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application», dans J. Bulkley et C. Sandt, dir., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994), 15, aux pp. 37 et 38 (et les sources qui y sont citées); N. Bala, «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice* (1993), 231, à la p. 233; J. R. Spencer et R. H. Flin, *The Evidence of Children: The Law and the Psychology* (1990), aux pp. 290 à 297. Le Parlement a donc pris des mesures importantes pour «sensibiliser le droit aux réalités du témoin enfant» (par. 42). Notre Cour a confirmé la constitutionnalité de la pratique consistant à permettre aux plaignants de témoigner derrière un écran (*R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475) et à présenter un enregistrement magnétoscopique de la déclaration du plaignant relativement à l'infraction reprochée (*R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419). Dans les motifs unanimes que j'ai rédigés au nom de la Cour dans *Levogiannis*, précité, à la p. 483,

(1990) (1989 U.S. Briefs 478 (Lexis)), social science evidence supports this assertion.

j'ai reconnu que «l'obligation de témoigner devant ceux qu'ils accusent occasionne souvent aux jeunes plaignants un stress énorme». Comme le souligne le mémoire de l'American Psychological Association à l'intention de l'*amicus curiae*, déposé dans l'affaire *Maryland c. Craig*, 497 U.S. 836 (1990) (1989 U.S. Briefs 478 (Lexis)), les témoignages dans le domaine des sciences sociales étayent cette affirmation.

Yet separating the child witness from his or her alleged abuser does not erase the trauma of testifying. I agree that "[t]he entire court process may be alien and frightening to children, no matter how well briefed" (para. 43). The findings of the Ontario Law Reform Commission's *Report on Child Witnesses* (1991) support this assertion: "There is now a realization that furnishing evidence in court can be extremely traumatic for a child" (p. 70). Moreover, the Ontario Law Reform Commission recognized that testifying in court may cause children to suffer short or long term psychological damage (at p. 71, citing the Law Reform Commission of Western Australia, Discussion Paper, *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses* (1990), at p. 11, and C. L. Marchese, "Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child's Trauma Against the Defendant's Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*" (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 411, at p. 415).

14 Encore est-il que séparer le témoin enfant de son prétendu agresseur n'efface pas le traumatisme que lui cause son témoignage. Je conviens que «[t]out le procès peut être quelque chose d'inconnu et d'effrayant pour les enfants, même s'ils y ont été bien préparés» (par. 43). Cette affirmation est étayée par les conclusions que la Commission de réforme du droit de l'Ontario a tirées dans son rapport intitulé *Report on Child Witnesses* (1991): [TRADUCTION] «On se rend maintenant compte qu'il peut être extrêmement traumatisant pour un enfant de témoigner en cour» (p. 70). En outre, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a reconnu que le témoignage en cour peut causer à l'enfant un préjudice psychologique à court terme ou à long terme (à la p. 71, citant le document de travail de la Commission de réforme du droit de l'Australie-Occidentale intitulé *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses* (1990), à la p. 11, et C. L. Marchese, «Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child's Trauma Against the Defendant's Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*» (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 411, à la p. 415).

As my colleague properly acknowledges, it is not surprising that some children are unable to respond to questioning in any meaningful way: "the child victim may 'freeze' and refuse to answer questions at a time when it is most important for the case that she do so" — J. Castel, "The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?" (1992), 10 *Can. J. Fam. L.* 283, at p. 286. I agree with McLachlin J. that "[s]ometimes what happened may make it so clear that the witness was truly unable to testify that

15 Comme ma collègue le reconnaît à juste titre, il n'est pas étonnant que certains enfants n'arrivent pas à répondre de façon utile aux questions qui leur sont posées: [TRADUCTION] «l'enfant victime peut 'figer' et refuser de répondre aux questions à un moment où il est crucial qu'elle le fasse» — J. Castel, «The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?» (1992), 10 *Rev. can. d. fam.* 283, à la p. 286. Je conviens avec le juge McLachlin que «[p]arfois, il peut être si évident, d'après ce qui s'est passé, que

necessity can be inferred absent evidence as to why the witness cannot testify" (para. 44 (emphasis in original)). As Professor Paciocco has convincingly argued, "there is nothing in the rules of proof to prevent the application of common sense, and everything to require it": D. M. Paciocco, "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 *Queen's L.J.* 345, at p. 392.

16 "Judges have a crucial role to play in ensuring that the court is not a hostile environment for the child witness": Ontario Law Reform Commission, *Report on Child Witnesses*, *supra*, at p. 91. Although the child may not face the accused, the child may still become traumatized for a host of reasons. See Castel, *supra*, at p. 287. Expert testimony is neither a panacea nor a prerequisite to observing and understanding the traumatized child witness. Recognizing the trauma of child testimony of sexual abuse lies within "the shared cognizance of all of those of us who walk on this planet": Paciocco, *supra*, at p. 392.

The judgment of Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

17 MCLACHLIN J. — The traditional common law hearsay rule held that out-of-court statements could not be admitted for the truth of their contents unless they fit into one of the established exceptions to the rule. In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, this Court authorized admission of the statements for their truth if they are reasonably necessary and reliable. The Court looked at the requirement of necessity more particularly in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, and recommended a flexible approach capable of encompassing a variety of situations. This appeal presents one such situation — the case where a young child is called to testify but fails to give a meaningful account of the events. The narrow question in this appeal is whether the trial judge erred in concluding that, in the absence of extrinsic evidence explaining why the child

le témoin était réellement incapable de déposer, qu'il est possible de déduire la nécessité sans disposer d'une preuve expliquant pourquoi le témoin ne peut pas déposer» (par. 44 (souligné dans l'original)). Comme l'a affirmé de façon convaincante le professeur Paciocco, [TRADUCTION] «rien dans les règles de preuve n'empêche le recours au bon sens, bien au contraire»: D. M. Paciocco, «The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know» (1996), 21 *Queen's L.J.* 345, à la p. 392.

[TRADUCTION] «Les juges ont la responsabilité cruciale d'assurer que la cour ne soit pas un milieu hostile pour le témoin enfant»: Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Child Witnesses*, *op. cit.*, à la p. 91. Bien qu'il se puisse qu'il ne soit pas confronté à l'accusé, il reste que l'enfant peut devenir traumatisé pour une foule de raisons. Voir Castel, *loc. cit.*, à la p. 287. La preuve d'expert n'est ni une panacée ni une condition préalable pour observer et comprendre l'enfant témoin traumatisé. Le traumatisme subi par l'enfant qui témoigne au sujet d'une agression sexuelle est [TRADUCTION] «un fait reconnu par tous»: Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 392.

Version française du jugement des juges Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — La règle de common law traditionnelle du ouï-dire prévoyait que les déclarations extrajudiciaires ne pouvaient pas être admises comme preuve de la véracité de leur contenu, à moins d'être visées par l'une des exceptions reconnues à cette règle. Dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, notre Cour a autorisé l'admission de déclarations comme preuve de leur véracité quand elles sont raisonnablement nécessaires et fiables. Notre Cour a examiné l'exigence de nécessité plus particulièrement dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, et a recommandé une démarche souple pouvant englober diverses situations. Le présent pourvoi porte sur une telle situation — celle où une jeune enfant appelée à témoigner ne parvient pas à faire un récit utile des faits. Il s'agit plus précisément de savoir, en l'espèce, si le juge

refused to testify, the Crown could not establish necessity. I conclude that she did so err and would accordingly direct a new trial.

du procès a commis une erreur en décidant qu'en l'absence de preuve extrinsèque expliquant pourquoi l'enfant refusait de témoigner, le ministère public ne pouvait pas établir la nécessité. Je conclus qu'elle a commis cette erreur et, par conséquent, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

I. The Facts

W.J.F. was charged with committing sexual assaults on L.A. between May 1, 1996, and January 21, 1997. The complainant L.A. was five years old when the alleged assaults began and just over six when they were discovered. She told her aunt, her mother and her father what had happened and gave a detailed and extensive account of the assaults to the police, which was video recorded. She was six years and eight months old at the time she was called upon to testify about the assaults at trial.

The *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, permits the trial judge to protect and assist young witnesses by permitting the trial judge to order that they testify behind a screen, have a support person appointed, and testify in a courtroom from which the public is excluded. The trial judge ordered all these measures for the child complainant in this case.

The Crown called the child and the trial judge began an inquiry pursuant to s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, to determine if she was able to communicate the evidence and whether she could testify on a promise to tell the truth. The child seemed to be having difficulty responding to the questions. Instead of answering verbally, she nodded or shook her head and used gestures. Nevertheless, while commenting that the child was going to have considerable difficulty communicating her evidence, the trial judge found the child competent to testify under a promise to tell the truth. L.A. had given no verbal response or no response, which the recording system could

I. Les faits

W.J.F. a été accusé d'avoir commis des agressions sexuelles sur L.A. entre le 1er mai 1996 et le 21 janvier 1997. La plaignante L.A. était âgée de cinq ans quand les agressions alléguées ont commencé et n'avait qu'un peu plus de six ans quand leur existence a été découverte. Elle a raconté à sa tante, à sa mère et à son père ce qui s'était passé et a fait un récit détaillé et complet des agressions à la police, qui a été enregistré sur bande magnétoscopique. Elle était âgée de six ans et huit mois au moment du procès dans le cadre duquel elle a été appelée à témoigner au sujet des agressions. 18

Aux termes du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le juge du procès est autorisé à protéger et à aider les jeunes témoins en ordonnant qu'ils déposent derrière un écran, qu'une personne soit nommée pour les assister et qu'ils déposent dans une salle d'audience d'où le public est exclu. Dans la présente affaire, le juge du procès a ordonné que toutes ces mesures soient prises relativement à l'enfant plaignante. 19

Le ministère public a appelé l'enfant à la barre et le juge du procès a procédé à une enquête conformément à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, en vue de déterminer si elle était capable de communiquer les faits dans son témoignage et si elle pouvait témoigner en promettant de dire la vérité. L'enfant a semblé éprouver des difficultés à répondre aux questions. Au lieu de répondre verbalement, elle faisait oui et non en hochant la tête et s'exprimait par gestes. Quoi qu'il en soit, tout en faisant remarquer que l'enfant allait avoir beaucoup de difficultés à communiquer les faits dans son témoignage, le juge du procès a décidé qu'elle était habile à témoigner en promettant de dire la vérité. À un peu plus de 100 questions qui lui avaient été 20

capture, to slightly over 100 of the questions asked during the preliminary inquiry.

21 Crown counsel commenced direct examination. It was a difficult process. The child answered preliminary questions about age, family and school with single words or simple phrases. When counsel asked if someone had done something to make her feel uncomfortable or bad, the child responded with a faint "no". Further questioning only attracted a series of insufficient responses. At one point the child indicated that she had forgotten what had happened.

22 Crown counsel then tried a different tack — to have the child adopt the contents of the videotape made by the police. However, she did not respond to any of the questions put to her about the videotape. Even when shown parts of the video depicting herself, her mother and the police officer, the complainant failed to identify any of the people shown on the television screen. Section 715.1 of the *Code* provides that a videotape of answers given to the police may be admitted into evidence where the witness adopts the contents of the videotape. The videotape could not be admitted under this section because the child failed to adopt it.

23 Crown counsel then applied to have the out-of-court statements the child had made to others about the alleged assaults introduced into evidence for the truth of their contents as an exception to the hearsay rule, on the basis that the statements met the requirements of necessity and reliability set out in *Khan*, *supra*. The statements the Crown proposed to introduce were statements the child made to her paternal aunt, statements made to the aunt and overheard by another, statements the child made to her mother, statements the child made to her father, and finally the child's videotaped statement to the police.

posées pendant l'enquête préliminaire, L.A. n'avait donné soit aucune réponse verbale soit aucune réponse susceptible d'être captée par le système d'enregistrement.

L'avocat du ministère public a commencé l'interrogatoire principal, qui s'est révélé ardu. L'enfant a répondu à des questions préliminaires concernant son âge, sa famille et l'école, au moyen d'un seul mot ou de phrases simples. Quand l'avocat lui a demandé si quelqu'un avait fait quelque chose qui l'avait incommodée ou qui l'avait fait se sentir mal, l'enfant a murmuré «non». Les autres questions n'ont donné lieu qu'à une série de réponses insuffisantes. À un moment donné, l'enfant a indiqué qu'elle avait oublié ce qui s'était passé.

L'avocat du ministère public a alors changé de tactique — faire confirmer par l'enfant le contenu de l'enregistrement magnétoscopique effectué par la police. Toutefois, elle n'a répondu à aucune des questions qui lui ont été posées au sujet de cet enregistrement. Même en visionnant des parties de l'enregistrement la représentant en plus de sa mère et du policier, la plaignante n'a identifié aucune des personnes figurant sur l'écran de télévision. L'article 715.1 du *Code* prévoit que l'enregistrement magnétoscopique de réponses données à la police peut être admis en preuve si le témoin en confirme le contenu. L'enregistrement magnétoscopique n'a pas pu être admis en vertu de cet article car l'enfant ne l'a pas confirmé.

L'avocat du ministère public a ensuite demandé que les déclarations extrajudiciaires faites par l'enfant à d'autres personnes relativement aux agressions alléguées soient produites comme preuve de la véracité de leur contenu, à titre d'exception à la règle du ouï-dire, pour le motif que ces déclarations satisfaisaient aux exigences de nécessité et de fiabilité énoncées dans l'arrêt *Khan*, précité. Les déclarations que le ministère public proposait de produire étaient les déclarations que l'enfant avait faites à sa tante du côté paternel, les déclarations faites à la tante qu'une autre personne avait surprises, les déclarations de l'enfant à sa mère et celles faites à son père, et enfin la déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique qu'elle avait faite à la police.

The trial judge held a *voir dire* to determine the admissibility of these statements. It was very clear the child was effectively "frozen" and could not testify. But the trial judge took the view that in order to establish necessity, the Crown had to present evidence establishing why the child failed to testify, which the Crown had not done. Accordingly, the trial judge ruled that the child's statements to her aunt, her parents and the police failed the necessity prong and could not be received under the *Khan* exception to the hearsay rule.

Le juge du procès a tenu un voir-dire en vue de déterminer l'admissibilité de ces déclarations. Il était très clair que l'enfant était réellement «figée» et ne pouvait pas témoigner. Cependant, le juge du procès a estimé que, pour établir la nécessité, le ministère public devait présenter une preuve établissant pourquoi l'enfant n'avait pas témoigné, ce que le ministère public n'avait pas fait. Par conséquent, le juge du procès a décidé que les déclarations de l'enfant à sa tante, à ses parents et à la police n'avaient pas satisfait au volet de la nécessité et n'étaient pas recevables en vertu de l'exception de l'arrêt *Khan* à la règle du ouï-dire. 24

Without the child's evidence, the Crown's case fell. The Crown presented no further evidence, and the accused was acquitted.

Sans le témoignage de l'enfant, la poursuite du ministère public tombait. Le ministère public n'a présenté aucun autre élément de preuve, et l'accusé a été acquitté. 25

The Crown appealed. The majority of the Saskatchewan Court of Appeal dismissed the appeal, Jackson J.A. dissenting.

Le ministère public a interjeté un appel qui a été rejeté par la Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité, le juge Jackson étant dissidente. 26

II. Court Decisions

II. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

The trial judge's rejection of the child's out-of-court statements turned on the failure of the Crown to call evidence showing why the child did not respond to questions about the alleged assaults at trial:

Le juge du procès a rejeté les déclarations extrajudiciaires de l'enfant en raison de l'omission du ministère public de présenter une preuve montrant pourquoi, lors du procès, l'enfant n'avait pas répondu aux questions relatives aux agressions alléguées: 27

On review of the cases I conclude that a finding of necessity requires some finding of incapacity or some precise explicit or definable reason why direct evidence cannot be received or exclusively relied on before concluding that the statement ought to — must be admitted in order to get a full and complete account of what occurred. The cases that found necessity dealt with issues of testimonial incapacity, [being] unable to recollect adequately or fully due to passage of time or the age of the child, the trauma to the child because of testifying, and other situations where the witness was simply unavailable. Once one of those issues [is] identified it is obvious that the criterion could be met in a wide variety of cases.

[TRADUCTION] Après examen de la jurisprudence, je suis d'avis que, pour conclure à la nécessité, il faut une certaine conclusion d'incapacité ou une raison précise explicite ou définissable pour laquelle une preuve directe ne peut pas être admise ni invoquée exclusivement pour décider que la déclaration devrait ou doit être admise afin de disposer d'un compte rendu complet de ce qui s'est passé. Les affaires dans lesquelles on a conclu à la nécessité portaient sur des questions d'incapacité à témoigner, d'inaptitude à se souvenir suffisamment ou complètement en raison de l'écoulement du temps ou de l'âge de l'enfant, et de traumatisme causé à l'enfant par le témoignage, et d'autres situations où le témoin n'était tout simplement pas disponible. Une fois l'une de ces questions identifiées, il est évident qu'il pourrait être satisfait à ce critère dans une grande variété de cas.

We have none of these factors in this case, although there must be some reason why [L.A.] did not testify about the alleged assaults although she appeared capable of doing so. I have no evidence before me to assist me in determination of that issue; that is, to explain her failure to testify so I can determine in the circumstances whether it would be reasonably necessary to admit the hearsay statements. I cannot and will not speculate on why she did not testify as there was nothing in her demeanour, her actions or her limited response to questions regarding the allegations on which I could base such speculation.

Therefore, I conclude that I cannot find that the Crown has shown that it is reasonably necessary to admit the out-of-court statements for the truth of their contents.

28 The majority of the Saskatchewan Court of Appeal, dismissed the appeal ((1998), 165 D.L.R. (4th) 247) agreeing with the trial judge that in order to establish necessity, the Crown must provide the court with some explanation as to why the child failed to testify. To hold otherwise, Lane J.A. held, would virtually abrogate the necessity requirement. Lane J.A. also suggested that the Crown could have asked for a short adjournment to talk to the witness, the counsellor and relatives to ascertain the reasons for the child's failure to testify. While there may be some cases where it is self-evident that the out-of-court statements are necessary, this was not such a case. Wakeling J.A. agreed and added that he also had concerns about assessing the reliability of the evidence.

29 Jackson J.A. dissented. In her view, the requirements of necessity were established. While the trial judge had referred to the right authorities, she erred in law by requiring the Crown to establish why the child failed to testify. Jackson J.A. explained, at p. 267:

One can never know exactly why a child will not talk. After a child has taken the stand and stops communicating, calling a psychologist to say the child was trauma-

Aucun de ces facteurs n'existe en l'espèce, bien qu'il doive y avoir une raison pour laquelle [L.A.] n'a pas témoigné au sujet des agressions alléguées même si elle paraissait en mesure de le faire. On ne m'a soumis aucun élément de preuve utile pour trancher cette question, c'est-à-dire pour expliquer son omission de témoigner de façon à ce que je puisse décider si, dans les circonstances, il serait raisonnablement nécessaire d'admettre les déclarations relatées. Je ne peux pas conjecturer, et je ne le ferai pas non plus, sur les raisons qui l'ont incitée à ne pas témoigner, étant donné qu'il n'y avait rien dans son comportement, ses actes ou ses réponses limitées aux questions portant sur les allégations qui me permettait de le faire.

Par conséquent, j'estime que je ne suis pas en mesure de conclure que le ministère public a montré qu'il est raisonnablement nécessaire d'admettre les déclarations extrajudiciaires comme preuve de la véracité de leur contenu.

La Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité ((1998), 165 D.L.R. (4th) 247) a rejeté l'appel, partageant l'avis du juge du procès que, pour établir la nécessité, le ministère public doit fournir à la cour des explications sur les raisons pour lesquelles l'enfant n'a pas témoigné. Toute autre conclusion, selon le juge Lane, mettrait pratiquement fin à l'exigence de nécessité. Le juge Lane a également laissé entendre que le ministère public aurait pu demander un bref ajournement pour parler au témoin, au conseiller et aux membres de la famille afin de connaître les raisons pour lesquelles l'enfant ne témoignait pas. Bien qu'il puisse y avoir des cas où il est évident en soi que les déclarations extrajudiciaires sont nécessaires, il ne s'agissait pas de l'un de ces cas. Le juge Wakeling était du même avis et il a ajouté qu'il se préoccupait également de l'évaluation de la fiabilité de la preuve.

Le juge Jackson était dissidente. À son avis, l'exigence de nécessité était établie. Bien qu'elle ait mentionné la jurisprudence exacte, le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant que le ministère public établisse pourquoi l'enfant n'avait pas témoigné. Le juge Jackson a expliqué, à la p. 267:

[TRADUCTION] On ne peut jamais savoir exactement pourquoi un enfant ne parlera pas. Une fois qu'un enfant se présente à la barre et cesse de communiquer, il ne sert

tized or that the behaviour of children in stressful situations can be inexplicable adds little to the process. Nor should it be necessary for the Crown to have on hand someone who can explain a child's behaviour in circumstances such as this. It is readily apparent that the child began to testify in this case and then stopped. The trial judge was presented with the best possible means to determine whether it was reasonably necessary to receive the child's out-of-court statements — by the child herself.

pas à grand-chose de demander à un psychologue de venir dire que l'enfant était traumatisé ou que le comportement des enfants dans des situations stressantes peut être inexplicable. Il ne devrait pas être nécessaire non plus que le ministère public ait à sa disposition quelqu'un qui peut expliquer le comportement d'un enfant dans des circonstances comme celles de la présente affaire. Il est facile de constater que l'enfant a commencé à témoigner en l'espèce, pour ensuite arrêter de le faire. Le juge du procès disposait du meilleur moyen possible de déterminer s'il était raisonnablement nécessaire de recevoir les déclarations extrajudiciaires de l'enfant — l'enfant elle-même.

Jackson J.A. noted, at p. 264, that while "[g]eneral rules are to be avoided in this area, . . . in normal circumstances, once a court is faced with a young child who is unable to communicate the critical evidence, it will usually be reasonably necessary for the trier of fact to receive the out-of-court statement".

Le juge Jackson a souligné, à la p. 264, que, même si [TRADUCTION] «[l]es règles générales doivent être évitées dans ce domaine, [. . .] dans des circonstances normales, une fois qu'un tribunal a devant lui un jeune enfant qui est incapable de communiquer les faits cruciaux dans son témoignage, il sera habituellement raisonnablement nécessaire que le juge des faits reçoive la déclaration extrajudiciaire».

Jackson J.A. added that to require the Crown to adduce evidence in every case of why a child witness is unable to testify places too onerous a burden on the Crown. The Crown cannot bring to bear against a child many of the legal remedies available for unhelpful adult witnesses, such as declaring the witness hostile and finding the witness in contempt. The critical point on the issue of necessity is the need to obtain a full and frank presentation of the evidence.

30 Le juge Jackson a ajouté que c'est imposer un fardeau trop lourd au ministère public que d'exiger, dans tous les cas, qu'il présente une preuve expliquant pourquoi un témoin enfant est incapable de déposer. Le ministère public ne peut pas utiliser contre un enfant les nombreux recours judiciaires disponibles pour les témoins adultes peu obligeants, comme faire déclarer le témoin hostile et coupable d'outrage au tribunal. Ce qui est crucial relativement à la question de la nécessité est le besoin d'obtenir une présentation complète et sincère de la preuve.

III. Analysis

III. Analyse

31 The great American scholar of evidence, Wigmore, identified two considerations that underlie the common law exceptions to the hearsay rule — "a circumstantial probability of trustworthiness, and a necessity, for the evidence" (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), §1420). The necessity of which Wigmore speaks is founded on the need to get at the truth. Hearsay evidence may be necessary to enable all relevant and reliable information to be placed before the court, so justice may be done. Generally, the com-

Le grand spécialiste américain du droit de la preuve, Wigmore, a identifié deux facteurs qui sous-tendent les exceptions de common law à la règle du ouï-dire — [TRADUCTION] «la probabilité circonstancielle de fiabilité, et la nécessité de la preuve» (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), §1420). La nécessité dont parle Wigmore repose sur le besoin de découvrir la vérité. Une preuve par ouï-dire peut être nécessaire pour permettre que tous les renseignements pertinents et fiables soient présentés au tribunal et que

mon law insists that evidence be presented under oath and subjected to cross-examination. But "[w]here the test of cross-examination is *impossible of application*, by reason of the declarant's death or some other cause rendering him now unavailable as a witness on the stand, we are faced with the alternatives of receiving his statements without that test, or of leaving his knowledge altogether unutilized" (Wigmore, *supra*, §1420 (italics in original; underlining added)). This is precisely the choice that faced the trial judge in this case. The witness's incapacity, for whatever reason, to produce meaningful evidence, faced the court with the spectre of either receiving her out-of-court statements without the test of cross-examination, or of leaving her potentially reliable and clearly relevant knowledge of the crimes with which the accused was charged altogether unutilized.

32 The question then becomes whether the interests of justice, or to use Wigmore's term, "the interests of efficient investigation" (§1420), would suffer more from the first alternative of receiving the out-of-court statements or the second alternative of leaving the witness's knowledge entirely unused. Wigmore's answer is that the first alternative is preferable, provided that there is sufficient indication of the trustworthiness of the witness's statement. "Whatever might be thought of the general policy of choosing the former alternative without any further requirement, it is clear at least that, so far as in a given instance *some* substitute for cross-examination is found to have been present, there is ground for making an exception" (Wigmore, *supra*, §1420 (emphasis in original)). He concludes:

> The mere necessity alone of taking the untested statement, instead of none at all, might not suffice; but if to this necessity there is added a situation in which some degree of trustworthiness more than the ordinary can be predicated on the statement, there is no reason for admitting it as not merely the best that can be got from that witness, but better than could ordinarily be expected without the test of cross-examination.

justice soit ainsi rendue. En général, la common law insiste pour qu'un témoignage soit fait sous serment et fasse l'objet d'un contre-interrogatoire. Mais [TRADUCTION] «[l]orsque l'épreuve du contre-interrogatoire est *impossible à faire subir* en raison du décès du déclarant ou d'une autre cause qui le rend maintenant non disponible pour témoigner, nous avons le choix de recevoir ses déclarations sans procéder à ce contre-interrogatoire ou de ne pas utiliser ce qu'il sait» (Wigmore, *op. cit.*, §1420 (en italique dans l'original; je souligne)). Il s'agit précisément du choix qui s'offrait au juge du procès en l'espèce. En raison de l'incapacité du témoin, pour quelque raison que ce soit, de déposer utilement, le tribunal avait le choix soit de recevoir ses déclarations extrajudiciaires sans procéder à un contre-interrogatoire, soit de ne pas utiliser sa connaissance potentiellement fiable et manifestement pertinente des crimes reprochés à l'accusé.

Il s'agit alors de savoir si l'intérêt de la justice, ou pour reprendre l'expression de Wigmore, [TRADUCTION] «l'intérêt d'un examen efficace» (§1420), souffrirait plus de la première possibilité de recevoir les déclarations extrajudiciaires que de la seconde possibilité de ne pas utiliser ce que le témoin sait. Wigmore répond que la première possibilité est préférable pourvu qu'il y ait suffisamment d'indices de fiabilité de la déclaration du témoin. [TRADUCTION] «Quoi que l'on puisse penser de la politique générale consistant à choisir la première possibilité sans exiger rien de plus, il est au moins clair que, dans la mesure où, dans une situation donnée, on constate qu'il existait un *certain* substitut au contre-interrogatoire, il y a lieu de faire exception» (Wigmore, *op. cit.*, §1420 (en italique dans l'original)). Il conclut:

> [TRADUCTION] Il se pourrait que la seule nécessité d'accepter la déclaration non vérifiée, au lieu de ne disposer d'aucune déclaration, ne suffise pas; mais si à cette nécessité s'ajoute une situation dans laquelle une mesure de fiabilité plus grande qu'à l'accoutumée peut être attribuée à la déclaration, il y a lieu de l'admettre non seulement comme étant la meilleure qu'il soit possible d'obtenir de ce témoin, mais encore comme étant mieux que ce à quoi on pourrait habituellement s'attendre à obtenir sans contre-interrogatoire.

I cite Wigmore because his conceptualization of the rationale for the hearsay rule and the exceptions to it animates this Court's adoption of the necessity/reliability test for admission of out-of-court statements in *Khan*, *supra*, and *Smith*, *supra*. It is clear that for Wigmore, necessity arises from the unavailability of the witness's testimony in the courtroom. The reasons for which the witness's courtroom testimony is not available are incidental and flexible — "death" or "some other cause". The reasons for the witness's inability to testify, in cases of doubt, help the judge decide whether testimonial evidence is truly not available. However, the reasons remain incidental. Necessity, in the final analysis, arises from the fact that the witness's courtroom testimony is not available. It is this unavailability that triggers the dilemma that underlies the exceptions to the hearsay rule — to prohibit out-of-court statements without cross-examination, or to receive the out-of-court statements provided they evince some degree of reliability.

Je cite Wigmore parce que sa conceptualisation du raisonnement sous-jacent à la règle du ouï-dire et à ses exceptions a inspiré l'adoption par notre Cour, dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, du critère de nécessité et de fiabilité applicable à l'admission des déclarations extrajudiciaires. Il est clair que, pour Wigmore, la nécessité découle de la non-disponibilité de la déposition en cour du témoin. Les raisons pour lesquelles la déposition en cour du témoin n'est pas disponible sont fortuites et peuvent varier — le «décès» ou «une autre cause». En cas de doute, les raisons pour lesquelles un témoin est incapable de déposer aident le juge à décider si la preuve testimoniale n'est réellement pas disponible. Toutefois, ces raisons demeurent fortuites. La nécessité, en dernière analyse, découle du fait que la déposition en cour du témoin n'est pas disponible. C'est cette non-disponibilité qui engendre le dilemme qui sous-tend les exceptions à la règle du ouï-dire — interdire les déclarations extrajudiciaires sans contre-interrogatoire, ou recevoir les déclarations extrajudiciaires pourvu qu'elles soient fiables dans une certaine mesure. 33

The fact that the focus of exceptions to the hearsay rule is unavailability led Wigmore to conclude, in a passage this Court cited with approval in *Smith*, *supra*, at pp. 933-34, that expediency or convenience, in appropriate cases, may suffice. Lamer C.J. wrote:

Le fait que les exceptions à la règle du ouï-dire soient axées sur la non-disponibilité a amené Wigmore à conclure, dans un passage que notre Cour a cité et approuvé dans l'arrêt *Smith*, précité, aux pp. 933 et 934, que la simple commodité, dans des cas appropriés, peut suffire. Le juge en chef Lamer affirme: 34

. . . the criterion of necessity must be given a flexible definition, capable of encompassing diverse situations. What these situations will have in common is that the relevant direct evidence is not, for a variety of reasons, available. Necessity of this nature may arise in a number of situations. Wigmore, while not attempting an exhaustive enumeration, suggested at §1421 the following categories:

> (1) The person whose assertion is offered may now be dead, or out of the jurisdiction, or insane, or otherwise unavailable for the purpose of testing (by cross-examination). This is the commoner and palpable reason. . . .
>
> (2) The assertion may be such that we cannot expect, again or at this time, to get evidence of the same value from the same or other sources . . . . The necessity is not so great; perhaps hardly a necessity,

. . . il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, susceptible d'englober différentes situations. Ces situations auront comme point commun que, pour différentes raisons, la preuve directe pertinente n'est pas disponible. Un certain nombre de situations peuvent engendrer pareille nécessité. Sans tenter de faire une énumération exhaustive, Wigmore propose les catégories suivantes au §1421:

> [TRADUCTION] (1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant décédé, hors du ressort, aliéné ou, pour quelque autre motif, non disponible aux fins de la vérification (par contre-interrogatoire). C'est la raison la plus courante et la plus évidente . . .
>
> (2) La déclaration peut être telle qu'on ne peut pas, de nouveau ou à ce moment-ci, obtenir des mêmes ou d'autres sources une preuve de même valeur. [. . .] La nécessité n'est pas aussi grande; il s'agit peut-être à

only an expediency or convenience, can be predicated. But the principle is the same.

Clearly the categories of necessity are not closed. In *Khan*, for instance, this Court recognized the necessity of receiving hearsay evidence of a child's statements when the child was not herself a competent witness. We also suggested that such hearsay evidence might become necessary when the emotional trauma that would result to the child if forced to give *viva voce* testimony would be great. [Emphasis added.]

35 The cases dealing with the out-of-court statements of children have, with a few exceptions, interpreted necessity as the equivalent of situations where the direct evidence of the witness is unavailable despite reasonable efforts to obtain it — what this Court in *Khan*, *supra*, referred to "reasonable necessity". In *Khan* this Court stated, at p. 546:

Necessity for these purposes must be interpreted as "reasonably necessary". The inadmissibility of the child's evidence might be one basis for a finding of necessity. But sound evidence based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child might also serve. There may be other examples of circumstances which could establish the requirement of necessity.

36 Necessity therefore should not be approached on the basis that the case must fit into a preordained category. It is a matter of whether, on the facts before the trial judge, direct evidence is not forthcoming with reasonable effort. The reasons for the necessity may be diverse — ranging from total testimonial incompetence to traumatic consequences to the witness of testifying.

37 There is no absolute rule that evidence must be called on the issue of necessity. Where it is apparent from the circumstances before the trial judge that the child cannot give useful evidence, the judge may find out-of-court statements are "necessary" in the context of the rule, absent evidence. This may be the case where the child is very young. Thus this Court dismissed the appeal

peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité. Mais le principe demeure le même.

Il est évident que les catégories de nécessité ne sont pas limitées. Dans l'arrêt *Khan*, par exemple, notre Cour a reconnu la nécessité de recevoir la preuve par ouï-dire des déclarations d'une enfant qui n'était pas elle-même habile à témoigner. Nous avons également dit que cette preuve par ouï-dire pourrait devenir nécessaire lorsque l'obligation de témoigner de vive voix causerait un traumatisme important à l'enfant. [Je souligne.]

Les arrêts portant sur les déclarations extrajudiciaires d'enfants ont, à quelques exceptions près, interprété la nécessité comme équivalant à des situations où la déposition directe du témoin n'est pas disponible malgré des efforts raisonnables pour l'obtenir — ce que notre Cour dans l'arrêt *Khan*, précité, a qualifié de «nécessité raisonnable». Dans l'arrêt *Khan*, notre Cour affirme, à la p. 546:

À ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire». L'inadmissibilité du témoignage de l'enfant pourrait être une raison de conclure à l'existence de la nécessité. Mais une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice pourrait également être utile. Il peut y avoir d'autres exemples de circonstances qui pourraient établir l'exigence de la nécessité.

Par conséquent, il ne faut pas aborder la nécessité comme si l'affaire devait entrer dans une catégorie prédéterminée. Il s'agit de savoir si, d'après les faits dont est saisi le juge du procès, la preuve directe n'est pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir. Les motifs de la nécessité peuvent varier — allant de l'inhabilité totale à déposer aux conséquences traumatisantes de la déposition pour le témoin.

Il n'y a aucune règle absolue qui oblige à présenter une preuve sur la question de la nécessité. Lorsqu'il ressort des circonstances dont il est saisi que l'enfant ne peut pas témoigner utilement, le juge du procès peut conclure que des déclarations extrajudiciaires sont «nécessaires» dans le contexte de la règle, en l'absence de preuve. Ce peut être le cas lorsque l'enfant est très jeune. Ainsi, notre

([1993] 1 S.C.R. 469) from *R. v. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, where the Quebec Court of Appeal ruled, at p. 281, that out-of-court statements were admissible notwithstanding any extrinsic evidence on necessity:

[TRANSLATION] . . . the test of necessity is met by the very fact of the young age of the child (I repeat, two years, three and a half months at the time of the events, and three years nine and a half months at the time of trial), which entails in the present case the impossibility for the child to testify effectively at this age . . . on the facts which took place one and one-half years earlier. There is no need for "solid evidence based on psychological assessments that the testimony in court might be traumatic for the child or harm the child" here. In my view, it is self-evident, and in addition, the testimony could not be probative because of the time which has passed since the incident and given the nature of the circumstances of the event.

A similar approach was taken by Jordan Prov. Ct. J. in *R. v. C.N.* (1997), 195 A.R. 387. Describing the complainant's behaviour on the stand, she said, at p. 391:

Her trauma was obvious. . . . She was not able to bring herself to utter the words that were necessary.

She then stated:

. . . I am satisfied that [the complainant] was unable to answer the questions put to her. Having arrived at that conclusion, . . . [it] doesn't matter [why] unless there is some reason to believe that knowing the reasons will allow the court to effect some change which will enable the witness to testify.

. . . I do not adopt the approach that there must be psychiatric or psychological evidence introduced in these applications because the use of expert evidence is to be limited to those situations when it is necessary to assist the trier of fact to arrive at a conclusion. To categorically insist upon such evidence would be a regressive step in legal reasoning — especially when it is not required by the trier of fact. [Emphasis in original.]

The judge also observed that any expert evidence would have a limited value, since it would come

Cour ([1993] 1 R.C.S. 469) a rejeté le pourvoi contre l'arrêt *R. c. P. (J.)* (1992), 13 C.R. (4th) 79, dans lequel la Cour d'appel du Québec avait statué, à la p. 86, que les déclarations extrajudiciaires étaient admissibles malgré l'absence de preuve extrinsèque concernant la nécessité:

. . . le critère de nécessité est rempli par le fait même du jeune âge de l'enfant (je répète, deux ans trois mois et demi lors de l'événement et trois ans neuf mois et demi lors du procès), ce qui implique en l'espèce l'impossibilité pour l'enfant de témoigner avec efficacité à cet âge [. . .] sur des faits survenus un an et demi plus tôt. Nul besoin «d'une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant ou lui porter préjudice» ici. La chose est évidente selon moi et en outre, le témoignage ne pourrait être probant à cause du temps écoulé après l'incident et vu la nature des circonstances de l'événement.

38 Le juge Jordan de la Cour provinciale a adopté un point de vue similaire dans *R. c. C.N.* (1997), 195 A.R. 387. Décrivant le comportement de la plaignante à la barre, elle a affirmé, à la p. 391:

[TRADUCTION] Il est évident qu'elle était traumatisée. [. . .] Elle n'arrivait pas à prononcer les mots nécessaires.

Elle a alors ajouté:

[TRADUCTION] . . . je suis convaincu que [la plaignante] était incapable de répondre aux questions qui lui étaient posées. Compte tenu de cette conclusion, [. . .] [il] n'importe pas de savoir [pourquoi] sauf s'il y a un motif de croire que cela permettra à la cour d'apporter un changement qui fera en sorte que le témoin sera capable de déposer.

. . . je n'adopte pas le point de vue selon lequel une preuve psychiatrique ou psychologique doit être présentée dans ces demandes parce que le recours à une preuve d'expert doit être limité aux cas où il est nécessaire d'aider le juge des faits à en arriver à une conclusion. Insister catégoriquement sur une telle preuve constituerait un recul en matière de raisonnement juridique — particulièrement dans le cas où cette preuve n'est pas requise par le juge des faits. [Souligné dans l'original.]

Le juge a également fait observer que toute preuve d'expert aurait une valeur limitée vu qu'elle éma-

from a person who did not observe at first hand the behaviour of the witness on the stand.

39 We may thus conclude that where it is self-evident that a child's evidence will not be effectively available, the judge may find necessity and, subject to reliability, admit the child's out-of-court statements.

40 On the other hand, where it is not self-evident from the circumstances that direct evidence will be unavailable with reasonable efforts, the judge may require evidence of that fact. This may be the case where the Crown, without calling the child as a witness, simply states that to call the child would be traumatic to the child. It was in this context that the Court in *Khan* referred to "sound evidence based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic" (p. 546).

41 It is therefore error to assert that in all cases there must be extrinsic evidence to support the assertion that the out-of-court evidence is necessary under the *Khan* rule. It is for the trial judge and not the prosecutor to determine necessity. To be sure, the trial judge must have a foundation for ruling that necessity is established. But that foundation may arise either from the facts and circumstances of the case as revealed to the trial judge, or from evidence called by the Crown. Where what occurs at trial satisfies the judge that there is no reasonable prospect of obtaining a meaningful account of the events from the child by direct evidence, the judge may well find necessity on the basis that it is self-evident. Failing this, the judge may ground a finding of necessity in evidence called by the Crown. The unavailability of direct evidence may be self-evident in the case of very young children. But it is not confined to that situation. If the circumstances reveal that the child cannot, for whatever reason, give his or her evidence in a meaningful way, then the trial judge may conclude that it is self-evident, or evident from the proceedings, that out-of-court statements are

nerait d'une personne qui n'a pas observé directement le comportement du témoin à la barre.

Nous pouvons donc conclure que, lorsqu'il est évident en soi que le témoignage d'un enfant ne sera effectivement pas disponible, le juge peut conclure à la nécessité et admettre les déclarations extrajudiciaires de l'enfant, pourvu qu'elles soient fiables.

Par ailleurs, dans le cas où il n'est pas évident en soi que la preuve directe ne sera pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir, le juge peut exiger une preuve de ce fait. Ce peut être le cas lorsque le ministère public n'appelle pas l'enfant à témoigner en affirmant simplement que cela traumatiserait l'enfant. C'est dans ce contexte que notre Cour a parlé, dans *Khan*, d'une «preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant» (p. 546).

Il est donc erroné de soutenir que l'affirmation que la déclaration extrajudiciaire est nécessaire selon la règle de l'arrêt *Khan* doit, dans tous les cas, être étayée par une preuve extrinsèque. Il appartient au juge du procès et non au poursuivant de décider de la nécessité. Certes, il doit y avoir un fondement à la décision du juge du procès que la nécessité est établie. Ce fondement peut cependant découler soit des faits et des circonstances de l'affaire portés à la connaissance du juge du procès, soit de la preuve présentée par le ministère public. Lorsque ce qui survient au procès convainc le juge qu'il n'est pas raisonnablement possible d'obtenir de l'enfant un récit utile des faits au moyen d'un témoignage direct, le juge peut bien conclure à la nécessité pour le motif qu'elle est évidente en soi. À défaut de cela, le juge peut se fonder sur la preuve présentée par le ministère public pour conclure à la nécessité. La non-disponibilité d'un témoignage direct peut être évidente en soi dans le cas de très jeunes enfants, mais ce n'est pas le seul cas où elle peut l'être. Si les circonstances révèlent que l'enfant ne peut pas, pour une raison quelconque, témoigner de façon utile, le juge du procès peut alors conclure qu'il est évident en soi, ou évident d'après ce qui s'est passé au procès, que les déclarations extrajudiciaires sont «nécessaires»

"necessary" if the court is to get the evidence and discover the truth of the matter.

Finally, it is hard to understand how an insistence on evidence to support necessity in every case can be reconciled with the values underlying the hearsay rule and the increasing sensitivity in society generally to the difficulties children face when called upon to testify. The law once refused to take cognizance of the special problems young witnesses face and the corresponding difficulties those who seek to prosecute crimes against young children consequently encounter. Child witnesses were treated like adults — indeed even more severely. Not only did they have to take the oath, but also, unlike adults, they were subjected to grilling on whether they understood its religious implications. If they failed this hurdle or the others that might appear down the road, like corroboration, their evidence was completely lost. The law, in recent decades, has come to realize that this approach was wrong. In *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), leave to appeal refused, [1966] S.C.R. vii, Dickson J. *ad hoc*, as he then was, pointed out the absurdity of subjecting children to examination on whether they understood the religious consequences of the oath. Parliament, in a series of laws over the past decades moved to sensitize the law to the realities of the child witness. It amended the law to permit children to promise to tell the truth instead of swearing an oath. It removed the requirements for corroboration. Most recently, it has made available to the child witness aids to testifying, like screens, closed courtrooms and counselors. The Court's decision in *Khan* to permit a child's out-of-court statement to be received where necessity and reliability are present was in keeping with the increasing sensitivity of the justice system to the special problems children may face in giving their evidence and the need to get children's evidence before the court if justice is to be done. See, e.g., W. Harvey and P. Dauns, *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process* (1993); J. Bulkley and

pour que le tribunal puisse obtenir la preuve et découvrir la vérité.

Enfin, il est difficile de comprendre comment le fait d'insister pour qu'une preuve étayant la nécessité soit présentée dans tous les cas peut être concilié avec les valeurs sous-jacentes de la règle du ouï-dire et la sensibilité accrue de la société en général aux difficultés qu'éprouvent les enfants appelés à témoigner. Le droit a déjà refusé de reconnaître les problèmes particuliers auxquels les jeunes témoins font face et les difficultés qui en résultent pour ceux qui cherchent à engager des poursuites relativement à des crimes commis contre de jeunes enfants. Les témoins enfants étaient traités comme des adultes — et même parfois plus durement. Non seulement devaient-ils prêter serment, mais encore, contrairement aux adultes, ils devaient subir un interrogatoire serré visant à déterminer s'ils comprenaient les implications religieuses du serment. S'ils ne surmontaient pas cet obstacle ou les autres qui pouvaient éventuellement surgir, comme la corroboration, leur témoignage était complètement perdu. Au cours des dernières décennies, le droit s'est rendu compte que cette approche était erronée. Dans l'arrêt *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), autorisation de pourvoi refusée, [1966] R.C.S. vii, le juge Dickson (*ad hoc*), alors juge de la Cour d'appel, a souligné l'absurdité de soumettre des enfants à un interrogatoire pour déterminer s'ils comprenaient les conséquences religieuses du serment. Dans une série de lois adoptées au cours des dernières décennies, le Parlement a entrepris de sensibiliser le droit aux réalités du témoin enfant. Il l'a modifié de manière à autoriser les enfants à promettre de dire la vérité au lieu de prêter serment. Il a supprimé les exigences de corroboration. Tout récemment, il a mis à la disposition des témoins enfants des moyens pour les aider à déposer, comme des écrans, le huis clos et des conseillers. La décision de la Cour, dans l'arrêt *Khan*, d'autoriser l'admission de la déclaration extrajudiciaire d'un enfant lorsque cette déclaration est nécessaire et fiable s'accordait avec la sensibilité accrue du système judiciaire aux problèmes particuliers que peuvent éprouver les enfants qui témoignent et au besoin de présenter à la cour le témoignage des enfants afin

42

C. Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*, (1994).

43 The law, through the efforts of Parliament and the courts, now recognizes that children may encounter greater problems in giving their evidence than adults. The difficulty begins with understanding the oath or the obligation imposed by a promise to tell the truth. But it does not stop there. The entire court process may be alien and frightening to children, no matter how well briefed. The child finds him- or herself in a strange world, surrounded by stern and imposing adult strangers, demanding on pain of perhaps incompletely understood consequences that the child reveal what he or she knows. Sexual assault cases bring yet another anxiety. The child is asked to reveal to these imposing and intimidating strangers the most private details of what was done to him or her. From infancy, the child may have been trained not to discuss such things with strangers. He or she has acquired a sense of privacy, and perhaps a sense of shame and guilt about such matters. The child finds him- or herself conflicted, being asked to tell strangers that which he or she has been trained not to tell strangers. Many children, despite these problems, prove equal to the task. But it is not surprising that a few find themselves unable to respond in any meaningful way. See S. V. McLeer et al., "Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children", *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650, and *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*, *supra*, at pp. 39-40. The policy of the law in recent decades points to seeking to understand and recognize these difficulties. When we do, it becomes apparent that a child's inability to answer questions about upsetting and highly personal events some time in the past may well establish reasonable necessity in Wigmore's sense of unavailability. Instead of treating the child witness more harshly than the adult, as those who insist on special

que justice soit rendue. Voir, par exemple, W. Harvey et P. Dauns, *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process* (1993); J. Bulkley et C. Sandt, dir., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994).

Grâce aux efforts du Parlement et des tribunaux, le droit reconnaît désormais que les enfants peuvent éprouver des difficultés plus grandes que les adultes en témoignant. La première difficulté a trait à la compréhension du serment ou à l'obligation imposée par une promesse de dire la vérité. Mais cela ne s'arrête pas là. Tout le procès peut être quelque chose d'inconnu et d'effrayant pour les enfants, même s'ils y ont été bien préparés. L'enfant se retrouve dans un monde inconnu, entouré d'adultes austères et impressionnants qu'il ne connaît pas et qui lui demandent de révéler ce qu'il sait sous peine de conséquences qu'il ne saisit peut-être pas complètement. Encore est-il que les affaires d'agression sexuelle sont angoissantes à un autre égard. On demande à l'enfant de révéler à ces étrangers impressionnants et intimidants les détails les plus intimes de ce qui lui a été fait. Il se peut qu'on lui ait enseigné, depuis sa plus tendre enfance, de ne pas parler de telles choses avec des étrangers. Il a acquis le sens de la discrétion et peut-être un sentiment de honte et de culpabilité relativement à ces sujets. L'enfant se retrouve tiraillé quand on lui demande de dire à des étrangers ce qu'on lui a enseigné de ne pas dire à des étrangers. Bien des enfants, malgré ces difficultés, se montrent à la hauteur de la situation. Il n'est toutefois pas étonnant que quelques-uns n'arrivent pas à répondre de façon utile. Voir S. V. McLeer et autres, «Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children», *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650, et *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*, *op. cit.*, aux pp. 39 et 40. La politique du droit au cours des dernières décennies montre qu'on cherche à comprendre et à reconnaître ces difficultés. Lorsqu'on le fait, il devient évident que l'incapacité d'un enfant de répondre à des questions relatives à des événements bouleversants et très personnels survenus par le passé peut bien établir l'existence d'une nécessité raisonnable au sens de non-disponibilité que lui donne Wigmore. Au lieu de traiter le

evidence of necessity suggest, we should be seeking to understand the child's special situation.

Underlying the insistence on knowing why the child cannot give meaningful testimony is the concern that if one finds necessity too readily one risks depriving the defence of cross-examination when, with more diligence, it would have been available. A witness cannot be excused from testifying because the witness is not in the mood or is generally fearful of the process, which might create an incentive for witnesses, who would rather not endure the rigors of cross-examination, to "clam up". The simple answer to this concern is that fear or disinclination, without more, do not constitute necessity. In each case the trial judge must determine whether, on the facts and circumstances of the case, necessity has been established. Often that will involve going into the reasons for the problem. Often too, it will involve expert evidence. But not invariably. Sometimes what happened may make it so clear that the witness was truly unable to testify that necessity can be inferred absent evidence as to why the witness cannot testify. This analysis, when applied to children, should take into account the child-sensitivity policies emerging in the law. The ultimate question is whether the evidence is reasonably necessary. When children become distressed, a reasonable course of action might well be to take a brief break. Trial judges have great flexibility in conducting their proceedings, and need not rush to hearsay at the first sign of difficulty. But once having decided that reasonable efforts cannot render the evidence available, little is added by adducing extrinsic evidence to pinpoint the exact source of a child's problem.

I conclude that the requirement of necessity may be established either on the basis of what has happened at trial or on the basis of evidence. Evidence

témoin enfant plus durement qu'un adulte, comme le proposent ceux qui insistent sur une preuve de nécessité particulière, nous devrions chercher à comprendre la situation particulière de l'enfant.

44 Si on insiste pour savoir pourquoi l'enfant ne peut pas témoigner de façon utile, c'est parce que l'on craint qu'en concluant trop facilement à la nécessité, on risque de priver la défense d'un contre-interrogatoire qui aurait été possible si on avait fait preuve de plus de diligence. Un témoin ne saurait être dispensé de déposer pour le motif qu'il n'est pas d'humeur à le faire ou qu'il craint généralement de le faire, ce qui pourrait inciter à se taire les témoins qui préféreraient éviter les rigueurs d'un contre-interrogatoire. La réponse simple à cette crainte est que la peur ou le manque d'enthousiasme, sans plus, ne constitue pas de la nécessité. Dans chaque cas, le juge du procès doit déterminer si, d'après les faits et les circonstances de l'affaire, la nécessité est établie. Cela nécessite souvent un examen des raisons du problème. Une preuve d'expert est également souvent requise. Mais ce n'est pas toujours le cas. Parfois, il peut être si évident, d'après ce qui s'est passé, que le témoin était réellement incapable de déposer, qu'il est possible de déduire la nécessité sans disposer d'une preuve expliquant pourquoi le témoin ne peut pas déposer. Cette analyse, appliquée aux enfants, devrait tenir compte des politiques de sensibilisation à l'enfant qui se dégagent du droit. La question fondamentale est de savoir si le témoignage est raisonnablement nécessaire. Quand des enfants deviennent désemparés, une ligne de conduite raisonnable pourrait bien consister à prendre une courte pause. Le juge du procès dispose d'une latitude considérable pour diriger les procédures et n'a pas besoin de s'empresser de recourir au ouï-dire au premier signe de difficulté. Cependant, une fois qu'il a été décidé que le témoignage n'est pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir, la présentation d'une preuve extrinsèque pour indiquer la source exacte du problème de l'enfant se révèle peu utile.

45 Je conclus que la nécessité requise peut être établie soit en fonction de ce qui s'est passé au procès, soit en fonction d'éléments de preuve. La

as to the reason why the child fails to give his or her evidence in court, while often useful, is not essential. What is required is that the trial judge be satisfied that the evidence is unavailable despite reasonable efforts to obtain it.

IV. Application to the Case at Bar

46 The trial judge rejected the statements the child made to the aunt, her parents and the police on the basis that necessity was not established, because the Crown did not prove by extrinsic evidence why the evidence was unavailable. Applying the test for necessity discussed above, I have concluded that the trial judge erred in insisting on extrinsic evidence as to why the child was unresponsive. It was open to her to find necessity established on the basis of the proceedings at trial, notably the child's inability to respond in any meaningful way to the Crown's questions about the events, without insisting that the Crown go on to call evidence on the reasons for the unavailability as a rigid condition precedent.

47 The record offers ample evidence to support the conclusion that the child was emotionally traumatized to the point of being unable to testify. Given this record, it was an error to insist on extrinsic evidence as to why the child could not testify.

48 The trial judge, in interrogating the child, herself seemed to accept that the child could not testify. After counsel indicated he could ask no further questions of the child, the trial judge intervened.

THE COURT: Mr. Andrews, I would just like to ask one question of her. [L.A.], people are asking you a lot of questions today; right? Hmm. We're asking lots of questions; aren't we? Hmm? Yes?

THE WITNESS: (No audible answer.)

preuve qui explique pourquoi l'enfant ne témoigne pas en cour, bien qu'elle soit souvent utile, n'est pas essentielle. Ce qui est nécessaire, c'est que le juge du procès soit convaincu que le témoignage n'est pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir.

IV. Application à la présente affaire

Le juge du procès a rejeté les déclarations que l'enfant avait faites à sa tante, à ses parents et à la police pour le motif que la nécessité n'était pas prouvée du fait que le ministère public n'avait pas établi au moyen d'une preuve extrinsèque pourquoi le témoignage n'était pas disponible. Après avoir appliqué le critère de la nécessité analysé plus haut, j'en suis venue à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur en insistant sur la présentation d'une preuve extrinsèque expliquant pourquoi l'enfant ne répondait pas. Il lui était loisible de conclure à la nécessité en fonction de ce qui s'était passé au procès — notamment l'incapacité de l'enfant de répondre utilement aux questions du ministère public relatives aux faits — sans exiger, à titre de condition préalable stricte, que le ministère public présente une preuve concernant les motifs de la non-disponibilité du témoignage en cause.

Le dossier offre beaucoup d'éléments de preuve à l'appui de la conclusion que l'enfant était traumatisée au point d'être incapable de témoigner. Compte tenu de ce dossier, il était erroné d'insister sur la présentation d'une preuve extrinsèque expliquant pourquoi l'enfant ne pouvait pas témoigner.

En interrogeant l'enfant, le juge du procès elle-même a semblé reconnaître que l'enfant ne pouvait pas témoigner. Elle est intervenue après que l'avocat eut indiqué qu'il ne pouvait plus poser d'autres questions à l'enfant.

[TRADUCTION]

LA COUR: Maître Andrews, j'aimerais simplement lui poser une question. [L.A.], les gens te posent beaucoup de questions aujourd'hui, n'est-ce pas? Hum. Nous posons beaucoup de questions, n'est-ce pas? Hum. Oui?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

THE COURT: If this man asks you some more questions do you think you could give him some answers, say yes or no or I don't know? Do you think you could say that? Do you think you could tell him that? Or are you feeling like you can't do it any more?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: What does that mean? What does this mean? What does this shaking your head from side to side mean?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: Can you tell me what that means?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: I think I know what it means but can you tell me what it means?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: You don't want to tell me?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: That's fine. [Emphasis added.]

LA COUR: Si cet homme te pose encore d'autres questions, penses-tu que tu pourrais y répondre par oui, par non ou par je ne sais pas? Crois-tu que tu pourrais le faire? Crois-tu que tu pourrais lui dire cela? Ou as-tu l'impression de ne plus pouvoir le faire?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Qu'est-ce que cela veut dire? Qu'est-ce que cela veut dire? Que signifie ce hochement de la tête?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Tu peux me dire ce que cela signifie?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Je crois savoir ce que cela signifie, mais peux-tu me le dire?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Tu ne veux pas me le dire?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Très bien. [Je souligne.]

The record therefore indicates that in response to the trial judge's question as to whether she could provide evidence, the child indicated she could not by shaking her head. The child was unable to articulate her inability to answer verbally, but the trial judge quite reasonably observed: "I think I know what it [the shaking of the head] means". This passage represents evidence not only that the child had stopped talking but also that she was unable to talk. The trial judge's questions went to the child's inability to answer (as distinct from her unwillingness to answer); it was in response to that query that the child shook her head.

Il ressort donc du dossier que, pour répondre au juge qui lui demandait si elle pouvait témoigner, l'enfant a indiqué par un hochement de la tête qu'elle ne pouvait pas le faire. L'enfant était incapable d'exprimer verbalement son incapacité de répondre, mais le juge du procès a tout à fait raisonnablement souligné: «Je crois savoir ce que cela [ce hochement de la tête] signifie». Ce passage prouve non seulement que l'enfant avait cessé de parler, mais encore qu'elle était incapable de le faire. Les questions du juge du procès concernaient l'incapacité de répondre de l'enfant (plutôt que son refus de le faire); c'est pour répondre à cette question que l'enfant a hoché la tête. 49

It is suggested that necessity is not established because there was no evidence as to why the child could not testify, leaving open the possibility that she may have been unwilling to repeat her earlier statements on the incidents because of her promise to tell the truth (reasons of the Chief Justice, at para. 11). However, in this case, that suspicion was negated by the fact that the child could not answer any questions, even on matters unrelated to the incidents on which she had given earlier statements. The record suggests that she was not

On laisse entendre que la nécessité n'est pas établie étant donné l'absence de preuve expliquant pourquoi l'enfant ne pouvait pas témoigner, d'où la possibilité qu'elle n'ait pas voulu répéter ses déclarations antérieures sur ce qui s'était passé, en raison de sa promesse de dire la vérité (motifs du Juge en chef, au par. 11). En l'espèce, cependant, ce doute était dissipé par le fait que l'enfant ne pouvait répondre à aucune des questions, même celles portant sur des sujets n'ayant aucun rapport avec les faits visés par ses déclarations antérieures. 50

merely unwilling to testify about the events at issue, but that she was paralyzed by the court proceedings. In short, the record disclosed inability to testify consistent with trauma, and negated the suggestion that the child was merely unwilling to testify about the events in question. This was sufficient to establish necessity: *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 17. It follows that the trial judge erred in insisting on further evidence of the reason the child could not testify, and absent such evidence, in rejecting the hearsay evidence and dismissing the charges.

Le dossier indique non seulement qu'elle ne voulait pas témoigner au sujet des faits en cause, mais encore qu'elle était pétrifiée par les procédures de la cour. Bref, le dossier révélait une incapacité de témoigner susceptible d'être due à un traumatisme, et écartait l'idée que l'enfant ne voulait tout simplement pas témoigner au sujet des faits en question. Cela était suffisant pour établir la nécessité: *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 17. Il s'ensuit que le juge du procès a commis une erreur en insistant sur la présentation d'autres éléments de preuve expliquant pourquoi l'enfant ne pouvait pas témoigner, et en rejetant, en l'absence de tels éléments de preuve, la preuve par ouï-dire et les accusations portées.

51 Judges who are uncertain may wish to adjourn the proceedings to see whether the child might be able to testify a little later, rather than summarily dismissing the application for alternate evidence and hence the charges. It may be that here the trial judge concluded that an adjournment would have been useless, given the many measures that had already been taken to assist the child. But in cases such as these, an adjournment is something that should at least be considered in the interests of protecting both the interests of justice and the accused's rights.

Le juge qui a des doutes peut souhaiter ajourner les procédures pour vérifier si l'enfant pourrait être en mesure de témoigner un peu plus tard, au lieu de rejeter sommairement la demande d'autres éléments de preuve et, partant, les accusations portées. Il se peut qu'en l'espèce le juge du procès ait conclu qu'un ajournement aurait été inutile compte tenu des nombreuses mesures qui avaient déjà été prises pour aider l'enfant. Toutefois, dans des cas comme la présente affaire, l'ajournement est une possibilité qu'il y a lieu d'envisager au moins dans l'intérêt de la justice et dans le but de préserver les droits de l'accusé.

52 It follows that a new trial must be held. If on the retrial L.A. proves unable to communicate, it will be open to the trial judge to find that admission of her out-of-court statements is necessary on the principles set out in *Khan*, *supra*. I would allow the appeal and direct a new trial.

Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu. Si, lors du nouveau procès, L.A. se révèle incapable de communiquer, le juge du procès pourra conclure que l'admission de ses déclarations extrajudiciaires est nécessaire selon les principes énoncés dans l'arrêt *Khan*, précité. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Appeal allowed, LAMER C.J. *and* IACOBUCCI *and* MAJOR JJ. *dissenting.*

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER *et les juges* IACOBUCCI *et* MAJOR *sont dissidents.*

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent: Andrews, McMahon, Campbell & Reis, Regina.

Procureurs de l'intimé: Andrews, McMahon, Campbell & Reis, Regina.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

G.W. *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* W. (G.)

File No.: 26705.

Hearing and judgment: June 16, 1999.

Reasons delivered: October 15, 1999.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Criminal law — Appeals — Court of Appeal — Jurisdiction — Sentencing — Whether Court of Appeal has inherent jurisdiction to vary sentence where no appeal from sentence has been sought — Whether Court of Appeal can ease its concern over what it feels is an improper sentence by inviting counsel to seek leave to appeal.

The accused was convicted by a jury of one count of assault, two counts of assault and sexual assault against his common law spouse and one count of obstruction of justice. He was sentenced to four years in prison. He appealed his conviction but not his sentence. The Court of Appeal dismissed the appeal against conviction. However, based on its unease over the prison term it elected to exercise what it deemed to be an inherent jurisdiction to review sentence on its own motion, even in the absence of an appeal against sentence. Counsels were ordered to return to present argument on the sentence. The Crown appeals the Court of Appeal's order on sentence.

Held: The appeal is allowed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: Appellate courts do not have inherent jurisdiction to consider a sentence imposed upon an accused after conviction, in the absence of an appeal against sentence. No such power exists in a court that is governed solely by a statutory framework.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

G.W. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* W. (G.)

N° du greffe: 26705.

Audition et jugement: 16 juin 1999.

Motifs déposés: 15 octobre 1999.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Appels — Cour d'appel — Compétence — Détermination de la peine — Une cour d'appel possède-t-elle une compétence inhérente lui permettant de modifier la peine infligée en l'absence d'un appel interjeté contre la sentence? — Une cour d'appel peut-elle apaiser ses inquiétudes à l'égard d'une peine qu'elle juge inadéquate en invitant l'avocat à demander l'autorisation d'en appeler?

Le jury a déclaré l'accusé coupable relativement à un chef de voies de fait, à deux chefs de voies de fait et d'agression sexuelle contre sa conjointe de fait et à un chef d'entrave à la justice. Il a été condamné à quatre ans d'emprisonnement. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, mais non de la peine qui lui a été infligée. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité. Toutefois, en raison du malaise qu'elle a ressenti devant la période d'emprisonnement, la Cour d'appel a décidé d'exercer ce qu'elle a tenu pour une compétence inhérente afin de réviser la sentence de son propre chef, même en l'absence d'un appel interjeté contre celle-ci. Elle a ordonné aux avocats de revenir devant elle pour présenter des observations sur la sentence. Le ministère public se pourvoit contre l'ordonnance rendue par la Cour d'appel au sujet de la sentence.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Les cours d'appel ne possèdent aucune compétence inhérente leur permettant d'examiner la peine infligée à l'accusé reconnu coupable, en l'absence d'appel formé contre la sentence. Une cour régie uniquement par des dispositions législa-

A review of the line of authority considered by the Court of Appeal to support its claim to inherent appellate jurisdiction to deal with sentencing reveals, first, that some of the cases do not necessarily support such an assertion, and second, that those that do support it all purport to follow a single British case that does not in fact support the existence of that jurisdiction.

While appellate courts have no explicit statutory right to invite appeal on sentence, they do possess the right to ask the parties questions during oral argument. But an appellate court's jurisdiction in this area is seriously limited and should be exercised in only the rarest of circumstances. As long as the question is not raised in a manner which suggests bias or partiality on the part of the appeal court, such a question is proper. The Court of Appeal's reasons for judgment, which speak of an "unease" and "discomfort" with the sentence imposed, indicate that the necessary threshold for raising the issue of a sentence appeal with counsel was not met. Courts should refrain from raising the issue unless, after reviewing the conviction appeal, there is some preliminary indication that the sentence is "clearly unreasonable" or "demonstrably unfit" in the sense of being outside the acceptable range. The Court of Appeal conducted what amounted to a *de facto* sentence review which was inappropriate. Its reasoning gives rise to a reasonable apprehension of bias in favour of the accused.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The Court of Appeal has no jurisdiction to review a sentence *proprio motu*. In the absence of jurisdiction to entertain a sentence appeal, the Court of Appeal was clearly wrong to comment on the adequacy of the sentence. The comments attract a reasonable apprehension of bias, all the more so since such comments may be perceived as reflecting myths and stereotypes about complainants in sexual assault cases.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Disapproved: *R. v. MacKay* (1934), 62 C.C.C. 188; *R. v. Musgrave* (1926), 46 C.C.C. 45; **distinguished:** *R. v. Towers* (1929), 21 Cr. App. R. 74; *R. v. Henry* (1927), 20 Cr. App. R. 117; *R. v. Moscovitch* (1924), 18 Cr.

tives ne possède aucun pouvoir de la sorte. Un examen des décisions sur lesquelles la Cour d'appel s'est appuyée pour faire valoir la compétence inhérente lui permettant de connaître de la sentence révèle, premièrement, que certaines de ces décisions n'appuient pas nécessairement une telle affirmation et, deuxièmement, que toutes celles qui l'appuient sont censées suivre une seule décision britannique qui n'étaye pas, en réalité, l'existence de cette compétence.

Bien que la loi ne confère pas explicitement aux cours d'appel le droit d'inviter les parties à interjeter appel de la sentence, il reste que les cours d'appel ont bel et bien le droit de poser des questions aux parties pendant l'argumentation orale. Cependant, la compétence d'une cour d'appel dans ce domaine est sérieusement limitée et ne doit être exercée que très exceptionnellement. Tant que la question n'est pas soulevée d'une manière qui donne à penser que la cour d'appel n'est pas impartiale, une telle question est fondée. Il ressort des motifs de la Cour d'appel, dans lesquels elle parle du «malaise» et de la «gêne» ressentis devant la peine infligée, qu'il n'a pas été satisfait au critère préliminaire applicable pour porter la question de l'appel de la sentence à l'attention des avocats. Les tribunaux doivent s'abstenir de soulever cette question à moins que, après avoir examiné l'appel de la déclaration de culpabilité, des indications préliminaires donnent à penser que la peine infligée est «nettement déraisonnable» ou «manifestement pas indiquée», c'est-à-dire en dehors des limites acceptables. L'examen auquel s'est livrée la Cour d'appel correspond à une révision *de facto* de la sentence, ce qui était inapproprié. Son raisonnement suscite une crainte raisonnable de partialité en faveur de l'accusé.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Une cour d'appel n'a pas compétence pour réviser une peine infligée *proprio motu*. N'étant pas compétente pour entendre un appel de la sentence, la Cour d'appel a clairement commis une erreur en commentant la justesse de la peine infligée. Ces commentaires suscitent une crainte raisonnable de partialité, et ce d'autant plus qu'ils peuvent être perçus comme reflétant des mythes et des stéréotypes au sujet des plaignants dans les affaires d'agression sexuelle.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts critiqués: *R. c. MacKay* (1934), 62 C.C.C. 188; *R. c. Musgrave* (1926), 46 C.C.C. 45; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Towers* (1929), 21 Cr. App. R. 74; *R. c. Henry* (1927), 20 Cr. App. R. 117; *R. c.*

App. R. 37; *R. v. Hervey* (1939), 27 Cr. App. R. 146; **referred to:** *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Ferencsik*, [1970] 4 C.C.C. 166; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 675(1), 678, 687.

Authors Cited

Andrias, Richard T. "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2.

Archard, David. *Sexual Consent*. Oxford: Westview Press, 1998.

Burt, Martha R. "Rape Myths and Acquaintance Rape". In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: John Wiley, 1991, 26.

Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa, 1992.

Mack, Kathy. "'You should scrutinise her evidence with great care': Corroboration of women's testimony about sexual assault". In Patricia Easteal, ed., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture*. Sydney: Federation Press, 1998, 59.

Mohr, Renate M. "Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience". In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 157.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132,

Moscovitch (1924), 18 Cr. App. R. 37; *R. c. Hervey* (1939), 27 Cr. App. R. 146; **arrêts mentionnés:** *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Ferencsik*, [1970] 4 C.C.C. 166; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 675(1), 678, 687.

Doctrine citée

Andrias, Richard T. «Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape» (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2.

Archard, David. *Sexual Consent*. Oxford: Westview Press, 1998.

Burt, Martha R. «Rape Myths and Acquaintance Rape». In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: John Wiley, 1991, 26.

Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l'égalité des sexes dans le système de justice au Canada. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa, 1992.

Mack, Kathy. «"You should scrutinise her evidence with great care": Corroboration of women's testimony about sexual assault». In Patricia Easteal, ed., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture*. Sydney: Federation Press, 1998, 59.

Mohr, Renate M. «Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience». In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 157.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Sheehy, Elizabeth A. «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 741.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132, 503

503 A.P.R. 132, 18 C.R. (5th) 379, [1998] N.J. No. 130 (QL), regarding a jurisdiction issue. Appeal allowed.

Wayne Gorman, for the appellant.

R. Michael Newton, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE –

I. Introduction

1 The central issue in this appeal is whether appellate courts have any inherent jurisdiction to consider the sentence imposed upon an accused after conviction, in the absence of an appeal against sentence. The respondent was convicted by a jury of two counts of assault and sexual assault against his common law spouse, occurring over an extended period of time, one count of assault which occurred on January 3, 1993 and one count of obstruction of justice. The trial judge sentenced the respondent to four years' imprisonment. The respondent appealed his conviction but not his sentence. The Crown indicated an intent to appeal the sentence but elected not to pursue the matter after the hearing on the conviction appeal. The Court of Appeal dismissed the appeal against conviction but ordered that counsel return to present argument on the sentence. The court held that it had an inherent jurisdiction to consider the sentence on its own motion (*proprio motu*), even in the absence of an appeal against sentence. The Crown appealed the decision of the Court of Appeal to this Court and, in the interim, the Court of Appeal's order was stayed. On June 25, 1999, the Court of Appeal (in a separate proceeding) granted the respondent an extension of time in which to file a notice of application for leave to appeal from sentence.

A.P.R. 132, 18 C.R. (5th) 379, [1998] N.J. No. 130 (QL), concernant une question relative à sa compétence. Pourvoi accueilli.

Wayne Gorman, pour l'appelante.

R. Michael Newton, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF –

I. Introduction

La principale question à résoudre dans le présent pourvoi est de savoir si les cours d'appel possèdent une compétence inhérente leur permettant d'examiner la peine infligée à l'accusé reconnu coupable, en l'absence d'appel formé contre la sentence. Un jury a déclaré l'intimé coupable relativement à deux chefs de voies de fait et d'agression sexuelle contre sa conjointe de fait (infractions dont la commission s'est prolongée dans le temps), à un chef de voies de fait (commises le 3 janvier 1993) et à un chef d'entrave à la justice. Le juge du procès a condamné l'intimé à quatre ans d'emprisonnement. L'intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, mais non de la peine qui lui a été infligée. Le ministère public a annoncé son intention d'en appeler de la sentence, mais il a décidé de ne pas donner suite à l'affaire après l'audition de l'appel de la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité mais a ordonné aux avocats de revenir devant elle présenter des observations sur la sentence. La cour a décidé qu'elle possédait une compétence inhérente qui lui permettait d'examiner la sentence *proprio motu*, même en l'absence d'un appel formé contre celle-ci. Le ministère public a interjeté appel de la décision de la Cour d'appel devant notre Cour et, dans l'intervalle, l'ordonnance de la Cour d'appel a été suspendue. Le 25 juin 1999, la Cour d'appel (dans une instance distincte) a accordé à l'intimé une prorogation du délai fixé pour déposer l'avis de demande d'autorisation d'appel de la sentence.

This Court allowed the Crown's appeal from the Bench. The Court of Appeal's order that the parties return to present argument on sentence was quashed. We indicated that reasons for judgment would follow. These are those reasons which elaborate briefly on our decision.

Notre Cour a accueilli le pourvoi du ministère public à l'audience. L'ordonnance de la Cour d'appel portant que les parties doivent revenir devant elle pour présenter des observations sur la sentence a été annulée. Les motifs qui suivent expliquent brièvement notre décision. 2

II. Background

The indictment of the respondent contained four counts. Counts 2 and 3 were of a general nature alleging both physical and sexual abuse on the complainant over an extended period of almost six years. Count 1 referred to a specific assault on January 3, 1993 in which the complainant's arm was fractured. Count 4 referred to a charge of obstruction of justice arising from the respondent's death threats against the complainant in the event that she should proceed with her allegations of abuse. The respondent was convicted by a jury of all counts. He was sentenced to a total period of incarceration of four years after consecutive sentences were imposed for each conviction.

II. Le contexte

L'acte d'accusation comporte quatre chefs. Les deuxième et troisième chefs, de nature générale, allèguent que la plaignante a fait l'objet d'une violence à la fois physique et sexuelle pendant une période de presque six ans. Le premier chef renvoie à des voies de fait précises, commises le 3 janvier 1993, au cours desquelles la plaignante a subi une fracture du bras. Le quatrième chef concerne l'entrave à la justice résultant des menaces de mort proférées contre la plaignante pour l'empêcher de donner suite à ses allégations de violence. Un jury a déclaré l'intimé coupable relativement à tous ces chefs. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée totale de quatre années après que des peines consécutives furent infligées pour chaque déclaration de culpabilité. 3

The accused appealed his conviction but did not seek leave to appeal his sentence. The Court of Appeal dismissed the conviction appeal: (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132. However, it indicated in its reasons for judgment by Marshall J.A., at p. 147, that it felt "sufficient unease over the prison term" to invoke its alleged "inherent appellate power" to review the sentence on its own motion. It ordered that counsel return to present argument on the sentence within a week.

L'accusé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité mais n'a pas demandé l'autorisation d'en appeler de la sentence. La Cour d'appel a rejeté son appel de la déclaration de culpabilité: (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132. Toutefois, dans ses motifs rédigés par le juge Marshall, la cour dit, à la p. 147, ressentir [TRADUCTION] «un malaise suffisant devant la période d'emprisonnement» pour invoquer sa prétendue [TRADUCTION] «compétence inhérente» et réviser la sentence de son propre chef. Elle a ordonné aux avocats de revenir devant elle dans une semaine pour présenter des observations sur la sentence. 4

III. Relevant Statutory Provisions

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 5

675. (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal

(*a*) against his conviction

675. (1) Une personne déclarée coupable par un tribunal de première instance dans des procédures sur acte d'accusation peut interjeter appel, devant la cour d'appel:

a) de sa déclaration de culpabilité:

(i) on any ground of appeal that involves a question of law alone,

(ii) on any ground of appeal that involves a question of fact or a question of mixed law and fact, with leave of the court of appeal or a judge thereof or on the certificate of the trial judge that the case is a proper case for appeal, or

(iii) on any ground of appeal not mentioned in subparagraph (i) or (ii) that appears to the court of appeal to be a sufficient ground of appeal, with leave of the court of appeal; or

(*b*) against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law.

. . .

678. (1) An appellant who proposes to appeal to the court of appeal or to obtain the leave of that court to appeal shall give notice of appeal or notice of his application for leave to appeal in such manner and within such period as may be directed by rules of court.

(2) The court of appeal or a judge thereof may at any time extend the time within which notice of appeal or notice of an application for leave to appeal may be given.

. . .

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(*a*) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(*b*) dismiss the appeal.

(2) A judgment of a court of appeal that varies the sentence of an accused who was convicted has the same force and effect as if it were a sentence passed by the trial court.

IV. Decision of the Court of Appeal

6 The Court of Appeal dismissed the appeal against conviction. However, based on its "unease" with the length of the prison term imposed, the

(i) soit pour tout motif d'appel comportant une simple question de droit,

(ii) soit pour tout motif d'appel comportant une question de fait, ou une question de droit et de fait, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges ou sur certificat du juge de première instance attestant que la cause est susceptible d'appel,

(iii) soit pour tout motif d'appel non mentionné au sous-alinéa (i) ou (ii) et jugé suffisant par la cour d'appel, avec l'autorisation de celle-ci;

b) de la sentence rendue par le tribunal de première instance, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi.

. . .

678. (1) Un appelant qui se propose d'introduire un recours devant la cour d'appel ou d'obtenir de ce tribunal l'autorisation d'interjeter appel, donne avis d'appel ou avis de sa demande d'autorisation d'appel, de la manière et dans le délai que les règles de cour peuvent prescrire.

(2) La cour d'appel ou l'un de ses juges peut proroger le délai de l'avis d'appel ou de l'avis d'une demande d'autorisation d'appel.

. . .

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel.

(2) Un jugement d'une cour d'appel modifiant la sentence d'un accusé qui a été déclaré coupable a la même vigueur et le même effet que s'il était une sentence prononcée par le tribunal de première instance.

IV. La décision de la Cour d'appel

La cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité. Toutefois, compte tenu du «malaise» ressenti devant la durée de la peine

court elected to exercise what it deemed to be an inherent jurisdiction to review the sentence even in the absence of an appeal against sentence. Its conclusion that it possessed such jurisdiction stemmed entirely from its reading of the text *Sentencing* (4th ed. 1994) by C. Ruby wherein the author provided (at p. 455) five case precedents as authority for such an inherent appellate jurisdiction. The court expressed its concern over the evidence presented in this case, particularly the evidence of the complainant. The complainant's motivation for laying the charges was questioned as the court speculated she may have been prompted by the accused's new relationship with another woman. The "indirect effect" of a motive inspired by vengeance had to be considered. Furthermore, the court felt that its perusal of the record showed several indicia of exaggeration by the complainant with respect to the extent and nature of the abuse and injuries suffered. Finally, the court concluded that its "extreme discomfort" over the length of the sentence could be further traced to the lack of need for specific deterrence. The Court of Appeal observed that the accused and complainant were no longer involved in an intimate relationship. Accordingly, the court assumed that the need for specific deterrence was negligible to non-existent. The parties were ordered to return in one week to present argument on sentence.

d'emprisonnement infligée, la cour a choisi d'exercer ce qu'elle considérait être une compétence inhérente pour réviser la sentence même en l'absence d'appel interjeté contre celle-ci. Elle a conclu qu'elle avait compétence en se fondant entièrement sur son interprétation de l'ouvrage intitulé *Sentencing* (4e éd. 1994), dans lequel C. Ruby s'appuie, à la p. 455, sur cinq précédents jurisprudentiels pour affirmer l'existence de cette compétence inhérente des cours d'appel. La cour a exprimé son inquiétude au sujet des éléments de preuve présentés en l'espèce, en particulier ceux qui ont été soumis par la plaignante. La cour s'est interrogée sur les motifs pour lesquels la plaignante avait déposé les accusations, avançant que c'était peut-être la nouvelle relation de l'accusé avec une autre femme qui l'avait poussée à agir. [TRADUCTION] L'«effet indirect» de motifs inspirés par la vengeance devait être pris en considération. En outre, de l'avis de la cour, une lecture attentive du dossier révélait plusieurs indices d'exagération de la part de la plaignante quant à l'étendue et à la nature de la violence et des préjudices subis. Enfin, la cour a conclu que son [TRADUCTION] «profond malaise» devant la durée de la peine d'emprisonnement pouvait être également lié au fait qu'il n'y avait pas lieu de rechercher un effet dissuasif spécifique. La Cour d'appel a fait remarquer que l'accusé et la plaignante n'étaient plus unis par des liens intimes. En conséquence, la cour a supposé que le besoin d'effet dissuasif spécifique était négligeable, voire inexistant. La cour a ordonné aux parties de revenir devant elle dans une semaine pour présenter des observations sur la sentence.

V. Analysis

At first blush this appeal could be disposed of quickly by dealing with the central issue of whether there is any inherent appellate power to deal with sentencing matters in the absence of an appeal against sentence. The answer is clearly "no". No such power exists in a court that is governed solely by a statutory framework. However, a second glance reveals that this case involves a more complicated subsidiary issue. If an appellate court cannot deal with the matter of sentence in the absence of an appeal on that issue, can it assuage

V. L'analyse

Au premier abord, notre Cour pourrait trancher rapidement le présent pourvoi en statuant sur la question principale de savoir si les cours d'appel possèdent une compétence inhérente pour connaître des questions relatives à la détermination de la peine en l'absence d'appel formé contre la sentence. De toute évidence, la réponse est «non». Une cour régie uniquement par des dispositions législatives ne possède aucun pouvoir de la sorte. Toutefois, au deuxième coup d'œil, la présente affaire comporte une question incidente plus com-

its concern over what it feels is an improper sentence by inviting counsel to seek leave to appeal? The respondent argues that appellate courts have the power to invite argument on specific matters. I will elaborate on these two issues in turn. Finally, in light of the respondent's successful application for an extension of time to seek leave to appeal sentence, I will discuss my concerns with the appellate judgment in this case which cause me to suggest that any further hearings be conducted before a differently constituted panel. In my view, the reasoning of the Court of Appeal gives rise to a reasonable apprehension of bias in favour of the respondent.

pliquée. Si la cour d'appel ne peut aborder la question de la peine en l'absence d'appel interjeté à cet égard, peut-elle apaiser ses inquiétudes devant une peine qu'elle juge inadéquate en invitant l'avocat à demander l'autorisation d'en appeler? L'intimé prétend que les cours d'appel ont le pouvoir d'inviter les parties à présenter des observations sur des questions déterminées. Je commenterai ces deux questions tour à tour. Enfin, compte tenu du fait que la demande de l'intimé visant à obtenir une prorogation du délai pour demander l'autorisation d'en appeler de la sentence a été accueillie, je ferai part de mes préoccupations au sujet de l'arrêt que la Cour d'appel a rendu dans la présente affaire, lesquelles m'amènent à dire qu'il y a lieu de tenir toute audience ultérieure devant une formation différente. À mon avis, le raisonnement de la Cour d'appel suscite une crainte raisonnable de partialité en faveur de l'intimé.

A. *Appellate Court Powers*

8 It is clear that there is no inherent appellate court jurisdiction. This statement has been explicitly made in numerous cases and should be well understood. Most recently in *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, I reiterated the established principle that courts of appeal are purely statutory bodies. La Forest J. earlier emphasized this concept in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pp. 69-70:

> Appeals are solely creatures of statute; see *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. There is no inherent jurisdiction in any appeal court. Nowadays, however, this basic proposition tends at times to be forgotten. Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it remains true that there is no right of appeal on any matter unless provided for by the relevant legislature.

The jurisprudence of this Court has definitively established therefore, that appellate courts cannot claim any inherent jurisdiction.

A. *Les pouvoirs des cours d'appel*

Il est clair que les cours d'appel ne possèdent aucune compétence inhérente. Cette règle a été affirmée explicitement dans de nombreuses décisions et devrait être bien comprise. Très récemment, dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, j'ai réitéré le principe établi que les cours d'appel n'existent qu'en vertu de la loi. Le juge La Forest avait précédemment mis ce principe en relief dans l'arrêt *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, aux pp. 69 et 70:

> Les appels ne sont qu'une création de la loi écrite; voir l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. Une cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente. De nos jours toutefois, on a parfois tendance à oublier ce principe fondamental. Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'en appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toutefois, il demeure qu'il n'existe pas de droit d'appel sur une question sauf si le législateur compétent l'a prévu.

La jurisprudence de notre Cour a donc établi de façon définitive que les cours d'appel ne peuvent prétendre posséder une quelconque compétence inhérente.

The Court of Appeal in this case based its claim to inherent appellate jurisdiction to deal with sentencing on Ruby's text *Sentencing*, *supra*. Mr. Ruby makes reference to five cases which in his view provide the authority for inherent appellate sentencing jurisdiction. A review of this line of authority reveals, first, that some of these cases do not necessarily support Mr. Ruby's assertion, and second, that those that do support it all purport to follow a single British case that does not in fact support the existence of that jurisdiction.

En l'espèce, la Cour d'appel fonde sa prétention à une compétence inhérente à l'égard de la détermination de la peine sur l'ouvrage de Ruby intitulé *Sentencing*, *op. cit.* Monsieur Ruby fait référence à cinq décisions qui, à son avis, établissent l'existence de la compétence inhérente des cours d'appel en matière de détermination de la peine. Un examen de ces décisions révèle, premièrement, que certaines de ces décisions n'appuient pas nécessairement l'affirmation de M. Ruby et, deuxièmement, que toutes celles qui l'appuient sont censées suivre une seule décision britannique qui n'étaye pas, en réalité, l'existence de cette compétence. 9

In two of the cases cited by Mr. Ruby, the accused had actually initiated appeals against sentence. In *R. v. Henry* (1927), 20 Cr. App. R. 117, the accused specifically appealed his sentence which included a term of "preventive detention" following his conviction and labelling as a "habitual criminal". The court considered that the accused's record was very bad but that he had shown initiative in gaining employment and, therefore, the term of preventive detention was removed. In my view, this case can only be referred to as support for the notion that where an accused appeals his or her sentence, a court can reduce the sentence on its own judgment without returning the matter to a sentencing judge. While the headnote states: "the Court may *proprio motu* reduce the primary sentence", the case does not support the notion that the court could reduce sentence when it was not appealed.

Dans deux des décisions citées par M. Ruby, l'accusé a, en fait, interjeté appel de la sentence. Dans *R. c. Henry* (1927), 20 Cr. App. R. 117, l'accusé en a appelé expressément de sa peine, qui comprenait une période [TRADUCTION] «[d']incarcération à des fins préventives», après avoir été déclaré coupable et reconnu [TRADUCTION] «repris de justice». La cour a estimé que l'accusé avait un très mauvais dossier, mais qu'il avait fait preuve d'initiative en se trouvant du travail et, en conséquence, la période d'incarcération à des fins préventives a été retranchée. À mon avis, cette décision permet tout au plus de soutenir que lorsqu'un accusé en appelle de la peine qui lui a été infligée, le tribunal peut réduire celle-ci de son propre chef sans renvoyer l'affaire au juge chargé de déterminer la peine. Bien que le sommaire porte: [TRADUCTION] «la Cour peut réduire la sentence principale *proprio motu*», la décision n'étaye pas l'idée que la cour peut réduire une peine en l'absence d'appel formé contre la sentence. 10

In *R. v. Towers* (1929), 21 Cr. App. R. 74, the accused applied for leave to appeal his conviction. At the hearing, he also asked the court to give leave to appeal against sentence. The Crown raised no objection to the application being extended to include the question of sentence. The court noted that it was "unintelligible" why the accused would not have applied for leave to appeal his sentence. Crown counsel "concede[d] the point" (p. 75). The court further held that since Crown counsel was present in the courtroom, it would deal with the matter immediately. The accused's sentence was

Dans *R. c. Towers* (1929), 21 Cr. App. R. 74, l'accusé a demandé l'autorisation d'interjeter appel de sa déclaration de culpabilité. À l'audience, il a également demandé à la cour de l'autoriser à interjeter appel de la sentence. Le ministère public ne s'est pas opposé à ce que la demande soit élargie pour inclure la sentence. La cour a noté qu'il était [TRADUCTION] «incompréhensible» que l'accusé n'ait pas demandé l'autorisation d'en appeler de la sentence. L'avocat du ministère public [TRADUCTION] «a admis ce point» (p. 75). La cour a également décidé que, puisque l'avocat du ministère 11

reduced from a prison term to a fine. The reduction was mandated because the trial judge was under a mistaken impression that he did not have the power to impose a fine. Since it was "perfectly obvious" that he did indeed have such a power, the Court of Appeal substituted that result. I would note however that the accused in *Towers* did specifically seek leave to appeal his sentence which merited no objection from the Crown. This is distinguishable from the case at bar.

12 I turn now to the other cases relied on in the court below. In *R. v. MacKay* (1934), 62 C.C.C. 188, the Nova Scotia Supreme Court did state that it could *proprio motu* reduce the sentence and relied on *R. v. Musgrave* (1926), 46 C.C.C. 45 (N.S.S.C.) as authority for exercising this power. *Musgrave* concluded that a court may *proprio motu* reduce sentence where there was no appeal against sentence. The Nova Scotia Supreme Court in *Musgrave* relied on an English case, *R. v. Moscovitch* (1924), 18 Cr. App. R. 37, as authority for this proposition. In *Moscovitch*, the accused appealed against his conviction but his counsel was specifically invited to seek leave to appeal against sentence. After considering the circumstances, the court in *Moscovitch* reduced his sentence.

13 The appellant quite rightly points out that in *Moscovitch*, the court specifically invited the accused to appeal against his sentence. Therefore, it was improperly relied upon in *Musgrave*, *supra*, which used it as a precedent for an appellate court reducing sentence completely on its own initiative. *Musgrave* then was improperly relied upon in *MacKay*.

14 In *R. v. Hervey* (1939), 27 Cr. App. R. 146, at pp. 148-49, the court noted that the defendant had appealed against his conviction only but held, "it is

public était présent dans la salle d'audience, elle traiterait de la question immédiatement. La peine d'emprisonnement infligée à l'accusé a été remplacée par une amende. La peine devait être réduite parce que le juge du procès avait considéré à tort qu'il n'avait pas le pouvoir d'infliger une amende. Comme il était [TRADUCTION] «parfaitement évident» qu'il avait effectivement ce pouvoir, la Cour d'appel a infligé une amende. Je noterais toutefois que l'accusé dans *Towers* a expressément demandé l'autorisation d'en appeler de la sentence, ce qui n'a donné lieu à aucune objection de la part du ministère public. Il y a lieu d'établir une distinction entre cette affaire et la présente espèce.

Je passe maintenant à l'examen des autres décisions sur lesquelles s'est fondée la cour de juridiction inférieure. Dans *R. c. MacKay* (1934), 62 C.C.C. 188, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a affirmé qu'elle pouvait réduire la peine infligée *proprio motu* en s'appuyant sur *R. c. Musgrave* (1926), 46 C.C.C. 45 (C.S.N.-É.), pour exercer ce pouvoir. Dans *Musgrave*, il a été décidé qu'une cour de justice pouvait réduire la peine infligée *proprio motu* en l'absence d'appel formé contre la sentence. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans *Musgrave* s'est appuyée sur une cause anglaise, *R. c. Moscovitch* (1924), 18 Cr. App. R. 37, pour étayer cette proposition. Dans *Moscovitch*, l'accusé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, mais son avocat a été expressément invité à demander l'autorisation d'interjeter appel de la sentence. Après avoir pris en considération les circonstances, la cour dans *Moscovitch* a réduit la peine infligée.

L'appelante souligne à juste titre que, dans *Moscovitch*, la cour a expressément invité l'accusé à interjeter appel de la sentence. En conséquence, c'est à tort que cette décision a été invoquée dans l'arrêt *Musgrave*, précité, comme précédent jurisprudentiel établissant qu'une cour d'appel a le pouvoir de réduire la peine infligée de son propre chef. C'est donc à tort que l'arrêt *Musgrave* a été invoqué dans l'arrêt *MacKay*.

Dans l'arrêt *R. c. Hervey* (1939), 27 Cr. App. R. 146, aux pp. 148 et 149, la cour a noté que le défendeur avait interjeté appel de sa déclaration de

within the power of the Court to treat his notice of appeal as if it had included an appeal against sentence". The accused was convicted on four counts dealing with robbery, housebreaking and conspiracy to steal. The court quashed his conviction on two counts and stated, "Notwithstanding the omission in the notice of appeal, the Court is of opinion that, in view of the partial revision of the conviction, his sentence may suitably be reduced to one of eighteen months' imprisonment" (emphasis added). *Hervey* is distinguishable from the case at bar in two respects: first, the court in *Hervey* quashed his conviction on two counts and it therefore follows that his sentence should have been reduced accordingly; second, while the court in *Hervey* felt it could extend an appeal from conviction to include an appeal from sentence, the current Canadian *Criminal Code* offers specific alternatives that an accused must follow to appeal a conviction and/or sentence. In particular, s. 675(1)(*b*) states:

> **675.** (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal
>
> . . .
>
> (*b*) against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law. [Emphasis added.]

An accused therefore needs leave of the court to appeal his or her sentence. It would not be proper for an appellate court to consider a notice of appeal from conviction as incorporating a notice of appeal from sentence. This point was made in *R. v. Ferencsik*, [1970] 4 C.C.C. 166 (Ont. C.A.), wherein Aylesworth J.A. specifically held that the unequivocal wording of the appeal sections of the *Criminal Code*, "indicates the separateness of and the distinction between appeals as against conviction

culpabilité uniquement, mais elle a statué: [TRADUCTION] «la cour a le pouvoir de considérer que son avis d'appel vise également la sentence». L'accusé a été déclaré coupable relativement à quatre chefs ayant trait au vol qualifié, à l'effraction dans une maison d'habitation et au complot en vue de commettre un vol. La cour a annulé la déclaration de culpabilité relativement à deux chefs et elle a affirmé: [TRADUCTION] «[m]algré l'omission dans l'avis d'appel, la cour est d'avis que, compte tenu de la révision partielle de la déclaration de culpabilité, il convient de réduire sa peine à dix-huit mois d'emprisonnement» (je souligne). Une distinction peut être établie entre l'arrêt *Hervey* et la présente affaire à deux égards: premièrement, la cour ayant annulé dans *Hervey* la déclaration de culpabilité relativement à deux chefs d'accusation, il s'ensuivait que la peine devait être réduite en conséquence; deuxièmement, même si la cour dans *Hervey* pensait qu'elle pouvait étendre la portée de l'appel formé contre une déclaration de culpabilité de façon qu'il vise la sentence, le *Code criminel* canadien actuel prévoit des options précises dont l'accusé doit se prévaloir pour interjeter appel d'une déclaration de culpabilité ou d'une sentence, ou des deux. En particulier, l'al. 675(1)*b*) dispose:

> **675.** (1) Une personne déclarée coupable par un tribunal de première instance dans des procédures sur acte d'accusation peut interjeter appel, devant la cour d'appel:
>
> . . .
>
> *b*) de la sentence rendue par le tribunal de première instance, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi. [Je souligne.]

L'accusé a donc besoin de l'autorisation de la cour pour interjeter appel de la sentence. Il ne conviendrait pas qu'une cour d'appel considère que l'avis d'appel d'une déclaration de culpabilité comprend un avis d'appel de la sentence. Ce point a été établi dans l'arrêt *R. c. Ferencsik*, [1970] 4 C.C.C. 166 (C.A. Ont.), où le juge Aylesworth a expressément décidé que le libellé sans équivoque des dispositions relatives à l'appel du *Code criminel*, [TRADUCTION] «fait ressortir la distinction entre, d'une

or dismissal of a charge on the one hand, and as against sentence on the other" (p. 167).

15 It is evident therefore that there is no inherent power in courts of appeal to deal with sentence appeals. The jurisprudence from this Court confirms the statutory definition of appellate bodies. This conclusion alone is sufficient to dispose of the narrow issue here in that the Newfoundland Court of Appeal erred in finding that it had the inherent power to consider a sentence in the absence of an appeal against sentence. However, as I said, this case also raises a separate question as to whether an appellate court has the power to invite a sentence appeal in the interests of justice. As I will explain, in my view an appellate court's jurisdiction in this area is seriously limited and should be exercised in only the rarest of circumstances.

B. *Proper Role of the Court*

16 It is true that the Newfoundland Court of Appeal did not "officially" reconsider the respondent's sentence in the absence of an appeal against sentence. Rather, it ordered the parties to return to court in one week's time to set a date for the hearing of argument on sentence. The respondent remained free on judicial interim release. In argument before us, the respondent conceded that the court did not have the inherent power it claimed to consider the sentence but argued that it did have the power to "invite" the respondent to file an Application for an extension of time to proceed with a Notice of Application for leave to appeal sentence. This power of "invitation" is also mentioned in one of the cases relied on in one of the cases previously mentioned, *Moscovitch*, *supra*. I would note that such a power has no statutory foundation.

17 While appellate courts have no explicit statutory right to invite appeal on sentence, they do possess the right to ask the parties questions during oral

part, les appels formés contre la déclaration de culpabilité ou le rejet de l'accusation et, d'autre part, les appels interjetés contre la peine» (p. 167).

Il est donc évident que les cours d'appel n'ont aucune compétence inhérente pour connaître des appels interjetés contre la sentence. La jurisprudence de notre Cour confirme que les tribunaux d'appel sont définis par la loi. Cette conclusion à elle seule suffit pour trancher la question restreinte en l'espèce en ce que la Cour d'appel de Terre-Neuve a commis une erreur en concluant qu'elle avait le pouvoir inhérent d'examiner la sentence en l'absence d'appel formé contre celle-ci. Toutefois, comme je l'ai dit, cette affaire soulève également la question distincte de savoir si une cour d'appel a le pouvoir d'inviter une partie à interjeter appel de la sentence dans l'intérêt de la justice. Comme je vais l'expliquer, à mon avis, la compétence d'une cour d'appel dans ce domaine est sérieusement limitée et ne doit être exercée que très exceptionnellement.

B. *Le rôle de la cour*

Il est vrai que la Cour d'appel de Terre-Neuve n'a pas «officiellement» réexaminé la peine infligée à l'intimé en l'absence d'appel formé contre la sentence. Elle a plutôt ordonné aux parties de revenir devant elle une semaine plus tard pour fixer une date pour l'audition des observations sur la sentence. L'intimé est demeuré en liberté conformément à une ordonnance de mise en liberté provisoire. À l'audience devant notre Cour, l'intimé a concédé que la cour n'avait pas la compétence inhérente qu'elle prétendait exercer pour connaître de la sentence, mais il a soutenu qu'elle avait le pouvoir de l'«inviter» à présenter une demande de prorogation du délai pour déposer l'avis de demande d'autorisation d'appel de la sentence. Ce pouvoir d'«invitation» est également mentionné dans une décision invoquée dans l'un des arrêts mentionnés précédemment, soit l'arrêt *Moscovitch*, précité. Je fais remarquer qu'un tel pouvoir n'a aucun fondement légal.

Bien que la loi ne confère pas explicitement aux cours d'appel le droit d'inviter les parties à interjeter appel de la sentence, il reste que les cours d'ap-

argument. As long as the question is not raised in a manner which suggests bias or partiality on the part of the appeal court, such a question is proper. It is important to emphasize that this right is limited to oral argument, and may not be exercised *ex parte*, in the court's reasons for judgment or in any other forum. Parenthetically, I would add that it is not inappropriate, however, for an appellate court simply to note in its reasons for judgment that neither party brought an appeal against sentence before it. An appeal court may wish to do so in order to indicate, for example, why the conviction was reviewed but the sentence was left untouched.

pel ont bel et bien le droit de poser des questions aux parties pendant la présentation de l'argumentation orale. Tant que la question n'est pas soulevée d'une manière qui donne à penser que la cour d'appel n'est pas impartiale, une telle question est légitime. Il importe de souligner que ce droit ne peut être exercé que pendant l'argumentation orale des parties. Il ne saurait être exercé *ex parte* dans les motifs du jugement ni dans un autre cadre. J'ajoute incidemment qu'il n'est pas inapproprié toutefois pour la cour d'appel de mentionner simplement dans ses motifs qu'aucune des parties n'a interjeté appel de la sentence devant elle. Il se peut que la cour d'appel veuille ainsi indiquer, par exemple, pourquoi la déclaration de culpabilité a été réexaminée alors que la sentence ne l'a pas été.

This approach respects the tactical decisions made by counsel and remains firmly within the procedure for sentence appeals articulated in the *Criminal Code*. It also avoids an apprehension of bias because appellate judges are expected to ask pointed questions in the course of oral argument. By contrast, the Newfoundland Court of Appeal's approach of inviting appeal risks creating an apprehension of bias particularly if, as in this case, the Court of Appeal expresses "discomfort" or "unease" with the sentence in its reasons. Such an approach, in my view, may provide grounds on which to impugn the impartiality of the court when it subsequently hears submissions on sentence. Especially in the absence of an appeal against sentence, such an expression of opinion also violates the longstanding principle that sentencing judges are owed tremendous deference due to the delicate nature of the sentencing process. In *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 91, I elaborated on the deference owed sentencing judges:

18 Cette méthode respecte les décisions stratégiques prises par les avocats et est rigoureusement conforme à la procédure prévue par le *Code criminel* pour les appels formés contre la sentence. Elle permet également de dissiper les craintes de partialité puisque les juges d'appel sont censés poser des questions pointues pendant l'argumentation orale. Par contraste, l'approche de la Cour d'appel de Terre-Neuve, soit l'invitation à interjeter appel, risque de susciter une crainte de partialité en particulier si, comme en l'espèce, la cour d'appel exprime dans ses motifs la «gêne» ou le «malaise» ressentis devant la peine infligée. À mon avis, cette méthode pourrait fournir des motifs pour attaquer l'impartialité de la Cour lorsqu'elle entend par la suite les observations sur la sentence. Surtout si aucun appel n'est interjeté contre la sentence, l'expression d'une telle opinion va également à l'encontre du principe bien établi selon lequel il faut faire preuve d'une très grande retenue à l'égard des juges chargés d'infliger la peine vu la nature délicate du processus de détermination de la peine. Dans l'arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 91, j'ai donné des détails sur la retenue qui est due aux juges qui infligent la peine:

This deferential standard of review has profound functional justifications. As Iacobucci J. explained in *Shropshire*, [[1995] 4 S.C.R. 227], at para. 46, where the sentencing judge has had the benefit of presiding over the trial of the offender, he or she will have had the comparative advantage of having seen and heard the

Cette norme de contrôle, qui appelle à la retenue, a de profondes justifications fonctionnelles. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci, au par. 46 de l'arrêt *Shropshire*, [[1995] 4 R.C.S. 227], lorsque le juge qui inflige la peine a eu l'avantage de présider le procès du délinquant, il a alors profité de l'avantage comparatif d'avoir

witnesses to the crime .... A sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of both the Crown and the offender. A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered consequences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be "just and appropriate" for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. The discretion of a sentencing judge should thus not be interfered with lightly. [Emphasis added.]

vu et entendu les témoins du crime. [...] Le juge qui inflige la peine jouit d'un autre avantage par rapport au juge d'appel en ce qu'il peut apprécier directement les observations présentées par le ministère public et le contrevenant relativement à la détermination de la peine. Du fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, il possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation. Fait peut-être le plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera «juste et appropriée» pour assurer la protection de cette communauté. La détermination d'une peine juste et appropriée est un art délicat, où l'on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l'infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. Il ne faut pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine. [Je souligne.]

In rare circumstances, appellate courts may feel compelled to ask the parties why they have not appealed a sentence. This would obviously be most appropriate in cases where an accused is unrepresented at the appellate level, as there is less concern about intruding upon a party's strategic choices in framing the issues. Similarly, the risk of creating an apprehension of bias is diminished where the accused is unrepresented, as courts have historically taken extra measures to ensure that all available avenues have been considered by such an accused.

Exceptionnellement, les cours d'appel peuvent se sentir obligées de demander aux parties pourquoi elles n'ont pas interjeté appel de la sentence. À l'évidence, cela serait le plus approprié dans les cas où l'accusé n'est pas représenté en appel car l'on craint moins alors de s'immiscer dans les choix stratégiques d'une partie en formulant les questions. De même, le risque de susciter une crainte de partialité est réduit lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat puisque historiquement, les tribunaux ont pris à tâche de s'assurer que toutes les options possibles avaient été envisagées par un tel accusé.

19 I emphasize also that in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, and *M. (C.A.)*, this Court held that a variation of sentence (after leave to appeal has been granted) should only be made by an appellate court if the sentence imposed is "clearly unreasonable" or "demonstrably unfit", these two standards in my view meaning the same thing. In *Shropshire*, the Court concluded (at para. 50) that unreasonableness in the sentencing context refers to an order falling outside the "acceptable range" of sentences under similar circumstances. In an adversarial system, it seems logical to assume that if no appeal

Je souligne également que dans *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, et *M. (C.A.)*, notre Cour a décidé qu'une cour d'appel peut modifier la sentence (après que l'autorisation d'appel a été accordée) seulement si la peine infligée est «nettement déraisonnable» ou «manifestement pas indiquée», ces deux normes voulant dire la même chose selon moi. Dans l'arrêt *Shropshire*, la Cour a conclu, au par. 50, que dans le contexte de la détermination de la peine, une sentence sera considérée déraisonnable si elle tombe en dehors des «limites acceptables» dans des circonstances analogues. Dans un

against sentence is taken, neither of the parties found anything "clearly" unreasonable in it. I caution, therefore, that appellate courts should be wary of raising the issue of a sentence appeal unless the sentence is so clearly unreasonable or demonstrably unfit as to indicate possible oversight on the part of counsel or an unrepresented accused.

I realize this may at first seem contradictory in that appellate courts are asked not to conduct sentence reviews *proprio motu*, and yet may inquire as to whether the absence of an appeal is an oversight if they believe that the sentence, upon an initial review, is "clearly unreasonable". In order to resolve the conundrum, I stress that a preliminary assessment of the appropriateness of a sentence can be made rather easily during a conviction appeal. In my view, it would be possible for an appellate court conducting a conviction appeal to form a preliminary opinion that a sentence appears to be clearly unreasonable or demonstrably unfit. In such cases the remedy of a sentence appeal could be raised with counsel or suggested to a self-represented accused in oral argument. A full-fledged review of sentence would be inappropriate in the absence of an appeal.

To that end, in my view the Court of Appeal's comments here that it felt "unease" and "discomfort" over the period of incarceration handed down to the respondent were in error for two reasons: first, the court went beyond merely raising the matter of a sentence appeal with counsel (it actually ordered the parties to return and present submissions); second, the language used does not indicate that the appropriate threshold was met for raising the issue of a sentence appeal. The possibility of mere disagreement over the sentence awarded does not warrant unilateral intervention by an appellate court. Admittedly, the Court of Appeal did not purport to undertake a full-fledged

système contradictoire, il semble logique de supposer que si aucun appel n'est formé contre la peine infligée, c'est que les parties n'y ont rien trouvé de «nettement» déraisonnable. Je fais donc une mise en garde: les cours d'appel doivent faire preuve de circonspection avant de soulever la question de l'appel de la sentence, à moins que la peine soit si nettement déraisonnable ou manifestement pas indiquée qu'elle laisse supposer un oubli possible de l'avocat ou de l'accusé non représenté par un avocat.

Je me rends compte que cela peut, à première vue, sembler contradictoire. D'un côté, il est demandé aux cours d'appels de ne pas réviser la sentence *proprio motu*, mais de l'autre, elles peuvent vérifier si l'absence d'appel n'est pas un oubli si elles estiment, après une révision initiale, que la peine est «nettement déraisonnable». Pour résoudre cette énigme, j'insiste sur le fait qu'une évaluation préliminaire du caractère approprié de la peine peut être effectuée assez facilement dans le cadre de l'appel d'une déclaration de culpabilité. À mon avis, une cour statuant en appel sur la déclaration de culpabilité pourrait estimer, de façon préliminaire, que la peine semble nettement déraisonnable ou manifestement pas indiquée. Dans pareils cas, le recours que constitue l'appel de la sentence pourrait être porté à l'attention de l'avocat ou suggéré à l'accusé qui assure lui-même sa défense lorsqu'ils présentent leur argumentation orale. Une révision complète de la sentence serait incorrecte en l'absence d'un appel. 20

À cet effet, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en affirmant en l'espèce qu'elle éprouvait un «malaise» et une «gêne» devant la période d'incarcération infligée à l'intimé, et ce, pour deux raisons: premièrement, la cour ne s'est pas contentée de porter la question de l'appel de la sentence à l'attention de l'avocat (elle a en fait ordonné aux parties de revenir devant elle pour présenter des observations); deuxièmement, les termes employés n'indiquent pas que le critère préliminaire applicable pour soulever la question de l'appel a été respecté. La possibilité d'un simple désaccord quant à la peine prononcée ne justifie pas l'intervention unilatérale d'une cour d'appel. Il 21

sentence review. It certainly did not make an order as to sentence substituting its view for that of the sentencing judge. However, in effect, additional comments made by the Court of Appeal indicate that it had embarked on a *de facto* sentence review.

22 The Court of Appeal clearly indicated its opinion that the sentence imposed by the sentencing judge was too high. Indeed, the Court of Appeal concluded that the transcript of evidence provided three reasons for its unease and discomfort over the four-year sentence imposed (at p. 150):

> They center on the nature of the dysfunctional relationship, the apparent severity of the sentence in comparison with misgivings over the extent of the actual violence and injury involved, and the absence of any apparent need for the sentence to specifically deter G.W. from recidivism.

23 Notwithstanding the foregoing comments, in ordering the parties to return to present argument on sentence, the Court of Appeal attempted to make clear that it would remain unbiased and consider the Crown's submissions that the sentence was appropriate. However, an objective observer would, I think, find it difficult to believe that this panel of the court would affirm the sentence imposed, despite what efforts the Crown might bring to bear in that regard. The court's clear indication of displeasure raises a concern about apprehension of bias in the court.

VI. Conclusion and Disposition

24 To summarize, in my view the Court of Appeal erred in the following respects:

1. In the absence of a sentencing appeal, the Court of Appeal had no inherent jurisdiction which could support an order that the parties return to make submissions on sentence.

faut reconnaître que la Cour d'appel n'entendait pas entreprendre une révision complète de la sentence. Elle n'a certainement pas rendu une ordonnance relative à la sentence en remplaçant le point de vue du juge qui a infligé la peine par le sien. Toutefois, en réalité, les remarques supplémentaires faites par la Cour d'appel donnent à penser qu'elle s'est lancée dans une révision *de facto* de la sentence.

La Cour d'appel a clairement dit qu'elle estimait que la peine infligée par le juge chargé de déterminer la peine était trop sévère. En fait, la Cour d'appel a conclu, à la p. 150, que la transcription de la preuve justifiait son malaise et sa gêne devant la peine de quatre ans d'emprisonnement qui a été prononcée et ce, pour trois raisons:

> [TRADUCTION] Ils portent principalement sur la nature de la relation dysfonctionnelle, sur la sévérité apparente de la peine comparativement aux doutes soulevés quant à l'étendue de la violence et des blessures effectivement subies, et sur l'absence de la nécessité apparente d'une peine qui dissuade expressément G.W. de récidiver.

Malgré ces remarques, en ordonnant aux parties de revenir devant elle pour présenter des observations sur la sentence, la Cour d'appel a tenté de faire comprendre qu'elle resterait impartiale et examinerait les arguments avancés par le ministère public pour justifier la peine infligée. Toutefois, je pense qu'un observateur objectif aurait du mal à croire que cette formation de la cour confirmerait la peine infligée, quels que soient les efforts déployés par le ministère public à cet égard. Le fait que la cour indique clairement son désaccord suscite une crainte de partialité de sa part.

VI. Conclusion et dispositif

En bref, à mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur sous les rapports suivants:

1. En l'absence d'un appel formé contre la peine, la Cour d'appel n'avait aucune compétence inhérente pour ordonner aux parties de revenir devant elle afin de présenter des observations sur la sentence.

2. The Court of Appeal's reasons for judgment, which speak of an "unease" and "discomfort" with the sentence imposed, indicate that the necessary threshold for raising the issue of a sentence appeal with counsel was not met. Courts should refrain from raising the issue unless, after reviewing the conviction appeal, there is some preliminary indication that the sentence is "clearly unreasonable" or "demonstrably unfit" in the sense of being outside the acceptable range.

3. The Court of Appeal conducted what amounted to a *de facto* sentence review which was inappropriate, especially in the context of an order that the parties return in one week's time to make submissions on sentencing.

Therefore, this Court having already allowed the appeal and quashed the order of the Court of Appeal that would have the parties return to make sentencing submissions, the respondent's application for leave to appeal the sentence should proceed before a differently constituted panel of the Court of Appeal.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The issue in this appeal is whether a Court of Appeal has jurisdiction to hear an appeal against sentence where no leave to appeal has been sought.

I agree with the Chief Justice that the law on this issue is clear: the Court of Appeal has no jurisdiction to review a sentence *proprio motu*.

In this case, not only did the Court of Appeal err in invoking its alleged "inherent jurisdiction" to

2. Il ressort des motifs de l'arrêt, dans lesquels la Cour d'appel parle du «malaise» et de la «gêne» ressentis devant la peine infligée, que le critère préliminaire applicable pour porter la question de l'appel de la sentence à l'attention des avocats n'a pas été respecté. Les tribunaux doivent s'abstenir de soulever cette question à moins que, après avoir examiné l'appel de la déclaration de culpabilité, des indications préliminaires donnent à penser que la peine infligée est «nettement déraisonnable» ou «manifestement pas indiquée», c'est-à-dire en dehors des limites acceptables.

3. L'examen auquel s'est livrée la Cour d'appel correspond à une révision *de facto* de la sentence, ce qui était inapproprié, en particulier dans le contexte d'une ordonnance enjoignant aux parties de revenir devant elle dans une semaine pour présenter des observations sur la détermination de la peine.

En conséquence, comme notre Cour a déjà accueilli le pourvoi et annulé l'ordonnance de la Cour d'appel portant que les parties doivent revenir présenter des observations relativement à la détermination de la peine, la demande d'autorisation d'appel présentée par l'intimé à l'encontre de la sentence doit être instruite devant une formation différente de la Cour d'appel. 25

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une cour d'appel a compétence pour entendre un appel de sentence lorsqu'aucune autorisation d'interjeter appel n'a été sollicitée. 26

J'estime, comme le Juge en chef, que le droit en la matière est clair: une cour d'appel n'a pas compétence pour réviser une peine *proprio motu*. 27

En l'espèce, la Cour d'appel non seulement a commis une erreur en invoquant sa prétendue 28

review the sentence and ordering the parties to return to make submissions on sentence, but it commented as follows on the issue of sentencing:

> While a complainant's motivation per se is not a factor directly impacting on the fixing of an appropriate sentence, it may be, nonetheless, a circumstance that has the potential for indirect effect. Where the evidence clearly shows, as it does in the case at bar, that the complaint was laid in retaliation for actions unrelated to the crimes, there is cause to inquire in the course of fixing a just sanction commensurate to the offences whether the impact of the crimes was as serious as represented by the victim. In such a circumstance, a perusal of the record is warranted for indicia of exaggerations by the complainant.
>
> . . .
>
> In this case, the perusal does leave scope for unease as to the actual extent of the episodic violence and injuries. It is fully appreciated the violent and threatening acts of which G.W. stands convicted must attract punishment. However, the penalty has to be appropriately commensurate to his offences. The jury's verdicts speak to his culpability, but not to its degree. . . . [I]t has to be said that the transcript's descriptions of the extent of S.M.'s injuries do not entirely support the magnitude of the abuse she alleges in her testimony to have suffered in the course of the unhealthy relationship.
>
> . . .
>
> A final factor ascertainable from the transcript which adds to the feeling of extreme discomfort over the length of the sentence is that the need for specific deterrence in this case appears negligible, or even nonexistent, with the ending of G.W.'s relationship with S.M. and his entering a new one.
>
> ((1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132, at pp. 149-50)

29 In the absence of jurisdiction to entertain a sentence appeal, the Court of Appeal was clearly wrong to comment on the adequacy of the sentence. The comments attract, as the Chief Justice

«compétence inhérente» pour réviser la peine et ordonner aux parties de revenir devant elle pour faire des représentations à cet égard, mais elle a émis les commentaires additionnels suivants au sujet de la sentence:

> [TRADUCTION] Bien que les motifs du plaignant ne constituent pas en soi un facteur ayant une incidence directe sur la détermination de la peine appropriée, il peut néanmoins s'agir d'une circonstance susceptible d'entraîner un effet indirect. Lorsque, comme en l'espèce, il ressort clairement de la preuve que la plainte a été déposée en guise de représailles pour des actes qui n'ont rien à voir avec les crimes, il convient d'examiner, dans le cadre de la détermination d'une peine juste et proportionnelle aux infractions, si les conséquences des crimes commis étaient aussi graves que l'a prétendu la victime. Dans ces circonstances, il est nécessaire de lire attentivement le dossier pour déceler tout indice d'exagération de la part du plaignant.
>
> . . .
>
> En l'espèce, l'examen du dossier suscite bel et bien de l'inquiétude quant à l'étendue réelle de la violence et des blessures épisodiques. Il est entendu que les actes violents et menaçants pour lesquels G.W. a été déclaré coupable doivent être punis. Cependant, la peine doit être proportionnelle aux infractions. Le verdict qu'a rendu le jury porte sur la culpabilité, mais non sur l'étendue de celle-ci. [. . .] [I]l convient de noter que les descriptions contenues dans la transcription relativement à la gravité des blessures subies par S.M. n'étayent pas entièrement la prétention de cette dernière quant à l'étendue des mauvais traitements qu'elle a dit avoir subis dans le cadre de cette relation malsaine.
>
> . . .
>
> Le dernier facteur qui ressort de la transcription et qui contribue à accentuer l'impression de profond malaise ressentie devant la durée de la peine d'emprisonnement est que la nécessité d'une dissuasion particulière en l'espèce paraît négligeable, voire inexistante, à la lumière de la rupture entre G.W. et S.M., puis de l'amorce d'une nouvelle relation dans le cas de G.W.
>
> ((1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132, aux pp. 149 et 150)

N'étant pas compétente pour entendre un appel de la sentence, la Cour d'appel a clairement commis une erreur en commentant la justesse de la peine. Comme l'a souligné le Juge en chef, ces

points out, a reasonable apprehension of bias, all the more so since such comments may be perceived as reflecting myths and stereotypes about complainants in sexual assault cases. (See *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 604 and 630, *per* McLachlin J., and at p. 651, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 670, *per* Cory J.; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at pp. 814-15, *per* McLachlin J.; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at pp. 374-78, *per* L'Heureux-Dubé J.; K. Mack, "'You should scrutinise her evidence with great care': Corroboration of women's testimony about sexual assault", in P. Easteal, ed., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture* (1998), 59; R. Mohr, "Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience", in J. Roberts and R. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (1994), 157; M. R. Burt, "Rape Myths and Acquaintance Rape", in A. Parrot and L. Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991), 26; R. T. Andrias, "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2; Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System, *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action* (1992); E. A. Sheehy, "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741; D. Archard, *Sexual Consent* (1998), at p. 131.)

In the result, I agree with my colleague's disposition of the appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitor for the respondent: The Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.

commentaires suscitent une crainte raisonnable de partialité, et ce d'autant plus qu'ils peuvent être perçus comme reflétant des mythes et des stéréotypes au sujet des plaignants dans les affaires d'agression sexuelle. (Voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 604 et 630, le juge McLachlin, et à la p. 651, le juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 670, le juge Cory; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, aux pp. 814 et 815, le juge McLachlin; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, aux pp. 374 à 378, le juge L'Heureux-Dubé; K. Mack, «"You should scrutinise her evidence with great care": Corroboration of women's testimony about sexual assault», dans P. Easteal, dir., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture* (1998), 59; R. Mohr, «Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience», dans J. Roberts et R. Mohr, dir., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (1994), 157; M. R. Burt, «Rape Myths and Acquaintance Rape», dans A. Parrot et L. Bechhofer, dir., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991), 26; R. T. Andrias, «Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape» (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2; Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l'égalité des sexes dans le système de justice au Canada, «*L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre* (1992); E. A. Sheehy, «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 741; D. Archard, *Sexual Consent* (1998), à la p. 131.)

Quant au résultat, je suis d'accord avec la façon dont mon collègue dispose du présent pourvoi. 30

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureur de l'intimé: La Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.

Shell Canada Limited *Applicant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: SHELL CANADA LTD. *v.* CANADA

File No.: 26596.

1998: December 16.

Present: Binnie J.

MOTION FOR DIRECTIONS

Practice — Supreme Court of Canada — Cross-appeal — Court of Appeal reversing Tax Court's finding on interest expense deduction but affirming finding that gain realized by taxpayer in currency transaction is capital gain not income — Taxpayer granted leave to appeal to Supreme Court — Respondent wishing to keep capital gain issue alive without seeking leave to cross-appeal — Respondent's argument on capital gain issue would not, if accepted, uphold Court of Appeal's judgment — Respondent required to obtain leave to cross-appeal to raise capital gain issue in Supreme Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 29(1), (3).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 29(1) [repl. SOR/95-325, s. 2], (3) [repl. SOR/93-488, s. 2].

MOTION for directions on whether leave to cross-appeal required before certain issues can be raised. Motion granted.

Shell Canada Limitée *Requérante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: SHELL CANADA LTÉE *c.* CANADA

N° du greffe: 26596.

1998: 16 décembre.

Présent: Le juge Binnie.

REQUÊTE VISANT À OBTENIR DES DIRECTIVES

Pratique — Cour suprême du Canada — Appel incident — Cour d'appel infirmant la décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant la déduction d'intérêts à titre de dépense, mais confirmant la décision qu'un gain réalisé par le contribuable dans le cadre d'une opération en devises est un gain en capital et non pas un revenu — Contribuable autorisé à interjeter appel devant la Cour suprême — Intimée souhaitant garder ouverte la question du gain en capital sans demander l'autorisation d'interjeter un appel incident — Argument de l'intimée sur la question du gain en capital ne mènerait pas, s'il était retenu, à la confirmation du jugement de la Cour d'appel — Nécessité pour l'intimée d'obtenir une autorisation d'appel incident pour soulever une question de gain en capital devant la Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1), (3).

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1) [rempl. DORS/95-325, art. 2], (3) [rempl. DORS/93-488, art. 2].

REQUÊTE visant à obtenir des directives sur le point de savoir si une autorisation d'appel incident est requise pour que certaines questions puissent être soulevées. Requête accueillie.

Written submissions by *Alnasir Meghji*, for the applicant.

Written submissions by *Patricia Lee* and *Harry Erlichman*, for the respondent.

The following is the order delivered by

BINNIE J. — The appellant Shell Canada seeks a ruling that the respondent, having failed to seek leave to cross-appeal under Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74 (the "Rules"), is precluded from attacking the finding of the Court of Appeal that the "gain" realized in a New Zealand-United States currency transaction entered into by the appellant is a capital gain.

This appeal concerns the proper tax treatment of a sophisticated financing transaction, known as a "weak currency financing scheme", undertaken by the appellant. In 1988, the appellant required about $100 million in United States currency ("US$") for general corporate purposes. The market rate for a direct borrowing of US$ was 9.1 percent. Instead of borrowing US$ directly, however, the appellant entered into two agreements. The first agreement (the "Borrowing Contract"), involved the appellant borrowing $150 million in New Zealand currency ("NZ$") at an interest rate of 15.4 percent per annum (which was found to be the market rate for borrowing NZ$). The second agreement (the "Purchasing Contract"), involved the appellant using the New Zealand funds to purchase US$100 million at the market price.

In order to fulfill the appellant's requirement for New Zealand dollars, the Purchasing Contract provided for the appellant to purchase enough New Zealand dollars to satisfy the interest payments under the Borrowing Contract and for the appellant to purchase NZ$150 million for US$79 million on the date when the principal came due under the Borrowing Contract. The difference in the cost of the NZ$150 million at the time the Borrowing Contract was entered (US$100 million) and at the time the principal was to be repaid (US$79

Argumentation écrite par *Alnasir Meghji*, pour la requérante.

Argumentation écrite par *Patricia Lee* et *Harry Erlichman*, pour l'intimée.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE BINNIE — L'appelante, Shell Canada, demande à la Cour de statuer que l'intimée, qui n'a pas déposé de demande d'autorisation d'appel incident en application de l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74 (les «Règles»), ne peut pas contester la conclusion tirée par la Cour d'appel selon laquelle le «gain» réalisé dans le cadre d'une opération en dollars néo-zélandais et américains à laquelle l'appelante était partie constitue un gain en capital. 1

Le pourvoi porte sur le traitement fiscal qu'il convient d'accorder à une opération financière complexe appelée «plan de financement en devises faibles», que l'appelante a effectuée. En 1988, l'appelante avait besoin d'environ 100 millions de dollars américains aux fins générales de l'entreprise. Le taux courant du marché pour un emprunt direct en dollars américains était 9,1 pour 100. Plutôt que d'emprunter directement des dollars américains, l'appelante a signé deux conventions. Dans le cadre de la première (le «contrat de prêt»), l'appelante a emprunté 150 millions de dollars néo-zélandais à un taux d'intérêt de 15,4 pour 100 par année (le taux du marché pour un emprunt en dollars néo-zélandais). Dans le cadre de la deuxième convention (le «contrat d'achat»), l'appelante a utilisé les devises néo-zélandaises pour acheter 100 millions de dollars américains au prix du marché. 2

Pour combler les besoins de l'appelante en dollars néo-zélandais, le contrat d'achat prévoyait que l'appelante achèterait suffisamment de dollars néo-zélandais pour payer les intérêts prévus par le contrat de prêt et pour acheter 150 millions de dollars néo-zélandais en échange de 79 millions de dollars américains à la date à laquelle le principal deviendrait exigible en vertu du contrat de prêt. La différence entre le coût des 150 millions de dollars néo-zélandais au moment de la conclusion du contrat de prêt (100 millions de dollars américains) et au 3

million) resulted in a US$21 million "gain" to the appellant.

4 In computing its tax liability, the appellant deducted the 15.4 percent interest it had paid under the Borrowing Contract and characterized the US$21 million gain as a capital gain.

5 The respondent reassessed the appellant by allowing only the cost of directly borrowing US$ (9.1 percent) as an interest expense and characterized the "gain" as income.

6 The appellant appealed to the Tax Court where the court found in favour of the appellant and allowed the full 15.4 percent to be deducted as an expense. The Tax Court also characterized the gain as a capital gain: [1997] 3 C.T.C. 2238.

7 The Court of Appeal reversed the Tax Court's finding with respect to the interest deduction applying an "economic substance over form" doctrine which essentially dictated that the Borrowing Contract and Purchasing Contract be considered together: [1998] 3 F.C. 64. This in turn led the Court of Appeal to a determination that the 15.4 percent interest rate expense claimed failed to comply with three of the requirements that must be satisfied for a claimed expense to qualify as "interest" under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.): it was not interest, it was not used for the purpose of earning income and it was not reasonable. Therefore, the Court of Appeal disallowed any interest expense claimed above 9.1 percent — the direct cost of borrowing US$. It is on that issue that the appellant sought and obtained leave to appeal in this Court.

8 The Court of Appeal did, however, agree with the Tax Court that the gain of US$21 million should be considered a capital gain. The respon-

moment où le principal devait être remboursé (79 millions de dollars américains) s'est traduite par un «gain» de 21 millions de dollars américains pour l'appelante.

Dans le calcul de l'impôt exigible, l'appelante a déduit les intérêts de 15,4 pour 100 qu'elle a versés en vertu du contrat de prêt et qualifié le gain de 21 millions de dollars américains de gain en capital.

L'intimée a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'appelante, limitant la déduction admissible au titre des intérêts au coût d'un emprunt direct en dollars américains (9,1 pour 100) et qualifiant le «gain» de revenu.

L'appelante a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt qui lui a donné raison et lui a permis de déduire comme dépense la totalité des intérêts de 15,4 pour 100. La Cour canadienne de l'impôt a aussi qualifié le gain de gain en capital: [1997] 3 C.T.C. 2238.

La Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt relativement à la déduction des intérêts en appliquant le principe selon lequel «le fond de l'opération économique l'emporte sur la forme» qui veut pour l'essentiel que le contrat de prêt et le contrat d'achat soient considérés ensemble: [1998] 3 C.F. 64. Cette conclusion a amené la Cour d'appel à statuer que la déduction des intérêts au taux de 15,4 pour 100 ne remplissait pas trois des conditions nécessaires pour qu'une dépense puisse être déduite au titre des «intérêts» en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^{e} suppl.): ce montant ne constituait pas des intérêts, il n'a pas été utilisé en vue de gagner un revenu et il n'était pas raisonnable. En conséquence, la Cour d'appel a déclaré que les intérêts en sus du taux de 9,1 pour 100 — le coût d'un emprunt direct en dollars américains — n'étaient pas déductibles. C'est relativement à cette question que l'appelante a demandé et reçu l'autorisation de former un pourvoi devant notre Cour.

La Cour d'appel a toutefois confirmé la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle le gain de 21 millions de dollars améri-

dent has indicated that it intends to keep that issue alive on the appeal to this Court. The appellant disputes the respondent's right to do so.

Rule 29 provides as follows:

29. (1) A respondent who seeks to set aside or vary the whole or any part of the disposition of the judgment appealed from shall apply for leave to cross-appeal within 30 clear days after the service of the application for leave, in the case of an appeal for which leave is required, or 30 clear days after the service of the notice of appeal, in all other cases.

. . .

(3) A respondent who seeks to uphold the judgment on a ground or grounds not raised in the reasons for the judgment appealed from may do so in the respondent's factum without applying for leave to cross-appeal, and the appellant may serve and file a factum in reply in accordance with Rule 41. [Emphasis added.]

The gist of the Rule is that where a respondent wishes to vary the judgment appealed from, that respondent must apply for leave to cross-appeal that part of the judgment. Where, however, the respondent seeks to uphold the judgment of the lower court on a ground not raised in the reasons of the judgment appealed from, no leave to cross-appeal is required. *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at para. 29.

The respondent's argument on the capital gain issue would not, if accepted, uphold the judgment of the Court of Appeal. According to that judgment, the appellant may claim an interest expense of 9.1 percent per annum on the principal amount borrowed under the Borrowing Contract in the computation of its taxable income. The respondent says that if the appeal against that ruling succeeds, the respondent ought to be free to argue that the tax burden thus reduced should nevertheless be restored in whole or in part by recharacterizing the

cains devait être considéré comme un gain en capital. L'intimée a indiqué son intention de garder cette question ouverte devant notre Cour. L'appelante conteste le droit de l'intimée de procéder ainsi.

Voici ce que prévoit l'art. 29: 9

29. (1) L'intimé qui cherche à faire infirmer ou modifier en tout ou en partie le dispositif du jugement du tribunal de juridiction inférieure doit déposer une demande d'autorisation d'appel incident au plus tard dans 30 jours francs après la signification de la demande d'autorisation, si une autorisation d'appel est requise, ou au plus tard dans 30 jours francs après la signification de l'avis d'appel dans tous les autres cas.

. . .

(3) L'intimé qui cherche à faire confirmer le jugement du tribunal de juridiction inférieure pour des motifs différents de ceux invoqués dans ce jugement peut, sans déposer de demande d'autorisation d'appel incident, le faire dans son mémoire et l'appelant peut, en réponse, signifier et déposer un mémoire conformément à l'article 41. [Je souligne.]

Cette règle porte essentiellement que l'intimé qui désire faire modifier le jugement dont appel doit présenter une demande d'autorisation d'appel incident relativement à cette partie du jugement. Toutefois, l'intimé qui veut faire confirmer le jugement du tribunal de juridiction inférieure en s'appuyant sur un moyen qui n'est pas mentionné dans les motifs du jugement dont appel n'est pas tenu de demander l'autorisation de former un appel incident. *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, au par. 29.

L'argument de l'intimée sur la question du gain en capital ne mènerait pas, s'il était retenu, à la confirmation du jugement de la Cour d'appel. Selon ce jugement, l'appelante peut déduire, dans le calcul de son revenu imposable, des intérêts au taux de 9,1 pour 100 par année sur le principal de l'emprunt contracté en vertu du contrat de prêt. L'intimée affirme que, si le pourvoi à l'encontre de cette conclusion est accueilli, elle devrait pouvoir plaider que le fardeau fiscal ainsi réduit devrait néanmoins être rétabli en totalité ou en partie en 10

gain on the Borrowing Contract as income rather than capital.

11 In my view, the respondent would be required to obtain leave to cross-appeal before raising this issue at the hearing of the appeal.

12 In the first place the judgment of the Federal Court of Appeal dated February 18, 1998 refers the matter back to the Minister "to be reassessed in accordance with the Reasons for Judgment herein". The Minister's authority is thus closely circumscribed by the reasons as well as the outcome of the appeal to that court.

13 Secondly, there is no reason to believe (and the respondent has not offered any proof) that the net effect of reclassifying the US$21 million gain as income would be the same as the net effect on the appellant's tax burden of the reasons for judgment of the Court of Appeal. If the tax burden calculated under the respondent's alternative argument differs from the tax burden calculated under the Court of Appeal's judgment, then recharacterizing the gain as income rather than capital would not uphold even the outcome, much less the reasons for judgment of the Federal Court of Appeal.

14 Accordingly, if the respondent wishes to keep the capital gain issue alive in this Court, she cannot do so without leave. The proper procedure would be to now serve and provide the Court with the proposed leave application with respect to the cross-appeal, accompanied by an application for an extension of time within which to file same, as set out in the *Notice to the Profession* dated January 1996. The leave panel may then determine whether it is appropriate to have all aspects of the "weak currency financing scheme" before the Court on the main appeal.

Motion granted.

Solicitors for the applicant: Bennett Jones, Calgary.

imputant le gain réalisé grâce au contrat de prêt au revenu plutôt qu'au capital.

Je suis d'avis que l'intimée devrait obtenir une autorisation d'appel incident pour soulever cette question à l'audition du pourvoi.

Premièrement, le jugement rendu par la Cour d'appel fédérale le 18 février 1998 renvoie l'affaire au ministre «pour qu'il établisse une nouvelle cotisation conformément aux motifs du jugement». Le pouvoir du ministre est donc strictement limité par les motifs et le résultat de l'appel devant la Cour fédérale.

Deuxièmement, il n'existe aucune raison de croire (et l'intimée n'a présenté aucun élément de preuve en ce sens) que l'imputation au revenu du gain de 21 millions de dollars aurait le même effet net sur le fardeau fiscal de l'appelante que les motifs du jugement de la Cour d'appel. Si le fardeau fiscal calculé en conformité avec l'argument subsidiaire de l'intimée diffère de celui qui est calculé selon les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel, le fait d'imputer le gain au revenu plutôt qu'au capital n'emporterait pas la confirmation du résultat, et encore moins des motifs de l'arrêt

En conséquence, si l'intimée désire garder ouverte la question du gain en capital devant notre Cour, elle ne peut le faire sans obtenir d'autorisation. La procédure à suivre consisterait à signifier et à transmettre à la Cour, dès maintenant, la demande d'autorisation d'appel incident, accompagnée d'une demande de prorogation du délai imparti pour déposer une telle demande, conformément à l'*Avis aux avocats* du mois de janvier 1996. La formation saisie de la demande d'autorisation pourrait alors déterminer s'il convient de soumettre à la Cour tous les aspects du «plan de financement en devises faibles» dans le cadre de l'appel principal.

Requête accueillie.

Procureurs de la requérante: Bennett Jones, Calgary.

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

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.

Shell Canada Limited *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Canadian Pacific Limited and Her Majesty The Queen *Interveners*

INDEXED AS: SHELL CANADA LTD. *v.* CANADA

File No.: 26596.

Hearing and judgment: June 14, 1999.

Reasons delivered: October 15, 1999.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income Tax — Income from business — Deductions — Interest — Taxpayer entering into debenture agreements with foreign lenders to borrow NZ dollars — NZ dollars used by taxpayer to purchase US dollars pursuant to forward exchange contract with foreign bank — Interest on debentures payable semi-annually at market rate — Whether s. 20(1)(c)(i) of Income Tax Act allows taxpayer to deduct from its income all of semi-annual interest payments made to lenders under debenture agreements — If so, whether s. 67 or former s. 245(1) of Income Tax Act applicable to reduce deduction to amount that would have been paid if US dollars had been borrowed directly — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(c)(i), 67 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 245(1).

Income Tax — Income or capital gain — Net foreign exchange gain — Whether net foreign exchange gain taxable as income or as capital gain.

Shell Canada Limitée *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

et

Canadien Pacifique Limitée et Sa Majesté la Reine *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ: SHELL CANADA LTÉE *c.* CANADA

N° du greffe: 26596

Audition et jugement: 14 juin 1999.

Motifs déposés: 15 octobre 1999.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Revenu tiré d'une entreprise — Déductions — Intérêt — Conclusion par le contribuable de contrats d'achat de débentures avec des prêteurs étrangers pour emprunter des dollars néo-zélandais — Affectation par le contribuable des dollars néo-zélandais à l'achat de dollars américains en application d'un contrat de change à terme intervenu avec une banque étrangère — Paiements semestriels d'intérêts sur les débentures au taux du marché — L'article 20(1)c)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet-il au contribuable de déduire de son revenu la totalité des intérêts versés tous les six mois aux prêteurs conformément aux contrats d'achat de débentures? — Dans l'affirmative, l'art. 67 ou l'ancien art. 245(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu s'appliquent-ils de façon à ramener le montant de la déduction à la somme qui aurait été versée si les dollars américains avaient été empruntés directement? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i), 67 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 245(1).

Impôt sur le revenu — Revenu ou gain en capital — Gain de change net — Le gain de change net est-il imposable à titre de revenu ou de gain en capital?

In 1988, Shell required approximately US$100 million for general corporate purposes. To get the money at the lowest possible after-tax cost, first, it entered into debenture agreements with three foreign lenders borrowing NZ$150 million at the market rate of 15.4 percent per annum. Shell was required to make 10 semi-annual interest payments of NZ$11.55 million. The principal was to be returned to the lenders in 1993. Second, Shell entered into a forward exchange contract with a foreign bank, pursuant to which it used the NZ$150 million to purchase approximately US$100 million. The forward exchange contract also allowed Shell to exchange a specified amount of US dollars for NZ$11.55 million on each day that a semi-annual payment to the lenders was due, and to exchange another specified amount of US dollars for NZ$150 million when the time came to repay the principal to the lenders. The exchange rates in the forward exchange contract were established by reference to the forward exchange rates for NZ dollars for the period of the loan.

When computing its income for tax purposes, Shell relied on s. 20(1)(*c*) of the *Income Tax Act* and deducted the interest, calculated at the rate of 15.4 percent per annum, that it had paid under the debenture agreements. For its 1993 taxation year, Shell reported a capital gain of approximately US$21 million. The Minister of National Revenue reassessed Shell for the 1992 and 1993 taxation years on the basis that it was only permitted to deduct interest at the rate it would have paid had it borrowed US dollars, i.e., 9.1 percent per annum. The claimed capital gain for the 1993 taxation year was also reassessed as being on income account. The Tax Court of Canada set aside the Minister's reassessment. The Federal Court of Appeal allowed the Minister's appeal but held that Shell could claim the net foreign exchange gain on capital account. Shell appealed to this Court on the interest rate issue and the Minister cross-appealed on the capital gain issue.

Held: The appeal should be allowed. The cross-appeal should be dismissed.

(1) *Appeal*

Shell was entitled to deduct from its income all of its semi-annual payments of interest made to the lenders under the debenture agreements during the relevant taxation years. Section 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*

En 1988, Shell avait besoin d'environ 100 000 000 $ US pour les fins générales de l'entreprise. Pour obtenir ces fonds au coût après impôt le moins élevé possible, Shell a tout d'abord conclu avec trois prêteurs étrangers des contrats d'achat de débentures suivant lesquels elle a emprunté 150 000 000 $ NZ au taux du marché, soit 15,4 pour 100 par année. Shell était tenue d'effectuer 10 versements semestriels d'intérêts de 11 550 000 $ NZ chacun. Le principal devait être remboursé aux prêteurs en 1993. Puis, Shell a conclu avec une banque étrangère un contrat de change à terme par lequel elle a affecté les 150 000 000 $ NZ à l'achat d'environ 100 000 000 $ US. Le contrat de change à terme permettait également à Shell d'échanger un montant déterminé de dollars américains contre 11 550 000 $ NZ le jour du versement semestriel des intérêts aux prêteurs et d'échanger un autre montant précis de dollars américains contre 150 000 000 $ NZ le moment venu de rembourser le principal aux prêteurs. Les taux de change prévus dans le contrat de change à terme ont été établis en fonction des taux de change à terme applicables aux dollars néo-zélandais pendant la durée du prêt.

Dans le calcul de son revenu aux fins de l'impôt, Shell s'est appuyée sur l'al. 20(1)*c*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour déduire l'intérêt de 15,4 pour 100 par année qu'elle payait conformément aux contrats d'achat de débentures. Pour l'année d'imposition 1993, Shell a déclaré un gain en capital d'environ 21 000 000 $ US. Le ministre du Revenu national a établi pour les années d'imposition 1992 et 1993 de nouvelles cotisations suivant lesquelles Shell ne pouvait déduire que l'intérêt qu'elle aurait payé si elle avait emprunté des dollars américains, soit 9,1 pour 100 par année. Une nouvelle cotisation a aussi été établie à l'égard du gain en capital déclaré pour l'année d'imposition 1993 qui a été imputé au revenu. La Cour canadienne de l'impôt a annulé les nouvelles cotisations. Le ministre a eu gain de cause en Cour d'appel fédérale, mais cette dernière a statué que Shell pouvait déclarer le gain de change net à titre de gain en capital. Shell se pourvoit maintenant devant notre Cour pour ce qui est de la question du taux d'intérêt. Le ministre a formé un pourvoi incident en ce qui a trait à la question du gain en capital.

Arrêt: Le pourvoi principal est accueilli. Le pourvoi incident est rejeté.

(1) *Pourvoi principal*

Shell pouvait déduire de son revenu la totalité des intérêts qu'elle a versés semestriellement aux prêteurs au cours des années d'imposition en cause en application des contrats d'achat de débentures. Le sous-al.

allows taxpayers to deduct from their income interest payments on borrowed money that is used for the purpose of earning income from a business or property. The provision has four elements: (1) the amount must be paid in the year or be payable in the year in which it is sought to be deducted; (2) the amount must be paid pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed money; (3) the borrowed money must be used for the purpose of earning non-exempt income from a business or property; and (4) the amount must be reasonable, as assessed by reference to the first three requirements.

Here, the four elements are met. First, the amounts paid by Shell to the lenders were actually paid during the years in which they were sought to be deducted. Second, Shell had a legal obligation to make the semi-annual payments to the lenders under the debenture agreements. Third, there is a sufficiently direct link between the borrowed money and the current eligible use. In this case, the NZ$150 million that Shell borrowed from the lenders was directly used for the purpose of producing income from its business. It does not necessarily matter if the borrowed funds are commingled with funds used for another purpose, provided that the borrowed funds can in fact be traced to a current eligible use. Fourth, under s. 20(1)(*c*), a taxpayer is entitled to deduct the lesser of (1) the actual amount paid or, (2) a reasonable amount in respect of "an amount paid . . . pursuant to a legal obligation to pay interest on . . . borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property". Here, the borrowed money that was used for the purpose of earning income was the NZ$150 million at 15.4 percent — the market rate for a loan of NZ dollars in 1988 for a five-year term. Where an interest rate is established in a market of lenders and borrowers acting at arm's length from each other, it is generally a reasonable rate.

Courts must be sensitive to the economic realities of a particular transaction, rather than being bound to what first appears to be its legal form. There are, however, *caveats* to this rule. First, absent a specific provision of the Act to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer's legal relationships must be respected in tax cases. Recharacterization is only permissible if the label attached by the taxpayer to the particular transaction does not properly reflect its actual legal effect. Second, it is well established that a searching inquiry for either the "economic realities" of a particular transaction

20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet au contribuable de déduire de son revenu l'intérêt payé relativement à de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. La disposition comporte quatre conditions: (1) la somme doit être payée au cours de l'année ou être payable pour l'année au cours de laquelle le contribuable cherche à la déduire; (2) elle doit l'être en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur l'argent emprunté; (3) celui-ci doit être utilisé en vue de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien; et (4) la somme doit être raisonnable compte tenu des trois premiers critères.

En l'espèce, les quatre conditions sont remplies. Premièrement, les sommes versées par Shell aux prêteurs l'ont été au cours des années pour lesquelles la déduction est demandée. Deuxièmement, Shell avait l'obligation légale d'effectuer les versements semestriels aux prêteurs suivant les contrats d'achat de débentures. Troisièmement, il existe un lien suffisamment direct entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible actuelle. En l'espèce, les 150 000 000 $ NZ que Shell a empruntés aux prêteurs ont été utilisés directement pour tirer un revenu de l'entreprise. La confusion des fonds empruntés avec des fonds affectés à d'autres fins n'est pas nécessairement déterminante dans la mesure où les fonds empruntés peuvent dans les faits être rattachés à une utilisation admissible actuelle. Quatrièmement, suivant l'al. 20(1)*c*), le contribuable peut déduire le moins élevé (1) du montant effectivement versé ou (2) d'un montant raisonnable à l'égard «d'une somme payée [. . .] en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur [. . .] de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien». En l'occurrence, l'argent emprunté qui a été utilisé pour produire un revenu, ce sont les 150 000 000 $ NZ, au taux de 15,4 pour 100, soit le taux du marché en 1988 pour le prêt de dollars néo-zélandais pendant cinq ans. Lorsqu'un taux d'intérêt est fixé sur un marché de prêteurs et d'emprunteurs sans lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable.

Les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci. Cependant, des précisions doivent être apportées. Premièrement, en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables.

or the general object and spirit of the provision at issue can never supplant a court's duty to apply an unambiguous provision of the Act to a taxpayer's transaction. Where the provision at issue is clear and unambiguous, its terms must simply be applied.

Courts must be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention. Absent a specific provision to the contrary, it is not the courts' role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions, arranged in such a way that the particular provisions of the Act are met, on the basis that it would be inequitable to those taxpayers who have not chosen to structure their transactions that way.

Where the applicable provision has its own internal reference to "reasonableness", as does s. 20(1)(*c*)(i), s. 67 of the Act could not apply without distorting the plain meaning of the more specific provision. Indeed, if a deduction is "reasonable" within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i), it is difficult to see how it would not also be "reasonable" within the meaning of s. 67.

Because even the broadest interpretation of the former s. 245(1) of the Act does not apply to limit Shell's deductions, it is unnecessary in this appeal to determine conclusively the proper interpretation to be given to it. In any event, on the broad test for the former s. 245(1) developed by the Federal Court of Appeal, Shell's decision to deduct its interest payments to the lenders at the rate of 15.4 percent per annum cannot be impugned. First, deducting the interest at that rate is not contrary to the object and spirit of s. 20(1)(*c*)(i). Second, the deductions were based on transactions that were in accordance with normal business practice. Third, there was a *bona fide* business purpose for the debenture agreements that gave rise to the deductions in issue.

(2) *Cross-appeal*

The US$21 million net foreign exchange gain should be taxed as a capital gain. Whether a foreign exchange gain arising from a hedging contract should be characterized as being on income or capital account depends

Deuxièmement, il est bien établi que l'examen de la «réalité économique» d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais dispenser le tribunal de l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée.

Les tribunaux doivent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'attribuer au législateur, à l'égard d'une disposition claire de la Loi, une intention non explicite. En l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher le contribuable de recourir, dans le cadre de ses opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution.

Lorsque, à l'instar du sous-al. 20(1)*c*)(i), le libellé de la disposition applicable renvoie lui-même au «caractère raisonnable», l'art. 67 ne peut s'appliquer sans que cela n'aille à l'encontre du sens manifeste de la disposition plus particulière. En effet, si une déduction est «raisonnable» au sens du sous-al. 20(1)*c*)(i), il est difficile de concevoir qu'elle ne soit pas également «raisonnable» au sens de l'art. 67.

Comme l'interprétation même la plus généreuse de l'ancien par. 245(1) de la Loi n'a pas pour effet de limiter les déductions de Shell, il n'est pas nécessaire de statuer, dans le cadre du présent pourvoi, sur l'interprétation qu'il faut lui donner. Quoi qu'il en soit, suivant le critère général formulé par la Cour d'appel fédérale relativement à l'ancien par. 245(1), la décision de Shell de déduire les intérêts versés au taux annuel de 15,4 pour 100 ne peut être attaquée. Premièrement, la déduction des intérêts calculés à ce taux n'est pas contraire à l'objet et à l'esprit du sous-al. 20(1)*c*)(i). Deuxièmement, les déductions étaient fondées sur des opérations conformes aux habitudes normales du commerce. Troisièmement, les contrats d'achat de débentures dont découlent les déductions en cause avaient un objet commercial véritable.

(2) *Pourvoi incident*

Le gain de change net de 21 000 000 $ US doit être imposé à titre de gain en capital. La qualification à titre de revenu ou de gain en capital d'un gain de change issu d'une opération de couverture dépend de la qualification

on the characterization of the debt obligation to which the hedge relates. Shell entered into the foreign exchange contract in order to hedge with US dollars the market risk on the debenture agreements, which were denominated in NZ dollars. The gain on the debenture agreements was characterized as being earned on capital account and so therefore should the gain on the foreign exchange contract.

Cases Cited

Considered: *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305; *Canada v. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 F.C. 518, leave to appeal denied, [1996] 3 S.C.R. viii; *Canada v. Central Supply Co. (1972) Ltd.*, [1997] 3 F.C. 674, leave to appeal denied, [1997] 3 S.C.R. vii; **referred to:** *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] S.C.R. 394, aff'd [1949] A.C. 110; *Mohammad v. The Queen*, 97 D.T.C. 5503; *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433; *The Queen v. Nova Corporation of Alberta*, 97 D.T.C. 5229; *Produits LDG Products Inc. v. The Queen*, 76 D.T.C. 6344; *The Queen v. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 F.C. 454; *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703; *Alberta Gas Trunk Line Co. v. M.N.R.*, [1972] S.C.R. 498; *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1971] C.T.C. 839; *Beauchamp (H.M. Inspector of Taxes) v. F. W. Woolworth plc.*, [1989] B.T.C. 233; *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285; *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 9(1), (3), 18(1)(*b*), 20(1)(*c*)(i), 67.

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 245(1) [rep. & sub. 1988, c. 55, s. 185].

de la dette à laquelle se rapporte l'opération de couverture. Shell a conclu le contrat de change à terme pour se couvrir, au moyen de dollars américains, contre le risque du marché auquel l'exposaient les contrats d'achat de débentures libellés en monnaie néo-zélandaise. Le gain réalisé sur les contrats d'achat de débentures a été qualifié de gain en capital, et le gain réalisé sur le contrat de change à terme devrait l'être aussi.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305; *Canada c. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 C.F. 518, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. viii; *Canada c. Central Supply Co. (1972) Ltd.*, [1997] 3 C.F. 674, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. vii; **arrêts mentionnés:** *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] R.C.S. 394, conf. par [1949] A.C. 110; *Mohammad c. La Reine*, 97 D.T.C. 5503; *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433; *La Reine c. Nova Corporation of Alberta*, 97 D.T.C. 5229; *Produits LDG Products Inc. c. La Reine*, 76 D.T.C. 6344; *La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 C.F. 454; *Tip Top Tailors Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703; *Alberta Gas Trunk Line Co. c. M.R.N.*, [1972] R.C.S. 498; *Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.*, [1971] C.T.C. 839; *Beauchamp (H.M. Inspector of Taxes) c. F. W. Woolworth plc.*, [1989] B.T.C. 233; *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285; *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^{e} suppl.), art. 9(1), (3), 18(1)*b*), 20(1)*c*)(i), 67.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 245(1) [abr. & rempl. 1988, ch. 55, art. 185].

Authors Cited

Broadhurst, David G. "Income Tax Treatment of Foreign Exchange Forward Contracts, Swaps, and Other Hedging Transactions", in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference*. Toronto: The Canadian Tax Foundation, 1990.

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1997.

Ruby, Stephen S. "Recent Financing Techniques", in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference*. Toronto: The Foundation, 1990.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1998] 3 F.C. 64, [1998] 2 C.T.C. 207, 157 D.L.R. (4th) 655, 223 N.R. 122, 98 D.T.C. 6177, [1998] F.C.J. No. 194 (QL), allowing in part the Minister's appeal from a decision of the Tax Court of Canada, [1997] 3 C.T.C. 2238, 97 D.T.C. 395, [1997] T.C.J. No. 285 (QL), which allowed the taxpayer's appeal from the Minister's reassessment. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Alnasir Meghji, Ronald B. Sirkis, Gerald A. Grenon and *Edward Rowe*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

S. Patricia Lee and *Harry Erlichman*, for the respondent/appellant on cross-appeal/intervener.

Michael E. Barrack and *Gabrielle M. R. Richards*, for the intervener Canadian Pacific Limited.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. — This appeal by Shell Canada Limited ("Shell") and the cross-appeal by the Minister of National Revenue (the "Minister") require the Court to consider the proper income tax treatment of a sophisticated corporate financing arrangement. At the conclusion of the hearing, the Court allowed Shell's appeal and dismissed the

Doctrine citée

Broadhurst, David G. «Income Tax Treatment of Foreign Exchange Forward Contracts, Swaps, and Other Hedging Transactions», in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference*. Toronto: The Canadian Tax Foundation, 1990.

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1997.

Ruby, Stephen S. «Recent Financing Techniques», in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference*. Toronto: The Foundation, 1990.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1998] 3 C.F. 64, [1998] 2 C.T.C. 207, 157 D.L.R. (4th) 655, 223 N.R. 122, 98 D.T.C. 6177, [1998] A.C.F. nº 194 (QL), qui a accueilli en partie l'appel formé par le ministre contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1997] 3 C.T.C. 2238, 97 D.T.C. 395, [1997] A.C.I. nº 285 (QL), accueillant l'appel interjeté par le contribuable relativement à la nouvelle cotisation établie par le ministre. Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

Alnasir Meghji, Ronald B. Sirkis, Gerald A. Grenon et *Edward Rowe*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

S. Patricia Lee et *Harry Erlichman*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident/intervenante.

Michael E. Barrack et *Gabrielle M. R. Richards*, pour l'intervenante Canadien Pacifique Limitée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Le présent pourvoi de Shell Canada Limitée («Shell») et le pourvoi incident du ministre du Revenu national (le «ministre») exigent de notre Cour qu'elle se penche sur la façon dont il convient de traiter, pour les fins de l'impôt sur le revenu, une opération de financement complexe de l'entreprise. À l'issue de l'audience, notre Cour a accueilli le pourvoi de Shell et a rejeté le pourvoi incident du ministre, les motifs

Minister's cross-appeal, with reasons to follow for both decisions. These are those reasons.

I. Facts

2 In 1988, Shell required approximately $100 million in United States currency ("US$") for general corporate purposes. To get the money it required at the lowest possible after-tax cost, Shell embarked upon a complex financing scheme that proceeded in two stages. First, Shell entered into debenture purchase agreements (the "Debenture Agreements") with three foreign lenders, pursuant to which it borrowed approximately $150 million in New Zealand currency ("NZ$") at the market rate of 15.4 percent per annum. Shell was required to make payments of NZ$11.55 million to the foreign lenders on November 10 and May 10 of each year until 1993. The principal of NZ$150 million was to be returned to the foreign lenders on May 10, 1993.

3 Second, Shell entered into a forward exchange contract (the "Forward Exchange Contract") with Sumitomo Bank Ltd. ("Sumitomo"), pursuant to which it used the NZ$150 million it had borrowed from the foreign lenders to purchase approximately US$100 million. That US$100 million was then used in Shell's business. The Forward Exchange Contract between Shell and Sumitomo also allowed Shell to, (1) exchange a specified amount of US$ for NZ$11.55 million on each day that a semi-annual payment to the foreign lenders was due, and (2) to exchange another specified amount of US$ for NZ$150 million when the time came to repay the principal to the foreign lenders.

4 The exchange rates in the Forward Exchange Contract were established by reference to the forward (or "future") exchange rates for NZ$ for the period of the loan, i.e., how much it would cost to purchase NZ$ when Shell required it in the future. Because of the declining value of the NZ$ at the time, the forward value (in US$) of the NZ$150 million Shell was required to repay the foreign lenders in 1993 was expected to be less than the current (or "spot") value (in US$) of the same NZ$150 million when Shell borrowed it in 1988.

devant être rendus ultérieurement quant aux deux décisions. Voici ces motifs.

I. Les faits

En 1988, Shell avait besoin d'environ 100 millions de dollars américains («$ US») pour les fins générales de l'entreprise. Pour obtenir ces fonds au coût après impôt le moins élevé possible, Shell a eu recours à une stratégie de financement complexe comportant deux étapes. Premièrement, elle a conclu avec trois prêteurs étrangers des contrats d'achat de débentures (les «contrats d'achat de débentures») suivant lesquels elle a emprunté environ 150 millions de dollars néo-zélandais («$ NZ») au taux annuel du marché, soit 15,4 pour 100. Shell était tenue de verser aux prêteurs étrangers la somme de 11 550 000 $ NZ le 10 novembre et le 10 mai de chaque année jusqu'en 1993. Le principal de 150 000 000 $ NZ devait être remboursé aux prêteurs étrangers le 10 mai 1993.

Deuxièmement, Shell a conclu avec Sumitomo Bank Ltd. («Sumitomo») un contrat de change à terme (le «contrat de change à terme») par lequel elle a affecté la somme de 150 000 000 $ NZ empruntée aux prêteurs étrangers à l'achat d'environ 100 000 000 $ US. Cette somme a ensuite servi à l'exploitation de l'entreprise de Shell. Le contrat de change à terme conclu avec Sumitomo permettait également à Shell (1) d'échanger un montant déterminé de dollars américains contre 11 550 000 $ NZ le jour du versement semestriel des intérêts aux prêteurs étrangers et (2) d'échanger un autre montant précis de dollars américains contre 150 000 000 $ NZ le moment venu de rembourser le principal aux prêteurs étrangers.

Les taux de change prévus dans le contrat de change à terme ont été établis en fonction des taux de change à terme (futurs) applicables aux dollars néo-zélandais pendant la durée du prêt, c'est-à-dire combien il en coûterait à Shell pour acheter des dollars néo-zélandais lorsqu'elle en aurait besoin. Comme le dollar néo-zélandais se dépréciait, on prévoyait que la valeur à terme (exprimée en dollars américains) des 150 000 000 $ NZ que Shell devait rembourser aux prêteurs étrangers en 1993 serait inférieure à la valeur courante ou au comp-

Shell accordingly expected to realize a foreign exchange gain when it closed out the Forward Exchange Contract and repaid the principal to the foreign lenders using the devalued NZ$.

Shell also knew that the difference between the spot exchange rate and the forward exchange rate as between two currencies precisely reflects the difference between their current interest rates over the period of the loan. The amount of the foreign exchange gain Shell expected to earn would therefore reflect the difference between the interest rates for the two currencies for the period of the Debenture Agreements. Accordingly, by agreeing to buy NZ$ in the future at the lower forward exchange rate, Shell not only was able to "hedge" its exposure to the market fluctuation of the NZ$, but was also able to effectively bring the rate of interest it was paying for the NZ$ down to approximately the rate of interest it would have had to pay for US$.

The Debenture Agreements and the Forward Exchange Contract all closed on May 10, 1988. Shell was only obligated to abide by the former if the latter also closed. While it seems that the foreign lenders received from Sumitomo the NZ$ that they paid to Shell, which in turn sold the same NZ$ back to Sumitomo in exchange for US$, Shell was not aware of the source of the foreign lenders' funds until after Shell had committed itself to entering the Debenture Agreements. All of the contracts closed properly, and all the funds changed hands as planned.

The trial judge made a number of specific findings about the Debenture Agreements and the Forward Exchange Contract. He found, *inter alia*, that Shell's decision to enter into these arrangements was based on its expectation that it would be able to deduct from its income the interest paid on the Debenture Agreements and that the foreign exchange gain would be taxed on capital account. Taxing the foreign exchange gain on capital account would be an advantage for Shell because,

tant (exprimée en dollars américains) de la somme au moment de son emprunt en 1988. Shell s'attendait donc à réaliser un gain de change à l'échéance du contrat de change à terme et au remboursement du principal aux prêteurs étrangers au moyen des dollars néo-zélandais dévalués.

5 Shell savait aussi que l'écart entre le cours au comptant et le cours à terme des deux monnaies correspondait précisément à l'écart des taux d'intérêt sur ces monnaies pendant la période du prêt. Le montant du gain de change que Shell s'attendait à réaliser refléterait donc l'écart entre les taux d'intérêt sur les deux monnaies pendant la durée des contrats d'achat de débentures. Par conséquent, en s'engageant à acheter ultérieurement des dollars néo-zélandais au cours à terme inférieur, Shell pouvait non seulement se «couvrir» contre la fluctuation de la monnaie néo-zélandaise sur le marché, mais aussi ramener le taux d'intérêt qu'elle devait verser à l'égard des dollars néo-zélandais à peu près au taux d'intérêt qu'elle aurait payé pour des dollars américains.

6 Les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme sont intervenus le 10 mai 1988. Shell n'était liée par les contrats d'achat de débentures que s'il y avait également conclusion du contrat de change à terme. Même s'il appert que les prêteurs étrangers ont reçu de Sumitomo les dollars néo-zélandais qu'ils ont versés à Shell, qui à son tour les a revendus à Sumitomo pour obtenir des dollars américains, Shell n'a appris la provenance des fonds des prêteurs étrangers qu'après s'être engagée à conclure les contrats d'achat de débentures. Tous les contrats ont été menés à bonne fin, et les transferts de fonds ont été effectués comme convenu.

7 Le juge de première instance a tiré un certain nombre de conclusions précises au sujet des contrats d'achat de débentures et du contrat de change à terme. Il a notamment conclu que Shell avait résolu de conclure ces accords parce qu'elle espérait pouvoir déduire de son revenu l'intérêt payé en application des contrats d'achat de débentures et s'attendait à ce que le gain de change soit imposé à titre de gain en capital. Ce traitement fiscal aurait été à l'avantage de Shell parce que (1) seulement

(1) only 75 percent of the gain would be taxable, rather than 100 percent as would be the case were it included on income account, and (2) the gain could be used to offset some of Shell's existing capital losses. The trial judge further found that Shell would not have entered into the Debenture Agreements in the absence of the Forward Exchange Contract, that none of the transactions was a sham, and that if Shell had simply borrowed US$ at a market rate of interest, it would have paid 9.1 percent per annum instead of the 15.4 percent per annum it had paid for the NZ$.

8 When computing its income for tax purposes for the years 1988 to 1993 inclusive, Shell relied on s. 20(1)(*c*) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (the "Act"), and deducted the interest, calculated at the rate of 15.4 percent per annum, that it had paid to the foreign lenders under the Debenture Agreements. For its 1993 taxation year, the year in which the Forward Exchange Contract was closed out and the principal was repaid to the foreign lenders under the Debenture Agreements, Shell reported a capital gain of approximately US$21 million.

9 The Minister objected and issued formal reassessments for the 1992 and 1993 taxation years. By these reassessments, Shell was only permitted to deduct interest at the rate it would have paid had it borrowed US$, i.e., 9.1 percent per annum over a five-year term, because, according to the Minister, it was only the US$ — not the NZ$ — that were directly used in its business. The claimed capital gain for the 1993 taxation year was also reassessed as being on income account.

10 The Tax Court of Canada allowed Shell's appeal from the Minister's reassessment. The Minister was then partly successful in his appeal to the Federal Court of Appeal, which held that Shell could only claim the limited interest rate deduction suggested by the Minister but could however claim the net foreign exchange gain on capital account.

75 pour 100 du gain aurait été imposable, comparativement à 100 pour 100 si le gain était imputé au revenu et (2) le gain pourrait compenser certaines des pertes en capital subies par Shell. Le juge de première instance a aussi statué que Shell n'aurait pas conclu les contrats d'achat de débentures sans le contrat de change à terme, qu'il n'était question de frime dans aucune des opérations et que si Shell avait simplement emprunté des dollars américains au taux d'intérêt du marché, elle aurait payé 9,1 pour 100 par année, et non 15,4 pour 100 par année (le taux applicable aux dollars néo-zélandais qu'elle a achetés).

Dans le calcul de son revenu pour les années d'imposition 1988 à 1993 inclusivement, Shell s'est appuyée sur l'al. 20(1)*c*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^{e} suppl.) (la «Loi»), pour déduire l'intérêt, au taux de 15,4 pour 100 par année, qu'elle a payé aux prêteurs étrangers conformément aux contrats d'achat de débentures. Pour l'année d'imposition 1993, année de l'échéance du contrat de change à terme et du remboursement du principal aux prêteurs étrangers suivant les contrats d'achat de débentures, Shell a déclaré un gain en capital d'environ 21 000 000 $ US.

Le ministre a refusé les déclarations de revenus et a établi pour les années d'imposition 1992 et 1993 de nouvelles cotisations suivant lesquelles Shell ne pouvait déduire que l'intérêt qu'elle aurait payé si elle avait emprunté des dollars américains, soit 9,1 pour 100 par année pendant une période de cinq ans. Le ministre était d'avis que seuls les dollars américains — et non les dollars néo-zélandais — avaient directement servi à l'exploitation de l'entreprise. Une nouvelle cotisation a aussi été établie à l'égard du gain en capital déclaré pour l'année d'imposition 1993 qui a été imputé au revenu.

La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par Shell contre les nouvelles cotisations. L'appel du ministre a été partiellement accueilli par la Cour d'appel fédérale qui a statué que Shell ne pouvait déduire l'intérêt qu'au taux inférieur déterminé par le ministre, mais pouvait déclarer le gain de change net à titre de gain en

Shell now appeals to this Court the Federal Court of Appeal's decision on the interest rate issue. The Minister cross-appeals the Federal Court of Appeal's disposition of the capital gain issue.

The interveners are parties in another appeal before this Court: *Canadian Pacific Ltd. v. The Queen*, S.C.C., File No. 27163.* Because of the similarities between that case and the one now before this Court, these parties were granted leave to intervene in this appeal.

II. Statutory Provisions

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is the taxpayer's profit from that business or property for the year.

. . .

(3) In this Act, "income from a property" does not include any capital gain from the disposition of that property and "loss from a property" does not include any capital loss from the disposition of that property.

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(*a*), (*b*) and (*h*), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

. . .

(*c*) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending on the method regularly followed by the taxpayer in computing the taxpayer's income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the

*On November 10, 1999, *Canadian Pacific Ltd. v. The Queen* was remanded to the Federal Court of Appeal to be dealt with in accordance with the present judgment.

capital. Shell se pourvoit maintenant devant notre Cour à l'encontre du jugement de la Cour d'appel fédérale pour ce qui est de la question du taux d'intérêt. Le ministre a formé un pourvoi incident en ce qui a trait à la question du gain en capital.

Les intervenantes sont parties à un autre pourvoi dont notre Cour est saisie: *Canadien Pacifique Ltée c. La Reine*, C.S.C., nº du greffe 27163.* Vu les similitudes entre cette affaire et le présent pourvoi, ces parties ont obtenu l'autorisation d'intervenir en l'espèce. 11

II. Dispositions législatives

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.) 12

9. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

. . .

(3) Dans la présente loi, le revenu tiré d'un bien exclut le gain en capital réalisé à la disposition de ce bien, et la perte résultant d'un bien exclut la perte en capital résultant de la disposition de ce bien.

20. (1) Malgré les alinéas 18(1)*a*), *b*), et *h*), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant:

. . .

c) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur:

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien

*Le 10 novembre 1999, l'affaire *Canadien Pacifique Ltée c. La Reine* a été renvoyée à la Cour d'appel fédérale pour qu'elle soit tranchée conformément au présent arrêt.

income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

. . .

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

67. In computing income, no deduction shall be made in respect of an outlay or expense in respect of which any amount is otherwise deductible under this Act, except to the extent that the outlay or expense was reasonable in the circumstances.

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

III. Judgments Below

A. *Tax Court of Canada*, [1997] 3 C.T.C. 2238

13 Christie A.C.J.T.C. began by observing that it is open to a taxpayer to structure its affairs to secure tax benefits. Tax considerations are part of the commercial and economic reality within which business decisions are made. He also rejected (at para. 20) what he called the "foundation stone" of the Minister's argument, namely that the effect of Shell's arrangements was that the Debenture Agreements and the Forward Exchange Contract were merged into one for tax purposes. In the absence of clear judicial or statutory authority, Christie A.C.J.T.C. held that it was not open to him to recharacterize a taxpayer's distinct legal relationships.

14 With respect to the deductibility of Shell's interest payments to the foreign lenders, Christie A.C.J.T.C. held that the rate of 15.4 percent per annum was a market rate and, as such, was "reasonable" within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i) of the

dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),

67. Dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

III. Jugements des juridictions inférieures

A. *Cour canadienne de l'impôt*, [1997] 3 C.T.C. 2238, [1997] A.C.I. nº 285 (QL)

Le juge en chef adjoint Christie a tout d'abord signalé qu'il était loisible à tout contribuable de diriger ses affaires de façon à bénéficier d'avantages fiscaux. Les considérations d'ordre fiscal font partie de la réalité commerciale et économique en fonction de laquelle les décisions d'affaires sont prises. Il a rejeté, au par. 20, la déclaration sur laquelle «s'appuie essentiellement» l'argumentation du ministre, savoir que les dispositions prises par Shell ont eu pour effet de fusionner les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme aux fins de l'impôt. Le juge en chef adjoint a statué qu'il ne pouvait procéder à une nouvelle qualification des rapports juridiques distincts établis par le contribuable s'il n'y était clairement autorisé par un texte législatif ou la jurisprudence.

En ce qui concerne la déductibilité des versements d'intérêts faits par Shell aux prêteurs étrangers, le juge en chef adjoint a conclu que le taux annuel de 15,4 pour 100 était le taux du marché et qu'en tant que tel, il était «raisonnable» au sens du

Act. The fact that the NZ$ were immediately exchanged for US$ before being applied to general corporate purposes did not deprive the NZ$ of its character as borrowed money used for the purpose of earning income from a business. Shell was therefore entitled to deduct the interest at the rate of 15.4 percent per annum.

The Minister also relied on s. 67 and former s. 245(1) of the Act. Christie A.C.J.T.C. rejected the argument that s. 67 could operate to reduce the permissible rate of deductible interest when that rate had already been found to be reasonable within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i). For the same reason, neither did he see any scope for the application of former s. 245(1), which addressed deductions that "unduly or artificially" reduced a taxpayer's income. Even if s. 245(1) could operate to reduce a deduction otherwise permitted by the Act, he held that it did not apply here. Shell's transactions were not contrary to the object and spirit of s. 20(1)(*c*)(i) and the evidence showed that they were in accordance with normal business practice.

With respect to the gain realized in 1993, Christie A.C.J.T.C. concluded that, generally, an agreement to borrow a specified amount of funds for a fixed period of five years for the purpose of earning income is to be regarded as a capital transaction. There was no reason to hold otherwise in this case. If there were two gains — one on the Debenture Agreements and one on the Forward Exchange Contract — he held that they should be treated similarly. Christie A.C.J.T.C. allowed Shell's appeal from the Minister's reassessment.

B. *Federal Court of Appeal*, [1998] 3 F.C. 64

The Minister appealed to the Federal Court of Appeal. After reviewing the origins of s. 20(1)(*c*)(i) and its predecessor provisions, Linden J.A. concluded that Parliament intended "to restrict the deduction [of interest] to those amounts that were reasonable and which reflected the economic realities of the situation" (para. 31).

sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi. Même si les dollars néo-zélandais ont été immédiatement échangés contre des dollars américains avant d'être affectés aux fins générales de l'entreprise, il s'agissait néanmoins d'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise. Shell pouvait donc déduire l'intérêt calculé au taux de 15,4 pour 100 par année.

15 Le ministre a également invoqué l'art. 67 et l'ancien par. 245(1) de la Loi. Le juge en chef adjoint Christie a rejeté l'argument selon lequel l'art. 67 permettait de réduire le taux admissible de l'intérêt déductible lorsque ce taux avait déjà été jugé raisonnable au sens du sous-al. 20(1)*c*)(i). Pour la même raison, il a écarté l'application de l'ancien par. 245(1), qui visait les cas où une déduction réduit «indûment ou de façon factice» le revenu du contribuable. Même si le par. 245(1) pouvait s'appliquer pour réduire le montant d'une déduction par ailleurs autorisée par la Loi, le juge a conclu que ce n'était pas le cas en l'espèce. Les opérations de Shell n'étaient pas contraires à l'objet et à l'esprit du sous-al. 20(1)*c*)(i), et il ressortait de la preuve qu'elles étaient conformes aux habitudes normales du commerce.

16 En ce qui concerne le gain réalisé en 1993, le juge en chef adjoint Christie a conclu que, règle générale, l'emprunt d'une somme donnée pour une durée fixe de cinq ans contracté pour produire un revenu doit être considéré comme une opération en capital. Il n'y avait aucune raison de conclure en sens contraire. S'il y avait deux gains — l'un issu des contrats d'achat de débentures et l'autre, du contrat de change à terme — ils devaient être traités de la même manière. Le juge en chef adjoint a accueilli l'appel formé par Shell à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1998] 3 C.F. 64

17 Le ministre a interjeté appel en Cour d'appel fédérale. Après s'être penché sur l'origine du sous-al. 20(1)*c*)(i) et des dispositions qu'il a remplacées, le juge Linden a conclu que le législateur avait voulu «limiter la déduction [de l'intérêt] aux montants qui étaient raisonnables et qui correspondaient à la réalité économique de la situation»

Here, that amount was 9.1 percent per annum, the rate at which US$ were directly available to Shell.

18 Linden J.A. held that there were four elements of s. 20(1)(*c*)(i). To be deductible, (1) the amount must be paid or payable in the year in which it is deducted; (2) it must be paid pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed money; (3) the borrowed money must be used for the purpose of earning income from a business or property; and (4) the amount must be calculated at a reasonable rate. Shell's attempted deduction satisfied only the first criterion.

19 Linden J.A. concluded that the second condition had not been met. Considering that he was not "constrained by contract theory" (para. 59) and that the important consideration was "not what the parties agree to, nor what their intent is" (para. 59), he held that the Debenture Agreements and the Forward Exchange Contract had to be considered together to determine whether the amounts Shell sought to deduct were actually "interest". In his view, the real "interest" amounts could only be identified after reducing the putative interest payments by an amount equal to the foreign exchange gain created by the discounted forward rate on the NZ$, amortized over the term of the loan. On this approach, he concluded that Shell's deductions were not entirely interest: that portion exceeding 9.1 percent per annum must have been a repayment of principal.

20 Neither had the third condition been met, held Linden J.A: "[l]ooking realistically at the substance of the situation, there was no use and purpose other than the avoidance of taxation for borrowing NZ$" (para. 60). This, he concluded, was not an eligible use. Because only the US$ were used to earn eligible income, s. 20(1)(*c*)(i) permitted only the deduction of interest calculated at the rate of 9.1 percent per annum.

(par. 31). En l'espèce, ce montant correspondait au taux de 9,1 pour 100 par année, soit le taux auquel des dollars américains pouvaient être empruntés directement par Shell.

Le juge Linden a conclu que le sous-al. 20(1)*c*)(i) renfermait quatre conditions. Pour qu'une somme soit déductible, (1) elle doit être payée ou payable dans l'année où elle est déduite; (2) elle doit l'être en exécution d'une obligation légale de payer des intérêts sur l'argent emprunté; (3) l'argent emprunté doit être utilisé pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien; et (4) la somme doit être calculée en fonction d'un taux raisonnable. La déduction demandée par Shell ne satisfaisait qu'à la première exigence.

Le juge Linden a conclu que la deuxième condition n'était pas remplie. Estimant qu'il n'avait pas à se «plier à la théorie des contrats» (par. 59) et qu'«[i]l ne s'agi[ssai]t pas de savoir ce dont les parties [avaient convenu] ni ce qu'[étai]t leur intention» (par. 59), il a conclu que les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme devaient être considérés ensemble pour déterminer si les montants dont Shell demandait la déduction constituaient véritablement des «intérêts». Selon lui, pour déterminer les montants d'«intérêts» véritables, il fallait soustraire des paiements d'intérêts présumés le gain de change découlant du cours à terme escompté applicable aux dollars néo-zélandais, amorti sur la durée du prêt. Il a donc jugé que les sommes déduites par Shell ne constituaient pas en totalité des intérêts, c'est-à-dire que la portion en sus de l'intérêt calculé au taux de 9,1 pour 100 par année devait être un remboursement du principal.

Le juge Linden a conclu que la troisième condition n'était pas non plus remplie puisqu'«[i]l ressort[ait] d'un examen réaliste du fond de l'affaire qu'il n'y a[vait] eu aucune utilisation ni fin autre que celle d'éviter un impôt à l'égard de l'emprunt en $ NZ» (par. 60). Il ne s'agissait pas selon lui d'une utilisation admissible. Comme seuls les dollars américains avaient servi à produire un revenu admissible, le sous-al. 20(1)*c*)(i) ne permettait que la déduction d'intérêts calculés au taux annuel de 9,1 pour 100.

Shell's attempted deduction also failed to satisfy the fourth condition. While it was reasonable for the foreign lenders to charge 15.4 percent per annum on the loan of the NZ$, Linden J.A. held that it was not reasonable for Shell to pay that rate. The only money used for an eligible purpose was the US$, held Linden J.A., and the reasonableness of the deduction must be assessed on that basis: "Shell should be in the same position as a taxpayer who borrowed US$ directly. That interest rate was then 9.1%" (para. 63). In Linden J.A.'s view, this fourth criterion was a type of "anti-avoidance" tool that should be used to prevent a taxpayer from artificially reducing its tax payable. In his opinion, that was what had happened here.

21 La déduction réclamée par Shell ne satisfaisait pas non plus à la quatrième condition. Même s'il était raisonnable que les prêteurs étrangers exigent, en contrepartie du prêt des dollars néo-zélandais, des intérêts calculés au taux annuel de 15,4 pour 100, le juge Linden a conclu qu'il n'était pas raisonnable que Shell paie ce taux d'intérêt. À son avis, les seuls fonds utilisés à une fin admissible étaient les dollars américains, et le caractère raisonnable de la déduction devait être apprécié sur ce fondement: «Shell devrait être dans la même situation que le contribuable qui a directement emprunté des $ US. Le taux d'intérêt applicable était de 9,1 p. 100» (par. 63). Selon le juge Linden, cette quatrième exigence constituait une sorte d'outil «anti-évitement» qui devait être utilisé pour empêcher le contribuable de réduire de façon factice l'impôt exigible. C'est ce qui s'était produit, en l'espèce, d'après lui.

Given his conclusion with respect to s. 20(1)(*c*)(i), Linden J.A. did not have to address s. 67 or s. 245(1).

22 Vu sa conclusion au sujet du sous-al. 20(1)*c*)(i), le juge Linden n'avait pas à se pencher sur l'application de l'art. 67 ni du par. 245(1).

Turning to whether the gain realized in 1993 was earned on income or capital account, Linden J.A. concluded that there were two gains. One gain was earned on the Forward Exchange Contract because the forward exchange rate set by the Forward Exchange Contract was lower than the spot rate of exchange for converting US$ into NZ$ in 1993. The second gain arose on the Debenture Agreements because the 1993 value of the NZ$150 million that Shell repaid to the foreign lenders was less than the value of the NZ$ it had borrowed in 1988. Linden J.A. held that Christie A.C.J.T.C. correctly concluded that the character of a foreign exchange gain is determined by the nature of the underlying transaction. Here, the underlying transactions — the Debenture Agreements and the Forward Exchange Contract — were capital in nature, and so therefore must be the gains. He noted that the Minister had indicated that adjustments would be made to the amount of the taxable foreign exchange gain to reflect his success on the interest rate issue.

23 Examinant la question de savoir si le gain réalisé en 1993 était imputable au revenu ou au capital, le juge Linden a conclu qu'il y avait deux gains. L'un était issu du contrat de change à terme parce que le cours à terme prévu dans ce contrat était inférieur au cours au comptant applicable à la conversion des dollars américains en dollars néo-zélandais en 1993. Le second découlait des contrats d'achat de débentures, car la valeur des 150 000 000 $ NZ que Shell avait remboursés aux prêteurs étrangers en 1993 était inférieure à celle des fonds néo-zélandais empruntés en 1988. Selon le juge Linden, le juge en chef adjoint Christie avait eu raison de conclure que la qualification du gain de change dépend de la nature de l'opération en cause. En l'occurrence, les opérations en cause, celles prévues par les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme, étaient des opérations en capital, et les gains devaient par conséquent être aussi des gains en capital. Le juge Linden a fait remarquer que le ministre avait indiqué que s'il avait gain de cause sur la question du taux d'intérêt, des rajustements seraient apportés au montant du gain de change imposable.

24 Stone J.A. wrote concurring reasons, addressing only the Minister's alternative argument that s. 245(1) applied to Shell's transactions in the event that s. 20(1)(*c*)(i) did not reduce the effective rate of interest to 9.1 percent per annum. He rejected this submission, holding that the transactions were not contrary to the object and spirit of s. 20(1)(*c*)(i), that they were in accordance with normal business practice, and that they had a *bona fide* business purpose, namely the acquisition of capital for a legitimate business use.

Le juge Stone a rédigé des motifs concordants portant uniquement sur l'argument subsidiaire du ministre selon lequel le par. 245(1) s'appliquait aux opérations de Shell s'il était statué que le sous-al. 20(1)*c*)(i) n'avait pas pour effet de ramener le taux d'intérêt réel à 9,1 pour 100 par année. Il a rejeté l'argument pour le motif que les opérations n'étaient pas contraires à l'objet et à l'esprit du sous-al. 20(1)*c*)(i), qu'elles étaient conformes aux habitudes normales du commerce et qu'elles avaient un objet commercial véritable, savoir l'obtention de capitaux pour une fin d'entreprise légitime.

IV. Issues

IV. Questions en litige

25 There are two main issues on Shell's appeal. First, does s. 20(1)(*c*)(i) of the Act allow Shell to deduct from its income all of the semi-annual interest payments it made to the foreign lenders under the Debenture Agreements? Second, if so, does either s. 67 or the former s. 245(1) of the Act apply to reduce the deduction to the amount that would have been paid if US$ had been borrowed directly?

Le pourvoi de Shell soulève deux questions principales. Premièrement, le sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi permet-il à Shell de déduire de son revenu la totalité des paiements d'intérêts faits tous les six mois aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures? Deuxièmement, si tel est le cas, l'art. 67 ou l'ancien par. 245(1) de la Loi s'applique-t-il de façon à limiter la déduction à ce que Shell aurait payé si elle avait emprunté des dollars américains directement?

26 The issue on the Minister's cross-appeal is whether the approximately US$21 million foreign exchange net gain that Shell earned should be taxed as part of Shell's income, or taxed as a capital gain.

La question que soulève le pourvoi incident du ministre est de savoir si le gain de change net d'environ 21 000 000 $ US réalisé par Shell doit être imposé à titre de revenu ou de gain en capital.

V. Analysis

V. Analyse

A. *Does Section 20(1)(c)(i) Allow Shell to Deduct from Its Income All of the Payments It Made to the Foreign Lenders Under the Debenture Agreements?*

A. *Le sous-alinéa 20(1)c)(i) permet-il à Shell de déduire de son revenu la totalité des sommes versées aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures?*

1. How Should Section 20(1)(*c*)(i) Be Applied to this Case?

1. Comment convient-il d'appliquer le sous-al. 20(1)*c*)(i) en l'espèce?

27 I propose to first outline how s. 20(1)(*c*)(i) seems to apply to this case, before turning to consider the objections made by the Minister and accepted by the Federal Court of Appeal.

Je me propose tout d'abord d'exposer à grands traits la manière dont le sous-al. 20(1)*c*)(i) paraît s'appliquer aux faits de la présente affaire avant d'examiner les motifs d'opposition invoqués par le ministre et auxquels la Cour d'appel fédérale a fait droit.

Section 20(1)(*c*)(i) allows taxpayers to deduct from their income interest payments on borrowed money that is used for the purpose of earning income from a business or property. It is an exception to s. 9 and s. 18(1)(*b*), which would otherwise prohibit the deduction of amounts expended on account of capital, i.e., interest on borrowed funds used to produce income: *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717, at pp. 722-23, *per* Kerwin C.J., and at p. 727, *per* Rand J.; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at p. 45, *per* Dickson C.J. The provision has four elements: (1) the amount must be paid in the year or be payable in the year in which it is sought to be deducted; (2) the amount must be paid pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed money; (3) the borrowed money must be used for the purpose of earning non-exempt income from a business or property; and (4) the amount must be reasonable, as assessed by reference to the first three requirements.

Le sous-al. 20(1)*c*)(i) permet au contribuable de déduire de son revenu l'intérêt payé relativement à de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Il s'agit d'une exception à l'art. 9 et à l'al. 18(1)*b*), qui interdisent par ailleurs la déduction des sommes dépensées au titre du capital, c'est-à-dire l'intérêt payé à l'égard de fonds empruntés et utilisés pour produire un revenu: *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717, aux pp. 722 et 723, le juge en chef Kerwin et à la p. 727, le juge Rand; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la p. 45, le juge en chef Dickson. La disposition comporte quatre conditions: (1) la somme doit être payée au cours de l'année ou être payable pour l'année au cours de laquelle le contribuable cherche à la déduire; (2) elle doit l'être en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur l'argent emprunté; (3) celui-ci doit être utilisé en vue de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien; et (4) la somme doit être raisonnable compte tenu des trois premiers critères. 28

The first element is clearly met. No one disputes that the amounts paid by Shell to the foreign lenders were actually paid during the years in which they were sought to be deducted.

La première condition est manifestement remplie. Nul ne conteste que les sommes versées par Shell aux prêteurs étrangers l'ont été au cours des années pour lesquelles la déduction est demandée. 29

The second element is also met. Shell had a legal obligation to make the semi-annual payments to the foreign lenders under the Debenture Agreements. Those semi-annual payments constituted "interest", or "the return or consideration or compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, in a colloquial sense, or owed to, another": *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] S.C.R. 394, aff'd [1949] A.C. 110 (P.C.). As between Shell and the foreign lenders, there is no indication that the semi-annual payments were anything but consideration for the use, for five years, of the NZ$150 million that Shell had borrowed. It was not a synthesized US$ loan from the foreign lenders to Shell: Shell actually received the NZ$150 million from the foreign lenders under the Debenture

La deuxième condition est également respectée. Shell avait l'obligation légale de faire des versements semestriels aux prêteurs étrangers suivant les contrats d'achat de débentures. Ces versements semestriels constituaient des «intérêts» ou [TRADUCTION] «la contrepartie ou le dédommagement de l'utilisation ou la détention par une personne d'une certaine somme d'argent qui appartient, au sens courant de ce mot, à une autre ou qui lui est due»: *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] R.C.S. 394, conf. par [1949] A.C. 110 (C.P.). Dans les rapports entre Shell et les prêteurs étrangers, rien n'indique que les versements semestriels correspondaient à autre chose qu'à la contrepartie fournie pour l'utilisation, pendant cinq ans, des 150 000 000 $ NZ que Shell avait empruntés. Il ne s'agissait pas d'un prêt artificiel 30

Agreements and paid real interest in consideration for its use.

31 The third element — that the borrowed money is used for the purpose of earning non-exempt income from a business or property — has likewise been met. This element focuses not on the purpose of the borrowing *per se*, but rather on the taxpayer's purpose in using the borrowed money. As Dickson C.J. stated in *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 46, "the focus of the inquiry must be centered on the use to which the taxpayer put the borrowed funds". Dickson C.J. further specified that it is the current use of the borrowed money that is relevant and that the provision generally "requires tracing the use of borrowed funds to a specific eligible use": *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 53. The deduction is therefore not available where the link between the borrowed money and an eligible use is only indirect. Interest is deductible only if there is a sufficiently direct link between the borrowed money and the current eligible use: *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, at paras. 18-20, *per* Iacobucci J. Furthermore, it does not necessarily matter if the borrowed funds are commingled with funds used for another purpose, provided that the borrowed funds can in fact be traced to a current eligible use.

32 Here, Shell borrowed NZ$150 million from the foreign lenders and immediately exchanged it for approximately US$100 million before applying it to its business. This exchange did not alter the basic character of the funds as "borrowed money". Money is fungible. The US$100 million was simply the NZ$150 million transformed into a different currency which, although it changed its legal form and its relative value, did not change its substance. It remained money. The value it represented simply changed from being denominated in New Zealand currency to being denominated in

de dollars américains consenti par les prêteurs étrangers à Shell, cette dernière ayant effectivement touché 150 000 000 $ NZ en application des contrats d'achat de débentures et ayant véritablement payé des intérêts en contrepartie de leur utilisation.

La troisième condition – que l'argent emprunté soit utilisé en vue de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien – est également remplie. Elle met l'accent non pas sur l'objet de l'emprunt comme tel, mais plutôt sur l'objectif poursuivi par le contribuable en utilisant la somme empruntée. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 46, «l'examen de la situation doit être centré sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés». Il a par ailleurs précisé que c'est l'utilisation actuelle des fonds empruntés qui est déterminante, et que la disposition exige généralement «que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise»: *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 53 et 54. La déduction est donc exclue lorsqu'il n'y a qu'un lien indirect entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible. L'intérêt est déductible seulement s'il existe un lien suffisamment direct entre les fonds empruntés et l'utilisation admissible actuelle: *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, aux par. 18 à 20, le juge Iacobucci. En outre, la confusion des fonds empruntés avec des fonds affectés à d'autres fins n'est pas nécessairement déterminante dans la mesure où les fonds empruntés peuvent dans les faits être rattachés à une utilisation admissible actuelle.

Dans la présente affaire, Shell a emprunté aux prêteurs étrangers 150 000 000 $ NZ qu'elle a immédiatement échangés contre approximativement 100 000 000 $ US avant de les affecter à son entreprise. La somme n'en est pas moins demeurée de l'«argent emprunté». L'argent est fongible. Les 100 000 000 $ US correspondaient simplement aux 150 000 000 $ NZ convertis en une autre monnaie, et même si leur forme juridique et leur valeur relative ont changé, leur nature fondamentale est demeurée la même. Il s'agissait toujours d'argent. Simplement, la valeur n'était plus exprimée en

United States currency. Viewed thus, it is apparent that all of the NZ$150 million that Shell borrowed from the foreign lenders was borrowed money currently and directly used for the purpose of producing income from Shell's business. The direct link between the borrowed money and the activity calculated to produce income can hardly be compared to the indirect use at issue in *Bronfman Trust*, *supra*.

monnaie néo-zélandaise mais en monnaie américaine. Il appert donc que la totalité des 150 000 000 $ NZ que Shell a empruntés aux prêteurs étrangers était de l'argent emprunté qui a fait l'objet d'une utilisation actuelle et directe en vue de tirer un revenu de l'entreprise de Shell. Le lien direct entre l'argent emprunté et l'activité devant produire un revenu peut difficilement être comparé à l'utilisation indirecte qui était en cause dans l'affaire *Bronfman Trust*, précitée.

The mere fact that an exchange had to occur before usable money was produced is not particularly significant. Except where the borrower is a money trader, borrowed money can rarely itself produce income. It must always be exchanged for something, whether it be machinery or goods, which then produces income. The necessity of such an exchange does not mean that the eventual production of income is an indirect use of the borrowed money. If a direct link can be drawn between the borrowed money and an eligible use, the third criterion is satisfied. That is clearly the case here.

33 Le simple fait qu'un échange devait avoir lieu avant que des fonds utilisables puissent être obtenus n'est pas spécialement déterminant. Sauf dans le cas où l'emprunteur est un cambiste, l'argent emprunté peut rarement produire lui-même un revenu. Il doit toujours être échangé contre quelque chose, qu'il s'agisse de matériel ou de marchandises, lesquels produisent alors un revenu. La nécessité d'un tel échange ne fait pas en sorte que la production ultérieure d'un revenu constitue une utilisation indirecte de l'argent emprunté. Si un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation admissible, le troisième critère est respecté. C'est manifestement le cas en l'espèce.

The fourth element — that the amount sought to be deducted must be the actual amount paid or "a reasonable amount in respect thereof" — has not previously been the subject of comment by this Court. It is clear, however, from the structure of s. 20(1)(*c*), that the phrase refers to the entirety of s. 20(1)(*c*)(i). Therefore, the taxpayer is entitled to deduct the lesser of, (1) the actual amount paid or, (2) a reasonable amount in respect of "an amount paid . . . pursuant to a legal obligation to pay interest on . . . borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property". Here, the borrowed money that was used for the purpose of earning income was the NZ$150 million. At trial, Christie A.C.J.T.C. found that the market rate for a loan of NZ$ in 1988 for the five-year term specified in the Debenture Agreements was 15.4 percent per annum. That is the rate Shell paid. Where an interest rate is established in a market of lenders and borrowers acting at arm's length from each other, it is generally a reasonable rate:

34 Notre Cour ne s'est encore jamais prononcée au sujet de la quatrième exigence — que la somme que l'on cherche à déduire soit la somme effectivement payée ou «une somme raisonnable à cet égard». Il est clair, toutefois, compte tenu de la formulation de l'al. 20(1)*c*), que ces termes renvoient au sous-al. 20(1)*c*)(i) en entier. Le contribuable peut donc déduire le moins élevé (1) du montant effectivement versé ou (2) d'un montant raisonnable à l'égard «d'une somme payée [. . .] en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur [. . .] de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien». En l'occurrence, l'argent emprunté qui a été utilisé pour produire un revenu, ce sont les 150 000 000 $ NZ. En première instance, le juge en chef adjoint Christie a conclu que le taux du marché en 1988 pour le prêt de dollars néo-zélandais pendant la durée de cinq ans prévue dans les contrats d'achat de débentures était 15,4 pour 100 par année. C'est le taux d'intérêt que Shell a payé. Lorsqu'un taux

Mohammad v. The Queen, 97 D.T.C. 5503 (F.C.A.), at p. 5509, *per* Robertson J.A.; *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (F.C.A.), at p. 359, *per* Mahoney J.A. The fourth criterion is accordingly satisfied.

35 On this analysis, Shell was entitled to deduct from its income all of its semi-annual payments of interest to the foreign lenders during the relevant taxation years.

2. The Minister's Objections

36 The Minister objects to this application of s. 20(1)(*c*)(i). He makes two principal arguments. First, he submits that because only the US$ were used for the purpose of earning income from a business, Shell is only entitled to deduct as "interest" those amounts relating to the US$. This amount, he argues, must be calculated by reference to the rate of 9.1 percent per annum, the rate applicable to a borrowing of US$ in 1988. Second, the Minister argues that the phrase "a reasonable amount in respect thereof" in s. 20(1)(*c*)(i) must be interpreted as referring to a reasonable amount to pay for a loan of the US$ which were actually used to produce income. That, he again submits, must be calculated at the rate of 9.1 percent per annum. The Minister also makes a subsidiary argument that the borrowed funds for which interest was paid at a rate exceeding 9.1 percent per annum were actually being used to produce a capital gain, not eligible income from a business or property as required by s. 20(1)(*c*)(i). These arguments found favour with the Federal Court of Appeal. With respect, however, they cannot prevail when examined in light of the approach this Court has consistently taken when interpreting the Act in general and s. 20(1)(*c*)(i) in particular.

37 These arguments rest on the view that only the US$ were used to produce income from a business or property. As discussed above, that is incorrect.

d'intérêt est fixé sur un marché de prêteurs et d'emprunteurs sans lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable: *Mohammad c. La Reine*, 97 D.T.C. 5503 (C.A.F.), à la p. 5509, le juge Robertson; *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), à la p. 359, le juge Mahoney. Le quatrième critère est donc respecté.

Il ressort de cette analyse que Shell pouvait déduire de son revenu la totalité des intérêts qu'elle a payés semestriellement aux prêteurs étrangers au cours des années d'imposition en cause.

2. Les motifs d'opposition du ministre

Le ministre s'oppose à une telle application du sous-al. 20(1)*c*)(i). Il avance deux arguments principaux. Premièrement, comme seuls les fonds américains ont été utilisés en vue de tirer un revenu d'une entreprise, il fait valoir que Shell ne peut déduire à titre d'«intérêts» que les sommes se rapportant aux dollars américains. Il ajoute que ces intérêts doivent être calculés au taux annuel de 9,1 pour 100, soit le taux applicable en 1988 à l'emprunt de dollars américains. Deuxièmement, le ministre soutient que les termes «une somme raisonnable à cet égard» qui figurent au sous-al. 20(1)*c*)(i) doivent être interprétés comme désignant une somme raisonnable devant être versée pour l'emprunt des dollars américains qui ont effectivement été utilisés en vue de produire un revenu. Cette somme doit également, selon le ministre, être calculée au taux annuel de 9,1 pour 100. À titre subsidiaire, le ministre soutient que les fonds empruntés à un taux annuel supérieur à 9,1 pour 100 ont, dans les faits, été utilisés pour réaliser un gain en capital, et non pour tirer un revenu admissible d'une entreprise ou d'un bien comme l'exige le sous-al. 20(1)*c*)(i). Ces arguments ont été accueillis favorablement par la Cour d'appel fédérale. Avec égards, ils ne peuvent cependant être retenus étant donné l'approche constante adoptée par notre Cour pour interpréter la Loi en général et le sous-al. 20(1)*c*)(i) en particulier.

Ces arguments s'appuient sur l'idée que seuls les dollars américains ont été utilisés pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Je le répète,

The fact that the NZ$ can be directly traced to an income-producing use in accordance both with the text of s. 20(1)(*c*)(i) and with this Court's decisions in *Bronfman Trust*, *supra*, and *Tennant*, *supra*, deprives these arguments of any foundation.

cela est inexact. Ces arguments sont dénués de fondement parce que les dollars néo-zélandais peuvent être directement rattachés à une utilisation générant un revenu conformément au libellé du sous-al. 20(1)*c*)(i) et aux décisions de notre Cour dans les affaires *Bronfman Trust* et *Tennant*, précitées.

Furthermore, these submissions arise from a fundamental misapprehension of the scope of s. 20(1)(*c*)(i) and the principles against which it should be interpreted. Both the Minister and the Federal Court of Appeal seem to suggest that s. 20(1)(*c*)(i) invites a wide examination of what Linden J.A. referred to (at para. 44) as the "economic realities" of a taxpayer's situation. Underlying this argument appears to be the view that taxpayers are somehow disentitled from relying on s. 20(1)(*c*)(i) if the structure of the transaction was determined by a desire to minimize the amount of tax payable.

38 De plus, ces prétentions résultent d'une méconnaissance fondamentale de la portée du sous-al. 20(1)*c*)(i) et des principes d'interprétation applicables. Tant le ministre que la Cour d'appel fédérale paraissent laisser entendre que la disposition justifie un examen général de ce que le juge Linden appelle, au par. 44, la «réalité économique» de la situation du contribuable. L'argument semble fondé sur l'idée que le contribuable est en quelque sorte privé de l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i) lorsque la volonté de réduire le montant de l'impôt exigible détermine la structure de l'opération.

This Court has repeatedly held that courts must be sensitive to the economic realities of a particular transaction, rather than being bound to what first appears to be its legal form: *Bronfman Trust*, *supra*, at pp. 52-53, *per* Dickson C.J.; *Tennant*, *supra*, at para. 26, *per* Iacobucci J. But there are at least two *caveats* to this rule. First, this Court has never held that the economic realities of a situation can be used to recharacterize a taxpayer's *bona fide* legal relationships. To the contrary, we have held that, absent a specific provision of the Act to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer's legal relationships must be respected in tax cases. Recharacterization is only permissible if the label attached by the taxpayer to the particular transaction does not properly reflect its actual legal effect: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, at para. 21, *per* Bastarache J.

39 Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci: *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au par. 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout le moins doivent être apportées. Premièrement, notre Cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables: *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache.

Second, it is well established in this Court's tax jurisprudence that a searching inquiry for either the "economic realities" of a particular transaction

40 Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre Cour est bien établie: l'examen de la «réalité économique» d'une opération donnée ou de l'objet

or the general object and spirit of the provision at issue can never supplant a court's duty to apply an unambiguous provision of the Act to a taxpayer's transaction. Where the provision at issue is clear and unambiguous, its terms must simply be applied: *Continental Bank*, *supra*, at para. 51, *per* Bastarache J.; *Tennant*, *supra*, at para. 16, *per* Iacobucci J.; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at pp. 326-27 and 330, *per* Iacobucci J.; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 11, *per* Major J.; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at para. 15, *per* Cory J.

41 It is my respectful view that by paying insufficient attention to these very important principles, the Minister and the Federal Court of Appeal fell into error. First, the Federal Court of Appeal effectively recharacterized for tax purposes Shell's legal relationship with the foreign lenders. Indeed, Linden J.A. held that, when the Forward Exchange Contract between Shell and Sumitomo was considered alongside the Debenture Agreements between Shell and the foreign lenders, "[t]he higher interest rate coupled with the discounted forward rate created a blended payment of interest and principal" (para. 58). With respect, this ignores the actual relationship between Shell and the foreign lenders, a relationship to which Sumitomo was not a party. As between Shell and the foreign lenders, the semi-annual payments were entirely "interest", paid in consideration for the loan of NZ$150 million. That characterization cannot be changed by whatever other legal relationships Shell may have concluded with third parties, or indeed by anything that Shell did with the borrowed funds after receiving them from the foreign lenders.

42 It is no doubt true that Shell was able to recoup its higher interest expenses, paid to the foreign lenders, by agreeing with Sumitomo to purchase NZ$ in the future at a discount. This arrangement allowed it to earn a foreign exchange gain and, when the transactions were considered together, to equalize the interest rate in the Debenture Agreements to the prevailing market rate for a loan of US$. Yet, as has been demonstrated above, the

général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée: *Continental Bank*, précité, au par. 51, le juge Bastarache; *Tennant*, précité, au par. 16, le juge Iacobucci; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pp. 326, 327 et 330, le juge Iacobucci; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au par. 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, au par. 15, le juge Cory.

Parce qu'ils n'ont pas suffisamment tenu compte de ces principes très importants, j'estime avec égards que le ministre et la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur. Tout d'abord, la Cour d'appel fédérale a en effet requalifié, aux fins de l'impôt, la relation juridique établie par Shell avec les prêteurs étrangers. Le juge Linden a conclu que si le contrat de change à terme liant Shell et Sumitomo était considéré de pair avec les contrats d'achat de débentures conclus par Shell et les prêteurs étrangers, «[l]e taux d'intérêt plus élevé et le taux à terme escompté combinés donnaient lieu à un paiement confondu des intérêts et du principal» (par. 58). Avec égards, cette conclusion fait fi de la véritable relation créée entre Shell et les prêteurs étrangers, une relation à laquelle Sumitomo était étrangère. Dans le contexte de la relation entre Shell et les prêteurs étrangers, la totalité des versements semestriels étaient des «intérêts» payés en contrepartie du prêt de 150 000 000 $ NZ. Cette qualification ne saurait être modifiée par les autres rapports juridiques que Shell a pu établir avec des tiers ni par son utilisation des fonds empruntés qu'elle a obtenus des prêteurs étrangers.

Il ne fait aucun doute que Shell a réussi à récupérer les intérêts plus élevés versés aux prêteurs étrangers en convenant avec Sumitomo d'acheter ultérieurement des dollars néo-zélandais à un taux escompté. Shell a ainsi réalisé un gain de change et, si on considère l'ensemble des opérations, elle a ramené le taux d'intérêt stipulé dans les contrats d'achat de débentures au taux du marché pour le prêt de dollars américains. Or, comme je l'indique

words of s. 20(1)(*c*)(i) are very clear. A taxpayer is entitled to deduct a reasonable amount of interest paid on borrowed money used for the purpose of earning eligible income from a business or property. Shell's legal relationship with the foreign lenders comes within those criteria and, as such, Shell is entitled to the benefit of s. 20(1)(*c*)(i).

précédemment, le texte du sous-al. 20(1)*c*)(i) est très clair. Le contribuable peut déduire une somme raisonnable au titre d'intérêts payés à l'égard de fonds empruntés et utilisés en vue de tirer un revenu admissible d'une entreprise ou d'un bien. La relation juridique entre Shell et les prêteurs étrangers satisfait à ce critère, et Shell peut donc bénéficier de l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i).

Second, it is my respectful view that the Federal Court of Appeal's misplaced reliance on "economic realities" caused it to stray from the express terms of s. 20(1)(*c*)(i) and supplement the provision with extraneous policy concerns that were said to form part of its purpose. The Act is a complex statute through which Parliament seeks to balance a myriad of principles. This Court has consistently held that courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 41, *per* Iacobucci J.; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 112, *per* Iacobucci J.; *Antosko*, *supra*, at p. 328, *per* Iacobucci J. Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act.

43 En deuxième lieu, en mettant à tort l'accent sur la «réalité économique», j'estime avec égards que la Cour d'appel fédérale s'est éloignée du libellé exprès du sous-al. 20(1)*c*)(i) et a tenu compte de considérations de principe étrangères qui, selon elle, étaient inhérentes à l'objet de la disposition. La Loi est un texte législatif complexe au moyen duquel le législateur tente d'établir un équilibre entre d'innombrables principes. La jurisprudence de notre Cour est constante: les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'attribuer au législateur, à l'égard d'une disposition claire de la Loi, une intention non explicite: *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, au par. 41, le juge Iacobucci; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, au par. 112, le juge Iacobucci; *Antosko*, précité, à la p. 328, le juge Iacobucci. En concluant à l'existence d'une intention non exprimée par le législateur sous couvert d'une interprétation fondée sur l'objet, l'on risque de rompre l'équilibre que le législateur a tenté d'établir dans la Loi.

Although the terms of s. 20(1)(*c*)(i) are clear, the Federal Court of Appeal seems to have discerned in the Act an intention that courts, to be fair to less sophisticated taxpayers, should be alert to preventing taxpayers from using complex transactions designed to minimize their tax liability. It was said that courts should somehow look through transactions and impose tax according to their true economic and commercial effects. There are some *obiter* statements in some cases that may be said to support this view: *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 53,

44 Bien que le sous-al. 20(1)*c*)(i) soit clair, la Cour d'appel fédérale semble y avoir décelé l'intention du législateur que les tribunaux, afin d'être équitables envers les contribuables moins habiles, fassent preuve de vigilance pour empêcher les contribuables de recourir à des opérations complexes visant à réduire leur obligation fiscale. Ainsi, les tribunaux devaient en quelque sorte analyser les opérations et déterminer l'obligation fiscale en fonction des effets véritables des opérations sur les plans économique et commercial. On peut soutenir que des remarques incidentes formulées dans certaines affaires appuient ce point de vue: *Bronfman Trust*, précité, à la p. 53, le juge en chef Dickson;

per Dickson C.J.; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 576, *per* Estey J.

45 However, this Court has made it clear in more recent decisions that, absent a specific provision to the contrary, it is not the courts' role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions, arranged in such a way that the particular provisions of the Act are met, on the basis that it would be inequitable to those taxpayers who have not chosen to structure their transactions that way. This issue was specifically addressed by this Court in *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795, at para. 88, *per* Iacobucci J. See also *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770, at para. 63, *per* Iacobucci J. The courts' role is to interpret and apply the Act as it was adopted by Parliament. *Obiter* statements in earlier cases that might be said to support a broader and less certain interpretive principle have therefore been overtaken by our developing tax jurisprudence. Unless the Act provides otherwise, a taxpayer is entitled to be taxed based on what it actually did, not based on what it could have done, and certainly not based on what a less sophisticated taxpayer might have done.

46 Inquiring into the "economic realities" of a particular situation, instead of simply applying clear and unambiguous provisions of the Act to the taxpayer's legal transactions, has an unfortunate practical effect. This approach wrongly invites a rule that where there are two ways to structure a transaction with the same economic effect, the court must have regard only to the one without tax advantages. With respect, this approach fails to give appropriate weight to the jurisprudence of this Court providing that, in the absence of a specific statutory bar to the contrary, taxpayers are entitled to structure their affairs in a manner that reduces the tax payable: *Stubart*, *supra*, at p. 540, *per* Wilson J., and at p. 557, *per* Estey J.; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at para. 8, *per* McLachlin J.; *Duha*, *supra*, at para. 88, *per* Iacobucci J.; *Neuman*, *supra*, at para. 63, *per* Iacobucci J. An unrestricted application of an

Stubart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 576, le juge Estey.

Cependant, il ressort des arrêts plus récents de notre Cour qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution. Notre Cour s'est précisément penchée sur cette question dans *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795, au par. 88, le juge Iacobucci. Voir également *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, au par. 63, le juge Iacobucci. Il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement. Les remarques incidentes formulées dans des arrêts antérieurs dont on peut dire qu'elles appuient un principe d'interprétation plus large et moins certain ont donc été supplantées par les arrêts que notre Cour a rendus depuis en matière fiscale. Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait.

Examiner la «réalité économique» d'une situation donnée, au lieu d'appliquer simplement une disposition claire et non équivoque de la Loi aux opérations juridiques effectuées par le contribuable a des répercussions regrettables en pratique. Cette démarche favorise à tort l'application d'une règle voulant que, s'il existe deux manières de structurer une opération pour produire le même effet économique, le tribunal doive ne tenir compte que de l'option qui ne confère aucun avantage fiscal. Avec égards, cette démarche n'accorde pas l'importance voulue à la jurisprudence de notre Cour selon laquelle, en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, le contribuable peut diriger ses affaires de façon à réduire son obligation fiscale: *Stubart*, précité, à la p. 540, le juge Wilson, et à la p. 557, le juge Estey; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, au par. 8, le juge McLachlin; *Duha*, précité, au par. 88, le juge

"economic effects" approach does indirectly what this Court has consistently held Parliament did not intend the Act to do directly.

The Federal Court of Appeal's overriding concern with tax avoidance not only coloured its general approach to this case, but may also have led it to misread the clear and unambiguous terms of s. 20(1)(*c*)(i) itself. In his reasons, Linden J.A. emphasized that Shell only decided to borrow NZ$ from the foreign lenders because it sought to take advantage of the higher interest rate applicable to NZ$. Yet, as Dickson C.J. made clear in *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 46, the reason for a particular method of borrowing is irrelevant to a proper consideration of s. 20(1)(*c*)(i). The issue is the use to which the borrowed funds are put. It is irrelevant why the borrowing arrangement was structured the way that it was or, indeed, why the funds were borrowed at all.

The fact that Shell structured its transactions so that it could take advantage of the various provisions of the Act is therefore of no moment. It was fully entitled to do so. Shell borrowed NZ$ for the purpose of using them to produce eligible income from a business or property and is accordingly entitled to the deduction provided by s. 20(1)(*c*)(i).

B. *Does Section 67 or Former Section 245(1) Apply to this Case?*

If s. 20(1)(*c*)(i) does not apply to restrict Shell to deducting interest at the rate of 9.1 percent per annum, the Minister argues that s. 67 and the former s. 245(1) apply to reduce the deduction to the amount that would have been paid if US$ had been borrowed directly. However, neither provision supports the Minister's position.

Iacobucci; *Neuman*, précité, au par. 63, le juge Iacobucci. Le tribunal qui adopte sans réserve une démarche fondée sur «l'effet économique» fait indirectement ce que, selon la jurisprudence constante de notre Cour, le législateur n'a pas voulu que la Loi fasse directement.

47 La préoccupation première de la Cour d'appel fédérale en ce qui concerne l'évitement fiscal a non seulement influé sur sa démarche générale en l'espèce, mais elle a aussi pu l'amener à interpréter incorrectement le libellé même du sous-al. 20(1)*c*)(i), bien qu'il soit clair et non équivoque. Dans ses motifs, le juge Linden insiste sur le fait que Shell a décidé d'emprunter des dollars néo-zélandais aux prêteurs étrangers uniquement parce qu'elle voulait tirer avantage du taux d'intérêt supérieur applicable aux dollars néo-zélandais. Pourtant, comme le juge en chef Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 46, la raison pour laquelle un mode d'emprunt est préféré à un autre importe peu pour l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i). Ce qui est déterminant, c'est l'utilisation de la somme empruntée. La raison pour laquelle l'opération d'emprunt est structurée comme elle l'est n'a pas d'importance, pas plus d'ailleurs que la raison pour laquelle l'argent est emprunté.

48 Que Shell ait structuré ses opérations de façon à tirer avantage des différentes dispositions de la Loi n'a donc aucune importance. Il lui était parfaitement loisible de le faire. Shell a emprunté des dollars néo-zélandais en vue de les utiliser pour tirer un revenu admissible d'une entreprise ou d'un bien, de sorte qu'elle a droit à la déduction prévue au sous-al. 20(1)*c*)(i).

B. *L'article 67 ou l'ancien par. 245(1) s'appliquent-ils en l'espèce?*

49 Si le sous-al. 20(1)*c*)(i) ne plafonne pas à 9,1 pour 100 par année le taux auquel Shell peut déduire les intérêts, le ministre fait valoir que l'art. 67 et l'ancien par. 245(1) s'appliquent pour ramener la déduction à la somme qu'aurait payée Shell si elle avait emprunté des dollars américains directement. Toutefois, aucune de ces dispositions n'étaye l'argument du ministre.

1. Section 67

50 Section 67 of the Act provides that:

67. In computing income, no deduction shall be made in respect of an outlay or expense in respect of which any amount is otherwise deductible under this Act, except to the extent that the outlay or expense was reasonable in the circumstances.

The Federal Court of Appeal did not address s. 67 and Shell made no submissions to this Court with regard to it. The Minister submits that the only amount "reasonable in the circumstances" is the amount that Shell would have had to pay if it had borrowed US$ directly. The argument seems to be the same one that was made with respect to s. 20(1)(*c*)(i), i.e., it is suggested that the only money used for the purpose of producing income was the US$. I note that the Minister did not press this point in argument before the Court.

51 Having already held that the NZ$ actually were used for the purpose of earning eligible income, it follows that I do not accept the premise of the Minister's argument. Furthermore, it seems to me that Parliament intended s. 67 to apply primarily to those deductions claimed under the provisions of the Act that do not have their own internal limiting clauses: see also P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 244-45. A common example is the case where a taxpayer seeks to pay unreasonably high rents or salaries to non-arm's-length persons. Another example might be unreasonably high business travelling expenses. Where the applicable provision has its own internal reference to "reasonableness", as does s. 20(1)(*c*)(i), s. 67 could not apply without distorting the plain meaning of the more specific provision. Indeed, if a deduction is "reasonable" within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i), I have difficulty seeing how it would not also be "reasonable" within the meaning of s. 67.

1. L'article 67

Le libellé de l'art. 67 de la Loi est le suivant:

67. Dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances.

La Cour d'appel fédérale ne s'est pas prononcée au sujet de cette disposition, et Shell n'a pas présenté à notre Cour d'observations s'y rapportant. Le ministre soutient que la seule somme «raisonnable dans les circonstances» est celle que Shell aurait payée si elle avait emprunté des dollars américains directement. L'argument paraît identique à celui qui a été avancé relativement au sous-al. 20(1)*c*)(i), c'est-à-dire que les seuls fonds utilisés en vue de produire un revenu seraient les dollars américains. Je signale que le ministre n'a pas insisté sur ce point lors de sa plaidoirie devant notre Cour.

Ayant déjà conclu que les dollars néo-zélandais avaient effectivement été utilisés en vue de produire un revenu admissible, je ne puis faire droit à l'argument du ministre. En outre, il me semble que l'intention du législateur était que l'art. 67 s'applique principalement aux sommes déduites en application de dispositions de la Loi ne comportant pas elles-mêmes de restrictions: voir également P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2e éd. 1997), aux pp. 244 et 245. L'exemple classique est celui du contribuable qui tente de déduire un loyer ou un salaire déraisonnablement élevé qu'il verse à une personne ayant un lien de dépendance. Un autre exemple est celui des frais de déplacement pour affaires déraisonnablement élevés. Lorsque, à l'instar du sous-al. 20(1)*c*)(i), le libellé de la disposition applicable renvoie lui-même au «caractère raisonnable», l'art. 67 ne peut s'appliquer sans que cela n'aille à l'encontre du sens manifeste de la disposition plus particulière. En effet, si une déduction est «raisonnable» au sens du sous-al. 20(1)*c*)(i), je vois mal comment elle pourrait ne pas être également «raisonnable» au sens de l'art. 67.

2. Section 245(1)

The Minister also relies on the former s. 245(1). Section 245(1) read as follows:

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

This provision has been repealed and replaced by a new "General Anti-Avoidance Rule" effective September 13, 1988: S.C. 1988, c. 55, s. 185. Because the Debenture Agreements and the Forward Exchange Contract were entered into prior to that time, however, it is only the former s. 245(1) that applies to this case.

The Minister does not say that Shell "artificially" reduced its income. Rather, he claims that allowing Shell to deduct interest expenses at the NZ$ rate of 15.4 percent per annum would "unduly" reduce its income. This argument again rests on the submission that it was the US$ that were used for producing eligible income, not the NZ$. Because I reject the Minister's argument on that point, it follows that I cannot accept his related submissions on s. 245(1).

In a series of recent cases, the Federal Court of Appeal has considered the proper meaning to be given to s. 245(1): *Canada v. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 F.C. 518, leave to appeal denied, [1996] 3 S.C.R. viii; *Canada v. Central Supply Co. (1972) Ltd.*, [1997] 3 F.C. 674, leave to appeal denied, [1997] 3 S.C.R. vii. In *Central Supply*, *supra*, at p. 691, Linden J.A. summarized the three factors to be answered under the recommended approach to s. 245(1): (1) whether the deduction sought is contrary to the object and spirit of the provision in the Act, (2) whether the deduction is based on a transaction which is not in accordance with normal business practice, and (3) whether there was a *bona fide* business purpose for the transaction. He observed that these three factors apply even where

2. Le paragraphe 245(1)

Le ministre invoque également l'ancien par. 245(1), dont voici le libellé: 52

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

Cette disposition a été abrogée et remplacée par une nouvelle «règle générale anti-évitement» en vigueur depuis le 13 septembre 1988: L.C. 1988, ch. 55, art. 185. Comme les contrats d'achat de débentures et le contrat de change à terme sont intervenus entre les parties avant cette date, seul l'ancien par. 245(1) s'applique en l'espèce.

Le ministre ne prétend pas que Shell a réduit son revenu de façon «factice», mais bien que permettre à Shell de déduire des frais d'intérêts au taux annuel de 15,4 pour 100 applicable aux dollars néo-zélandais réduirait «indûment» son revenu. Cet argument s'appuie à nouveau sur l'idée que ce sont les dollars américains qui ont été utilisés pour produire un revenu admissible, et non les dollars néo-zélandais. Comme je suis en désaccord avec le ministre sur ce point, je ne puis faire droit aux arguments connexes qu'il avance au sujet du par. 245(1). 53

Dans une série d'affaires récentes, la Cour d'appel fédérale a examiné le sens qu'il fallait donner au par. 245(1): *Canada c. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 C.F. 518, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. viii; *Canada c. Central Supply Co. (1972) Ltd.*, [1997] 3 C.F. 674, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. vii. Dans *Central Supply*, précité, à la p. 691, le juge Linden, résume les trois étapes de la démarche préconisée pour l'application du par. 245(1): (1) La déduction revendiquée est-elle contraire à l'objet et à l'esprit de la disposition de la Loi? (2) La déduction est-elle fondée sur une opération échappant aux habitudes normales du commerce? (3) L'opération a-t-elle un objet commercial véritable? Il signale que ces trois critères s'appliquent même lorsque la 54

the deduction is otherwise permitted by a specific provision of the Act.

55 I note that the Federal Court of Appeal has not always taken this approach to the former anti-avoidance provisions of the Act: see *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433, at pp. 437-38, *per* Marceau J.A., and at p. 452, *per* McDonald J.A. (dissenting), appeal allowed on other grounds, [1996] 2 S.C.R. 161; *Fording Coal*, *supra*, at pp. 541-44, *per* McDonald J.A. (dissenting); *Central Supply*, at pp. 712-16, *per* McDonald J.A. (dissenting); *The Queen v. Nova Corporation of Alberta*, 97 D.T.C. 5229, at p. 5236, *per* McDonald J.A. Indeed, particularly with respect to its emphasis on whether there was a "*bona fide* purpose" for the transaction, the approach adopted in *Fording Coal*, *supra*, and *Central Supply*, *supra*, appears to run against the grain of some of the Federal Court of Appeal's earlier interpretations of this provision and its predecessors: *Produits LDG Products Inc. v. The Queen*, 76 D.T.C. 6344, at p. 6349, *per* Pratte J.A.; *The Queen v. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 F.C. 454, at pp. 462-63, *per* Jackett C.J.; *Irving Oil*, *supra*, at p. 360, *per* Mahoney J.A. See also, *Stubart*, *supra*, at pp. 569-70, *per* Estey J.

56 The Minister submits that the factors developed in *Fording Coal*, *supra*, and *Central Supply*, *supra*, apply only when it is claimed that the deductions are "artificial", not when they are said to be "undue", as in the case on appeal. Although the matter is not entirely free from doubt, a review of the Federal Court of Appeal's reasons in those cases does not support such a constrained interpretation of the test. Indeed, it was certainly the understanding of Stone J.A. in the Federal Court of Appeal, the only member of the panel who expressed an opinion on this point, that those factors apply to s. 245(1) in its entirety. I agree that this is what the Federal Court of Appeal likely intended in *Fording Coal*, *supra*, and *Central Supply*, *supra*. I hasten to add that I should not be taken as necessarily agreeing that the three factors are the appropriate interpretive tools with which to

déduction est par ailleurs autorisée par une disposition particulière de la Loi.

Je fais remarquer que la Cour d'appel fédérale n'a pas toujours adopté ce point de vue relativement à l'ancienne disposition anti-évitement de la Loi: voir *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433, aux pp. 437 et 438, le juge Marceau, et à la p. 452, le juge McDonald (dissident), autorisation de pourvoi accordée pour d'autres motifs, [1996] 2 R.C.S. 161; *Fording Coal*, précité, aux pp. 541 à 544, le juge McDonald (dissident); *Central Supply*, précité, aux pp. 712 à 716, le juge McDonald (dissident); *La Reine c. Nova Corporation of Alberta*, 97 D.T.C. 5229, à la p. 5236, le juge McDonald. En effet, particulièrement en ce qui concerne l'accent qui est mis sur la question de savoir si l'opération a un «objet véritable», la démarche adoptée dans *Fording Coal* et *Central Supply*, précités, semble aller à l'encontre de l'interprétation que la Cour d'appel fédérale donne à cette disposition et à celles qu'elle a remplacées dans certaines décisions antérieures: *Produits LDG Products Inc. c. La Reine*, 76 D.T.C. 6344, à la p. 6349, le juge Pratte; *La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 C.F. 454, aux pp. 462 et 463, le juge en chef Jackett; *Irving Oil*, précité, à la p. 360, le juge Mahoney. Voir aussi *Stubart*, précité, aux pp. 569 et 570, le juge Estey.

Le ministre fait valoir que les facteurs énoncés dans les arrêts *Fording Coal* et *Central Supply*, précités, ne s'appliquent que lorsqu'il est allégué que la déduction réduirait le revenu de façon «factice», et non «indûment» comme en l'espèce. Bien que tout doute ne soit pas exclu à cet égard, un examen des motifs rendus par la Cour d'appel fédérale dans ces affaires n'appuie pas une interprétation aussi restrictive du critère. En fait, le juge Stone, de la Cour d'appel fédérale, le seul membre de la formation qui a donné son avis à ce sujet, a certainement estimé que ces facteurs s'appliquaient au par. 245(1) dans sa totalité. Je conviens que telle était vraisemblablement l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Fording Coal* et *Central Supply*, précités. Je m'empresse d'ajouter que je ne suis pas nécessairement d'accord pour dire que les trois facteurs constituent des critères

understand s. 245(1). Because even the broadest interpretation of s. 245(1) does not apply to limit Shell's deductions, however, it is not necessary in this appeal for this Court to determine conclusively the proper interpretation to be given to s. 245(1).

d'interprétation valables relativement au par. 245(1). Mais comme l'interprétation même la plus généreuse du par. 245(1) n'a pas pour effet de limiter les déductions de Shell, il n'est pas nécessaire que notre Cour statue, dans le cadre du présent pourvoi, sur l'interprétation qu'il faut donner au par. 245(1).

Applying the factors set forth by the Federal Court of Appeal suggests the following analysis in this case. First, deducting the interest paid to the foreign lenders at the rate of 15.4 percent per annum is not contrary to the object and spirit of s. 20(1)(*c*)(i). In *Bronfman Trust*, *supra*, Dickson C.J., held at p. 45, that the purpose of this provision is "to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income"; see also, *Tennant*, *supra*, at para. 16, *per* Iacobucci J. Allowing Shell to deduct its interest payments at the actual rate that was paid to the foreign lenders in exchange for the NZ$150 million that was then used for the purpose of producing income is not contrary to the object and spirit of s. 20(1)(*c*)(i). To the contrary, it fulfills its purpose.

57 En l'espèce, l'application des facteurs énoncés par la Cour d'appel fédérale donne lieu à l'analyse suivante. Premièrement, la déduction des intérêts versés aux prêteurs étrangers au taux annuel de 15,4 pour 100 n'est pas contraire à l'objet et à l'esprit du sous-al. 20(1)*c*)(i). Dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, le juge en chef Dickson a conclu, à la p. 45, que cette disposition avait pour but de «favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables»; voir également *Tennant*, précité, au par. 16, le juge Iacobucci. Permettre à Shell de déduire les intérêts payés au taux exigé par les prêteurs étrangers en contrepartie des 150 000 000 $ NZ, qui ont ensuite été utilisés pour produire un revenu, ne va pas à l'encontre de l'objet et l'esprit du sous-al. 20(1)*c*)(i), bien au contraire.

Second, the deductions were based on transactions that were in accordance with normal business practice. At trial, Christie A.C.J.T.C. accepted that this was so, noting in addition that the "fact that business transactions may be regarded as convoluted does not, of course, mean that they are abnormal" (para. 31). Stone J.A. agreed, holding that "[i]n choosing to borrow the funds in NZ$ rather than US$ the respondent took into account the overall tax impact of the transaction, and this is a common business concern" (para. 5). Before this Court, evidence was adduced demonstrating that this form of international interest rate arbitrage is commonly done, even by non-taxable governmental entities. When coupled with the fact that the Debenture Agreements provided Shell with money that satisfied its need for capital, the conclusion that they reflected normal business practice is unavoidable.

58 Deuxièmement, les déductions découlaient d'opérations conformes aux habitudes normales du commerce. En première instance, le juge en chef adjoint Christie a reconnu que c'était le cas en signalant également que le fait «[q]ue des opérations commerciales puissent être jugées compliquées ne signifie certes pas qu'elles sont anormales» (par. 31). Le juge Stone, de la Cour d'appel fédérale, s'est dit d'accord et a conclu qu'«[e]n choisissant d'emprunter les fonds en $ NZ plutôt qu'en $ US, l'intimée a tenu compte des répercussions fiscales globales de l'opération, ce qui est une préoccupation commerciale commune» (par. 5). Il ressort de certains éléments de preuve présentés à notre Cour que ce genre d'arbitrage international sur taux d'intérêt est courant et que même des organismes gouvernementaux non assujettis à l'impôt y ont recours. Si l'on tient compte également du fait que les contrats d'achat de débentures permettaient à Shell d'obtenir les capitaux dont elle avait besoin, force est de conclure que l'opération était conforme aux habitudes normales du commerce.

59 The third factor to consider, according to the Federal Court of Appeal, is whether Shell entered the Debenture Agreements for a *bona fide* business purpose. Certainly, Shell structured its transactions this way because it wanted to borrow the necessary funds at the lowest possible after-tax cost. The Minister contends that this was not a *bona fide* business purpose. Even if it could be said that acquiring funds at the lowest possible after-tax cost is not a *bona fide* business purpose — a proposition on which I need express no opinion — another purpose clearly lay in Shell's need to borrow the NZ$ as part of its plan to acquire funds for business purposes. Therefore, even granting the Minister's point for the sake of argument, there was "a *bona fide* business purpose" for the Debenture Agreements that gave rise to the deductions in issue. The third criterion is satisfied.

Selon la Cour d'appel fédérale, il faut déterminer, en troisième lieu, si les contrats d'achat de débentures conclus par Shell avaient un objet commercial véritable. Certes, Shell a structuré l'opération ainsi parce qu'elle voulait emprunter les fonds dont elle avait besoin au coût après impôt le plus bas possible. Le ministre soutient qu'il ne s'agissait pas d'un objet commercial véritable. Même si on pouvait prétendre que l'obtention de fonds au coût après impôt le moins élevé possible ne constitue pas un objet commercial véritable — ce sur quoi je n'ai pas à me prononcer — la nécessité, pour Shell, d'emprunter les dollars néo-zélandais dans le cadre de son plan de financement de l'entreprise constitue clairement un tel objet. En conséquence, même si, pour les fins de la discussion, je faisais droit à l'argument du ministre, les contrats d'achat de débentures auraient néanmoins un «objet commercial véritable» donnant droit aux déductions en cause. La troisième condition est donc remplie.

60 On the broad test for the former s. 245(1) developed by the Federal Court of Appeal, Shell's decision to deduct its interest payments to the foreign lenders at the rate of 15.4 percent cannot be impugned. It is accordingly unnecessary to decide whether the Federal Court of Appeal has correctly ascertained Parliament's intention in passing the provision, which, it must be repeated, has now been repealed and replaced by a new anti-avoidance tool.

Quant au critère général formulé par la Cour d'appel fédérale relativement à l'ancien par. 245(1), la décision de Shell de déduire les intérêts au taux annuel de 15,4 pour 100 qu'elle a versés aux investisseurs étrangers ne peut être attaquée. Il est donc inutile de déterminer si la Cour d'appel fédérale a bien circonscrit l'intention qu'avait le législateur en adoptant cette disposition, laquelle, je le répète, a depuis été abrogée et remplacée par une nouvelle disposition anti-évitement.

61 For these reasons, this Court allowed Shell's appeal and held that the s. 20(1)(*c*)(i) allowed it to deduct the entirety of the interest payments made by it to the foreign lenders under the Debenture Agreements.

Pour ces motifs, notre Cour a accueilli le pourvoi de Shell et statué que le sous-al. 20(1)*c*)(i) permettait la déduction de la totalité des intérêts versés aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures.

C. *Is Shell's Net Foreign Exchange Gain Taxable as Income or as a Capital Gain?*

C. *Le gain de change net réalisé par Shell est-il imposable à titre de revenu ou de gain en capital?*

62 The issue on the Minister's cross-appeal is whether the approximately US$21 million net foreign exchange gain that Shell realized through the Debenture Agreements and the Forward Exchange Contract should be included in its income for tax

La question que soulevait le pourvoi incident du ministre était de savoir si le gain de change net d'environ 21 000 000 $ US que Shell a réalisé grâce à la conclusion des contrats d'achat de débentures et du contrat de change à terme devait

purposes, or whether it should be taxed as a capital gain. In the event that he was unsuccessful in arguing that the amount of Shell's interest payments exceeding 9.1 percent per annum should be disallowed, the Minister argued in the alternative that the net foreign exchange gain should be included in Shell's income. The Court dismissed the Minister's cross-appeal, holding that the net foreign exchange gain should be taxed on capital account.

être inclus dans son revenu aux fins de l'impôt ou s'il devait être imposé à titre de gain en capital. Pour le cas où il échouerait à convaincre notre Cour que la déduction des intérêts payés par Shell en sus du taux annuel de 9,1 pour 100 devait être refusée, le ministre a fait valoir à titre subsidiaire que le gain de change net devait s'ajouter au revenu de Shell. Notre Cour a rejeté le pourvoi incident du ministre et a statué que le gain de change net devait être imposé à titre de gain en capital.

Because transactions must be reported in CDN$ for income tax purposes, foreign exchange gains or losses may arise when a business engages in transactions denominated in a foreign currency. Although they generally agree that, in this case, Shell earned a net foreign exchange gain through the Debenture Agreements and the Forward Exchange Contract, the Minister and Shell disagree on how best to describe it. The Minister simply contends that, in 1988, Shell borrowed the equivalent of US$100 million from the foreign lenders but, in 1993, because of the Forward Exchange Contract, was able to repay the loan using only US$79.5 million. This, it says, gave rise to a gain of approximately US$21 million, which of course must be converted into CDN$ for tax purposes.

63 Les sommes en cause devant être déclarées en dollars canadiens aux fins du calcul de l'impôt sur le revenu, il peut y avoir un gain ou une perte de change lorsque l'entreprise effectue des opérations en monnaie étrangère. Bien qu'ils reconnaissent généralement que, dans la présente affaire, Shell a réalisé un gain de change net grâce aux contrats d'achat de débentures et au contrat de change à terme, le ministre et Shell ne s'entendent pas sur sa qualification. Le ministre soutient simplement qu'en 1988, Shell a emprunté l'équivalent de 100 000 000 $ US aux prêteurs étrangers, mais qu'en 1993, en raison du contrat de change à terme, elle a pu rembourser le prêt en utilisant seulement 79 500 000 $ US. Il en aurait résulté un gain d'environ 21 000 000 $ US, lequel doit évidemment être converti en dollars canadiens aux fins de l'impôt.

Shell, on the other hand, submits that there were two gains, which together yield the same net result as the Minister's approach. One gain arose on the Debenture Agreements because, while Shell borrowed the equivalent of US$100 million in 1988, it took the equivalent of only US$81.5 million to repay it in 1993 (assessed by reference to the market rate for NZ$ in 1993). However, it did not actually cost Shell US$81.5 million to repay the principal to the foreign lenders because it had hedged its risk through the Forward Exchange Contract. A second gain therefore arose on the Forward Exchange Contract in 1993 because, while it would have cost US$81.5 million to purchase NZ$150 million at the market rate, Shell was able to rely on the discounted rate agreed upon in 1993 to reduce its own cost of the NZ$150 mil-

64 Pour sa part, Shell soutient qu'il y a eu deux gains qui mènent ensemble au même résultat net que l'approche suivie par le ministre. L'un est attribuable aux contrats d'achat de débentures: Shell a emprunté l'équivalent de 100 000 000 $ US en 1988 mais n'a utilisé que l'équivalent de 81 500 000 $ US pour rembourser le prêt en 1993 (compte tenu du taux du marché pour les dollars néo-zélandais en 1993). Cependant, le coût réel supporté par Shell pour rembourser le principal aux prêteurs étrangers n'a pas été de 81 500 000 $ US parce qu'elle s'était protégée contre une fluctuation défavorable au moyen du contrat de change à terme. Un deuxième gain résulte donc du contrat de change à terme en 1993: alors qu'il aurait fallu débourser 81 500 000 $ US pour acheter 150 000 000 $ NZ au taux du marché, Shell a

lion to US$79.5 million. Thus, it claims it earned a gain on the Forward Exchange Contract of US$1.98 million. Combining the two gains leads to a net foreign exchange gain of approximately US$21 million, which again would have to be converted into CDN$ for tax purposes.

65 At trial, Christie A.C.J.T.C. held that it did not matter whether there were one or two gains because, even if there were two, both should be taxed on the capital account. For the Federal Court of Appeal, Linden J.A. held that there were two gains. Indeed, it seems to me that Shell is correct, i.e, that there were two gains arising from two transactions, which only created a net gain of approximately US$21 million when combined: see S. S. Ruby, "Recent Financing Techniques", in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference* (1990), at pp. 27.3 to 27.6. In light of the prevailing market rate for NZ$ in 1993, one gain arose on the repayment of the NZ$150 million to the foreign lenders under the Debenture Agreements, and a smaller gain arose on the closing out of the Forward Exchange Contract with Sumitomo. The net result is the same as that yielded by the Minister's suggested interpretation, but this view recognizes that Shell entered into two distinct transactions with two separate arm's-length parties, which in turn gave rise to two foreign exchange gains.

66 Parenthetically, I note that there may be another way to interpret the closing out of the Forward Exchange Contract: Ruby, *supra*, at p. 27.12; D. G. Broadhurst, "Income Tax Treatment of Foreign Exchange Forward Contracts, Swaps, and Other Hedging Transactions", in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference* (1990), 26:1. Shell's approach requires one to view this transaction as a disposition of US$ to Sumitomo in exchange for NZ$150 million. Any foreign exchange gain or loss is then calculated by comparing the rate established in the Forward Exchange Contract with the spot market rate for NZ$ in 1993. However, it is also possible to view the transaction as an acquisition of NZ$150 million to US$79.5 million. Thus, it claims it earned a gain on the Forward Exchange Contract of US$1.98 million. Combining the two gains leads to a net foreign exchange gain of approximately US$21 million, which again would have to be converted into CDN$ for tax purposes.

pu bénéficier du taux escompté convenu en 1993 pour ramener le coût des 150 000 000 $ NZ à 79 500 000 $ US. Elle soutient donc avoir réalisé ainsi un gain de 1 980 000 $ US. Au total, le gain de change net est d'environ 21 000 000 $ US, somme qui doit également être convertie en dollars canadiens aux fins de l'impôt.

En première instance, le juge en chef adjoint Christie a conclu qu'il importait peu qu'il y ait un ou deux gains, car même s'il y en avait deux, chacun devait être imposé à titre de gain en capital. Le juge Linden, de la Cour d'appel fédérale, a conclu à l'existence de deux gains. Il me semble en effet que Shell a raison: deux gains sont issus de deux opérations et ce n'est que globalement qu'un gain net d'environ 21 000 000 $ US a été réalisé: voir S. S. Ruby, «Recent Financing Techniques», dans *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference* (1990), aux pp. 27.3 à 27.6. Compte tenu du taux du marché à l'égard des dollars néo-zélandais en 1993, un gain a été réalisé lors du remboursement des 150 000 000 $ NZ aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures et un autre, moindre, à l'échéance du contrat de change à terme conclu avec Sumitomo. Le résultat net est le même que celui auquel conduit l'interprétation préconisée par le ministre, mais il est tenu compte du fait que Shell a effectué deux opérations distinctes avec deux parties sans lien de dépendance, également distinctes, ce qui a donné lieu à la réalisation de deux gains de change.

Je signale incidemment qu'on peut interpréter d'une autre manière l'opération intervenue à l'échéance du contrat de change à terme: Ruby, *op. cit.*, à la p. 27.12; D. G. Broadhurst, «Income Tax Treatment of Foreign Exchange Forward Contracts, Swaps, and Other Hedging Transactions», dans *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference* (1990), 26:1. Selon Shell, il faut envisager l'opération comme une disposition de dollars américains en faveur de Sumitomo en contrepartie de 150 000 000 $ NZ. Le gain ou la perte de change est ensuite calculé en comparant le taux fixé dans le contrat de change à terme et le cours au comptant des dollars néo-zélandais en 1993. Il est également possible, toutefois, de considérer

lion for US$79.5 million. That purchase price — calculated according to the exchange rate established in the Forward Exchange Contract — would constitute Shell's cost base for the NZ$150 million. When Shell used that NZ$150 million to repay the foreign lenders under the Debenture Agreements, Shell's cost base for those funds could then be assessed against their spot market value at the time of repayment to determine whether Shell had realized a foreign exchange gain or loss on the Forward Exchange Contract. This would be in addition to any foreign exchange gain or loss Shell would earn on the repayment of the principal to the foreign lenders under the Debenture Agreements.

l'opération comme l'acquisition de 150 000 000 $ NZ au prix de 79 500 000 $ US. Ce prix d'acquisition — calculé conformément au taux de change fixé dans le contrat de change à terme — constituerait le prix de base, pour Shell, des 150 000 000 $ NZ. Lorsque Shell a utilisé ces 150 000 000 $ NZ pour rembourser les prêteurs étrangers conformément aux contrats d'achat de débentures, son prix de base pour ces fonds pouvait alors être établi en fonction du cours au comptant en vigueur au moment du remboursement afin de déterminer si Shell avait réalisé un gain de change ou subi une perte de change relativement au contrat de change à terme. Ce qui s'ajouterait à tout gain ou perte de change lors du remboursement du principal aux prêteurs étrangers en application des contrats d'achat de débentures.

Because Shell immediately used the NZ$150 million from Sumitomo to discharge its obligations to the foreign lenders, however, the spot market rate for NZ$ and the amount of Shell's gain on the Forward Exchange Contract is the same regardless of which approach is taken. It follows that the amount of the foreign exchange gain is also the same. It is therefore unnecessary on this appeal to decide which interpretation of the transaction is preferable.

67 Toutefois, comme Shell a immédiatement utilisé les 150 000 000 $ NZ obtenus de Sumitomo pour s'acquitter de ses obligations vis-à-vis des prêteurs étrangers, le cours au comptant des dollars néo-zélandais et le gain réalisé par Shell sur le fondement du contrat de change à terme sont les mêmes quel que soit le point de vue adopté. Il s'ensuit que le montant du gain de change est également identique. Il est par conséquent inutile de déterminer, dans le cadre du présent pourvoi, de quelle façon il convient le mieux d'interpréter l'opération.

The issue here is whether the foreign exchange gains were received by Shell on income account, in which case they are taxable in full, or whether they were received on capital account, in which case only three-quarters would be taxable. The characterization of a foreign exchange gain or loss generally follows the characterization of the underlying transaction: *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703, at p. 707, *per* Locke J., and at p. 712, *per* Rand J.; *Alberta Gas Trunk Line Co. v. M.N.R.*, [1972] S.C.R. 498, at p. 505, *per* Martland J.; *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1971] C.T.C. 839 (F.C.T.D.), at p. 845, *per* Gibson J.; Hogg and Magee, *supra*, at p. 344. Thus, if the underlying transaction was entered into for the purpose of acquiring funds to be used for capital purposes,

68 La question en litige est de savoir si les gains de change réalisés par Shell constituent un revenu, auquel cas ils sont imposables en totalité ou s'ils constituent un gain en capital, de telle sorte que les trois quarts seulement sont imposables. La qualification du gain ou de la perte de change découle généralement de la qualification de l'opération en cause: *Tip Top Tailors Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703, à la p. 707, le juge Locke, et à la p. 712, le juge Rand; *Alberta Gas Trunk Line Co. c. M.R.N.*, [1972] R.C.S. 498, à la p. 505, le juge Martland; *Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.*, [1971] C.T.C. 839 (C.F. 1re inst.), à la p. 845, le juge Gibson; Hogg et Magee, *op. cit.*, à la p. 344. Par conséquent, si l'opération en cause a été conclue en vue d'obtenir des fonds devant servir de capitaux, le gain de

any foreign exchange gain or loss in respect of that transaction will also be on capital account.

69 The purpose of the Debenture Agreements was to provide Shell with working capital for a five-year term. It was a capital debt obligation: see generally *Beauchamp (H.M. Inspector of Taxes) v. F. W. Woolworth plc.*, [1989] B.T.C. 233 (H.L.), at p. 237, *per* Lord Templeman; *Columbia Records*, *supra*, at p. 845, *per* Gibson J. Therefore, the foreign exchange gain arising from the fact that the value of the NZ$150 million that Shell returned to the foreign lenders in 1993 was less than the value of the NZ$150 million that Shell borrowed in 1988 was also received on capital account.

70 Whether a foreign exchange gain arising from a hedging contract should be characterized as being on income or capital account depends on the characterization of the debt obligation to which the hedge relates. As noted, Shell entered into the Forward Exchange Contract in order to hedge with US$ the market risk on the Debenture Agreements, which were denominated in NZ$. Indeed, Shell would not have entered into the Debenture Agreements in the absence of the Forward Exchange Contract. The gain on the Debenture Agreements was characterized as being earned on capital account and so therefore should the gain on the Forward Exchange Contract. Both gains were earned on capital account and three-quarters of them are taxable when realized.

71 Against these conclusions, the Minister argues that the income nature of the net foreign exchange gain is illustrated by the fact that Shell amortized it over the term of the Debenture Agreements for its non-tax financial accounting; that the net gain was related to the current payment of interest, which is an income expense pursuant to s. 20(1)(*c*)(i); that Shell was acting like a trader; and that the net gain did not arise fortuitously but rather was the result of a carefully executed plan.

72 To a large extent, the Minister's submissions reflect his consistent view that there was a single

change réalisé ou la perte de change subie relativement à cette opération constitue un gain ou une perte en capital.

L'objet des contrats d'achat de débentures était de procurer à Shell un fond de roulement pour une durée de cinq ans. Il s'agissait d'une dette contractée au titre du capital: voir généralement *Beauchamp (H.M. Inspector of Taxes) c. F. W. Woolworth plc.*, [1989] B.T.C. 233 (H.L.), à la p. 237, lord Templeman; *Columbia Records*, précité, à la p. 845, le juge Gibson. Partant, le gain de change réalisé parce que la valeur des 150 000 000 $ NZ que Shell a remboursés aux prêteurs étrangers en 1993 était inférieure à la valeur des 150 000 000 $ NZ qu'elle avait empruntés en 1988 constituait également un gain en capital.

La qualification à titre de revenu ou de gain en capital d'un gain de change issu d'une opération de couverture dépend de la qualification de la dette à laquelle se rapporte l'opération de couverture. Comme je le mentionne précédemment, Shell a conclu le contrat de change à terme pour se couvrir, au moyen de dollars américains, contre le risque du marché auquel l'exposaient les contrats d'achat de débentures libellés en monnaie néo-zélandaise. Shell n'aurait pas conclu les contrats d'achat de débentures sans le contrat de change à terme. Le gain réalisé sur les contrats d'achat de débentures a été qualifié de gain en capital, et le gain réalisé sur le contrat de change à terme doit l'être aussi. Les deux gains sont des gains en capital dont les trois quarts sont imposables.

À l'encontre de ces conclusions, le ministre fait valoir que le gain de change net constitue un revenu parce que Shell l'a amorti sur la durée des contrats d'achat de débentures dans sa comptabilité générale établie à des fins non fiscales, que le gain net était lié au paiement actuel d'intérêts, ce qui constituait une dépense en vue de gagner un revenu aux fins du sous-al. 20(1)*c*)(i), que Shell agissait comme un négociant et que le gain net n'a pas été réalisé de façon fortuite, mais bien grâce à un plan exécuté avec soin.

Les prétentions du ministre traduisent en grande partie sa conviction qu'un seul gain a été réalisé à

gain arising from a synthesized transaction through which Shell was able to repay a loan of US$100 million with only US$79.5 million. Yet it is significant that there were actually two gains, arising from distinct transactions with separate arm's-length parties, which only together yielded a net foreign exchange gain of US$21 million. The Minister does not make this distinction so, once again, I cannot accept the premise of his argument. Nor are the Minister's other arguments persuasive.

l'occasion d'une opération artificielle par laquelle Shell a pu rembourser un prêt de 100 000 000 $ US en utilisant seulement 79 500 000 $ US. Pourtant, il importe de noter qu'il y a eu en réalité deux gains issus d'opérations distinctes, conclues avec des parties différentes n'ayant aucun lien de dépendance entre elles, et que c'est combinés seulement qu'ils permettent la réalisation d'un gain de change net de 21 000 000 $ US. Le ministre ne fait pas la distinction de sorte que, à nouveau, je ne peux lui donner raison. Les autres arguments avancés par le ministre ne me convainquent pas non plus.

First, the manner in which Shell recorded the net foreign exchange gain for its non-tax financial accounting is not determinative of the proper tax treatment. This Court has frequently held that accounting practices, by themselves, do not establish rules of income tax law: *Canderel*, *supra*, at paras. 32-37, *per* Iacobucci J. At any rate, non-tax financial accounting is generally designed to reflect the overall economic position of the entire corporation. Section 20(1)(*c*)(i) of the Act, in contrast, applies to the tax treatment of specific transactions. It therefore should not be surprising that the same transaction may properly be assessed differently for different purposes: see generally *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285, at p. 286, *per* Iacobucci J. 73

Premièrement, la façon dont Shell a inscrit le gain de change net dans sa comptabilité générale établie à des fins non fiscales n'est pas déterminante quant à son traitement sur le plan fiscal. Notre Cour a souvent statué que les méthodes comptables n'établissaient pas, en elles-mêmes, de règles de droit en matière d'impôt sur le revenu: *Canderel*, précité, aux par. 32 à 37, le juge Iacobucci. De toute façon, la comptabilité générale établie à des fins non fiscales reflète généralement la situation financière globale de l'entreprise en entier. Or, le sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi s'applique au traitement fiscal d'opérations précises. Il ne devrait donc pas être étonnant qu'une même opération puisse être qualifiée différemment en fonction de fins différentes: voir généralement *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285, à la p. 286, le juge Iacobucci.

Second, the mere fact that the gains are related to the interest expenses incurred under the Debenture Agreements, which s. 20(1)(*c*)(i) allows Shell to deduct from its income, does not mean that the net foreign exchange gain should also be considered on income account. The Minister bases this argument on this Court's decision in *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196, where a tenant-inducement payment was held to be so directly related to the taxpayer's rental payments that it should also be considered on income account. However, *Ikea* does not assist the Minister. Shell did not receive any payment from either the foreign lenders or Sumitomo to reimburse it for any expense it had paid. Furthermore, it is important to underline that interest expenses on money used to 74

Deuxièmement, le seul fait que les gains soient liés aux frais d'intérêts engagés en application des contrats d'achat de débentures, dont le sous-al. 20(1)*c*)(i) permet la déduction du revenu, ne signifie pas que le gain de change net doit également être considéré comme étant imputable au revenu. Le ministre fonde son argument sur l'arrêt rendu par notre Cour dans *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196. Dans cette affaire, un paiement d'incitation à la location a été jugé si directement lié au loyer du contribuable qu'il devait être considéré comme un revenu. Cependant, cet arrêt n'appuie pas la thèse du ministre. Shell n'a pas touché de paiement de la part des prêteurs étrangers ni de Sumitomo pour la rembourser de frais qu'elle avait engagés. En outre, il importe de souligner que les

produce income from a business or property are only deemed by s. 20(1)(*c*)(i) to be current expenses and, in the absence of that provision, would be considered to be capital expenditures: *Canada Safeway*, *supra*, *per* Rand J., at p. 727. This Court was not invited on this appeal to revisit this characterization of such interest expenses: they therefore remain capital expenses which s. 20(1)(*c*)(i) deems to be deductible from Shell's gross income notwithstanding the general prohibition of such capital deductions in s. 18(1). Accordingly, even if the general analysis in *Ikea* applied to this case, it would tend to support the conclusion that the gains should be treated as being on capital account.

75 Third, the Minister's argument that Shell was acting like a trader in borrowing NZ$ through the Debenture Agreements and exchanging them for US$ through the Forward Exchange Contract cannot succeed. Shell was acquiring money to use in its business. That was the purpose of the Debenture Agreements and the Debenture Agreements prompted the need for the Forward Exchange Contract. In no sense was Shell engaged in an "adventure in the nature of trade".

76 Fourth, it is not particularly relevant that the net foreign exchange gain did not arise fortuitously but rather arose as a result of Shell's deliberate contractual obligations. As noted, the proper tax treatment of a foreign exchange gain on both the initial borrowing and any related hedge transaction is to be assessed in light of the characterization of the underlying debt obligation. Transactions giving rise to debt obligations obviously do not have to be speculative to be capital in nature. It follows that foreign exchange gains do not have to arise from speculative transactions in order to be taxed as capital gains. In this case, for example, the underlying debt obligation recorded in the Debenture Agreements was entered into for the purpose of

frais d'intérêts versés à l'égard de fonds utilisés pour produire un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien sont seulement réputés, au sous-al. 20(1)*c*)(i), être des dépenses courantes et que, en l'absence de cette disposition, ils seraient considérés comme des dépenses en capital: *Canada Safeway*, précité, le juge Rand, à la p. 727. Aucune des parties au présent pourvoi n'a demandé à notre Cour de modifier cette qualification des frais d'intérêts. Ceux-ci demeurent donc des dépenses en capital qui sont réputées, suivant le sous-al. 20(1)*c*)(i), être déductibles du revenu brut de Shell malgré l'interdiction générale de toute déduction d'une dépense en capital prévue au par. 18(1). Par conséquent, même si l'analyse générale qui sous-tend l'arrêt *Ikea* s'appliquait en l'espèce, elle tendrait plutôt à appuyer la conclusion que les gains doivent être considérés comme des gains en capital.

Troisièmement, l'argument du ministre voulant que Shell ait agi à titre de négociant en empruntant des dollars néo-zélandais au moyen des contrats d'achat de débentures et en les échangeant contre des dollars américains en application du contrat de change à terme ne peut être retenu. Shell se procurait des fonds devant être affectés à son entreprise. Tel était l'objet des contrats d'achat de débentures, et ces derniers ont rendu nécessaire la conclusion du contrat de change à terme. D'aucune façon Shell ne s'est engagée dans un «projet comportant un risque de caractère commercial».

Quatrièmement, il n'est pas particulièrement déterminant que le gain de change net n'ait pas été réalisé de manière fortuite, mais soit plutôt attribuable aux obligations que Shell a contractées volontairement. Comme je l'indique précédemment, le traitement fiscal d'un gain de change réalisé lors de l'emprunt initial et de toute opération de couverture s'y rapportant doit être déterminé à la lumière de la qualification de la dette sous-jacente. Les opérations donnant naissance aux dettes n'ont manifestement pas à revêtir un caractère spéculatif pour être considérées comme des opérations en capital. Il s'ensuit que les gains de change n'ont pas à résulter d'opérations spéculatives pour être imposés à titre de gains en capital.

raising funds for use in Shell's business. Neither it nor the related hedge transaction lose that characteristic simply because they were deliberate and organized.

For these reasons, the Court dismissed the Minister's cross-appeal and held that the net foreign exchange gain realized by Shell upon the repayment of the NZ$150 million to the foreign lenders and the closing out of the Forward Exchange Contract was received on capital account.

VI. Conclusion

At the conclusion of the hearing of this appeal, the Court allowed Shell's appeal and dismissed the Minister's cross-appeal. The matter is therefore referred back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with the judgment of the Tax Court of Canada. Shell shall have its costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed with costs. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal/intervener: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener Canadian Pacific Limited: McCarthy Tétrault, Toronto.

Dans la présente affaire, par exemple, la dette sous-jacente constatée par les contrats d'achat de débentures a été contractée afin de réunir des capitaux destinés à l'entreprise de Shell. Ni cette opération ni l'opération de couverture connexe n'ont perdu cette caractéristique du seul fait qu'elles ont été délibérées et planifiées.

Pour ces motifs, notre Cour a rejeté le pourvoi incident du ministre et a statué que le gain de change net réalisé par Shell au remboursement des 150 000 000 $ NZ aux prêteurs étrangers et à l'échéance du contrat de change à terme est imputable au compte de capital. 77

VI. Conclusion

À la fin de l'audience, notre Cour a accueilli le pourvoi de Shell et a rejeté le pourvoi incident du ministre. L'affaire est donc renvoyée au ministre du Revenu national afin qu'il procède à un nouvel examen et à une nouvelle cotisation conformément au jugement de la Cour canadienne de l'impôt. Les dépens devant notre Cour et les tribunaux inférieurs sont adjugés à Shell. 78

Pourvoi principal accueilli avec dépens. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident: Bennett Jones, Calgary.

Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident/intervenante: Le Sous-procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadien Pacifique Limitée: McCarthy Tétrault, Toronto.

Edouard Aldas Lance *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LANCE

File No.: 26963.

1999: October 7.

Present: McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Trial judge making no error in charge to jury, in admission of evidence and with respect to complainant's emotional state — Conviction affirmed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 130 C.C.C. (3d) 438, 114 O.A.C. 234, [1998] O.J. No. 4160 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal dismissed.

Constance Baran-Gerez, for the appellant.

Brian McNeely, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 IACOBUCCI J. — As we find no merit in the jurisdictional arguments raised by the respondent, the Court has jurisdiction to hear the appeal.

2 We are of the view that, in considering all the circumstances of this case, the trial judge made no error in his charge or in the admissibility of evidence, or in dealing with the issue regarding the emotional state of the complainant.

Edouard Aldas Lance *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* LANCE

N° du greffe: 26963.

1999: 7 octobre.

Présents: Les juges McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Aucune erreur commise par le juge du procès dans son exposé au jury ni en ce qui concerne l'admission de la preuve ou l'état émotif du plaignant — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 130 C.C.C. (3d) 438, 114 O.A.C. 234, [1998] O.J. No. 4160 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Constance Baran-Gerez, pour l'appelant.

Brian McNeely, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous estimons que les arguments d'ordre juridictionnel soulevés par l'intimée sont sans fondement et que, en conséquence, notre Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire, nous sommes d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans son exposé au jury, ni en ce qui concerne l'admissibilité de certains éléments de preuve ou la manière dont il a traité la question de l'état émotif du plaignant.

Accordingly, this appeal as of right is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Baran-Gerez & Parry, Kitchener.

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

Par conséquent, le présent appel de plein droit est rejeté. 3

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Baran-Gerez & Parry, Kitchener.

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

B59 443 132 Master Corporal Brown, G.C. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BROWN

File No.: 26990.

1999: October 15.

Present: L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL COURT OF CANADA

Armed Forces — Civil offences — Defence of entrapment — Member of Armed Forces charged with trafficking in narcotics — President of Standing Court Martial ordering stay of proceedings — Court Martial Appeal Court quashing stay on basis that President of Standing Court Martial misunderstood test for entrapment and breadth of offence — No reversible error in President of Standing Court Martial's decision — Stay of proceedings restored.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada, [1998] C.M.A.J. No. 6 (QL), allowing the respondent's appeal, quashing the judgment of the President of the Standing Court Martial and ordering a new trial. Appeal allowed.

Lieutenant-Colonel *Denis Couture* and Major *Randall Callan*, for the appellant.

Bernard Laprade and *Glen Rippon*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — We are all of the view that this appeal as of right should be allowed.

B59 443 132 Caporal-chef Brown, G.C. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* BROWN

N° du greffe: 26990.

1999: 15 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR MARTIALE DU CANADA

Forces armées — Infractions civiles — Défense de provocation policière — Membre des Forces armées accusé de trafic de stupéfiants — Président de la cour martiale permanente ordonnant l'arrêt des procédures — Cour d'appel de la cour martiale annulant l'ordonnance pour le motif que le président de la cour martiale permanente a mal compris le critère applicable en matière de provocation policière et l'étendue de l'infraction visée — Aucune erreur justifiant l'infirmation de la décision du président de la cour martiale permanente — Ordonnance prononçant l'arrêt des procédures rétablie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada, [1998] A.C.A.C. n° 6 (QL), qui a accueilli l'appel formé par l'intimée, annulé le jugement du président de la cour martiale permanente et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Lieutenant-Colonel *Denis Couture* et Major *Randall Callan*, pour l'appelant.

Bernard Laprade et *Glen Rippon*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Nous sommes tous d'avis d'accueillir le présent pourvoi de plein droit.

We find no reversible error in the decision of the President of the Standing Court Martial and accordingly the appeal is allowed, the judgment of the Court Martial Appeal Court is set aside and the Order of the President issuing a stay is restored.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: The Defence Counsel Services, Department of National Defence, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Aucune erreur justifiant infirmation n'entache la décision du président de la cour martiale permanente. Par conséquent, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel de la cour martiale est annulé et l'ordonnance prononçant l'arrêt des procédures rendue par le président est rétablie. 2

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Le Service d'avocats de la défense, ministère de la Défense nationale, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

David Patrick Fleming *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* FLEMING

File No.: 27120.

1999: October 15.

Present: L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Criminal law — Sexual offences — Reasonable doubt — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual offences — Trial judge's charge on reasonable doubt and re-charge on use of similar fact evidence containing errors — Proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code inapplicable — Court of Appeal's judgment quashing convictions and ordering new trial affirmed.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183, 525 A.P.R. 183, [1999] N.J. No. 42 (QL), allowing the accused's appeal from conviction and ordering a new trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Wayne Gorman, for the appellant.

James Lockyer and *Jerome P. Kennedy*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 IACOBUCCI J. — We agree with the majority of the Newfoundland Court of Appeal that the conceded errors of the trial judge in his charge dealing with reasonable doubt and in his re-charge on the use of similar fact evidence were such that the proviso in s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, should not be applied in all

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

David Patrick Fleming *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* FLEMING

N° du greffe: 27120.

1999: 15 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Doute raisonnable — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Erreurs par le juge du procès dans l'exposé sur le doute raisonnable et le nouvel exposé sur l'utilisation de la preuve de faits similaires — Dispositions de l'art. 686(1)b)(iii) du Code criminel inapplicables — Cour d'appel écartant les déclarations de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — Jugement confirmé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183, 525 A.P.R. 183, [1999] N.J. No. 42 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Wayne Gorman, pour l'appelante.

James Lockyer et *Jerome P. Kennedy*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous convenons avec la Cour d'appel de Terre-Neuve à la majorité que les erreurs qui, concède-t-on, ont été commises par le juge du procès dans son exposé relatif au doute raisonnable et dans son nouvel exposé sur l'utilisation d'une preuve de faits similaires font en sorte que, compte tenu de toutes les circonstances de la

the circumstances of this case. Madame Justice L'Heureux-Dubé and Madam Justice McLachlin, dissenting, would have applied the proviso.

Accordingly, this appeal as of right is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondent: Simmonds, Kennedy, St. John's; Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

présente affaire, il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, dissidentes, auraient appliqué ces dispositions.

En conséquence, le présent pourvoi formé de plein droit est rejeté. 2

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intimé: Simmonds, Kennedy, St. John's; Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

Norman Groot *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GROOT

File No.: 26929.

1999: November 5.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Assault — Court of Appeal correctly relying on trial judge's finding that accused allowed prisoner's head to come into contact with desk and floor to set aside acquittal and enter conviction for common assault.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 280, 129 C.C.C. (3d) 293, 112 O.A.C. 303, [1998] O.J. No. 3674 (QL), allowing the Crown's appeal from a judgment of Hill J., [1996] O.J. No. 2906 (QL), acquitting the accused on a charge of assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

Irwin Koziebrocki, for the appellant.

C. Jane Arnup and *Randolv Schwartz*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 IACOBUCCI J. — In this case, the trial judge concluded that beyond a reasonable doubt the accused unlawfully caused his prisoner's head to come into contact with the desk and in turn the floor of the room. This finding was relied upon by the Court of Appeal with which we agree.

Norman Groot *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* GROOT

Nº du greffe: 26929.

1999: 5 novembre.

Présents: Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Voies de fait — Cour d'appel justifiée d'écarter l'acquittement et de déclarer l'accusé coupable de voies de fait simples en se fondant sur la conclusion du juge du procès que l'accusé a fait en sorte que la tête du prisonnier vienne en contact avec le pupitre et avec le plancher.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 280, 129 C.C.C. (3d) 293, 112 O.A.C. 303, [1998] O.J. No. 3674 (QL), qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre la décision du juge Hill, [1996] O.J. No. 2906 (QL), qui avait acquitté l'accusé de voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

Irwin Koziebrocki, pour l'appelant.

C. Jane Arnup et *Randolv Schwartz*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — En l'espèce, le juge du procès a conclu, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé a illégalement fait en sorte que la tête de son prisonnier vienne en contact avec le pupitre et ensuite avec le plancher de la pièce. La Cour d'appel s'est fondée sur cette conclusion à laquelle nous souscrivons.

Accordingly, for the reasons given by Chief Justice McMurtry of the Court of Appeal, this appeal as of right is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Irwin Koziebrocki, Toronto.

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

En conséquence, pour les motifs exposés par le juge en chef McMurtry de la Cour d'appel, le présent pourvoi de plein droit est rejeté. 2

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Irwin Koziebrocki, Toronto.

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

Richard Timm *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TIMM

File No.: 27023.

1999: November 12.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Fundamental justice — Right to silence — Admissibility of evidence — First degree murder and conspiracy — Statements made by accused after prolonged detention leading to murder weapon — Murder weapon properly admitted.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 3000, 131 C.C.C. (3d) 306, [1998] Q.J. No. 3168 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder and conspiracy to commit murder. Appeal dismissed.

Josée Ferrari, for the appellant.

Stéphane Lamarche and *Michel Denis*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — We are all of the view to dismiss this appeal as of right substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal of Quebec.

2 Accordingly, this appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pariseau, Olivier, St-Louis & Ferrari, Montréal.

Richard Timm *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. TIMM

N° du greffe: 27023.

1999: 12 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Admissibilité de la preuve — Meurtre au premier degré et complot — Déclarations de l'accusé faites à l'issue d'une détention prolongée menant à la découverte de l'arme du crime — Arme du crime admise en preuve à bon droit.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 3000, 131 C.C.C. (3d) 306, [1998] A.Q. n° 3168 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré et complot. Pourvoi rejeté.

Josée Ferrari, pour l'appelant.

Stéphane Lamarche et *Michel Denis*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Nous sommes tous d'avis de rejeter cet appel de plein droit substantiellement pour les motifs de la majorité de la Cour d'appel du Québec.

En conséquence cet appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Pariseau, Olivier, St-Louis & Ferrari, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, Longueuil.

Procureur de l'intimée: Le substitut du Procureur général, Longueuil.

L.C. (The Complainant) and the Attorney General for Alberta *Appellants*

v.

Brian Joseph Mills *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Mental Health Association, the Canadian Psychiatric Association, the Child and Adolescent Services Association, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the Association québécoise des avocats et avocates de la défense, the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Civil Liberties Association, the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers, the Alberta Association of Sexual Assault Centres and the Sexual Assault Centre of Edmonton *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* MILLS

File No.: 26358.

1999: January 19; 1999: November 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,* McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE ALBERTA COURT OF QUEEN'S BENCH

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to fair trial — Right to make full answer and defence — Right to privacy — Right to

*Cory J. took no part in the judgment.

L.C. (la plaignante) et le procureur général de l'Alberta *Appelants*

c.

Brian Joseph Mills *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne pour la santé mentale, l'Association des psychiatres du Canada, la Child and Adolescent Services Association, la Criminal Lawyers' Association (Ontario), l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne des libertés civiles, le Conseil canadien des avocats de la défense, l'Alberta Association of Sexual Assault Centres et le Sexual Assault Centre of Edmonton *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MILLS

N° du greffe: 26358.

1999: 19 janvier; 1999: 25 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory*, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à un procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Droit à la vie privée —

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

equality — Sexual offences — Production of records to accused — Balancing of rights and interests: privacy, equality and full answer and defence — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings infringing ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether infringement justified — Whether constitutional challenge premature — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

Droit à l'égalité — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Évaluation de droits et d'intérêts en matière de vie privée, d'égalité et de défense pleine et entière — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel portent-elles atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — La contestation constitutionnelle est-elle prématurée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

Criminal law — Sexual offences — Production of records to accused — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel sont-elles inconstitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

The accused was charged with one count of sexual assault and one count of unlawful sexual touching. On the scheduled day of the trial, the Crown provided the accused with a statement of the complainant L.C. Counsel for the accused also obtained partial disclosure of therapeutic records and notes relating to the complainant that were in the possession of a counselling organization. Counsel for the accused later sought production of records relating to the complainant held by a psychiatrist and a child and adolescent services association. The trial judge then informed the parties that on May 12, 1997, Bill C-46 was proclaimed into force and amended the *Criminal Code* to include ss. 278.1 to 278.91, which deal with the production of records in sexual offence proceedings. The accused brought a constitutional challenge attacking the validity of these provisions on the basis that they violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge concluded that the new *Criminal Code* provisions infringed the accused's rights under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* and, in a separate judgment, ruled that the impugned provisions were not saved by s. 1 of the *Charter*.

L'accusé devait répondre à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'attouchements sexuels illicites. À la date prévue pour la tenue du procès, le ministère public a remis à l'accusé une déclaration de la plaignante L.C. L'avocat de l'accusé a aussi obtenu une communication partielle des dossiers thérapeutiques et des notes relatives à la plaignante qui étaient en la possession d'un organisme de consultation. Par la suite, l'avocat de l'accusé a demandé la communication de dossiers relatifs à la plaignante qui étaient en la possession d'un psychiatre et d'une association offrant des services aux enfants et aux adolescents. Le juge du procès a alors informé les parties que le projet de loi C-46 (ci-après «loi C-46») était entré en vigueur le 12 mai 1997 et qu'il modifiait le *Code criminel* en y ajoutant les art. 278.1 à 278.91, qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. L'accusé a contesté la constitutionnalité de ces dispositions en faisant valoir qu'elles violaient l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a conclu que les nouvelles dispositions du *Code criminel* portaient atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* et il a décidé, dans un jugement distinct, que les dispositions attaquées n'étaient pas sauvegardées par l'article premier de la *Charte*.

Held (Lamer C.J. dissenting in part): The appeal should be allowed. Sections 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* are constitutional.

Arrêt (le juge en chef Lamer est dissident en partie): Le pourvoi est accueilli. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel* sont conformes à la Constitution.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: To challenge the constitutionality of the impugned legislation, the accused need not prove that the legislation would probably violate his right to make full answer and defence. It is sufficient that he establish that the legislation is unconstitutional in its general effect. In determining whether a constitutional challenge is premature, one must ask whether the record provides sufficient facts to permit a court to adjudicate properly the issues raised. The record in this case contains sufficient facts to resolve the issues posed by the present appeal and the constitutional challenge is therefore not premature. A determination that the legislation at issue in this appeal is unconstitutional in its general effect involves an assessment of its effects under reasonable hypothetical circumstances.

Although the procedure governing the production of private records of complainants in sexual assault proceedings set out in Bill C-46 differs significantly from the *O'Connor* regime, it does not follow that Bill C-46 is unconstitutional. Parliament may build on the Court's decision, and develop a different scheme as long as it meets the required constitutional standards. A posture of respect towards Parliament has been adopted by the courts. The relationship between the courts and the legislature should be one of dialogue. The courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms. Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups, especially in the context of sexual violence. While it is the role of the courts to specify constitutional standards, there may be a range of permissible regimes that can meet these standards. In adopting Bill C-46, Parliament sought to recognize the prevalence of sexual violence against women and children and its disadvantageous impact on their rights, to encourage the reporting of incidents of sexual violence, to recognize the impact of the production of personal information on the efficacy of treatment, and to reconcile fairness to complainants with the rights of the accused. Parliament may also be understood to be recognizing "horizontal" equality concerns, where women's inequality results from the acts of other individuals and groups rather than the state.

At issue in the present case is whether the procedure established in Bill C-46 violates the principles of fundamental justice. Two principles of fundamental justice seem to conflict: the right to full answer and defence

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Pour contester la constitutionnalité de la mesure législative en cause, l'accusé n'a pas à prouver qu'elle porterait vraisemblablement atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il lui suffit d'établir que cette mesure législative est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale. Pour déterminer si une contestation constitutionnelle est prématurée, il faut se demander si le dossier contient suffisamment de faits pour permettre au tribunal de bien trancher les questions soulevées. En l'espèce, le dossier contient suffisamment de faits pour trancher les questions soulevées par le pourvoi et la contestation constitutionnelle n'est donc pas prématurée. Pour déterminer si la mesure législative en cause dans le présent pourvoi est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, il faut en évaluer les effets dans des circonstances hypothétiques raisonnables.

Bien que la procédure que la loi C-46 établit relativement à la communication des dossiers privés de plaignants dans des procédures en matière d'agression sexuelle diffère sensiblement du régime prévu par l'arrêt *O'Connor*, il ne s'ensuit pas que la loi C-46 est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu qu'il respecte les normes constitutionnelles requises. Les tribunaux ont adopté une attitude de respect envers le législateur. Les rapports entre les tribunaux et le législateur doivent être caractérisés par le dialogue. Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés. Le législateur joue également un rôle à cet égard et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables, particulièrement dans le contexte de la violence sexuelle. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de préciser les normes constitutionnelles, il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont. En adoptant la loi C-46, le législateur a cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, à encourager la dénonciation des cas de violence sexuelle, à reconnaître l'incidence de la communication de renseignements personnels sur l'efficacité des traitements et à concilier l'équité pour le plaignant avec les droits de l'accusé. On peut aussi considérer que le législateur reconnaît des soucis d'égalité «horizontale» lorsque l'inégalité des femmes résulte d'actes accomplis par d'autres personnes et groupes plutôt que par l'État.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la procédure établie par la loi C-46 viole les principes de justice fondamentale. Deux principes de justice fondamentale semblent entrer en conflit: le droit à une

and the right to privacy. Neither right may be defined in such a way as to negate the other and both sets of rights are informed by the equality rights at play in this context. No single principle is absolute and capable of trumping the others; they must all be defined in light of competing claims. A contextual approach to the interpretation of rights should be adopted as they often inform, and are informed by, other rights at issue in the circumstances. It is important, however, to distinguish between balancing the principles of fundamental justice under s. 7 and balancing interests under s. 1 of the *Charter*. The issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights in question whereas under s. 1 the question is whether the violation of these boundaries may be justified. In this context, the right to make full answer and defence, the right to privacy, and the right to equality must be defined.

The right of an accused to make full answer and defence is crucial to ensuring that the innocent are not convicted. In the context of records production, it is important not to place the accused in a Catch-22 situation as often the accused may be in the difficult position of making submissions regarding the importance to full answer and defence of records that he or she has not seen. The accused's right to make full answer and defence must be understood in light of other principles of fundamental justice which may embrace interests and perspectives beyond those of the accused. In this context, full answer and defence does not include the right to evidence that would distort the search for truth inherent in the trial process.

An order for the production of records made pursuant to ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* is a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The reasonable expectation of privacy or right to be left alone by the state protected by s. 8 includes the ability to control the dissemination of confidential information. Privacy is also necessarily related to many fundamental human relations. The therapeutic relationship is one that is characterized by trust, an element of which is confidentiality. The protection of the complainant's reasonable expectation of privacy in her therapeutic records protects the therapeutic relationship and the mental integrity of complainants and witnesses. Security of the person is violated by state action interfering with an individual's mental integrity. Therefore, in cases where a therapeutic relationship is threatened by the disclosure of private records, security of the person and not just privacy is implicated. The right to privacy is one which

défense pleine et entière et le droit à la vie privée. Aucun de ces droits ne saurait être défini de manière à annuler l'autre, et les deux reposent sur le droit à l'égalité qui est en jeu dans le présent contexte. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres; ils doivent tous être définis à la lumière de revendications opposées. Il y a lieu de donner à ces droits une interprétation fondée sur le contexte parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits en cause dans les circonstances. Il importe, cependant, d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la *Charte*. La question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l'égalité doivent être définis dans ce contexte.

Le droit d'un accusé à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable. Dans le contexte de la communication de dossiers, il est important de ne pas placer l'accusé dans une situation sans issue, car souvent il peut se trouver dans la situation délicate où il doit présenter des observations concernant l'importance, aux fins d'assurer une défense pleine et entière, de dossiers qu'il n'a pas vus. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière doit être interprété en fonction des autres principes de justice fondamentale qui peuvent englober des intérêts et des points de vue autres que ceux de l'accusé. Dans ce contexte, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire.

Une ordonnance de communication de dossiers fondée sur les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* est une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ou le droit de ne pas être importuné par l'État que garantit l'art. 8 comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. La vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve la relation thérapeutique et l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. L'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y va

may be limited as reasonable searches and seizures are permitted by s. 8 of the *Charter*. Given that s. 8 addresses a particular application of the principles of fundamental justice it may be inferred that a reasonable search or seizure is consistent with the principles of fundamental justice and accommodates both the accused's ability to make full answer and defence and the complainant's privacy right. The accused will have no right to the records in question insofar as they contain information that is either irrelevant or would serve to distort the search for truth. On the other hand, the accused's right must prevail where the lack of disclosure or production of the record would render him unable to make full answer and defence. Between these extremes lies a spectrum of possibilities regarding where to strike a balance between these competing rights in any particular context. Full answer and defence will be more centrally implicated where the information contained in a record is part of the case to meet or where its potential probative value is high. Privacy rights will be most directly at stake where a record concerns aspects of one's individual identity or where confidentiality is crucial to a therapeutic or trust-like relationship.

Equality concerns must also inform the contextual circumstances in which the rights of full answer and defence and privacy will come into play. An appreciation of myths and stereotypes in the context of sexual violence is essential to delineate properly the boundaries of full answer and defence. An appreciation of the equality dimensions of record production in cases concerning sexual violence highlights the need to balance privacy and full answer and defence in a manner that fully respects the privacy interests of complainants.

The definition of the records subject to Bill C-46 is not overly broad as the legislation only applies to records in which there is a reasonable expectation of privacy. The legislation is therefore consistent with the definition of privacy rights under s. 8 of the *Charter*. Documents falling within the ambit of Bill C-46 may or may not be ordered to be disclosed to the accused pursuant to the legislative regime. It is therefore the procedures established by Bill C-46 and not the spectrum of

de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée. Le droit à la vie privée est un droit qui peut être limité étant donné que l'art. 8 de la *Charte* permet les fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Étant donné que l'art. 8 vise une application particulière des principes de justice fondamentale, on peut en déduire qu'une fouille, perquisition ou saisie non abusive est conforme aux principes de justice fondamentale et tient compte à la fois de la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et du droit à la vie privée du plaignant. L'accusé n'a pas droit aux dossiers en cause dans la mesure où ils contiennent des renseignements qui ne sont pas pertinents ou qui contribueraient à fausser la recherche de la vérité. Par contre, le droit de l'accusé doit l'emporter lorsque l'omission de communiquer le dossier le rend incapable de présenter une défense pleine et entière. Il existe, entre ces extrêmes, un éventail de possibilités quant à l'équilibre à atteindre entre ces droits opposés dans un contexte particulier. Le droit à une défense pleine et entière est impliqué plus directement si les renseignements contenus dans un dossier font partie de la preuve du ministère public ou si leur valeur probante est élevée. Le droit à la vie privée est le plus directement touché lorsqu'un dossier porte sur des aspects de l'identité d'une personne ou lorsque la confidentialité est essentielle à une relation thérapeutique ou à une autre relation également fondée sur la confiance.

Des soucis d'égalité doivent aussi sous-tendre les circonstances factuelles dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée entrent en jeu. Une appréciation des mythes et des stéréotypes dans le contexte de la violence sexuelle est essentielle pour bien délimiter le droit à une défense pleine et entière. Une appréciation des répercussions, sur le plan de l'égalité, de la communication des dossiers dans des affaires de violence sexuelle fait ressortir la nécessité d'établir un équilibre entre la vie privée et la défense pleine et entière d'une manière qui respecte pleinement les intérêts en matière de vie privée des plaignants.

La définition des dossiers visés par la loi C-46 n'est pas trop large étant donné que cette mesure législative ne s'applique qu'aux dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. La mesure législative est donc compatible avec la définition des droits en matière de vie privée garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Les documents qui relèvent de la loi C-46 peuvent faire l'objet d'une ordonnance de communication à l'accusé, conformément au régime que cette loi établit. C'est donc la procédure établie par la loi C-46, et non la gamme de dossiers soumis à cette

records subject to these procedures that will determine the fairness or constitutionality of the legislation.

The mere fact that s. 278.2 of the *Criminal Code* prevents the automatic disclosure of all relevant and non-privileged information in the possession of the Crown does not deprive the accused of his right to full answer and defence. This provision does not by itself deny access to documents to which the defence is constitutionally entitled. It was open for Parliament to determine what procedure was to be followed where third party records were in the possession of the Crown without the existence of an express waiver. Crown possession or control of such records cannot be equated with a total loss of any reasonable expectation of privacy. Although the Crown can obtain private records through a search warrant or subpoena while the accused, in the absence of an express waiver, can only apply for the documents under Bill C-46, s. 278.2 of the *Criminal Code* does not provide the Crown with an unconstitutional advantage. It is constitutionally permissible for the Crown to be subject to different treatment, to different procedures, or even to end up with documents that the accused has not seen, as long as the accused can make full answer and defence and the trial is fundamentally fair. Any unfairness to the accused is offset by the provision that requires disclosure to the defence if the protection of the legislation is waived and the requirement under s. 278.2(3) that the prosecutor notify the accused of the private documents in his or her possession. A fully informed complainant may waive the protection of the legislation by express declaration or by voluntarily providing records to the Crown. The fact that the Crown may possess documents that the accused has not seen does not violate s. 7 of the *Charter* as the remainder of Bill C-46 gives the accused sufficient access to all relevant documents.

Section 278.3(4) of the *Criminal Code*, which lists a series of assertions that cannot on their own establish that a record is likely relevant, does not violate s. 7 of the *Charter*. The purpose of this provision is to prevent speculative and unmeritorious requests for production. It does not entirely prevent an accused from relying on the factors listed, but simply prevents reliance on bare assertions of the listed matters where there is no other evidence and they stand on their own. This provision prevents speculative myths, stereotypes, and generalized assumptions about sexual assault victims and classes of

procédure, qui détermine l'équité ou la constitutionnalité de la mesure législative.

Le simple fait que l'art. 278.2 du *Code criminel* empêche la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public ne prive pas l'accusé de son droit à une défense pleine et entière. Cette disposition ne refuse pas en soi l'accès aux documents auxquels la défense a droit suivant la Constitution. Il était loisible au législateur de déterminer la procédure à suivre lorsque des dossiers de tiers sont en la possession du ministère public en l'absence de renonciation expresse. On ne saurait assimiler la possession ou le contrôle de tels dossiers par le ministère public à une perte totale de toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Bien que le ministère public puisse obtenir des dossiers privés au moyen d'un mandat de perquisition ou d'un bref d'assignation, alors qu'en l'absence de renonciation expresse l'accusé ne peut que présenter une demande fondée sur la loi C-46 en vue d'obtenir ces documents, l'art. 278.2 du *Code criminel* ne confère pas au ministère public un avantage inconstitutionnel. Il est constitutionnellement acceptable que le ministère public fasse l'objet d'un traitement différent, d'une procédure différente, ou même qu'il se retrouve en possession de documents que l'accusé n'a pas vus, pourvu que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et que le procès soit fondamentalement équitable. Toute iniquité envers l'accusé est supprimée par la disposition qui prescrit la divulgation à la défense en cas de renonciation à la protection de la mesure législative et par l'exigence du par. 278.2(3) que le poursuivant informe l'accusé des documents privés qu'il a en sa possession. Un plaignant peut renoncer, en toute connaissance de cause, à la protection de la mesure législative au moyen d'une déclaration expresse ou en remettant volontairement ses dossiers au ministère public. Le fait que le ministère public puisse posséder des documents que l'accusé n'a pas vus ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte* et les autres dispositions de la loi C-46 donnent à l'accusé un accès suffisant à tous les documents pertinents.

Le paragraphe 278.3(4) du *Code criminel*, qui énumère une série d'affirmations qui ne sont pas susceptibles en soi d'établir qu'un dossier est vraisemblablement pertinent, ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Cette disposition a pour objet d'empêcher les demandes de communication qui reposent sur la conjecture et qui sont mal fondées. Elle n'empêche pas totalement l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés, mais ne fait que l'empêcher d'invoquer de simples affirmations au sujet des questions énumérées, lorsqu'il n'y a pas d'autres éléments de preuve et que ces facteurs doivent être

records from forming the entire basis of an otherwise unsubstantiated order for production of private records. Where any one of the listed assertions is made and supported by the required evidentiary and informational foundation, the trial judge remains the ultimate arbiter in deciding whether the likely relevance threshold is met.

In s. 278.5(1) of the *Criminal Code* Parliament supplemented the "likely relevant" standard for production to the judge proposed in *O'Connor* with the further requirement that production be "necessary in the interests of justice". This new standard is the result of a lengthy consultation process and is a notable example of the dialogue between the judicial and legislative branches. Under the new provision a trial judge is required to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused's right to make full answer and defence and on the rights to privacy and equality of the complainant or witness. Once likely relevance is established, the fact that a consideration of the rights and interests of those affected by production to the court might result in production not being ordered does not necessarily render the legislation unconstitutional. The non-disclosure of third party records with a high privacy interest that may contain relevant evidence will not compromise trial fairness where such non-disclosure would not prejudice the accused's right to full answer and defence. The criterion that production to the court be necessary in the interests of justice invests the trial judge with the discretion to consider the full range of rights and interests at issue before ordering production, in a manner scrupulously respectful of the requirements of the *Charter*. If the judge concludes that it is necessary to examine the documents at issue in order to determine whether they should be produced to enable the accused to make full answer and defence, then production to the judge is necessary in the interests of justice. Likewise if the judge is left uncertain about whether the production of the documents is necessary to make full answer and defence, then the judge should rule in favour of inspecting the document.

In determining whether production is necessary in the interests of justice, the judge need not engage in a

considérés en soi. Cette disposition empêche que les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d'agression sexuelle et des catégories de dossiers ne constituent le seul fondement d'une ordonnance de communication de dossiers privés qui serait par ailleurs non justifiée. Lorsqu'une des affirmations énumérées est faite et qu'elle est étayée par les éléments de preuve ou les renseignements requis, le juge du procès demeure l'arbitre qui, en fin de compte, jouit du droit de décider si le seuil de la pertinence vraisemblable est franchi.

Au paragraphe 278.5(1) du *Code criminel*, le législateur a complété la norme de la «pertinence probable» en matière de communication au juge, qui avait été proposée dans l'arrêt *O'Connor*, par l'exigence supplémentaire que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice». Cette nouvelle norme résulte d'un long processus de consultation et est un exemple remarquable du dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. En vertu de la nouvelle disposition, le juge du procès doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin. Une fois que la pertinence vraisemblable est établie, le fait que l'examen des droits et intérêts des personnes touchées par la communication au tribunal soit susceptible d'entraîner le refus d'ordonner la communication ne rend pas nécessairement la mesure législative inconstitutionnelle. La non-communication des dossiers de tiers qui font l'objet d'un intérêt élevé en matière de vie privée et qui peuvent contenir des éléments de preuve pertinents ne compromet pas l'équité du procès lorsqu'elle ne préjudicie pas au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le critère selon lequel la communication au tribunal doit servir les intérêts de la justice confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération, d'une manière qui respecte scrupuleusement les exigences de la *Charte*, la gamme complète des droits et intérêts en cause avant d'ordonner la communication. Si le juge conclut qu'il est nécessaire d'examiner les documents en cause pour déterminer s'ils devraient être communiqués à l'accusé afin de lui permettre de présenter une défense pleine et entière, la communication au juge sert alors les intérêts de la justice. De même, si le juge n'est pas certain que la communication des documents soit nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière, celui-ci doit alors décider d'examiner le document.

Pour déterminer si la communication sert les intérêts de la justice, le juge n'a pas à entreprendre une évalua-

conclusive and in-depth analysis of each of the factors listed in s. 278.5(2). The provision merely requires that the judge take these factors into account. Even at this early stage, the analysis required can have a sufficient evidentiary basis through Crown disclosure, defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and trial, and expert evidence. In addition to the evidentiary foundation of a case, considerations such as the nature of the records sought and the manner in which these records were taken will often provide trial judges with sufficient information to be able to consider and take into account the factors listed in s. 278.5(2) and fulfil the requirements of s. 278.5(1).

When determining whether production of part or all of the impugned record to the accused is necessary in the interests of justice under s. 278.7(1) of the *Criminal Code*, trial judges are only asked to take into account the factors listed in s. 278.5(2) and are not required to rule conclusively on each factor. Trial judges are also not required to determine whether factors relating to the privacy and equality of the complainant or witness outweigh factors relating to the accused's right to full answer and defence. The inclusion of societal interest factors in the analysis does not alter the constitutional balance established in *O'Connor*. The requirement that the judge consider the effect of the determination on the integrity of the trial process relates to whether the search for truth would be advanced by the production of the records in question or whether the material would introduce discriminatory biases and beliefs into the fact-finding process. The scheme created by Parliament permits judges to exercise wide discretion and consider a variety of factors in order to preserve the complainant's privacy and equality rights to the maximum extent possible, and also ensure that the accused has access to the documents required to make full answer and defence.

Per Lamer C.J. (dissenting in part): Although Bill C-46 complies with ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* as it applies to the production of records in the possession of third parties, ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) of the *Criminal Code* infringe these *Charter* provisions as they apply to records in the Crown's possession or control. Parliament was unquestionably free to fashion a legislative scheme to address the issue of the procedure applicable to the production of records in the Crown's possession in the absence of an express waiver. However,

tion définitive et approfondie de chacun des facteurs énumérés au par. 278.5(2). La disposition exige simplement que le juge tienne compte de ces facteurs. Même à cette étape initiale, l'analyse requise peut être étayée par un fondement probatoire suffisant établi au moyen des documents et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, et au moyen d'une preuve d'expert. Outre le fondement probatoire d'une affaire, des éléments comme la nature des dossiers demandés et la manière dont ces dossiers ont été constitués fourniront souvent au juge du procès suffisamment de renseignements pour qu'il puisse prendre en considération les facteurs énumérés au par. 278.5(2) et en tenir compte, et pour qu'il puisse satisfaire aux exigences du par. 278.5(1).

Pour décider si la communication à l'accusé de la totalité ou d'une partie du dossier contesté sert les intérêts de la justice, au sens du par. 278.7(1) du *Code criminel*, le juge du procès n'est requis que de tenir compte des facteurs énumérés au par. 278.5(2) et n'est pas tenu de se prononcer de façon définitive sur chacun de ceux-ci. Il n'est pas non plus tenu de décider si les facteurs relatifs au droit à la vie privée et au droit à l'égalité du plaignant ou du témoin l'emportent sur ceux concernant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'inclusion des facteurs de l'intérêt de la société dans l'analyse ne modifie pas l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*. L'exigence que le juge prenne en considération l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire a trait à la question de savoir si la communication des dossiers en question favoriserait la recherche de la vérité ou si les documents en cause introduiraient des préjugés et des croyances discriminatoires dans l'appréciation des faits. Le régime créé par le législateur permet aux juges d'exercer un large pouvoir discrétionnaire et d'examiner divers facteurs afin de préserver le plus possible les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant et de veiller à ce que l'accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière.

Le juge en chef Lamer (dissident en partie): Bien que la loi C-46 soit conforme à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte* en ce qui concerne la communication de dossiers en la possession de tiers, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) du *Code criminel* portent atteinte à ces dispositions de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle. Le législateur était incontestablement libre d'établir un régime législatif pour traiter de la question de la procédure applicable à la communication de

the legislative means chosen are not impeccably consistent with ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. The Crown's constitutional and ethical duty to disclose all information in its possession reasonably capable of affecting the accused's ability to raise a reasonable doubt flows from the right to make full answer and defence, which is itself a principle of fundamental justice protected by ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. The duty of disclosure is premised on the presumption that material in the Crown's possession has probative value. The requirement in Bill C-46 that the accused must prove the relevance of records that form part of the case to meet is a serious incursion on the meaningful exercise of the right to make full answer and defence. By displacing the presumption of relevance and increasing the relevance threshold, ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) of the *Code* give the Crown a distinct advantage over the defence, as it holds information that the accused must surmount a significant obstacle to obtain. These provisions therefore infringe the accused's right to a fair trial.

The infringement of ss. 7 and 11(*d*) is not justified by s. 1 of the *Charter*. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) fail to protect the privacy and equality rights of complainants and witnesses in sexual assault trials in a manner that minimally impairs the right of an accused to make full answer and defence. The burden on the accused to demonstrate likely relevance is more intrusive than reasonably necessary to achieve the important legislative goals. In addition, the risk of suppressing relevant evidence and of convicting an innocent person outweighs the salutary effects of the impugned provisions on privacy and equality rights. A combination of reading down and reading in new language is the most appropriate way to vindicate the *Charter* rights at issue. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) should be read as not applying to records in the possession or control of the prosecutor in the proceedings. The existing principles for Crown disclosure as enunciated in *Stinchcombe* and *O'Connor* would partially apply instead of those paragraphs, such that the Crown would have the opportunity to show the trial judge that the documents are irrelevant or privileged. If the Crown is unable to discharge this burden, then the records should, to protect the complainant's privacy rights, be disclosed to the trial judge rather than the accused if the trial judge is satisfied that the other requirements in s. 278.5(1) and (2) are met. The second stage of the legislative regime — judi-

dossiers en la possession du ministère public, en l'absence de renonciation expresse. Toutefois, les moyens choisis par le législateur ne sont pas irréprochablement compatibles avec l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'obligation constitutionnelle et déontologique qu'a le ministère public de divulguer à l'accusé tous les renseignements dont il dispose et qui sont raisonnablement susceptibles d'influer sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable découle du droit à une défense pleine et entière, qui est lui-même un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'obligation de divulgation est fondée sur la présomption que les documents en la possession du ministère public ont une valeur probante. L'exigence de la loi C-46 que l'accusé établisse la pertinence de dossiers qui font partie de la preuve du ministère public est une ingérence grave dans l'exercice utile du droit à une défense pleine et entière. En remplaçant la présomption de pertinence et en haussant le seuil de pertinence, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) du *Code* confèrent au ministère public un net avantage sur la défense, étant donné qu'il détient des renseignements pour l'obtention desquels l'accusé doit surmonter un obstacle important. Ces dispositions portent donc atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

L'atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) n'est pas justifiée par l'article premier de la *Charte*. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) ne protègent pas les droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle, d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'obligation qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence vraisemblable est plus attentatoire qu'il est raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs législatifs importants dont il est question. En outre, le risque que des éléments de preuve pertinents soient supprimés et qu'une personne innocente soit déclarée coupable l'emporte sur les effets bénéfiques que les dispositions contestées peuvent avoir sur les droits à la vie privée et à l'égalité. Un mélange d'interprétation atténuée et d'interprétation large est la meilleure façon d'assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en cause. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) ne devraient pas être interprétés comme ne s'appliquant pas aux dossiers en la possession ou sous le contrôle du poursuivant. Les principes applicables à la divulgation par le ministère public, énoncés dans les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*, s'appliqueraient en partie au lieu de ces alinéas, de sorte que le ministère public aurait la possibilité de démontrer au juge du procès que les documents ne sont pas pertinents ou sont protégés. Si le ministère public est incapable de

cial examination of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused — would then proceed according to the criteria in ss. 278.6 to 278.91.

Cases Cited

By McLachlin and Iacobucci JJ.

Considered: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **referred to:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264; *R. v. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL); *R. v. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL); *R. v. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116; *R. v. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136; *R. v. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL); *R. v. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594; *R. v. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL); *R. v. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL); *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Inves-*

s'acquitter de cette obligation et si le juge du procès est convaincu que les autres exigences des par. 278.5(1) et (2) sont remplies, les dossiers doivent alors être communiqués au juge du procès plutôt qu'à l'accusé, afin de protéger le droit à la vie privée du plaignant. La deuxième étape du régime législatif — l'examen par le juge des documents dans le but de décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé — se déroulerait alors conformément aux critères des art. 278.6 à 278.91.

Jurisprudence

Citée par les juges McLachlin et Iacobucci

Arrêt examiné: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264; *R. c. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL); *R. c. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL); *R. c. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116; *R. c. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136; *R. c. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL); *R. c. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594; *R. c. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL); *R. c. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL); *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145;

tigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230; *R. v. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL); *R. v. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180; *R. v. Stromner* (1997), 205 A.R. 385; *R. v. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL); *R. v. J.S.P.*, B.C.S.C., Vancouver Registry Nos. CC970130 & CC960237, May 15, 1997.

By Lamer C.J. (dissenting in part)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 to 14, 11(*d*), 15(1), 28.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91 [ad. 1997, c. 30, s. 1].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 3; am. 1990, c. 8, s. 37].

Authors Cited

Busby, Karen. "Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases" (1997), 9 *C.J.W.L.* 148.
Busby, Karen. "Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis". A study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230; *R. c. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL); *R. c. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180; *R. c. Stromner* (1997), 205 A.R. 385; *R. c. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL); *R. c. J.S.P.*, C.S.C.-B., greffe de Vancouver nos CC970130 et CC960237, 15 mai 1997.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident en partie)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 à 14, 11*d*), 15(1), 28.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91 [aj. 1997, ch. 30, art. 1].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 [mod. ch. 34 (3e suppl.), art. 3; mod. 1990, ch. 8, art. 37].

Doctrine citée

Busby, Karen. «Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases» (1997), 9 *R.F.D.* 148.
Busby, Karen. «Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis». A study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.

Feldman, David J. "Privacy-related Rights and their Social Value". In Peter Birks, ed., *Privacy and Loyalty*. Oxford: Clarendon Press, 1997, 15.
Fried, Charles. "Privacy" (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475.
Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
Holmes, Heather J. "An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 71.
Kelly, Katharine D. "'You must be crazy if you think you were raped': Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 *C.J.W.L.* 178.
Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
Rachels, James. "Why Privacy Is Important" (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from judgments of the Alberta Court of Queen's Bench (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277, 205 A.R. 321, 12 C.R. (5th) 138, 47 C.R.R. (2d) 104, [1998] 4 W.W.R. 83, [1997] A.J. No. 891 (QL), and (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301, 207 A.R. 161, 12 C.R. (5th) 163, 47 C.R.R. (2d) 237, [1998] 4 W.W.R. 107, [1997] A.J. No. 1036 (QL). Appeal allowed, Lamer C.J. dissenting in part.

Mary A. Marshall and *Teresa L. Meadows*, for the appellant L.C.

James A. Bowron, for the appellant the Attorney General for Alberta.

Dennis Edney and *Robert Shaigec*, for the respondent.

Graham M. Garton, Q.C., and *Donna Valgardson*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Feldman, David J. «Privacy-related Rights and their Social Value». In Peter Birks, ed., *Privacy and Loyalty*. Oxford: Clarendon Press, 1997, 15.
Fried, Charles. «Privacy» (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475.
Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
Holmes, Heather J. «An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 71.
Kelly, Katharine D. «"You must be crazy if you think you were raped": Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178.
Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
Rachels, James. «Why Privacy Is Important» (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre des jugements de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277, 205 A.R. 321, 12 C.R. (5th) 138, 47 C.R.R. (2d) 104, [1998] 4 W.W.R. 83, [1997] A.J. No. 891 (QL), et (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301, 207 A.R. 161, 12 C.R. (5th) 163, 47 C.R.R. (2d) 237, [1998] 4 W.W.R. 107, [1997] A.J. No. 1036 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer est dissident en partie.

Mary A. Marshall et *Teresa L. Meadows*, pour l'appelante L.C.

James A. Bowron, pour l'appelant le procureur général de l'Alberta.

Dennis Edney et *Robert Shaigec*, pour l'intimé.

Graham M. Garton, c.r., et *Donna Valgardson*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Susan Chapman and *Christine Bartlett-Hughes*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Daniel Grégoire and *Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Denise C. Smith, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Marva J. Smith, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

W. J. Scott Bell, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Catherine C. Flanagan*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Graeme G. Mitchell, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Aleck H. Trawick, *Q.C.*, and *Emi Bossio*, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

Brian A. Crane, *Q.C.*, for the intervener the Canadian Psychiatric Association.

Bruce F. Hughson and *Claire M. Klassen*, for the intervener the Child and Adolescent Services Association.

David M. Porter and *Danielle T. Miller*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Guy Cournoyer, for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Anne S. Derrick and *Peggy Kobly*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

Patricia D. S. Jackson and *Sherri A. Pinsler*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Susan Chapman et *Christine Bartlett-Hughes*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Daniel Grégoire et *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Denise C. Smith, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Marva J. Smith, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

W. J. Scott Bell, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Catherine C. Flanagan*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Graeme G. Mitchell, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Aleck H. Trawick, *c.r.*, et *Emi Bossio*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

Brian A. Crane, *c.r.*, pour l'intervenante l'Association des psychiatres du Canada.

Bruce F. Hughson et *Claire M. Klassen*, pour l'intervenante la Child and Adolescent Services Association.

David M. Porter et *Danielle T. Miller*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Guy Cournoyer, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Anne S. Derrick et *Peggy Kobly*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Patricia D. S. Jackson et *Sherri A. Pinsler*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David M. Paciocco, for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

Sheilah Martin, Q.C., for the intervener the Alberta Association of Sexual Assault Centres.

Dale Gibson and *Ritu Khullar*, for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — The issue in this appeal is whether Bill C-46 (now S.C. 1997, c. 30) strikes the appropriate constitutional balance between protecting the accused's right to a fair trial and the privacy and equality rights of complainants and witnesses when an accused seeks access to their confidential records in sexual assault proceedings. While I agree with McLachlin and Iacobucci JJ.'s finding that Bill C-46 complies with ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as it applies to the production of records in the possession of third parties, I take a different view of the legislative regime's approach to records in the hands of the Crown. In my opinion, Bill C-46's treatment of records that form part of the case to meet tips the balance too heavily in favour of privacy to the detriment of the accused's right to make full answer and defence.

As my colleagues have explained, s. 278.2(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, extends the application of the legislative scheme for the production of therapeutic records to documents in the Crown's possession or control. If the complainant or witness expressly waives the protection of the legislation, then the records may be produced to the accused as at common law according to the principles in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Absent waiver, however, Bill C-46 requires the accused to submit to the same two-stage procedure

David M. Paciocco, pour l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense.

Sheilah Martin, c.r., pour l'intervenante l'Alberta Association of Sexual Assault Centres.

Dale Gibson et *Ritu Khullar*, pour l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident en partie) — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le projet de loi C-46 (maintenant L.C. 1997, ch. 30) (ci-après «loi C-46») établit un juste équilibre constitutionnel entre la protection du droit de l'accusé à un procès équitable et celle des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins quand l'accusé cherche à avoir accès à leurs dossiers confidentiels dans des poursuites relatives à une agression sexuelle. Bien que je sois d'accord avec la conclusion des juges McLachlin et Iacobucci que la loi C-46 est conforme à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui concerne la communication de dossiers en la possession de tiers, j'adopte un point de vue différent en ce qui a trait à la façon dont le régime législatif aborde les dossiers en la possession du ministère public. À mon avis, la façon dont la loi C-46 traite les dossiers qui font partie de la preuve du ministère public fait trop pencher la balance en faveur du droit à la vie privée au détriment du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. 1

Comme l'ont expliqué mes collègues, le par. 278.2(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, étend le régime législatif applicable à la communication de dossiers thérapeutiques aux documents en la possession ou sous le contrôle du ministère public. Si le plaignant ou le témoin renonce expressément à la protection de la mesure législative, les dossiers peuvent alors être communiqués à l'accusé conformément à la common law, selon les principes établis dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. 2

En l'absence de renonciation, la loi C-46 exige toutefois que l'accusé suive la même procédure en 3

for production applicable to records held by third parties: disclosure to the trial judge and production to the accused. The first stage obliges the accused to establish that the record in the Crown's possession is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" (ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*)). The trial judge must also decide whether disclosure to the court is "necessary in the interests of justice" and consider the salutary and deleterious effects of production on the accused's right to make full answer and defence, and on the complainant's or witness's right to privacy and equality (s. 278.5(1)(*c*) and 278.5(2)). If the first step is satisfied, the second stage involves judicial inspection of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused (ss. 278.6 to 278.91).

4 My colleagues observe that the majority in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, did not comment on the procedure applicable to the production of records which the Crown possesses in the absence of an express waiver. Parliament was unquestionably free to fashion a legislative scheme to address this issue. I agree entirely with the appellant L.C.'s submission that the courts' creation of a common law procedure for production does not curtail Parliament's jurisdiction to modify that scheme, particularly after having the benefit of evaluating its impact. However, I cannot agree with my colleagues that the legislative means chosen are impeccably consistent with ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*.

5 As this Court maintained in *Stinchcombe*, *supra*, at p. 336, the right of an accused to make full answer and defence is a pillar of criminal justice on which we rely heavily to prevent the conviction of the innocent. It is a principle of fundamental justice protected by ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Flowing from the right to make full answer and defence is the Crown's constitutional and ethical duty to disclose all information in its possession

deux étapes applicable à la communication de dossiers en la possession de tiers: communication au juge du procès et communication à l'accusé. À la première étape, l'accusé doit établir que le dossier en la possession du ministère public est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» (al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*)). Le juge du procès doit également décider si la communication au tribunal «sert les intérêts de la justice» et prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière de même que sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin (al. 278.5(1)*c*) et par. 278.5(2)). Si la première étape est franchie, la deuxième étape comporte un examen des documents par le juge pour décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé (art. 278.6 à 278.91).

Mes collègues font remarquer que les juges majoritaires, dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, n'ont pas fait de commentaires sur la procédure applicable à la communication de dossiers en la possession du ministère public, en l'absence de renonciation expresse. Le législateur était incontestablement libre d'établir un régime législatif pour traiter de cette question. Je suis entièrement d'accord avec l'argument de l'appelante L.C. que l'établissement par les tribunaux d'une procédure de common law en matière de communication ne restreint pas le pouvoir du législateur de modifier ce régime, particulièrement après avoir eu l'avantage d'en évaluer l'incidence. Cependant, je ne puis convenir avec mes collègues que les moyens choisis par le législateur sont irréprochablement compatibles avec l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Comme notre Cour l'a maintenu dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 336, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière est un pilier de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour empêcher que des innocents soient déclarés coupables. Il s'agit d'un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le droit à une défense pleine et entière fait en sorte que le ministère

reasonably capable of affecting the accused's ability to raise a reasonable doubt concerning his innocence: *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 466. This obligation is subject only to the Crown's discretion to withhold disclosure on the basis that the material is irrelevant or privileged.

public a l'obligation constitutionnelle et déontologique de divulguer à l'accusé tous les renseignements dont il dispose et qui sont raisonnablement susceptibles d'influer sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité: *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 466. Cette obligation n'est assujettie qu'au pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser la divulgation pour le motif que les documents en cause ne sont pas pertinents ou qu'ils sont protégés.

The duty of disclosure is premised on the presumption that material in the Crown's possession has probative value. The *O'Connor* majority endorsed this presumption at para. 12, where we surmised that "[g]enerally speaking, the Crown would not obtain possession or control of therapeutic records unless the information the records contained was somehow relevant to the case against the accused." This reasoning applies with even greater force, in my view, when the Crown seeks access to documents without the complainant's cooperation, such as by way of a search warrant.

6 L'obligation de divulgation est fondée sur la présomption que les documents en la possession du ministère public ont une valeur probante. Au paragraphe 12 de l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires ont approuvé cette présomption en ces termes: «En règle générale, [le ministère public] n'obtiendrait pas la possession ou le contrôle des dossiers thérapeutiques à moins que les renseignements qu'ils contiennent n'aient quelque pertinence relativement à la poursuite engagée contre l'accusé.» Ce raisonnement s'applique d'autant plus, à mon avis, quand le ministère public cherche à avoir accès à des documents sans la collaboration du plaignant comme, par exemple, au moyen d'un mandat de perquisition.

McLachlin and Iacobucci JJ. emphasize in their reasons that the Crown's duty of disclosure is not absolute. The *Charter* entrenches the right to a fair trial, they maintain, not the best trial. The principles of fundamental justice do not guarantee the most favourable procedures conceivable. All of this is true. However, in my respectful view my colleagues understate the importance of Crown disclosure to trial fairness. Disclosure of records in the Crown's hands furthers the search for truth as it enables the defence to challenge the accuracy and cogency of the prosecution's case. The accused's ability to access relevant information that may ultimately deprive him of his liberty strikes at the very core of the principles of fundamental justice.

7 Dans leurs motifs, les juges McLachlin et Iacobucci soulignent que l'obligation de divulgation du ministère public n'est pas absolue. La *Charte* consacre le droit à un procès équitable, affirment-ils, et non le droit au meilleur procès. Les principes de justice fondamentale ne garantissent pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. Tout cela est vrai. J'estime cependant que mes collègues minimisent l'importance que la divulgation par le ministère public revêt pour l'équité du procès. La communication de dossiers en la possession du ministère public favorise la recherche de la vérité étant donné qu'elle permet à la défense de contester l'exactitude et la force de la preuve de la poursuite. La capacité de l'accusé d'avoir accès à des renseignements pertinents qui, en fin de compte, peuvent avoir pour effet de le priver de sa liberté est au cœur même des principes de justice fondamentale.

8 The requirement in Bill C-46 that the accused must prove the relevance of records that form part of the case to meet is a serious incursion on the meaningful exercise of the right to make full answer and defence. Not only does the legislative scheme supplant the presumption of relevance, but it also raises the relevance bar. The standard of relevance which the accused must satisfy according to ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) — likely relevance to an issue at trial or to the competence of a witness to testify – is higher than that required for disclosure under a *Stinchcombe* application, which is whether the information "may be useful to the defence": *O'Connor*, *supra*, at para. 22, and *Stinchcombe*, *supra*, at p. 345.

L'exigence de la loi C-46 que l'accusé établisse la pertinence de dossiers qui font partie de la preuve du ministère public est une ingérence grave dans l'exercice utile du droit à une défense pleine et entière. Non seulement le régime législatif remplace-t-il la présomption de pertinence, mais encore il hausse également la barre de la pertinence. La norme de pertinence à laquelle l'accusé doit satisfaire selon les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) — la pertinence vraisemblable quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner — est plus élevée que celle requise pour la divulgation en vertu d'une demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*, soit «l'utilité» que ces renseignements «peuvent avoir pour la défense»: *O'Connor*, précité, au par. 22, et *Stinchcombe*, précité, à la p. 345.

9 Moreover, I do not agree with McLachlin and Iacobucci JJ.'s assertion that the notification requirement in s. 278.2(3) provides the accused with much assistance in establishing the likely relevance of a document in the Crown's possession. I reiterate the concerns which the majority expressed in *O'Connor*, *supra*, at paras. 25-26, about placing an accused in the position of having to persuade the trial judge that documents are relevant without any knowledge of their contents. It will be difficult indeed for an accused to establish the likely relevance of a record which he knows to exist, but which he has never seen. By displacing the presumption of relevance and increasing the relevance threshold, ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) give the Crown a distinct advantage over the defence, as it holds information that the accused must surmount a significant obstacle to obtain. These provisions therefore infringe the accused's right to a fair trial.

Je ne suis pas d'accord non plus avec l'affirmation des juges McLachlin et Iacobucci que l'obligation d'informer imposée au par. 278.2(3) est d'une grande utilité à l'accusé pour ce qui est d'établir la pertinence vraisemblable d'un document en la possession du ministère public. Je réitère la crainte exprimée par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, précité, aux par. 25 et 26, que l'accusé ne se voit forcé de convaincre le juge du procès de la pertinence de documents dont il ne connaît pas le contenu. En fait, il sera difficile à l'accusé d'établir la pertinence vraisemblable d'un dossier dont il connaît l'existence, mais qu'il n'a jamais vu. En remplaçant la présomption de pertinence et en haussant le seuil de pertinence, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) confèrent au ministère public un net avantage sur la défense, étant donné qu'il détient des renseignements pour l'obtention desquels l'accusé doit surmonter un obstacle important. Ces dispositions portent donc atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

10 Having found that ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) violate ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* as they apply to records in the Crown's possession, I must consider whether the infringement is a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society. I am mindful that violations of s. 7 are rarely saved by s. 1: *New Brunswick (Minister of Health and Com-*

Ayant conclu que les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) violent l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers en la possession du ministère public, je dois examiner si cette violation constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis conscient que les viola-

munity Services) v. G. (J.), [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99. Iacobucci J. summarized the analytical framework applicable to s. 1 as follows in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

Without a doubt, Bill C-46 was adopted to address a pressing and substantial objective, which is the protection of the privacy and equality rights of complainants and witnesses in the context of sexual assault trials. The legislative scheme also rationally advances this important aim. In my opinion, however, ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) fail to protect those rights in a manner that minimally impairs the right of an accused to make full answer and defence. The requirement that the accused must demonstrate the likely relevance of records held by the Crown is more intrusive than reasonably necessary to achieve the legislative goals: see *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 118. In addition, the risk of suppressing relevant evidence and of convicting an innocent person outweighs the salutary effects of the impugned provisions on privacy and equality rights. I accordingly conclude that the violations are not justified by s. 1.

While in my view ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) are unconstitutional as they apply to records in the Crown's hands, I remain sensitive

tions de l'art. 7 sont rarement validées par l'article premier: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au par. 99. Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182, le juge Iacobucci a résumé comme suit le cadre analytique applicable à l'article premier:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif, (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

Il n'y a pas de doute que la loi C-46 a été adoptée pour répondre à des préoccupations urgentes et réelles, à savoir la protection des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle. Le régime législatif a également un lien rationnel avec cet objectif important. Cependant, j'estime que les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) ne protègent pas ces droits d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'exigence que l'accusé démontre la pertinence vraisemblable de dossiers en la possession du ministère public est plus attentatoire qu'il est raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs législatifs: voir *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 118. En outre, le risque que des éléments de preuve pertinents soient supprimés et qu'une personne innocente soit déclarée coupable l'emporte sur les effets bénéfiques que les dispositions contestées peuvent avoir sur les droits à la vie privée et à l'égalité. Je conclus donc que les violations ne sont pas justifiées au sens de l'article premier. 11

Bien que, à mon avis, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) soient inconstitutionnels dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers en la possession du 12

that the production of therapeutic records to the defence is injurious to a complainant's privacy rights. Indeed, disclosure may be all the more invasive to a complainant's dignity and psychological integrity when they are obtained by the Crown without her consent.

13 In this regard, I emphasize that records which the Crown procures absent waiver would still be subject to the principles in *Stinchcombe*. The prosecution would be free to rebut the presumption that the documents are relevant. I remark in passing that this may be difficult for the Crown to accomplish in respect of documents obtained pursuant to a search warrant, as in most cases the evidentiary basis upon which the warrant was secured will itself be disclosed. As with any *Stinchcombe* application, the Crown may likewise attempt to resist disclosure by demonstrating that the records are privileged.

14 If the Crown is unable to discharge this burden, then the records should be disclosed to the trial judge rather than the accused (as they normally would under a *Stinchcombe* application), because of the privacy rights at stake, if the trial judge is satisfied that the other requirements in s. 278.5(1) and (2) are met. The second stage of the legislative regime — judicial examination of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused — would then proceed according to the criteria in ss. 278.6 to 278.91, as explained by my colleagues. In my view, relieving the accused of the burden of showing relevance strikes a more appropriate balance between the various rights at stake. It removes a significant barrier to the accused's ability to raise a reasonable doubt concerning his innocence while preserving a large measure of protection for the privacy and equality rights of complainants and witnesses.

15 I turn last to a consideration of the appropriate remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act,*

ministère public, je demeure conscient que la communication de dossiers thérapeutiques à la défense nuit au droit à la vie privée du plaignant. En fait, la communication peut être d'autant plus dommageable pour la dignité et l'intégrité psychologique du plaignant quand le ministère public obtient les documents sans son consentement.

À cet égard, je souligne que les dossiers que le ministère public obtient en l'absence de renonciation sont toujours assujettis aux principes de l'arrêt *Stinchcombe*. La poursuite est libre de réfuter la présomption de pertinence des documents. Je fais remarquer en passant que le ministère public peut avoir de la difficulté à le faire dans le cas de documents obtenus conformément à un mandat de perquisition, parce que, la plupart du temps, la preuve sur laquelle repose la délivrance du mandat aura elle-même été divulguée. Comme dans toute demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*, le ministère public peut de la même façon essayer de s'opposer à la communication de dossiers en démontrant qu'ils sont protégés.

Si le ministère public est incapable de s'acquitter de cette obligation et si le juge du procès est convaincu que les autres exigences des par. 278.5(1) et (2) sont remplies, les dossiers doivent alors être communiqués au juge du procès plutôt qu'à l'accusé (comme ils le seraient normalement dans le cas d'une demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*), à cause du droit à la vie privée qui est en jeu. Comme l'expliquent mes collègues, la deuxième étape du régime législatif — l'examen par le juge des documents dans le but de décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé — se déroulerait alors conformément aux critères des art. 278.6 à 278.91. À mon avis, dégager l'accusé de son obligation de démontrer la pertinence permet d'établir un équilibre plus juste entre les divers droits en jeu. Cela supprime un obstacle important à la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité tout en maintenant une large mesure de protection des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins.

J'examine enfin la question de la réparation qu'il convient d'accorder aux termes du par. 52(1)

1982. My finding of unconstitutionality is limited to two provisions of an otherwise complex legislative scheme. I believe that a combination of reading down the sections and reading in new language is the most appropriate way to vindicate the *Charter* rights at play "while refraining from intrusion into the legislative sphere beyond what is necessary": *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at p. 1012, *per* Sopinka J. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) of the *Criminal Code* should therefore be interpreted such that they no longer apply to an application for the production of records in the Crown's possession. Language along the following lines should be read into both ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*): "unless the record is in the possession or control of the prosecutor in the proceedings, in which case this paragraph does not apply". The principles for Crown disclosure enunciated in *Stinchcombe* and *O'Connor* would partially apply instead of those paragraphs, such that the Crown would have the opportunity to show the trial judge that the documents are irrelevant or privileged.

I would allow the appeal in part and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) infringe s. 7 of the *Charter* as they apply to records in the Crown's possession or control.

2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) infringe s. 11(*d*) of the

de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ma conclusion à l'inconstitutionnalité se limite à deux dispositions d'un régime législatif par ailleurs complexe. J'estime qu'un mélange d'interprétation atténuée et d'interprétation large des dispositions est la meilleure façon d'assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu, «sans empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire»: *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, à la p. 1012, le juge Sopinka. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) du *Code criminel* devraient donc être interprétés de façon à ce qu'ils ne s'appliquent plus aux demandes de communication de dossiers en la possession du ministère public. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) devraient être considérés comme incluant une phrase du genre suivant: «à moins que le dossier ne soit en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, auquel cas le présent alinéa ne s'applique pas». Les principes applicables à la divulgation par le ministère public énoncés dans les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* s'appliqueraient en partie au lieu de ces alinéas, de sorte que le ministère public aurait la possibilité de démontrer au juge du procès que les documents ne sont pas pertinents ou sont protégés.

J'accueillerais le pourvoi en partie et je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles: 16

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, en partie. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle.

2. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Non.

3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, en partie. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) portent atteinte à l'al. 11*d*)

Charter as they apply to records in the Crown's possession or control.

4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MCLACHLIN AND IACOBUCCI JJ. —

I. Introduction

17 The question of when accused persons should have access to private records of complainants and witnesses in sexual assault trials is a vexed one. This Court addressed this issue in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Following this decision, and a lengthy consultation process, Parliament reviewed the issue and drafted Bill C-46, (now S.C. 1997, c. 30) which came into force on May 12, 1997 and amended the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The issue in the present appeal is whether Bill C-46 is constitutional. The resolution of this appeal requires understanding how to define competing rights, avoiding the hierarchical approach rejected by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877. On the one hand stands the accused's right to make full answer and defence. On the other hand stands the complainant's and witness's right to privacy. Neither right may be defined in such a way as to negate the other and both sets of rights are informed by the equality rights at play in this context. Underlying this question is the relationship between the courts and Parliament when Parliament alters a judicially created common law procedure that already embodies *Charter* standards.

de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle.

4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Non.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LES JUGES MCLACHLIN ET IACOBUCCI —

I. Introduction

La question de savoir dans quels cas les accusés devraient avoir accès aux dossiers privés des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle est controversée. Notre Cour a abordé cette question dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. À la suite de cet arrêt et d'un long processus de consultation, le législateur a examiné la question et a rédigé le projet de loi C-46 (maintenant L.C. 1997, ch. 30) (ci-après «loi C-46» ou «Loi») qui est entré en vigueur le 12 mai 1997 et qui a modifié le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il s'agit en l'espèce de savoir si la loi C-46 est constitutionnelle. Pour trancher le présent pourvoi, il faut savoir comment définir des droits opposés, en évitant la conception hiérarchique rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877. Il y a, d'une part, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, le droit du plaignant et du témoin à la protection de leur vie privée. Aucun de ces droits ne saurait être défini de manière à annuler l'autre, et les deux reposent sur le droit à l'égalité qui est en jeu dans le présent contexte. Cette question met en cause les rapports qui existent entre les tribunaux et le législateur lorsque ce dernier modifie une procédure de common law établie par les tribunaux, qui incorpore déjà des normes imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

II. Summary

This appeal presents an apparent conflict among the rights to full answer and defence, privacy, and equality, all of which are protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (ss. 7 and 11(*d*), s. 8, and s. 15, respectively). The underlying issue is what is required by the "principles of fundamental justice" protected by s. 7. Bill C-46 reflects Parliament's effort at balancing these rights. Our task is to decide whether Parliament's balance is a constitutional one.

As a preliminary matter, we conclude that this appeal is not premature. While it is true that the accused did not actually make an application for records under Bill C-46, this does not deprive the Court of a sufficient basis to decide the issues raised in the appeal.

As noted above, this Court has previously addressed the issue of disclosure of third party records in sexual assault proceedings: see *O'Connor*, *supra*. However, it is important to keep in mind that the decision in *O'Connor* is not necessarily the last word on the subject. The law develops through dialogue between courts and legislatures: see *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. Against the backdrop of *O'Connor*, Parliament was free to craft its own solution to the problem consistent with the *Charter*.

As this Court's decision in *Dagenais*, *supra*, makes clear, *Charter* rights must be examined in a contextual manner to resolve conflicts between them. Therefore, unlike s. 1 balancing, where societal interests are sometimes allowed to override *Charter* rights, under s. 7 rights must be defined so that they do not conflict with each other. The rights of full answer and defence, and privacy, must be defined in light of each other, and both must be defined in light of the equality provisions of s. 15.

II. Résumé

Le présent pourvoi fait ressortir un conflit apparent entre les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l'égalité qui sont tous garantis par la *Charte* (art. 7 et al. 11*d*), art. 8 et 15, respectivement). La question sous-jacente est de savoir ce qu'exigent les «principes de justice fondamentale» garantis par l'art. 7. La loi C-46 reflète la tentative du législateur d'établir un équilibre entre ces droits. Notre tâche consiste à décider si l'équilibre établi par le législateur est constitutionnel. 18

À titre préliminaire, nous concluons que le présent pourvoi n'est pas prématuré. Même s'il est vrai qu'en réalité l'accusé n'a présenté aucune demande de dossiers fondée sur la loi C-46, la Cour a un motif suffisant de trancher les questions soulevées dans le pourvoi. 19

Comme nous l'avons vu, notre Cour a déjà abordé la question de la communication des dossiers de tiers dans des procédures en matière d'agression sexuelle: voir *O'Connor*, précité. Il est cependant important de se rappeler que cet arrêt n'est pas nécessairement définitif sur ce point. L'évolution du droit passe par le dialogue entre les tribunaux et le législateur: voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Avec, comme toile de fond, l'arrêt *O'Connor*, le législateur était libre de concevoir sa propre solution au problème, en conformité avec la *Charte*. 20

Comme l'arrêt *Dagenais*, précité, de notre Cour l'indique clairement, les droits garantis par la *Charte* doivent être examinés selon une méthode contextuelle afin de résoudre les conflits qui existent entre eux. Par conséquent, à la différence de l'évaluation fondée sur l'article premier, où on permet parfois aux intérêts de la société de l'emporter sur les droits garantis par la *Charte*, l'art. 7 exige que les droits soient définis de manière à ne pas entrer en conflit les uns avec les autres. Le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée doivent être définis l'un par rapport à l'autre, et les deux doivent être définis en fonction des dispositions en matière d'égalité contenues à l'art. 15. 21

22 Turning to the legislation at issue in this appeal, we find it constitutional. It is undisputed that there are several important respects in which Bill C-46 differs from the regime set out in *O'Connor*. However, these differences are not fatal because Bill C-46 provides sufficient protection for all relevant *Charter* rights. There are, admittedly, several provisions in the Bill that are subject to differing interpretations. However, in such situations we will interpret the legislation in a constitutional manner where possible: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. By so doing, we conclude that Bill C-46 is a constitutional response to the problem of production of records of complainants or witnesses in sexual assault proceedings.

III. Proceedings and Judgments in the Court Below

23 The appellant L.C. is the complainant in a criminal proceeding in which the respondent, Brian Mills, has been charged with one count of sexual assault and one count of unlawful sexual touching. The offences are alleged to have occurred on July 12, 1995, when the appellant L.C. was 13 years of age.

24 The respondent elected to waive his right to a preliminary inquiry. On the scheduled day of the trial, October 4, 1996, the Crown provided the respondent with a second statement of the appellant L.C., dated September 29, 1996. Mr. Justice Jones adjourned the trial until January 28, 1997. On January 27, 1997, counsel for the respondent brought an application to have a new preliminary inquiry, arguing that the original preliminary inquiry was waived on the basis of the original witness statement, dated July 12, 1995, which disclosed information alleged to be less substantial and serious than that provided in the second statement. Counsel for the respondent also sought full disclosure of all therapeutic records and notes relating to the appellant that were in the possession of a counselling organization known as "Changes".

Quant à la mesure législative en cause dans le présent pourvoi, nous la jugeons constitutionnelle. On ne conteste pas que la loi C-46 diffère à maints égards importants du régime énoncé dans l'arrêt *O'Connor*. Ces différences ne sont toutefois pas fatales parce que la loi C-46 protège suffisamment tous les droits pertinents garantis par la *Charte*. Certes, plusieurs dispositions de cette loi font l'objet d'interprétations divergentes. Toutefois, le cas échéant, nous donnerons, si possible, à ces dispositions une interprétation conforme à la Constitution: voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. Ce faisant, nous concluons que la loi C-46 est une réponse constitutionnelle au problème de la communication des dossiers de plaignants ou de témoins dans des procédures en matière d'agression sexuelle.

III. Procédures et jugements des tribunaux d'instance inférieure

L'appelante L.C. est la plaignante dans des procédures criminelles où l'intimé, Brian Mills, doit répondre à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'attouchements sexuels illicites. Les infractions auraient été commises le 12 juillet 1995, alors que l'appelante L.C. était âgée de 13 ans.

L'intimé a choisi de renoncer à son droit à une enquête préliminaire. À la date prévue pour la tenue du procès, soit le 4 octobre 1996, le ministère public lui a remis une deuxième déclaration de l'appelante L.C., qui était datée du 29 septembre 1996. Le juge Jones a ajourné le procès au 28 janvier 1997. Le 27 janvier 1997, l'avocat de l'intimé a présenté une demande de nouvelle enquête préliminaire en faisant valoir que la renonciation à la première enquête préliminaire reposait sur la première déclaration du témoin, datée du 12 juillet 1995, dans laquelle, alléguait-il, les renseignements divulgués étaient moins étoffés et moins importants que ceux fournis dans la seconde déclaration. L'avocat de l'intimé demandait également la communication complète de tous les dossiers thérapeutiques et des notes relatives à l'appelante qui étaient en la possession d'un organisme de consultation connu sous le nom de «Changes».

In dismissing the application for a new preliminary inquiry, Belzil J. held that the trial could not proceed until the application for production of third party records was dealt with. On the basis of *O'Connor*, he ordered that portions of various records be produced.

En rejetant la demande de nouvelle enquête préliminaire, le juge Belzil a conclu que le procès ne pourrait être tenu que lorsque la demande de communication des dossiers de tiers aurait fait l'objet d'une décision. Se fondant sur l'arrêt *O'Connor*, il a ordonné la communication d'extraits de divers dossiers. 25

On May 14, 1997, counsel for the respondent sought the production of records relating to the appellant held by a psychiatrist, Dr. Drew Bremness, and the Child and Adolescent Services Association. On May 16, 1997, Belzil J. advised the parties that on May 12, 1997, Bill C-46 was proclaimed into force and amended the *Criminal Code* to include ss. 278.1 to 278.91. On May 26, 1997, counsel for the respondent forwarded correspondence to both Alberta Justice and the Federal Department of Justice advising that he intended to argue that the new amendments violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Belzil J. held that the respondent could proceed with his constitutional challenge without first making an application for third party records under the new provisions, and granted full standing to intervene in respect of the constitutional challenge to both the Attorney General of Canada and the appellant L.C.

Le 14 mai 1997, l'avocat de l'intimé a demandé la communication de dossiers relatifs à l'appelante qui étaient en la possession d'un psychiatre, le Dr Drew Bremness, et de la Child and Adolescent Services Association. Le 16 mai 1997, le juge Belzil a informé les parties que la loi C-46 était entrée en vigueur le 12 mai 1997 et qu'elle modifiait le *Code criminel* en y ajoutant les art. 278.1 à 278.91. Le 26 mai 1997, l'avocat de l'intimé a fait parvenir au ministère de la Justice de l'Alberta et au ministère de la Justice du Canada une lettre les informant qu'il comptait faire valoir que les nouvelles modifications contrevenaient à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le juge Belzil a décidé que l'intimé pouvait aller de l'avant avec sa contestation constitutionnelle sans d'abord présenter une demande de communication de dossiers de tiers fondée sur les nouvelles dispositions, et il a accordé au procureur général du Canada et à l'appelante L.C. pleine qualité pour intervenir relativement à cette contestation constitutionnelle. 26

On September 18, 1997, Belzil J. concluded that the new *Criminal Code* provisions infringed ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277 (Q.B.)). Belzil J. first dealt with the argument that the respondent's application was premature since the accused had not been denied access to any records pursuant to the new provisions. He stated, at para. 12 of his reasons: "it would be grossly unfair to an accused to force an accused to make an application pursuant to legislation which according to the accused is unconstitutional". Furthermore, given that the respondent is not allowed unfettered access to the records, he could never know whether his access under the new provisions would differ from that under the *O'Connor* procedure. Accordingly, Belzil J. held that the respondent had the right to bring an application at this

Le 18 septembre 1997, le juge Belzil a conclu que les nouvelles dispositions du *Code criminel* portaient atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277 (B.R.)). Le juge Belzil a d'abord examiné l'argument selon lequel la demande de l'intimé était prématurée puisque l'accusé ne s'était pas vu refuser l'accès à des dossiers en vertu des nouvelles dispositions. Il a dit, au par. 12 de ses motifs: [TRADUCTION] «il serait extrêmement inéquitable pour un accusé de le forcer à présenter une demande fondée sur une mesure législative qu'il juge inconstitutionnelle». De plus, étant donné que l'intimé n'a pas un accès illimité aux dossiers, il ne pourrait jamais savoir si l'accès dont il bénéficierait en vertu des nouvelles dispositions différait de celui auquel il a droit selon la procédure établie dans l'arrêt *O'Con-* 27

time to determine the constitutionality of Bill C-46.

28 After ruling that the application was not premature, Belzil J. dealt with the constitutional claims. He characterized Bill C-46 as Parliament's reaction to the majority decision in *O'Connor*. He held that, if propositions of law not accepted by the majority in *O'Connor* are found within Bill C-46, that should be a relevant consideration in determining the constitutional validity of the legislation. Moreover, if Bill C-46 materially alters the balance between privacy rights and the rights of an accused to a fair trial as enunciated by the majority in *O'Connor*, this in and of itself gives rise to an argument that Bill C-46 is constitutionally invalid. In his view, there are five broad differences between Bill C-46 and *O'Connor*:

(1) The broad definition of records in Bill C-46 forces an accused to proceed with an application under the new Bill for each type of record, each of which must be supported by affidavits.

(2) Notwithstanding that in *O'Connor* this Court specifically rejected the idea that therapeutic records will rarely be relevant, Bill C-46 restricts the type of evidence that an accused may place before a judge in support of an application for production of records by imposing a higher initial threshold on an accused to show likely relevance, compelling an accused to rely on the veracity of a complainant to determine on a preliminary inquiry whether such records exist.

(3) Section 278.5(2) requires the trial judge to engage in a balancing exercise before examining the records in question, requiring the trial judge to weigh important rights in a vacuum, and exacerbating the Catch-22 situation identified in *O'Connor*.

nor. Le juge Belzil a donc conclu que l'intimé avait le droit de présenter, à ce stade, une demande visant à déterminer la constitutionnalité de la loi C-46.

Après avoir décidé que la demande n'était pas prématurée, le juge Belzil a examiné les arguments fondés sur la Constitution. Il a qualifié la loi C-46 de réaction du législateur à l'arrêt majoritaire *O'Connor*. Il a conclu que, si on trouve dans la loi C-46 des propositions de droit qui ont été rejetées par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, cela devrait constituer un facteur pertinent pour décider de la constitutionnalité de la mesure législative en cause. De plus, si la loi C-46 modifie sensiblement l'équilibre entre le droit à la vie privée et le droit de l'accusé à un procès équitable, tel qu'énoncé par les juges majoritaires dans *O'Connor*, cela permet en soi de faire valoir qu'elle est inconstitutionnelle. Selon lui, il existe cinq grandes différences entre la loi C-46 et l'arrêt *O'Connor*:

(1) La définition large du terme «dossier» dans la loi C-46 force un accusé à présenter une demande fondée sur la nouvelle loi pour chaque type de dossier, chaque demande devant être étayée par des affidavits.

(2) Malgré le fait que, dans l'arrêt *O'Connor*, notre Cour ait expressément rejeté l'idée que les dossiers thérapeutiques sont rarement pertinents, la loi C-46 restreint le genre d'éléments de preuve qu'un accusé peut présenter devant un juge pour étayer une demande de communication de dossiers, en imposant à l'accusé un critère préliminaire plus élevé auquel il doit satisfaire pour démontrer la pertinence vraisemblable, ce qui oblige un accusé à s'en remettre à la véracité du plaignant pour déterminer, lors d'une enquête préliminaire, si de tels dossiers existent.

(3) Le paragraphe 278.5(2) oblige le juge du procès à procéder à une évaluation avant d'examiner les dossiers en question, ce qui le force à soupeser en vase clos des droits importants et ce qui aggrave la situation sans issue décrite dans l'arrêt *O'Connor*.

(4) Section 278.5(2) compels the trial judge to use factors specifically rejected by a majority of the Supreme Court of Canada, namely factors (*f*), (*g*), and (*h*).

(5) Bill C-46 restricts the ability of the Crown to produce relevant records, weakening the Crown's obligations under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Belzil J. concluded that these differences sacrificed the balance of rights achieved by this Court in *O'Connor* by creating a presumption against disclosure and ranking privacy rights above the rights of an accused to a fair trial. Therefore, he held that Bill C-46 infringed the accused's rights under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*.

In a separate judgment delivered on October 31, 1997, Belzil J. ruled that Bill C-46 was not saved by s. 1 of the *Charter* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301 (Q.B.)). None of the testimony justified exclusion of therapeutic records on the basis of detrimental impacts, and the records might contain highly probative evidence. Belzil J. stated that no authority had been cited before him wherein this Court had ever sanctioned the use of s. 1 for a breach of the fundamental right to a fair trial. In his view, almost by definition an impairment of a fundamental right can never be demonstrably justified in a free and democratic society. Belzil J. held that Bill C-46 is not a proportional response and does not constitute a minimal impairment of rights, but rather constitutes a substantial impairment of the fundamental right to a fair trial. He concluded that Bill C-46 could not be saved by s. 1 and should be struck down in its entirety.

Leave to appeal was granted to the appellant L.C. by this Court. As our jurisprudence has established, a third party may challenge an interlocutory court order, issued by a superior court judge in criminal proceedings, by seeking leave to appeal to

(4) Le paragraphe 278.5(2) oblige le juge du procès à utiliser des facteurs qui ont été expressément rejetés par la Cour suprême du Canada à la majorité, à savoir les facteurs *f*), *g*) et *h*).

(5) La loi C-46 limite la capacité du ministère public de communiquer des dossiers pertinents, ce qui atténue les obligations qui lui incombent en vertu de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

29 Le juge Belzil a conclu que ces différences rompaient l'équilibre entre les droits que notre Cour avait établi dans l'arrêt *O'Connor*, en créant une présomption de non-divulgation et en situant le droit à la vie privée au-dessus du droit de l'accusé à un procès équitable. Il a donc statué que la loi C-46 portait atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*.

30 Dans un jugement distinct déposé le 31 octobre 1997, le juge Belzil a décidé que la loi C-46 n'était pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301) (B.R.)). Aucun témoignage ne justifiait l'exclusion des dossiers thérapeutiques pour cause d'effets préjudiciables, et les dossiers étaient susceptibles de contenir des éléments de preuve très probants. Le juge Belzil a dit qu'on ne lui avait cité aucun précédent où notre Cour avait déjà approuvé le recours à l'article premier pour une atteinte au droit fondamental à un procès équitable. Il était d'avis que, presque par définition, un droit fondamental ne peut jamais faire l'objet d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le juge Belzil a conclu que la loi C-46 constitue non pas une réponse proportionnelle et une atteinte minimale à des droits, mais plutôt une atteinte grave au droit fondamental à un procès équitable. Il a décidé que la loi C-46 ne pouvait pas être sauvegardée par l'article premier et qu'elle devait être annulée au complet.

31 Notre Cour a accordé à l'appelante L.C. l'autorisation de se pourvoir. Comme l'a établi notre jurisprudence, un tiers peut contester une ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle par un juge d'une cour supérieure, en demandant l'autori-

this Court pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. See *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *Dagenais*, *supra*.

IV. Relevant Constitutional and Legislative Provisions

32 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

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

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

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.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

Bill C-46

An Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings)

WHEREAS the Parliament of Canada continues to be gravely concerned about the incidence of sexual violence and abuse in Canadian society and, in particular, the prevalence of sexual violence against women and children;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that violence has a particularly disadvantageous impact on the equal participation of women and children in society and on the rights of women and children to security of the person, privacy and equal benefit of the law as guar-

sation de se pourvoir devant notre Cour conformément à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Voir *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *Dagenais*, précité.

IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

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.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Loi C-46

Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel)

Attendu:

que les cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne continuent de préoccuper sérieusement le Parlement du Canada, et, en particulier, la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants;

que le Parlement du Canada reconnaît que la violence a des effets particulièrement néfastes sur les chances d'égalité des femmes et des enfants au sein de la société et sur leurs droits à la sécurité de leur personne, à la vie privée ou au même bénéfice de la loi

anteed by sections 7, 8, 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

WHEREAS the Parliament of Canada intends to promote and help to ensure the full protection of the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for all, including those who are accused of, and those who are or may be victims of, sexual violence or abuse;

WHEREAS the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are guaranteed equally to all and, in the event of a conflict, those rights are to be accommodated and reconciled to the greatest extent possible;

WHEREAS the Parliament of Canada wishes to encourage the reporting of incidents of sexual violence and abuse and to provide for the prosecution of offences within a framework of laws that are consistent with the principles of fundamental justice and that are fair to complainants as well as to accused persons;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the compelled production of personal information may deter complainants of sexual offences from reporting the offence to the police and may deter complainants from seeking necessary treatment, counselling or advice;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the work of those who provide services and assistance to complainants of sexual offences is detrimentally affected by the compelled production of records and by the process to compel that production;

AND WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that, while production to the court and to the accused of personal information regarding any person may be necessary in order for an accused to make a full answer and defence, that production may breach the person's right to privacy and equality and therefore the determination as to whether to order production should be subject to careful scrutiny;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

1. The *Criminal Code* is amended by adding the following after section 278:

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child

qui sont garantis par les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

qu'il entend promouvoir et contribuer à assurer la pleine protection des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* pour tous, y compris ceux qui sont accusés de violence ou d'exploitation sexuelles et ceux qui sont ou pourraient devenir des victimes de violence ou d'exploitation sexuelles;

que les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* le sont pour tous et qu'en cas de conflit, l'équilibre entre eux doit être assuré dans la mesure du possible;

que le Parlement du Canada souhaite encourager la dénonciation des cas de violence ou d'exploitation sexuelles et faire en sorte que leur poursuite s'effectue dans un cadre juridique compatible avec les principes de la justice fondamentale et équitable à la fois à l'égard des plaignants et des accusés;

qu'il reconnaît que l'obligation de communiquer des renseignements personnels peut avoir un effet dissuasif sur la dénonciation d'agressions sexuelles et sur le recours aux traitements, thérapies ou services de consultation nécessaires;

qu'il reconnaît que le travail de ceux qui fournissent de l'aide et des services aux victimes d'agressions sexuelles est entravé par l'obligation de communiquer des renseignements personnels et par la procédure qui oblige à cette communication;

qu'il reconnaît que si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l'accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l'accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée et à l'égalité de la personne qu'ils concernent et que, de ce fait, la décision de l'accorder ne devrait être rendue qu'avec prudence,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte:

1. Le *Code criminel* est modifié par adjonction, après l'article 278, de ce qui suit:

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, «dossier» s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment: le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les ser-

welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

vices d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

278.2 (1) No record relating to a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of

278.2 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l'accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91:

(*a*) an offence under section 151, 152, 153, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 or 273,

a) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 ou 273;

(*b*) an offence under section 144, 145, 149, 156, 245 or 246 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 4, 1983, or

b) une infraction prévue aux articles 144, 145, 149, 156, 245 ou 246 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts revisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 4 janvier 1983;

(*c*) an offence under section 146, 151, 153, 155, 157, 166 or 167 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 1, 1988,

c) une infraction prévue aux articles 146, 151, 153, 155, 157, 166 ou 167 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts revisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 1er janvier 1988.

or in any proceedings in respect of two or more offences that include an offence referred to in any of paragraphs (*a*) to (*c*), except in accordance with sections 278.3 to 278.91.

(2) Section 278.1, this section and sections 278.3 to 278.91 apply where a record is in the possession or control of any person, including the prosecutor in the proceedings, unless, in the case of a record in the possession or control of the prosecutor, the complainant or witness to whom the record relates has expressly waived the application of those sections.

(2) L'article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s'appliquent même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l'application de ces articles.

(3) In the case of a record in respect of which this section applies that is in the possession or control of the prosecutor, the prosecutor shall notify the accused that the record is in the prosecutor's possession but, in doing so, the prosecutor shall not disclose the record's contents.

(3) Le poursuivant qui a en sa possession ou sous son contrôle un dossier auquel s'applique le présent article doit en informer l'accusé mais il ne peut, ce faisant, communiquer le contenu du dossier.

278.3 (1) An accused who seeks production of a record referred to in subsection 278.2(1) must make an application to the judge before whom the accused is to be, or is being, tried.

278.3 (1) L'accusé qui veut obtenir la communication d'un dossier doit en faire la demande au juge qui préside ou présidera son procès.

(2) For greater certainty, an application under subsection (1) may not be made to a judge or justice presiding at any other proceedings, including a preliminary inquiry.

(3) An application must be made in writing and set out

(*a*) particulars identifying the record that the accused seeks to have produced and the name of the person who has possession or control of the record; and

(*b*) the grounds on which the accused relies to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify.

(4) Any one or more of the following assertions by the accused are not sufficient on their own to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify:

(*a*) that the record exists;

(*b*) that the record relates to medical or psychiatric treatment, therapy or counselling that the complainant or witness has received or is receiving;

(*c*) that the record relates to the incident that is the subject-matter of the proceedings;

(*d*) that the record may disclose a prior inconsistent statement of the complainant or witness;

(*e*) that the record may relate to the credibility of the complainant or witness;

(*f*) that the record may relate to the reliability of the testimony of the complainant or witness merely because the complainant or witness has received or is receiving psychiatric treatment, therapy or counselling;

(*g*) that the record may reveal allegations of sexual abuse of the complainant by a person other than the accused;

(*h*) that the record relates to the sexual activity of the complainant with any person, including the accused;

(*i*) that the record relates to the presence or absence of a recent complaint;

(*j*) that the record relates to the complainant's sexual reputation; or

(*k*) that the record was made close in time to a complaint or to the activity that forms the subject-matter of the charge against the accused.

(2) Il demeure entendu que la demande visée au paragraphe (1) ne peut être faite au juge ou juge de paix qui préside une autre procédure, y compris une enquête préliminaire.

(3) La demande de communication est formulée par écrit et donne:

a) les précisions utiles pour reconnaître le dossier en cause et le nom de la personne qui l'a en sa possession ou sous son contrôle;

b) les motifs qu'invoque l'accusé pour démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner.

(4) Les affirmations ci-après, individuellement ou collectivement, ne suffisent pas en soi à démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner:

a) le dossier existe;

b) le dossier se rapporte à un traitement médical ou psychiatrique ou une thérapie suivis par le plaignant ou le témoin ou à des services de consultation auxquels il a recours ou a eu recours;

c) le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige;

d) le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;

e) le dossier pourrait se rapporter à la crédibilité du plaignant ou du témoin;

f) le dossier pourrait se rapporter à la véracité du témoignage du plaignant ou du témoin étant donné que celui-ci suit ou a suivi un traitement psychiatrique ou une thérapie, ou a recours ou a eu recours à des services de consultation;

g) le dossier est susceptible de contenir des allégations quant à des abus sexuels commis contre le plaignant par d'autres personnes que l'accusé;

h) le dossier se rapporte à l'activité sexuelle du plaignant avec l'accusé ou un tiers;

i) le dossier se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte spontanée;

j) le dossier se rapporte à la réputation sexuelle du plaignant;

k) le dossier a été produit peu après la plainte ou l'événement qui fait l'objet du litige.

(5) The accused shall serve the application on the prosecutor, on the person who has possession or control of the record, on the complainant or witness, as the case may be, and on any other person to whom, to the knowledge of the accused, the record relates, at least seven days before the hearing referred to in subsection 278.4(1) or any shorter interval that the judge may allow in the interests of justice. The accused shall also serve a subpoena issued under Part XXII in Form 16.1 on the person who has possession or control of the record at the same time as the application is served.

(6) The judge may at any time order that the application be served on any person to whom the judge considers the record may relate.

278.4 (1) The judge shall hold a hearing *in camera* to determine whether to order the person who has possession or control of the record to produce it to the court for review by the judge.

(2) The person who has possession or control of the record, the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates may appear and make submissions at the hearing, but they are not compellable as witnesses at the hearing.

(3) No order for costs may be made against a person referred to in subsection (2) in respect of their participation in the hearing.

278.5 (1) The judge may order the person who has possession or control of the record to produce the record or part of the record to the court for review by the judge if, after the hearing referred to in subsection 278.4(1), the judge is satisfied that

(*a*) the application was made in accordance with subsections 278.3(2) to (6);

(*b*) the accused has established that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify; and

(*c*) the production of the record is necessary in the interests of justice.

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record for review pursuant to subsection (1), the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates. In particular, the judge shall take the following factors into account:

(5) L'accusé signifie la demande au poursuivant, à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, au plaignant ou au témoin, selon le cas, et à toute autre personne à laquelle, à sa connaissance, le dossier se rapporte, au moins sept jours avant l'audience prévue au paragraphe 278.4(1) ou dans le délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice. Dans le cas de la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, une assignation à comparaître, rédigée selon la formule 16.1, doit lui être signifiée, conformément à la partie XXII, en même temps que la demande.

(6) Le juge peut ordonner à tout moment que la demande soit signifiée à toute personne à laquelle, à son avis, le dossier se rapporte.

278.4 (1) Le juge tient une audience à huis clos pour décider si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner.

(2) La personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, le plaignant ou le témoin, selon le cas, et toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte peuvent comparaître et présenter leurs arguments à l'audience mais ne peuvent être contraints à témoigner.

(3) Aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre une personne visée au paragraphe (2) en raison de sa participation à l'audience.

278.5 (1) Le juge peut ordonner à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle de le communiquer, en tout ou en partie, au tribunal pour examen par lui-même si, après l'audience, il est convaincu de ce qui suit:

a) la demande répond aux exigences formulées aux paragraphes 278.3(2) à (6);

b) l'accusé a démontré que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner;

c) la communication du dossier sert les intérêts de la justice.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs suivants:

(*a*) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;

(*b*) the probative value of the record;

(*c*) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;

(*d*) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;

(*e*) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;

(*f*) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;

(*g*) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and

(*h*) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

278.6 (1) Where the judge has ordered the production of the record or part of the record for review, the judge shall review it in the absence of the parties in order to determine whether the record or part of the record should be produced to the accused.

(2) The judge may hold a hearing *in camera* if the judge considers that it will assist in making the determination.

(3) Subsections 278.4(2) and (3) apply in the case of a hearing under subsection (2).

278.7 (1) Where the judge is satisfied that the record or part of the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and its production is necessary in the interests of justice, the judge may order that the record or part of the record that is likely relevant be produced to the accused, subject to any conditions that may be imposed pursuant to subsection (3).

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates and, in particular, shall take the factors specified in paragraphs 278.5(2)(*a*) to (*h*) into account.

(3) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge

a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;

b) sa valeur probante;

c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;

d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;

e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;

f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;

g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;

h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

278.6 (1) Dans les cas où il a rendu l'ordonnance visée au paragraphe 278.5(1), le juge examine le dossier ou la partie en cause en l'absence des parties pour décider si le dossier devrait, en tout ou en partie, être communiqué à l'accusé.

(2) Le juge peut tenir une audience à huis clos s'il l'estime utile pour en arriver à la décision visée au paragraphe (1).

(3) Les paragraphes 278.4(2) et (3) s'appliquent à toute audience tenue en vertu du paragraphe (2).

278.7 (1) S'il est convaincu que le dossier est en tout ou en partie vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice, le juge peut ordonner que le dossier — ou la partie de celui-ci qui est vraisemblablement pertinente — soit, aux conditions qu'il fixe éventuellement en vertu du paragraphe (3), communiqué à l'accusé.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs mentionnés aux alinéas 278.5(2)*a*) à *h*).

(3) Le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées pour protéger

may impose conditions on the production to protect the interests of justice and, to the greatest extent possible, the privacy and equality interests of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates, including, for example, the following conditions:

(*a*) that the record be edited as directed by the judge;

(*b*) that a copy of the record, rather than the original, be produced;

(*c*) that the accused and counsel for the accused not disclose the contents of the record to any other person, except with the approval of the court;

(*d*) that the record be viewed only at the offices of the court;

(*e*) that no copies of the record be made or that restrictions be imposed on the number of copies of the record that may be made; and

(*f*) that information regarding any person named in the record, such as their address, telephone number and place of employment, be severed from the record.

(4) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall direct that a copy of the record or part of the record be provided to the prosecutor, unless the judge determines that it is not in the interests of justice to do so.

(5) The record or part of the record that is produced to the accused pursuant to an order under subsection (1) shall not be used in any other proceedings.

(6) Where the judge refuses to order the production of the record or part of the record to the accused, the record or part of the record shall, unless a court orders otherwise, be kept in a sealed package by the court until the later of the expiration of the time for any appeal and the completion of any appeal in the proceedings against the accused, whereupon the record or part of the record shall be returned to the person lawfully entitled to possession or control of it.

278.8 (1) The judge shall provide reasons for ordering or refusing to order the production of the record or part of the record pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1).

(2) The reasons referred to in subsection (1) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute personne à laquelle le dossier se rapporte, notamment:

a) établissement, selon ses instructions, d'une version révisée du dossier;

b) communication d'une copie, plutôt que de l'original, du dossier;

c) interdiction pour l'accusé et son avocat de divulguer le contenu du dossier à quiconque, sauf autorisation du tribunal;

d) interdiction d'examiner le contenu du dossier en dehors du greffe du tribunal;

e) interdiction de la production d'une copie du dossier ou restriction quant au nombre de copies qui peuvent en être faites;

f) suppression de renseignements sur toute personne dont le nom figure dans le dossier, tels l'adresse, le numéro de téléphone et le lieu de travail.

(4) Dans les cas où il ordonne la communication d'un dossier en tout ou en partie à l'accusé, le juge ordonne qu'une copie du dossier ou de la partie soit donnée au poursuivant, sauf s'il estime que cette mesure serait contraire aux intérêts de la justice.

(5) Les dossiers — ou parties de dossier — communiqués à l'accusé dans le cadre du paragraphe (1) ne peuvent être utilisés dans une autre procédure.

(6) Sauf ordre contraire d'un tribunal, tout dossier — ou toute partie d'un dossier — dont le juge refuse la communication à l'accusé est scellé et reste en la possession du tribunal jusqu'à l'épuisement des voies de recours dans la procédure contre l'accusé; une fois les voies de recours épuisées, le dossier — ou la partie — est remis à la personne qui a droit à la possession légitime de celui-ci.

278.8 (1) Le juge est tenu de motiver sa décision de rendre ou refuser de rendre l'ordonnance prévue aux paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1).

(2) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, à donner par écrit.

278.9 (1) No person shall publish in a newspaper, as defined in section 297, or in a broadcast, any of the following:

(*a*) the contents of an application made under section 278.3;

(*b*) any evidence taken, information given or submissions made at a hearing under subsection 278.4(1) or 278.6(2); or

(*c*) the determination of the judge pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) and the reasons provided pursuant to section 278.8, unless the judge, after taking into account the interests of justice and the right to privacy of the person to whom the record relates, orders that the determination may be published.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

278.91 For the purposes of sections 675 and 676, a determination to make or refuse to make an order pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) is deemed to be a question of law.

V. Issues

On June 11, 1998, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?
3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

A further issue is whether this constitutional challenge has been brought prematurely.

VI. Analysis

A. *Introduction*

We have chosen to address the issues raised by this appeal in the following manner. First, we will

278.9 (1) Il est interdit de publier dans un journal, au sens de l'article 297, ou de diffuser à la radio ou à la télévision:

a) le contenu de la demande présentée en application de l'article 278.3;

b) tout ce qui a été dit ou présenté en preuve à l'occasion de toute audience tenue en vertu du paragraphe 278.4(1) ou 278.6(2);

c) la décision rendue sur la demande dans le cadre des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) et les motifs mentionnés à l'article 278.8, sauf si le juge rend une ordonnance autorisant la publication ou diffusion après avoir pris en considération l'intérêt de la justice et le droit à la vie privée de la personne à laquelle le dossier se rapporte.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

278.91 Pour l'application des articles 675 et 676, la décision rendue en application des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) est réputée constituer une question de droit.

V. Les questions en litige

Le 11 juin 1998, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes: 33

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?
3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Une autre question est de savoir si la présente contestation constitutionnelle est prématurée.

VI. Analyse

A. *Introduction*

Nous avons décidé d'examiner les questions soulevées par le présent pourvoi de la façon sui- 34

outline why this constitutional challenge is not premature. Second, we will discuss the relevant background considerations such as the relationship between the courts and Parliament in light of this Court's decision in *O'Connor*, *supra*, and the definition of the constitutional rights at stake in this appeal. Third, with this background and context, we will consider the constitutionality of the impugned provisions.

B. *Prematurity*

35 The appellant the Attorney General for Alberta ("Alberta") submitted that Belzil J.'s finding of constitutional invalidity was premature and lacked an adequate factual foundation. Alberta argued that as no application for records had been made by the respondent under the new provisions, it is unclear what records, if any, would be denied to the respondent. Several lower courts have endorsed this reasoning. For example, see *R. v. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264 (Q.B.); *R. v. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL) (Gen. Div.); *R. v. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL) (Prov. Div.); *R. v. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL) (Gen. Div.). However, other courts have adopted Belzil J.'s reasoning in the court below: see, e.g., *R. v. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594 (Gen. Div.); *R. v. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL) (Gen. Div.); *R. v. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL) (Gen. Div.).

36 The mere fact that it is not clear whether the respondent will in fact be denied access to records potentially necessary for full answer and defence does not make the claim premature. The respondent need not prove that the impugned legislation would probably violate his right to make full answer and defence. Establishing that the legislation is unconstitutional in its general effects would suffice, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982*,

vante. En premier lieu, nous allons exposer pourquoi la présente contestation constitutionnelle n'est pas prématurée. En deuxième lieu, nous allons analyser les facteurs contextuels pertinents, comme les rapports entre les tribunaux et le législateur, à la lumière de l'arrêt *O'Connor*, précité, de notre Cour et de la définition des droits constitutionnels en jeu dans le présent pourvoi. En troisième lieu, nous allons, dans ce contexte, examiner la constitutionnalité des dispositions contestées.

B. *Le caractère prématuré*

L'appelant le procureur général de l'Alberta («Alberta») a soutenu que la conclusion à l'inconstitutionnalité tirée par le juge Belzil était prématurée et n'avait aucun fondement factuel adéquat. L'Alberta a fait valoir qu'étant donné que l'intimé n'avait fait aucune demande de dossiers fondée sur les nouvelles dispositions, on ne savait pas clairement à quels dossiers, le cas échéant, l'intimé se verrait refuser l'accès. Plusieurs tribunaux d'instance inférieure ont adopté ce raisonnement. Voir, par exemple, *R. c. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264 (B.R.); *R. c. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL) (Div. gén.); *R. c. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL) (Div. prov.); *R. c. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116 (C.S.T.-N. 1re inst.); *R. c. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136 (C.S.T.-N. 1re inst.); *R. c. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL) (Div. gén.). D'autres tribunaux ont cependant suivi le raisonnement adopté au procès par le juge Belzil: voir, par exemple, *R. c. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594 (Div. gén.); *R. c. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL) (Div. gén.); *R. c. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL) (Div. gén.).

Le simple fait qu'il ne soit pas clair que l'intimé se verra effectivement refuser l'accès à des dossiers susceptibles d'être nécessaires pour pouvoir présenter une défense pleine et entière ne rend pas la demande prématurée. L'intimé n'a pas à prouver que la mesure législative contestée porterait vraisemblablement atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il suffirait d'établir que cette mesure législative est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, étant donné que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend

declares a law to be of no force or effect to the extent that it is inconsistent with the Constitution.

However, accepting that the respondent may challenge the general constitutionality of the impugned legislation does not answer the question of whether the respondent must first apply for, and be denied, the production of third party records before bringing a constitutional challenge. The question to answer is whether the appeal record provides sufficient facts to permit the Court to adjudicate properly the issues raised. As Sopinka J. stated for the Court in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 955, when discussing the general rule that constitutional challenges should be disposed of at the end of a case: "An apparently meritorious *Charter* challenge of the law under which the accused is charged which is not dependent on facts to be elicited during the trial may come within this exception to the general rule" (emphasis added).

This Court has often stressed the importance of a factual basis in *Charter* cases. See, for example, *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 762 and 767-68, *per* Dickson C.J.; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 83; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 452; *DeSousa*, *supra*, at p. 954; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 15. These facts have been broken into two categories: legislative and adjudicative. In *Danson*, *supra*, at p. 1099, Sopinka J., for the Court, outlined these categories as follows:

These terms derive from Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, p. 353. (See also Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation", in Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Adjudicative facts are those that concern the immediate parties: in

inopérante la règle de droit qui est incompatible avec la Constitution.

Toutefois, accepter que l'intimé peut contester la constitutionnalité générale de la mesure législative en cause ne répond pas à la question de savoir si, avant de procéder à une contestation constitutionnelle, il doit préalablement demander et se voir refuser la communication de dossiers de tiers. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si le dossier d'appel contient suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées. Comme le juge Sopinka l'a dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, à la p. 955, lorsqu'il analysait la règle générale selon laquelle les contestations constitutionnelles devaient être tranchées à la fin des débats: «Une attaque, fondée sur la *Charte*, contre la loi en vertu de laquelle l'accusé a été inculpé, qui semble bien fondée et qui ne dépend pas de faits devant être prouvés au cours du procès pourrait être visée par cette exception à la règle générale» (nous soulignons). 37

Notre Cour a souvent souligné l'importance de l'existence d'un fondement factuel dans les affaires relatives à la *Charte*. Voir, par exemple, *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la p. 361; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 762, 767 et 768, le juge en chef Dickson; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, à la p. 83; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 452; *DeSousa*, précité, à la p. 954; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au par. 15. Ces faits ont été divisés en deux catégories: les faits législatifs et les faits en litige. Dans l'arrêt *Danson*, précité, à la p. 1099, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de notre Cour, a exposé ces catégories de la façon suivante: 38

Ces expressions proviennent de l'ouvrage de Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, à la p. 353. (Voir également Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation», dans Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les

Davis' words, "who did what, where, when, how, and with what motive or intent . . . ." Such facts are specific, and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements: see e.g., *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, *per* Laskin C.J., at p. 391; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 723; and *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, *per* McIntyre J., at p. 318.

39 The argument that the present appeal is premature rests on the contention that there are few adjudicative facts before the Court. Two points may be made in response.

40 First, it is not clear what further adjudicative facts would arise if the respondent had gone through the impugned procedure and been refused production. Although, pursuant to s. 278.8(1) of the *Criminal Code*, the trial judge must provide reasons for refusing to order production of any record, or part of any record, presumably these reasons could not divulge much about the content of the records in question for that would defeat the very purpose of the new provisions.

41 Second, the record contains sufficient facts to resolve the issues posed by the present appeal. Indeed, no argument was made that the adjudicative facts, sparse as they may be, are insufficient. Moreover, a determination that the legislation at issue in this appeal is unconstitutional in its general effect involves an assessment of the effects of the legislation under reasonable hypothetical circumstances. In *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, Gonthier J. stated, for the majority, at pp. 515-16:

> It is true that this Court has been vigilant, wherever possible, to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the *Charter* (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099, and *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pp. 361-62). Yet it has been noted above

parties au litige: pour reprendre les termes de Davis [TRADUCTION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention . . .» Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères: par exemple, voir *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge en chef Laskin, à la p. 391; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 723; et *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, le juge McIntyre, à la p. 318.

L'argument que le présent pourvoi est prématuré repose sur la prétention que notre Cour est saisie de peu de faits en litige. On peut répondre à cet argument de deux façons.

Premièrement, on ne sait pas clairement quels seraient les autres faits en litige si l'intimé avait suivi la procédure contestée et s'était vu refuser la communication. Bien que, en vertu du par. 278.8(1) du *Code criminel*, le juge du procès doive motiver sa décision de refuser d'ordonner la communication d'un dossier ou d'une partie d'un dossier, ses motifs ne pourraient vraisemblablement pas en dire long sur le contenu du dossier en question car cela contrecarrerait l'objet même des nouvelles dispositions.

Deuxièmement, le dossier contient suffisamment de faits pour trancher les questions soulevées par le présent pourvoi. En réalité, on n'a pas prétendu que les faits en litige, si clairsemés soient-ils, sont insuffisants. De plus, pour déterminer si la mesure législative en cause dans le présent pourvoi est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, il faut en évaluer les effets dans des circonstances hypothétiques raisonnables. Dans *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, le juge Gonthier a affirmé, au nom de la majorité, aux pp. 515 et 516:

> Notre Cour a certes veillé autant que possible à s'assurer de l'existence d'une base factuelle appropriée avant d'évaluer une loi en fonction de la *Charte* (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099, et *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 et 362). Pourtant, comme nous l'avons

that s. 12 jurisprudence does not contemplate a standard of review in which that kind of factual foundation is available in every instance. The applicable standard must focus on imaginable circumstances which could commonly arise in day-to-day life. [Emphasis added.]

Likewise, given the nature of the statutory framework, where the accused and the Court remain unaware of the contents of the records sought, many of the arguments by necessity focus upon such "imaginable circumstances".

Given these considerations, we are satisfied that there is an appropriate factual basis in this case and that the application is therefore not premature.

C. *Background Considerations*

(1) The *O'Connor* Regime and Bill C-46

The respondent in this appeal and several interveners argued that the provisions of Bill C-46 are unconstitutional to the extent that they are inconsistent with the reasons of the majority of this Court in *O'Connor*, *supra*. Belzil J., for the court below, similarly held that Bill C-46 is unconstitutional because it alters the constitutional balance achieved in *O'Connor*. Before addressing these arguments, we will briefly review the production regimes at issue.

(a) *The O'Connor Regime*

This Court's decision in *O'Connor*, concerned the common law procedure to be followed by an accused seeking production of therapeutic records in the hands of third parties. As a preliminary matter, Lamer C.J. and Sopinka J., for the majority on the issue of production, also discussed the issue of disclosure of therapeutic records in the hands of the Crown. In their opinion, the Crown's obligation to disclose records in its possession or control, as established in *Stinchcombe*, *supra*, is unaltered by the confidential nature of therapeutic records where the records have been shared with the Crown or "confidentiality has been waived for the purpose of proceeding against the accused"

indiqué plus haut, la jurisprudence portant sur l'art. 12 n'envisage pas une norme d'examen qui repose dans chaque cas sur ce genre de base factuelle. La norme applicable doit être centrée sur des circonstances imaginables qui pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne. [Nous soulignons.]

De même, compte tenu de la nature du cadre législatif, où l'accusé et le tribunal ignorent le contenu des dossiers demandés, un bon nombre d'arguments portent nécessairement sur des «circonstances imaginables».

Compte tenu de ces facteurs, nous sommes convaincus qu'il y a un fondement factuel approprié en l'espèce et que la demande n'est donc pas prématurée. 42

C. *Les facteurs contextuels*

(1) Le régime de l'arrêt *O'Connor* et la loi C-46

Dans le présent pourvoi, l'intimé et plusieurs intervenants ont prétendu que les dispositions de la loi C-46 sont inconstitutionnelles dans la mesure où elles sont incompatibles avec les motifs prononcés par notre Cour, à la majorité, dans l'arrêt *O'Connor*, précité. De même, le juge Belzil a conclu, au procès, que la loi C-46 est inconstitutionnelle parce qu'elle modifie l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*. Avant d'aborder ces arguments, nous allons examiner brièvement les régimes de communication en cause. 43

a) *Le régime de l'arrêt O'Connor*

L'arrêt *O'Connor* de notre Cour portait sur la procédure de common law que devait suivre l'accusé qui cherchait à obtenir la communication de dossiers thérapeutiques en la possession de tiers. À titre préliminaire, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité sur la question de la communication, ont également analysé la question de la communication des dossiers thérapeutiques qui sont en la possession du ministère public. Ils étaient d'avis que l'obligation du ministère public de communiquer les dossiers qui sont en sa possession ou sous son contrôle, qui a été établie dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, n'est pas modifiée par la nature confidentielle des dos- 44

(para. 9). Even if privileged, these records must be disclosed to the accused where "clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence" (para. 11).

45 In the context of ordering production of records that are in the hands of third parties, Lamer C.J. and Sopinka J. outlined a two-stage process. At the first stage, the issue is whether the document sought by the accused ought to be produced to the judge; at the second stage, the trial judge must balance the competing interests to decide whether to order production to the accused. At the first stage, the onus is on the accused to establish that the information in question is "likely to be relevant" (para. 19 (emphasis in original)). Unlike in the Crown disclosure context, where relevance is understood to mean "may be useful to the defence", the threshold of likely relevance in this context requires that the presiding judge be satisfied "that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify" (para. 22 (emphasis in original)). This shift in onus and the higher threshold, as compared to when records are in the possession of the Crown, was necessitated by the fact that the information in question is not part of the state's "case to meet", the state has not been given access to it, and third parties are under no obligation to assist the defence.

46 Lamer C.J. and Sopinka J. held that the threshold of likely relevance at this first stage is not a significant or onerous burden. It is meant to prevent requests for production that are "speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming" (para. 24). Although Lamer C.J. and Sopinka J. disagreed with L'Heureux-Dubé J. that therapeutic records are rarely relevant to the

siers thérapeutiques lorsque ces dossiers ont été communiqués au ministère public ou que «l'on a renoncé à ce caractère confidentiel afin de poursuivre l'accusé» (par. 9). Même s'ils sont protégés, ces dossiers doivent être communiqués à l'accusé lorsqu'ils sont «manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense» (par. 11).

En ce qui concerne l'ordonnance de communication de dossiers qui sont en la possession de tiers, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont exposé une procédure en deux étapes. À la première étape, il s'agit de savoir si le document demandé par l'accusé devrait être communiqué au juge; à la deuxième étape, le juge du procès doit évaluer les intérêts opposés pour décider s'il y a lieu d'ordonner la communication à l'accusé. À la première étape, il incombe à l'accusé d'établir que les renseignements en cause sont d'une «pertinence probable» (par. 19 (souligné dans l'original)). Contrairement au contexte de la communication par le ministère public, où la pertinence est interprétée comme signifiant «l'utilité que [cela peut] avoir pour la défense», le seuil de la pertinence probable dans ce contexte exige que le juge qui préside le procès soit convaincu «qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin» (par. 22 (souligné dans l'original)). Ce déplacement d'obligation ainsi que le seuil plus élevé, comparativement aux cas où les dossiers sont en la possession du ministère public, sont devenus nécessaires du fait que les renseignements en cause ne font pas partie de la «preuve à charge» de l'État, que ce dernier n'y a pas eu accès et que les tiers ne sont pas tenus d'aider la défense.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont statué que le seuil de la pertinence probable à cette première étape ne constitue pas un fardeau important ou onéreux. Il vise à empêcher les demandes de communication «qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires» (par. 24). Même s'ils ne partageaient pas l'avis du

accused, they declined to set out "categories of relevance" (para. 27).

If the first stage is passed, the record is disclosed to the court and the application for production moves onto the second stage where the judge determines whether the record should be produced to the accused. At this second stage, Lamer C.J. and Sopinka J. require the trial judge to balance the competing interests in order to determine whether a non-production order would be a reasonable limit on the accused's ability to make full answer and defence. They list a series of factors that trial judges should consider in making this determination (at para. 31):

> (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; and (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question.

Although L'Heureux-Dubé J., for the minority on this issue, outlined the same five factors as the majority, she also included two additional factors: the integrity of the trial process and the societal interest in reporting sexual crimes. Lamer C.J. and Sopinka J. held that the former is better dealt with when determining admissibility of the evidence and that the latter, while a relevant factor, was "not a paramount consideration" as there are many other avenues open to the trial judge to protect this interest than declining production (at paras. 32 and 33).

(b) *Bill C-46*

On May 12, 1997, approximately 17 months after this Court released its decision in *O'Connor*, Bill C-46 came into force. Bill C-46 sets out a process to govern the production of the private

juge L'Heureux-Dubé que les dossiers thérapeutiques sont rarement utiles à l'accusé, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont refusé d'établir des «catégories de pertinence» (par. 27).

47 Si la première étape est franchie, le dossier est communiqué au tribunal et la demande de communication passe à la deuxième étape, où le juge décide s'il y a lieu de communiquer le dossier à l'accusé. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka exigent qu'à cette étape le juge du procès évalue les intérêts opposés afin de déterminer si une ordonnance de non-communication constituerait une limite raisonnable à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ils énumèrent une série de facteurs dont le juge du procès devrait tenir compte pour prendre sa décision (au par. 31):

> (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; et (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question.

Bien qu'elle ait exposé les cinq mêmes facteurs que les juges majoritaires, le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom des juges dissidents sur cette question, a ajouté deux facteurs supplémentaires: l'intégrité du processus judiciaire et l'intérêt de la société à ce que les crimes d'ordre sexuel soient signalés. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont conclu qu'il valait mieux examiner le premier facteur en déterminant l'admissibilité de la preuve et que l'autre facteur, quoique pertinent, n'était «pas une considération primordiale» puisque le juge du procès dispose de nombreux moyens, autres que refuser la communication, de protéger cet intérêt (aux par. 32 et 33).

b) *La loi C-46*

48 Le 12 mai 1997, environ 17 mois après que notre Cour eut rendu l'arrêt *O'Connor*, la loi C-46 est entrée en vigueur. Cette loi énonce une procédure régissant la communication des dossiers

records of complainants and witnesses in sexual assault trials in place of the common law regime this Court established in *O'Connor*. The preamble to the Bill indicates that Parliament was concerned about the incidence of sexual violence and abuse in Canadian society, its prevalence against women and children, and its "particularly disadvantageous impact on the equal participation of women and children in society and on the rights of women and children to security of the person, privacy and equal benefit of the law as guaranteed by sections 7, 8, 15 and 28 of the [*Charter*]". The preamble expressly declares that Parliament seeks to provide a framework of laws that are fair to and protect the rights of both accused persons and complainants.

49 While the Bill retains the two-stage structure set out in *O'Connor*, there are significant differences between the two regimes. Many of these are uncontentious. In the following overview of the Bill, we expound on only the provisions brought under review in this appeal.

50 Bill C-46 begins by defining the records to which it applies: "any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy", excluding investigatory or prosecutorial records: s. 278.1. It goes on to define the types of offences that will trigger its application: s. 278.2(1). Generally, these are sexual assault and similar sexual offences. Section 278.2(1) states that an accused person charged with these offences cannot obtain the records relating to complainants or witnesses covered by s. 278.1, except in accordance with the process set out by the Bill.

51 A third preliminary section, s. 278.2(2), states that the Bill applies to records in the possession or control of any person, including the Crown prosecutor, unless the complainant or witness "has expressly waived the application of [the Bill]". Absent waiver, documents in the possession of the prosecution are treated in the same manner as doc-

privés des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle, qui vient remplacer le régime de common law établi par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*. Son préambule indique que le législateur était préoccupé par les cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne, par la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants et par leurs «effets particulièrement néfastes sur les chances d'égalité des femmes et des enfants au sein de la société et sur leurs droits à la sécurité de leur personne, à la vie privée ou au même bénéfice de la loi qui sont garantis par les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte*». Le préambule précise que le législateur cherche à établir un cadre juridique qui soit équitable et qui protège à la fois les droits des accusés et ceux des plaignants.

Bien que la Loi maintienne la procédure en deux étapes énoncée dans l'arrêt *O'Connor*, il existe entre les deux régimes d'importantes différences qui, dans une large mesure, sont incontestées. Dans l'aperçu suivant de la Loi, nous expliquons seulement les dispositions qui sont examinées dans le présent pourvoi.

La loi C-46 définit d'abord les dossiers auxquels elle s'applique comme étant «toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée», à l'exclusion des dossiers d'enquête et ceux de la poursuite: art. 278.1. Elle définit ensuite les genres d'infractions qui vont déclencher son application: par. 278.2(1). En général, ce sont l'agression sexuelle et les infractions d'ordre sexuel similaires. Le paragraphe 278.2(1) prévoit que la personne accusée de ces infractions ne peut obtenir les dossiers concernant les plaignants et les témoins visés par l'art. 278.1 qu'en conformité avec la procédure énoncée par la Loi.

Une troisième disposition préliminaire, soit le par. 278.2(2), prévoit que la Loi s'applique aux dossiers en la possession ou sous le contrôle de toute personne, y compris le procureur du ministère public, sauf si le plaignant ou le témoin «a expressément renoncé à l'application» de la Loi. En l'absence de renonciation, les documents

uments in the hands of a private individual or organization and therefore are subject to disclosure pursuant to the Bill's procedures.

Yet another preliminary provision sets out "assertions" that are "not sufficient on their own" on an application for production to establish that a record is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify": s. 278.3(4).

This brings us to the heart of the Bill — the process established to govern the production of private records to an accused person in sexual offence proceedings. Like *O'Connor*, Parliament has set up a two-stage process: (1) disclosure to the judge; and (2) production to the accused. At the first stage, the accused must establish that the record sought is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" and that "the production of the record is necessary in the interests of justice" (s. 278.5(1)). Bill C-46 diverges from *O'Connor* by directing the trial judge to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused's right to full answer and defence and the complainant's or witness's right to privacy and equality. A series of factors is listed that the trial judge is directed to take into account in deciding whether the document should be produced to the court (s. 278.5(2)):

(*a*) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;

(*b*) the probative value of the record;

(*c*) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;

(*d*) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;

(*e*) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;

(*f*) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;

en la possession de la poursuite sont traités de la même manière que les documents détenus par un particulier ou par un organisme privé, et ils sont donc sujets à communication selon la procédure établie par la Loi.

Encore est-il qu'une autre disposition préliminaire énonce les «affirmations» qui, dans une demande de communication, ne «suffisent pas en soi» à démontrer qu'un dossier est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner»: par. 278.3(4). 52

Cela nous amène au cœur de la Loi — la procédure établie pour régir la communication de dossiers privés à un accusé dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. À l'instar de l'arrêt *O'Connor*, le législateur a établi une procédure en deux étapes: (1) la communication au juge, et (2) la communication à l'accusé. À la première étape, l'accusé doit établir que le dossier demandé est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» et que sa communication «sert les intérêts de la justice» (par. 278.5(1)). La loi C-46 diffère de l'arrêt *O'Connor* en ce sens qu'elle ordonne au juge du procès de prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin. Suit une liste de facteurs dont le juge du procès doit tenir compte pour décider si le document doit être communiqué ou non au tribunal (par. 278.5(2)): 53

a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;

b) sa valeur probante;

c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;

d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;

e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;

f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;

(*g*) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and

(*h*) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

54 If the requirements of this first stage are met, the record will be ordered produced to the trial judge. At the second stage, the judge looks at the record in the absence of the parties (s. 278.6(1)), holds a hearing if necessary (s. 278.6(2)), and determines whether the record should be produced on the basis that it is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" and that its production is "necessary in the interests of justice" (s. 278.7). Again at this stage, the judge must consider the salutary and deleterious effects on the accused's right to make full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, and is directed to "take into account" the factors set out at s. 278.5(2): s. 278.7(2). When ordering production, the judge may impose conditions on production: s. 278.7(3).

55 The respondent and several supporting interveners argue that Bill C-46 is unconstitutional to the extent that it establishes a regime for production that differs from or is inconsistent with that established by the majority in *O'Connor*. However, it does not follow from the fact that a law passed by Parliament differs from a regime envisaged by the Court in the absence of a statutory scheme, that Parliament's law is unconstitutional. Parliament may build on the Court's decision, and develop a different scheme as long as it remains constitutional. Just as Parliament must respect the Court's rulings, so the Court must respect Parliament's determination that the judicial scheme can be improved. To insist on slavish conformity would belie the mutual respect that underpins the relationship between the courts and legislature that is so essential to our constitutional democracy: *Vriend, supra*. We turn now to a brief discussion of that relationship.

g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;

h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

Si les exigences de la première étape sont respectées, la communication du dossier au juge du procès sera ordonnée. À la deuxième étape, le juge examine le dossier en l'absence des parties (par. 278.6(1)), tient une audience si nécessaire (par. 278.6(2)) et décide s'il y a lieu de communiquer le dossier pour le motif qu'il est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» et que sa communication «sert les intérêts de la justice» (art. 278.7). Là encore, à cette étape, le juge doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, et il doit «tenir compte» des facteurs énumérés au par. 278.5(2): par. 278.7(2). Lorsqu'il ordonne la communication, le juge peut l'assujettir à des conditions: par. 278.7(3).

L'intimé et plusieurs intervenants qui l'appuient font valoir que la loi C-46 est inconstitutionnelle dans la mesure où elle établit un régime de communication qui diffère de celui établi par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, ou qui est incompatible avec celui-ci. Le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut toutefois pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que celui-ci demeure constitutionnel. Tout comme le législateur doit respecter les décisions de la Cour, la Cour doit respecter la décision du législateur que le régime qu'elle a créé peut être amélioré. Insister sur une conformité servile irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle: *Vriend*, précité. Nous passons maintenant à une brève analyse de ces rapports.

(2) Relationship Between the Courts and the Legislature Generally

A posture of respect towards Parliament was endorsed by this Court in *Slaight Communications*, *supra*, at p. 1078, where we held that if legislation is amenable to two interpretations, a court should choose the interpretation that upholds the legislation as constitutional. Thus courts must presume that Parliament intended to enact constitutional legislation and strive, where possible, to give effect to this intention.

This Court has also discussed the relationship between the courts and the legislature in terms of a dialogue, and emphasized its importance to the democratic process. In *Vriend*, *supra*, at para. 139, Iacobucci J. stated:

> To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

See also P. W. Hogg and A. A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. If the common law were to be taken as establishing the only possible constitutional regime, then we could not speak of a dialogue with the legislature. Such a situation could only undermine rather than enhance democracy. Legislative change and the development of the common law are different. As this Court noted in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 666, the common law changes incrementally, "while complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature". While this dialogue obviously is of a somewhat different nature when the common law rule involves interpretation of the *Charter*, as in *O'Connor*, it remains a dialogue nonetheless.

(2) Les rapports généraux entre les tribunaux et le législateur

Notre Cour a adopté une attitude de respect envers le législateur dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, à la p. 1078, où elle a conclu que, si une mesure législative prête à deux interprétations, le tribunal doit choisir celle qui en maintient le caractère constitutionnel. Par conséquent, les tribunaux doivent présumer que le législateur avait l'intention d'adopter une mesure législative constitutionnelle et ils doivent s'efforcer, autant que possible, de mettre à exécution cette intention. 56

Notre Cour a également analysé les rapports entre les tribunaux et le législateur sous l'angle d'un dialogue, et elle a souligné leur importance pour le processus démocratique. Dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 139, le juge Iacobucci a dit: 57

> La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

Voir aussi P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. S'il fallait considérer que la common law établit le seul régime constitutionnel possible, on ne pourrait pas alors parler de dialogue avec le législateur. Une telle situation ne pourrait que miner la démocratie au lieu de la favoriser. La modification législative et l'évolution de la common law sont deux choses différentes. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 666, la common law change progressivement, tandis qu'il «convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines». Bien que ce dialogue diffère évidemment quelque peu lorsque la règle de common law nécessite l'interprétation de la *Charte*, comme dans l'arrêt *O'Connor*, il n'en demeure pas moins un dialogue.

58 Moreover, in this Court's recent decision *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, we affirmed the proposition that constitutionalism can facilitate democracy rather than undermine it, and that one way in which it does this is by ensuring that fundamental human rights and individual freedoms are given due regard and protection (at paras. 74-78). Courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms; Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups. This is especially important to recognize in the context of sexual violence. The history of the treatment of sexual assault complainants by our society and our legal system is an unfortunate one. Important change has occurred through legislation aimed at both recognizing the rights and interests of complainants in criminal proceedings, and debunking the stereotypes that have been so damaging to women and children, but the treatment of sexual assault complainants remains an ongoing problem. If constitutional democracy is meant to ensure that due regard is given to the voices of those vulnerable to being overlooked by the majority, then this court has an obligation to consider respectfully Parliament's attempt to respond to such voices.

De plus, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, notre Cour a récemment confirmé que le constitutionnalisme peut faciliter la démocratie au lieu de la miner, et que l'une des façons dont il le fait est de garantir le respect et la protection qui sont dus aux droits fondamentaux et aux libertés individuelles de la personne (au par. 74 à 78). Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés; le législateur joue également un rôle à cet égard et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables. Il importe particulièrement de reconnaître ce fait dans le contexte de la violence sexuelle. La façon dont notre société et notre système judiciaire ont traité les plaignants en matière d'agression sexuelle dans le passé est regrettable. D'importantes modifications ont été effectuées par voie législative dans le but de reconnaître les droits et intérêts des plaignants en matière criminelle et de mettre fin aux stéréotypes qui ont fait tant de tort aux femmes et aux enfants, mais le traitement des plaignants en matière d'agression sexuelle constitue toujours un problème. Si la démocratie constitutionnelle vise à garantir que la majorité écoute comme il se doit la voix des personnes vulnérables, notre Cour a donc l'obligation de faire preuve de déférence en examinant la tentative du législateur de répondre à cette voix.

59 Parliament has enacted this legislation after a long consultation process that included a consideration of the constitutional standards outlined by this Court in *O'Connor*. While it is the role of the courts to specify such standards, there may be a range of permissible regimes that can meet these standards. It goes without saying that this range is not confined to the specific rule adopted by the Court pursuant to its competence in the common law. In the present case, Parliament decided that legislation was necessary in order to address the issue of third party records more comprehensively. As is evident from the language of the preamble to Bill C-46, Parliament also sought to recognize the prevalence of sexual violence against women and children and its disadvantageous impact on their rights, to encourage the reporting of incidents of sexual violence, to recognize the impact of the pro-

Le législateur a adopté la présente mesure législative à la suite d'un long processus de consultation qui a comporté un examen des normes constitutionnelles exposées par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de préciser ces normes, il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont. Il va sans dire que cette gamme ne se limite pas à la règle particulière que la Cour a adoptée conformément à sa compétence en matière de common law. En l'espèce, le législateur a décidé qu'une mesure législative était nécessaire pour aborder de façon plus exhaustive la question des dossiers de tiers. Comme l'indique clairement le préambule de la loi C-46, le législateur a également cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, à encourager la dénoncia-

duction of personal information on the efficacy of treatment, and to reconcile fairness to complainants with the rights of the accused. Many of these concerns involve policy decisions regarding criminal procedure and its relationship to the community at large. Parliament may also be understood to be recognizing "horizontal" equality concerns, where women's inequality results from the acts of other individuals and groups rather than the state, but which nonetheless may have many consequences for the criminal justice system. It is perfectly reasonable that these many concerns may lead to a procedure that is different from the common law position but that nonetheless meets the required constitutional standards.

tion des cas de violence sexuelle, à reconnaître l'incidence de la communication de renseignements personnels sur l'efficacité des traitements et à concilier l'équité pour le plaignant avec les droits de l'accusé. Un bon nombre de ces préoccupations nécessitent des décisions de principe concernant la procédure criminelle et son lien avec la collectivité en général. On peut aussi considérer que le législateur reconnaît des soucis d'égalité «horizontale» lorsque l'inégalité des femmes, qui résulte d'actes accomplis par d'autres personnes et groupes plutôt que par l'État, peut néanmoins avoir de nombreuses conséquences sur le système de justice criminelle. Il est tout à fait raisonnable que ces nombreuses préoccupations puissent mener à une procédure qui diffère de la position de la common law mais qui respecte néanmoins les normes constitutionnelles requises.

We cannot presume that the legislation is unconstitutional simply because it is different from the common law position. The question before us is not whether Parliament can amend the common law; it clearly can. The question before us is whether in doing so Parliament has nonetheless outlined a constitutionally acceptable procedure for the production of private records of complainants in sexual assault trials. This question is considered at length below, following the discussion of the constitutional rights at stake in this appeal.

60 Nous ne pouvons pas présumer que la mesure législative est inconstitutionnelle simplement parce qu'elle diffère de la position de la common law. La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si le législateur peut modifier la common law; il le peut manifestement. La question dont nous sommes saisis est de savoir si, en le faisant, le législateur a malgré tout exposé une procédure constitutionnellement acceptable relativement à la communication des dossiers privés de plaignants dans des procès en matière d'agression sexuelle. Cette question est examinée en détail plus loin, après une analyse des droits constitutionnels en jeu dans le présent pourvoi.

(3) Tensions Among Full Answer and Defence, Privacy, and Equality

(a) *Balancing Interests and Defining Rights*

(3) Les tensions entre défense pleine et entière, vie privée et égalité

a) *Évaluation des intérêts et définition des droits*

At play in this appeal are three principles, which find their support in specific provisions of the *Charter*. These are full answer and defence, privacy, and equality. No single principle is absolute and capable of trumping the others; all must be defined in light of competing claims. As Lamer C.J. stated in *Dagenais*, *supra*, at p. 877: "When the protected rights of two individuals come into conflict . . . *Charter* principles require a balance to

61 Trois principes étayés par des dispositions particulières de la *Charte* sont en jeu dans le présent pourvoi. Ce sont les principes de la défense pleine et entière, de la vie privée et de l'égalité. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres; tous doivent être définis à la lumière de revendications opposées. Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans l'arrêt *Dagenais*, précité, à la p. 877: «Lorsque les droits de deux

be achieved that fully respects the importance of both sets of rights." This illustrates the importance of interpreting rights in a contextual manner — not because they are of intermittent importance but because they often inform, and are informed by, other similarly deserving rights or values at play in particular circumstances.

62 The respondent's right to liberty under s. 7 of the *Charter* is engaged because he faces the possibility of imprisonment. The question therefore becomes whether the procedure outlined in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* violates the principles of fundamental justice. To answer this we must determine what the relevant rights are. First of all, the denial of the accused's ability to make full answer and defence implicates s. 7. An unreasonable search and seizure of a complainant's records, however, violates the complainant's right to privacy protected under s. 8. As this Court made clear in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 502, both of these rights are instances of the "principles of fundamental justice" enshrined in s. 7. Insofar as the rights at stake all fall within ss. 7 to 14, the "principles of fundamental justice" provide a useful context for defining these rights in light of each other.

63 Considered in the abstract, these principles of fundamental justice may seem to conflict. The conflict is resolved by considering conflicting rights in the factual context of each particular case. Therefore, we do not say that a complainant's right to be free from an unreasonable search and seizure may be justifiably infringed by the accused's right to make full answer and defence or vice versa. Rather, part of what defines both a reasonable search or seizure and full answer and defence is a full appreciation of these principles of fundamental justice as they operate within a particular context.

64 Moreover, a full interpretation and discussion of these principles will implicate other *Charter* rights

individus sont en conflit, [. . .] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.» Cela montre l'importance de donner aux droits une interprétation fondée sur le contexte — non parce qu'ils ont une importance sporadique, mais parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières.

Le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé est en jeu parce que celui-ci est passible d'emprisonnement. Se pose donc la question de savoir si la procédure exposée aux art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* viole les principes de justice fondamentale. Pour répondre à cette question, nous devons déterminer quels sont les droits pertinents. Premièrement, un refus de permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière fait intervenir l'art. 7. Une fouille et une saisie abusives des dossiers d'un plaignant violent toutefois le droit à la vie privée que lui garantit l'art. 8. Comme notre Cour l'a affirmé clairement dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 502, ces deux droits sont des exemples de «principes de justice fondamentale» consacrés à l'art. 7. Dans la mesure où les droits en jeu relèvent tous des art. 7 à 14, les «principes de justice fondamentale» fournissent un contexte utile pour définir ces droits les uns par rapport aux autres.

Examinés dans l'abstrait, ces principes de justice fondamentale peuvent sembler entrer en conflit. Ce conflit est résolu par l'examen des droits contradictoires en fonction des faits de chaque affaire. Par conséquent, nous n'affirmons pas que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière peut, de façon justifiable, porter atteinte au droit d'un plaignant de ne pas faire l'objet d'une fouille, perquisition ou saisie abusive, ou vice versa. Au contraire, pour qu'il y ait fouille, perquisition ou saisie non abusive et défense pleine et entière, il faut notamment une compréhension complète de la façon dont ces principes de justice fondamentale s'appliquent dans un contexte donné.

De plus, l'interprétation et l'analyse complètes de ces principes fait intervenir d'autres droits

such as equality and security of the person. When the rights involved are outside of ss. 7 to 14, resort to the principles of fundamental justice will of course not be sufficient to resolve the question. However, it will not change the analysis. Whether or not all the rights involved are "principles of fundamental justice", *Charter* rights must always be defined contextually.

garantis par la *Charte*, comme l'égalité et la sécurité de la personne. Si les droits en cause ne relèvent pas des art. 7 à 14, il est évident que le recours aux principes de justice fondamentale ne sera pas suffisant pour résoudre la question. Toutefois, cela ne changera rien à l'analyse. Peu importe que les droits en cause soient tous ou non des «principes de justice fondamentale», les droits garantis par la *Charte* doivent toujours être définis en fonction du contexte.

It is also important to distinguish between balancing the principles of fundamental justice under s. 7 and balancing interests under s. 1 of the *Charter*. The s. 1 jurisprudence that has developed in this Court is in many respects quite similar to the balancing process mandated by s. 7. As McLachlin J. stated for the Court in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 152, regarding the latter: "The . . . question is whether, from a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between the accused's interests and the interests of society." Much the same could be said regarding the central question posed by s. 1.

65 Il est également important d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la *Charte*. La jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier est, à maints égards, fort semblable au processus d'évaluation prescrit par l'art. 7. Comme le juge McLachlin l'a dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, à la p. 152, relativement à ce processus: «La [. . .] question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société.» On pourrait en dire presque autant de la question principale soulevée par l'article premier.

However, there are several important differences between the balancing exercises under ss. 1 and 7. The most important difference is that the issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights in question whereas under s. 1 the question is whether the violation of these boundaries may be justified. The different role played by ss. 1 and 7 also has important implications regarding which party bears the burden of proof. If interests are balanced under s. 7 then it is the rights claimant who bears the burden of proving that the balance struck by the impugned legislation violates s. 7. If interests are balanced under s. 1 then it is the state that bears the burden of justifying the infringement of the *Charter* rights.

66 Il y a cependant plusieurs différences importantes entre l'évaluation fondée sur l'article premier et celle qui est fondée sur l'art. 7. La différence la plus importante réside dans le fait que la question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Le rôle différent que jouent l'article premier et l'art. 7 a également des répercussions importantes sur l'identité de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve. Si les intérêts sont évalués en vertu de l'art. 7, c'est la personne qui revendique des droits qui a le fardeau de prouver que l'équilibre établi par la mesure législative contestée viole l'art. 7. Si les intérêts sont évalués en vertu de l'article premier, il incombe alors à l'État de justifier l'atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

Because of these differences, the nature of the issues and interests to be balanced is not the same

67 À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n'est

under the two sections. As Lamer J. (as he then was) stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503: "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system". In contrast, s. 1 is concerned with the values underlying a free and democratic society, which are broader in nature. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated, at p. 136, that these values and principles "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 *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737, Dickson C.J. described such values and principles as "numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more".

68 Keeping these differences in mind, the first question to ask is how to define full answer and defence, privacy, and equality in this context, and not how they may be justifiably limited. We therefore now turn to a more detailed consideration of these rights and their animating principles.

(b) *Nature of the Charter Principles*

(i) Full Answer and Defence

69 It is well established that the ability of the accused to make full answer and defence is a principle of fundamental justice protected by s. 7: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. Full answer and defence is also linked to other principles of fundamental justice "such as the presumption of innocence, the right to a fair trial, and the principle against self-incrimination": *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, *per* Cory, Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 98. Many of these principles of fundamental justice are informed by the legal rights outlined in ss. 8 to 14

pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a dit dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». Par contre, l'article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, qui sont plus larges par nature. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 136, que ces valeurs et ces principes «comprennent [. . .] 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 l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 737, le juge en chef Dickson a décrit ces valeurs et principes comme étant «nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore».

Tout en ayant ces différences à l'esprit, la première question qu'il faut se poser est de savoir comment définir les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l'égalité dans ce contexte, et non pas comment ils peuvent être restreints de façon justifiable. Nous passons donc maintenant à un examen plus détaillé de ces droits et des principes qui les animent.

b) *Nature des principes de la Charte*

(i) La défense pleine et entière

Il est bien établi que la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. La défense pleine et entière est également liée à d'autres principes de justice fondamentale «comme la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable et le principe interdisant l'auto-incrimination»: *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, au par. 98. Un bon nombre de ces principes de justice fondamentale reposent sur les garanties juridiques

of the *Charter*: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843. Indeed, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603, the majority of this Court recognized that both s. 7 and the guarantee of a right to a fair trial enshrined in s. 11(*d*) are "inextricably intertwined" and protect a right to full answer and defence.

Indeed, this Court recognized in *Stinchcombe*, *supra*, that non-disclosure of relevant information by the Crown can seriously erode the right to make full answer and defence and carries with it the very real threat of convicting an innocent person. Sopinka J. noted, at p. 336, that the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution found that the Crown's failure to disclose prior inconsistent statements played a key role in the miscarriage of justice that occurred in that case, prompting the Commissioners to recommend that "anything less than complete disclosure by the Crown falls short of decency and fair play" (see *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), at p. 238).

Our jurisprudence has recognized on several occasions "the danger of placing the accused in a 'Catch-22' situation as a condition of making full answer and defence": *O'Connor*, *supra*, at para. 25; see also *Dersch*, *supra*, at pp. 1513-14; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1463-64; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469. This is an important consideration in the context of records production as often the accused may be in the difficult position of making submissions regarding the importance to full answer and defence of records that he or she has not seen. Where the records are part of the case to meet, this concern is particularly acute as such a situation very directly implicates the accused's ability to raise a doubt concerning his or her innocence. As the Court stated in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, "[t]his Court has consistently affirmed that it is a fundamental prin-

exposées aux art. 8 à 14 de la *Charte*: *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843. En fait, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603, notre Cour, à la majorité, a reconnu que l'art. 7 et le droit à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) étaient «inextricablement liés» et qu'ils protègent le droit à une défense pleine et entière.

En outre, notre Cour a reconnu, dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, que la non-divulgation de renseignements pertinents par le ministère public peut miner gravement le droit à une défense pleine et entière et risque fortement d'entraîner la déclaration de culpabilité d'un innocent. Le juge Sopinka a souligné, à la p. 336, que la Commission royale d'enquête sur les poursuites contre Donald Marshall, fils, avait conclu que l'omission du ministère public de divulguer des déclarations antérieures incompatibles avait contribué de façon majeure à l'erreur judiciaire commise dans cette affaire, ce qui avait incité les commissaires à affirmer que [TRADUCTION] «la décence et le franc-jeu ne commandent rien de moins que la communication intégrale de sa preuve par le ministère public» (voir *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), à la p. 238). 70

Notre jurisprudence a reconnu, à maintes reprises, qu'il est «dangereux de placer l'accusé dans une situation sans issue comme condition pour présenter une défense pleine et entière»: *O'Connor*, précité, au par. 25; voir également *Dersch*, précité, aux pp. 1513 et 1514; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1463 et 1464; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. Ce facteur est important dans le contexte de la communication de dossiers, car souvent l'accusé peut se trouver dans la situation délicate où il doit présenter des observations concernant l'importance, aux fins d'assurer une défense pleine et entière, de dossiers qu'il n'a pas vus. Lorsque les dossiers font partie de la preuve du ministère public, cette préoccupation est d'autant plus grande qu'une telle situation influe très directement sur la capacité de l'accusé de soulever un doute quant à sa culpabilité. Comme notre Cour l'a 71

ciple of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted". Where the records to which the accused seeks access are not part of the case to meet, however, privacy and equality considerations may require that it be more difficult for accused persons to gain access to therapeutic or other records.

72 That said, the principles of fundamental justice do not entitle the accused to "the most favourable procedures that could possibly be imagined": *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, *per* La Forest J., at p. 362. This is because fundamental justice embraces more than the rights of the accused. For example, this Court has held that an assessment of the fairness of the trial process must be made "from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant" and not just the accused: *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, *per* Cory J., at p. 198. In a similar vein, McLachlin J., in *Seaboyer*, *supra*, at p. 603, stated:

> The principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns. Section 7 must be construed having regard to those interests and "against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field" (*Beare*, [[1988] 2 S.C.R. 387], at pp. 402-3 *per* La Forest J.). The ultimate question is whether the legislation, viewed in a purposive way, conforms to the fundamental precepts which underlie our system of justice.

She concluded, at p. 606, that "the avoidance of unprobative and misleading evidence, the encouraging of reporting and the protection of the security and privacy of the witnesses" conform to these fundamental precepts.

73 This spectrum of interests reflected in the principles of fundamental justice highlights the need to avoid viewing any particular principle in isolation

dit dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, «[n]otre Cour a constamment affirmé que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*». Toutefois, lorsque les dossiers auxquels l'accusé cherche à avoir accès ne font pas partie de la preuve du ministère public, des considérations de vie privée et d'égalité peuvent exiger qu'il lui soit plus difficile d'avoir accès à des dossiers thérapeutiques ou autres.

Cela dit, les principes de justice fondamentale ne donnent pas à l'accusé le droit de bénéficier «des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer»: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, à la p. 362. Il en est ainsi parce que la justice fondamentale englobe plus que les droits de l'accusé. Par exemple, notre Cour a conclu que l'équité du processus judiciaire doit être considérée «du point de vue de la collectivité et du plaignant», et non pas uniquement du point de vue de l'accusé: *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, le juge Cory, à la p. 198. Dans la même veine, le juge McLachlin a affirmé, dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 603:

> Les principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales. On doit interpréter l'art. 7 en tenant compte de ces intérêts et «en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (*Beare*, [[1988] 2 R.C.S. 387], le juge La Forest, à la p. 403). Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l'objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice.

Elle a conclu, à la p. 606, que «l'élimination d'éléments de preuve trompeurs ou à faible valeur probante, l'incitation au dépôt de plaintes et la protection de la sécurité et de la vie privée des témoins» respectent ces préceptes fondamentaux.

Cette gamme d'intérêts que reflètent les principes de justice fondamentale fait ressortir la nécessité d'éviter d'examiner un principe donné

from the others. As La Forest J. stated in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14:

> As in other cases involving broad concepts like "fairness" and "principles of fundamental justice", one is not engaged in absolute or immutable requirements; these concepts vary with the context in which they are invoked; see *Lyons*, at p. 361. Specifically here, one is engaged in a delicate balancing to achieve a just accommodation between the interests of the individual and those of the state in providing a fair and workable system of justice; see my remarks in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539.

See also *Cunningham*, *supra*, at p. 152. The ability to make full answer and defence, as a principle of fundamental justice, must therefore be understood in light of other principles of fundamental justice which may embrace interests and perspectives beyond those of the accused.

One example is society's interest in having the trial process arrive at the truth. Accordingly, this Court has held that full answer and defence does not entitle the accused to admit at trial all evidence that tends to prove his or her innocence irrespective of the ordinary rules governing admissibility of evidence, such as the hearsay exclusion: *Dersch*, *supra*, at p. 1515. In *Seaboyer*, *supra*, at pp. 609 *et seq.*, McLachlin J. stated that the underlying principle of many such exclusionary rules is that they disclose circumstances where the potential prejudice to the fact-finding process of the evidence to be admitted outweighs its probative value. Similarly, the accused has never had a right to irrelevant evidence. In other words, the accused is not permitted to distort the truth-seeking function of the trial process.

The foregoing considerations do not mean that the accused's right to make full answer and defence is automatically breached where he or she

indépendamment des autres. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au par. 14:

> Comme dans les autres affaires soulevant des concepts généraux tels «l'équité» et «les principes de justice fondamentale», nous ne sommes pas en présence d'exigences absolues ou immuables; ces concepts varient suivant le contexte dans lequel ils sont invoqués; voir l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 361. De façon plus particulière, en l'espèce, il faut accomplir une tâche délicate, c'est-à-dire établir un juste équilibre entre les intérêts de l'individu visé et l'intérêt de l'État qui est d'assurer un système de justice applicable et équitable; voir mes commentaires dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539.

Voir également l'arrêt *Cunningham*, précité, à la p. 152. La capacité de présenter une défense pleine et entière, en tant que principe de justice fondamentale, doit donc être interprétée en fonction des autres principes de justice fondamentale qui peuvent englober des intérêts et des points de vue autres que ceux de l'accusé.

74 Un exemple est l'intérêt qu'a la société à ce que le processus judiciaire aboutisse à la vérité. Par conséquent, notre Cour a conclu que le droit à une défense pleine et entière ne permet pas à l'accusé d'admettre, lors du procès, tous les éléments de preuve qui tendent à établir son innocence, sans égard aux règles ordinaires qui régissent l'admissibilité de la preuve, comme l'exclusion de la preuve par ouï-dire: *Dersch*, précité, à la p. 1515. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, aux pp. 609 et suiv., le juge McLachlin a affirmé que le principe sous-jacent d'un bon nombre de ces règles d'exclusion est qu'elles révèlent des circonstances où l'effet préjudiciable que l'élément de preuve à admettre peut avoir sur l'appréciation des faits l'emporte sur sa valeur probante. De même, l'accusé n'a jamais eu droit à des éléments de preuve non pertinents. En d'autres termes, il n'est pas permis à l'accusé de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire.

75 Les considérations qui précèdent ne signifient pas qu'il y a automatiquement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière lorsque ce

is deprived of relevant information. As this Court outlined in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 25, where the claim is based on lost evidence, "the accused must establish actual prejudice to his or her right to make full answer and defence". Other public interests may similarly limit the accused's ability to gain access to potentially relevant information. This is clear from *Stinchcombe*, *supra*, where this Court held that the Crown's disclosure obligation is subject to a privilege exception. Similarly, our law has long recognized the importance of protecting the identity of police informers through an informer privilege, subject to the "innocence at stake" exception: see *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93; *Leipert*, *supra*, at p. 295.

dernier est privé de renseignements pertinents. Comme notre Cour l'a exposé dans l'arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, au par. 25, lorsque la demande est fondée sur la perte d'un élément de preuve, «l'accusé [. . .] doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière». D'autres intérêts d'ordre public peuvent, de la même façon, limiter la capacité de l'accusé d'avoir accès à des renseignements potentiellement pertinents. Cela ressort nettement de l'arrêt *Stinchcombe*, précité, où notre Cour a conclu que l'obligation de divulgation du ministère public est assujettie à l'exception du privilège. De même, notre droit reconnaît depuis longtemps l'importance de préserver l'identité des indicateurs de police au moyen du privilège relatif aux indicateurs, sous réserve de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé; voir *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93; *Leipert*, précité, à la p. 295.

76 Several principles regarding the right to make full answer and defence emerge from the preceding discussion. First, the right to make full answer and defence is crucial to ensuring that the innocent are not convicted. To that end, courts must consider the danger of placing the accused in a Catch-22 situation as a condition of making full answer and defence, and will even override competing considerations in order to protect the right to make full answer and defence in certain circumstances, such as the "innocence at stake" exception to informer privilege. Second, the accused's right must be defined in a context that includes other principles of fundamental justice and *Charter* provisions. Third, full answer and defence does not include the right to evidence that would distort the search for truth inherent in the trial process.

Plusieurs principes relatifs au droit à une défense pleine et entière émanent de l'analyse qui précède. Premièrement, le droit à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable. À cette fin, les tribunaux doivent tenir compte du danger de placer l'accusé dans une situation sans issue à titre de condition pour présenter une défense pleine et entière, et ils vont même passer outre à des intérêts opposés pour protéger le droit à une défense pleine et entière dans certains cas comme celui de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé, qui s'applique au privilège de l'indicateur de police. Deuxièmement, le droit de l'accusé doit être défini dans un contexte qui englobe d'autres principes de justice fondamentale et dispositions de la *Charte*. Troisièmement, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire.

(ii) Privacy

(ii) La vie privée

77 Since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court has recognized that s. 8 of the

Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour reconnaît que l'art. 8 de la

Charter protects a person's reasonable expectation of privacy. This right is relevant to the present appeal, as an order for the production of documents is a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627), as is the power to make copies of documents (*Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406). Therefore, an order for the production of records made pursuant to ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, falls within the ambit of s. 8.

Charte protège l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Ce droit est pertinent en l'espèce puisqu'une ordonnance de communication de documents est une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627), à l'instar du pouvoir de faire des copies de documents (*Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406). Une ordonnance de communication de dossiers fondée sur les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* est donc visée par l'art. 8.

Section 278.1 of the *Criminal Code* defines the records apposite to ss. 278.2 to 278.9 as:

> ... any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

78 L'article 278.1 du *Code criminel* définit les dossiers visés par les art. 278.2 à 278.9 comme étant:

> ... toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment: le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

Therefore, if a record does not contain information regarding which there is a reasonable expectation of privacy, then it is not subject to the impugned provisions governing production.

Par conséquent, les dispositions contestées qui régissent la communication ne visent pas le dossier qui ne renferme aucun renseignement pour lequel il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

This Court has most often characterized the values engaged by privacy in terms of liberty, or the right to be left alone by the state. For example, in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, La Forest J. commented that "privacy is at the heart of liberty in a modern state". In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 50, *per* Cory J., privacy was characterized as including "[t]he right to be free from intrusion or interference".

79 Notre Cour considère le plus souvent que les valeurs liées à la protection de la vie privée sont la liberté ou le droit de ne pas être importuné par l'État. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, le juge La Forest a fait remarquer que «la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne». Dans l'arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, au par. 50, le juge Cory décrit la vie privée comme comportant «[l]e droit d'être à l'abri de toute intrusion ou ingérence».

80 This interest in being left alone by the state includes the ability to control the dissemination of confidential information. As La Forest J. stated in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 53-54:

> . . . it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. Yates J., in *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, states, at p. 2379 and p. 242:
>
> > It is certain every man has a right to keep his own sentiments, if he pleases: he has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends.

These privacy concerns are at their strongest where aspects of one's individual identity are at stake, such as in the context of information "about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions": *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 517, *per* La Forest J., cited with approval in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 62.

81 The significance of these privacy concerns should not be understated. Many commentators have noted that privacy is also necessarily related to many fundamental human relations. As C. Fried states in "Privacy" (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475, at pp. 477-78:

> To respect, love, trust, feel affection for others and to regard ourselves as the objects of love, trust and affection is at the heart of our notion of ourselves as persons among persons, and privacy is the necessary atmosphere for these attitudes and actions, as oxygen is for combustion.

See also D. Feldman, "Privacy-related Rights and their Social Value", in P. Birks, ed., *Privacy and Loyalty* (1997), 15, at pp. 26-27, and J. Rachels, "Why Privacy Is Important" (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323. This Court recognized these fundamental aspects of privacy in *R. v. Plant*,

Ce droit de ne pas être importuné par l'État comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. Comme le juge La Forest l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, aux pp. 53 et 54:

> Il est [. . .] reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. Le juge Yates, dans la décision *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, dit, à la p. 2379 et à la p. 242:
>
> > [TRADUCTION] Il est certain que tout homme a le droit de ne pas exprimer ses opinions, s'il ne le veut pas: il a certainement le droit de juger s'il les rendra publiques ou s'il ne les livrera qu'à ses amis.

Ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu, comme dans le cas des renseignements «relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses»: *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 517 et 518, le juge La Forest, cité avec approbation dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au par. 62.

Il ne faut pas minimiser l'importance de ces préoccupations en matière de vie privée. Plusieurs commentateurs ont souligné que la vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. Comme C. Fried le dit, dans «Privacy» (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475, aux pp. 477 et 478:

> [TRADUCTION] Respecter et aimer les autres, leur faire confiance et ressentir de l'affection à leur égard, et nous considérer nous-mêmes comme étant l'objet d'amour, de confiance et d'affection sont au cœur de notre perception de nous-mêmes en tant que personnes parmi d'autres personnes, et la vie privée constitue l'élément ambiant nécessaire à ces attitudes et à ces actes, comme l'oxygène l'est pour la combustion.

Voir également D. Feldman, «Privacy-related Rights and their Social Value», dans P. Birks, dir., *Privacy and Loyalty* (1997), 15, aux pp. 26 et 27, et J. Rachels, «Why Privacy Is Important» (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323. Notre Cour a reconnu ces aspects fondamentaux de la vie privée

[1993] 3 S.C.R. 281, where Sopinka J., for the majority, stated, at p. 293:

> In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

That privacy is essential to maintaining relationships of trust was stressed to this Court by the eloquent submissions of many interveners in this case regarding counselling records. The therapeutic relationship is one that is characterized by trust, an element of which is confidentiality. Therefore, the protection of the complainant's reasonable expectation of privacy in her therapeutic records protects the therapeutic relationship.

Confidential relationships have a long history of being protected through the common law doctrine of privilege. The "Wigmore test" sets out the generally accepted criteria for determining whether, in a particular case, the communications at issue should be privileged and therefore excluded as evidence at trial (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2285, at p. 527). See *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 20.

Of course, where state action is implicated, and competing *Charter* rights are at stake such as in the present appeal, a common law test like Wigmore's will not be sufficient. We therefore advocate a different approach to balancing interests from that found in the Wigmore test for privilege. However, we accept that confidential relationships may be protected under s. 8 of the *Charter*.

Many interveners in this case pointed out that the therapeutic relationship has important implications for the complainant's psychological integrity.

dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 293, où le juge Sopinka a affirmé au nom de la majorité:

> Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Nous soulignons.]

82 Le fait que la vie privée soit essentielle au maintien de rapports de confiance a été souligné devant notre Cour dans les observations éloquentes que de nombreux intervenants en l'espèce ont présentées relativement aux dossiers de consultation. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve donc la relation thérapeutique.

83 Les relations confidentielles sont protégées depuis longtemps par la règle de common law du privilège. Le «critère de Wigmore» est le critère qui sert généralement à déterminer si, dans une affaire donnée, les communications en cause doivent être protégées et, partant, être écartées à titre d'éléments de preuve au procès (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2285, à la p. 527). Voir *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, au par. 20.

84 Naturellement, lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, il est question d'action de l'État et de droits opposés garantis par la *Charte*, un critère de common law comme le critère de Wigmore ne suffit pas. Nous préconisons donc une méthode d'évaluation des intérêts différente de celle que comporte le critère de Wigmore en matière de privilège. Nous acceptons toutefois que les relations confidentielles peuvent être protégées en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

85 Plusieurs intervenants en l'espèce ont souligné que la relation thérapeutique pouvait avoir des répercussions importantes sur l'intégrité psycholo-

Counselling helps an individual to recover from his or her trauma. Even the possibility that this confidentiality may be breached affects the therapeutic relationship. Furthermore, it can reduce the complainant's willingness to report crime or deter him or her from counselling altogether. In our view, such concerns indicate that the protection of the therapeutic relationship protects the mental integrity of complainants and witnesses. This Court has on several occasions recognized that security of the person is violated by state action interfering with an individual's mental integrity: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paras. 58-60; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20, *per* Lamer J.; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177, *per* Lamer J.; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 55-56, *per* Dickson C.J., and p. 173, *per* Wilson J. Therefore, in cases where a therapeutic relationship is threatened by the disclosure of private records, security of the person and not just privacy is implicated.

86 Despite the importance of the interests protected by privacy, this right may be limited; a reasonable search or seizure is permitted by s. 8 of the *Charter*. In *Hunter v. Southam*, *supra*, Dickson J. stated, for the Court, at pp. 159-60, that the limitation on the right guaranteed by s. 8

> indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

This balance of interests is not to be assessed *ex post facto*. Thus, where feasible, a search or seizure requires prior authorization. Such authorization is to be provided by an individual who is capable of acting judicially, and who must assess the balance of interests at stake. As Dickson J. stated, at pp. 167-68:

gique du plaignant. La consultation aide une personne à se remettre de son traumatisme. Même la possibilité que ce caractère confidentiel soit violé affecte la relation thérapeutique. En outre, elle peut diminuer la volonté du plaignant de signaler le crime ou le dissuader carrément de recourir à la consultation. Nous estimons que ces préoccupations indiquent que la protection de la relation thérapeutique préserve l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, que l'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 58 à 60; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, le juge Lamer; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 55 et 56, le juge en chef Dickson et, à la p. 173, le juge Wilson. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y va de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée.

Malgré l'importance des intérêts protégés par le droit à la vie privée, ce droit peut être limité: une fouille, une perquisition ou une saisie non abusive est permise par l'art. 8 de la *Charte*. Aux pages 159 et 160 de l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, le juge Dickson a affirmé, au nom de la Cour, que la limitation du droit garanti par l'art. 8

> indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Cette évaluation des intérêts en cause ne doit pas être effectuée après coup. Ainsi, lorsque cela est possible, une fouille, une perquisition ou une saisie doit être préalablement autorisée. Cette autorisation doit être fournie par une personne capable d'agir judiciairement, qui doit procéder à une évaluation des intérêts en jeu. Comme le juge Dickson l'a dit, aux pp. 167 et 168:

The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interests is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one.

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent.

Therefore, the 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.

Le caractère approprié de l'évaluation dépend donc de la nature des intérêts en jeu dans un contexte particulier et de la place qu'ils occupent dans nos traditions juridiques et politiques.

The present appeal asks how to define the privacy rights of third parties in light of the accused's right to gain access to evidence in order to make full answer and defence. As the right to make full answer and defence is a principle of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, it is helpful to explore the connection between ss. 7 and 8 of the *Charter*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 502, Lamer J. stated for the majority: 87

Dans le présent pourvoi, il s'agit de savoir comment définir le droit à la vie privée de tiers en fonction du droit de l'accusé d'avoir accès à des éléments de preuve afin de présenter une défense pleine et entière. Étant donné que le droit à une défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte*, il est utile d'examiner le lien qui existe entre les art. 7 et 8 de la *Charte*. Dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 502, le juge Lamer affirme au nom de la majorité:

> Sections 8 to 14, in other words, address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person set forth in s. 7. It would be incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14.

> En d'autres termes, les art. 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l'art. 7. Ils sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l'art. 7. Il serait absurde d'interpréter l'art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14.

Of course, later cases have held that the text of the *Charter* supports some differences between ss. 7 and 8. For example, s. 8 applies to corporations whereas s. 7 does not: *Hunter v. Southam*, *supra*; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. In *CIP Inc.*, *supra*, at p. 854, this Court held that the concern that there be no incongruity between ss. 7 and 8-14 related to the

Naturellement, il a été conclu dans des arrêts subséquents que le texte de la *Charte* étaye l'existence de certaines différences entre les art. 7 et 8. Par exemple, l'art. 8 s'applique aux personnes morales, contrairement à l'art. 7: *Hunter c. Southam*, précité; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Dans l'arrêt *CIP Inc.*, précité, à la p. 854, notre Cour a conclu que le souci qu'il n'y ait aucune incongruité entre l'art. 7 et les art. 8 à 14 concernait les principes de

principles of fundamental justice and not to the scope of life, liberty and security of the person.

88 Given that s. 8 protects a person's privacy by prohibiting unreasonable searches or seizures, and given that s. 8 addresses a particular application of the principles of fundamental justice, we can infer that a reasonable search or seizure is consistent with the principles of fundamental justice. Moreover, as we have already discussed, the principles of fundamental justice include the right to make full answer and defence. Therefore, a reasonable search and seizure will be one that accommodates both the accused's ability to make full answer and defence and the complainant's privacy right.

89 From our preceding discussion of the right to make full answer and defence, it is clear that the accused will have no right to the records in question insofar as they contain information that is either irrelevant or would serve to distort the search for truth, as access to such information is not included within the ambit of the accused's right. In this regard, it is important to note that several interveners before this Court stressed the importance of understanding the context in which therapeutic records are made and their potential unreliability as a factual account of an event. However, the accused's right must prevail where the lack of disclosure or production of the record would render him unable to make full answer and defence. This is because our justice system has always held that the threat of convicting an innocent individual strikes at the heart of the principles of fundamental justice. However, between these extremes lies a spectrum of possibilities regarding where to strike a balance between these competing rights in any particular context. The values protected by privacy rights will be most directly at stake where the confidential information contained in a record concerns aspects of one's individual identity or where the maintenance of confidentiality is crucial to a therapeutic, or other trust-like, relationship.

justice fondamentale, et non pas la portée du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

Étant donné que l'art. 8 garantit le droit à la vie privée d'une personne en interdisant les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, et étant donné que cet article vise une application particulière des principes de justice fondamentale, nous pouvons en déduire qu'une fouille, perquisition ou saisie non abusive est conforme aux principes de justice fondamentale. De plus, comme nous l'avons vu, les principes de justice fondamentale incluent le droit à une défense pleine et entière. Par conséquent, la fouille, perquisition ou saisie non abusive est celle qui tient compte à la fois de la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et du droit à la vie privée du plaignant.

Il ressort nettement de notre analyse précédente du droit à une défense pleine et entière que l'accusé n'a pas droit aux dossiers en question dans la mesure où ils contiennent des renseignements qui ne sont pas pertinents ou qui contribueraient à fausser la recherche de la vérité, étant donné que le droit de l'accusé ne comporte pas l'accès à de tels renseignements. À cet égard, il importe de faire remarquer que plusieurs intervenants devant notre Cour ont souligné l'importance de comprendre le contexte dans lequel les dossiers thérapeutiques sont constitués et qu'il se peut qu'ils ne soient pas fiables en tant que compte rendu d'un événement. Le droit de l'accusé doit cependant l'emporter lorsque l'omission de communiquer le dossier le rend incapable de présenter une défense pleine et entière. Il en est ainsi parce que notre système de justice a toujours considéré que le risque de déclarer coupable un innocent est au cœur des principes de justice fondamentale. Il existe toutefois, entre ces extrêmes, un éventail de possibilités quant à l'équilibre à atteindre entre ces droits opposés dans un contexte particulier. Les valeurs protégées par le droit à la vie privée sont les plus directement touchées lorsque les renseignements confidentiels contenus dans un dossier portent sur des aspects de l'identité d'une personne ou lorsque la préservation de la confidentialité est essentielle à une relation thérapeutique ou à toute autre relation également fondée sur la confiance.

(iii) Equality

Equality concerns must also inform the contextual circumstances in which the rights of full answer and defence and privacy will come into play. In this respect, an appreciation of myths and stereotypes in the context of sexual violence is essential to delineate properly the boundaries of full answer and defence. As we have already discussed, the right to make full answer and defence does not include the right to information that would only distort the truth-seeking goal of the trial process. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J., for the majority on this issue, stated, at pp. 669-70:

> The provisions of ss. 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative should be taken into account in determining the reasonable limitations that should be placed upon the cross-examination of a complainant. . . . A complainant should not be unduly harassed and pilloried to the extent of becoming a victim of an insensitive judicial system. . . .
>
> The reasons in *Seaboyer* make it clear that eliciting evidence from a complainant for the purpose of encouraging inferences pertaining to consent or the credibility of rape victims which are based on groundless myths and fantasized stereotypes is improper.

The accused is not permitted to "whack the complainant" through the use of stereotypes regarding victims of sexual assault.

In addition, an appreciation of the equality dimensions of records production in cases concerning sexual violence highlights the need to balance privacy and full answer and defence in a manner that fully respects the privacy interests of complainants. McLachlin J. made this clear in *M. (A.) v. Ryan*, *supra*, at para. 30, while discussing the interests at stake in determining whether counselling records were privileged or should be

(iii) L'égalité

Des soucis d'égalité doivent aussi sous-tendre 90
les circonstances factuelles dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée entrent en jeu. À cet égard, une appréciation des mythes et des stéréotypes dans le contexte de la violence sexuelle est essentielle pour bien délimiter le droit à une défense pleine et entière. Comme nous l'avons vu, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit d'obtenir des renseignements qui ne feraient que fausser l'objectif de recherche de la vérité du processus judiciaire. Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 669 et 670, le juge Cory a affirmé, au nom de la majorité sur cette question:

> Même si elles ne sont pas déterminantes, les dispositions des art. 15 et 28 de la *Charte* qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes devraient être prises en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant. Il va de soi qu'on applique des limites raisonnables à un tel contre-interrogatoire. Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d'un système judiciaire insensible. . .
>
> Les motifs de l'arrêt *Seaboyer* montrent clairement qu'il ne convient pas d'obtenir d'un plaignant des éléments de preuve en vue de susciter des inférences quant au consentement ou à la crédibilité des victimes de viol sur la base de mythes sans fondement et de stéréotypes fantaisistes.

Il n'est pas permis à l'accusé «d'assommer le plaignant» au moyen de stéréotypes concernant les victimes d'agression sexuelle.

En outre, une appréciation des répercussions, sur 91
le plan de l'égalité, de la communication des dossiers dans des affaires de violence sexuelle fait ressortir la nécessité d'établir un équilibre entre la vie privée et la défense pleine et entière d'une manière qui respecte pleinement les intérêts en matière de vie privée des plaignants. Le juge McLachlin a indiqué clairement cela dans l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*, précité, au par. 30, lorsqu'elle a abordé les intérêts qui étaient en jeu au moment de décider si les dossiers de consultation étaient protégés ou s'ils devaient être communiqués dans des pour-

produced in a civil action for damages allegedly caused by sexual assault:

> A rule of privilege which fails to protect confidential doctor/patient communications in the context of an action arising out of sexual assault perpetuates the disadvantage felt by victims of sexual assault, often women. The intimate nature of sexual assault heightens the privacy concerns of the victim and may increase, if automatic disclosure is the rule, the difficulty of obtaining redress for the wrong. The victim of a sexual assault is thus placed in a disadvantaged position as compared with the victim of a different wrong. The result may be that the victim of sexual assault does not obtain the equal benefit of the law to which s. 15 of the *Charter* entitles her. She is doubly victimized, initially by the sexual assault and later by the price she must pay to claim redress — redress which in some cases may be part of her program of therapy.

92 When the boundary between privacy and full answer and defence is not properly delineated, the equality of individuals whose lives are heavily documented is also affected, as these individuals have more records that will be subject to wrongful scrutiny. K. Busby cautions that the use of records to challenge credibility at large

> will subject those whose lives already have been subject to extensive documentation to extraordinarily invasive review. This would include women whose lives have been documented under conditions of multiple inequalities and institutionalization such as Aboriginal women, women with disabilities, or women who have been imprisoned or involved with child welfare agencies.

("Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases" (1997), 9 *C.J.W.L.* 148, at pp. 161-62.)

93 These concerns highlight the need for an acute sensitivity to context when determining the content of the accused's right to make full answer and defence, and its relationship to the complainant's privacy right.

suites civiles intentées pour le préjudice qui aurait résulté d'une agression sexuelle:

> Une règle du privilège qui omet de préserver la confidentialité des communications entre un médecin et son patient, dans le contexte d'une action intentée à la suite d'une agression sexuelle, perpétue le désavantage que ressentent les victimes d'agression sexuelle, qui sont souvent des femmes. La nature intime de l'agression sexuelle accentue les craintes que la victime éprouve au sujet de sa vie privée et est susceptible d'augmenter la difficulté d'obtenir réparation, si la divulgation automatique est la règle. La victime d'une agression sexuelle est alors défavorisée par rapport à la victime d'un autre méfait. Il se peut alors que la victime d'une agression sexuelle n'obtienne pas l'égalité de bénéfice de la loi à laquelle elle a droit en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Elle est alors pénalisée doublement, d'abord par l'agression sexuelle elle-même, ensuite par le prix qu'elle doit payer pour demander réparation — une réparation qui, dans certains cas, peut faire partie de son programme de thérapie.

Lorsque la ligne de démarcation entre le droit à la vie privée et le droit à une défense pleine et entière n'est pas bien tracée, l'égalité des personnes dont la situation est abondamment documentée est aussi touchée puisqu'elles possèdent davantage de dossiers qui seront examinés erronément. K. Busby prévient que l'utilisation de dossiers pour mettre en doute la crédibilité en général

> [TRADUCTION] soumettra à un examen excessivement envahissant les personnes dont la situation a déjà été abondamment documentée. Sont notamment visées ici les femmes qui souffrent de multiples inégalités ou qui ont été institutionnalisées, telles les femmes autochtones, les femmes atteintes de déficiences et les femmes qui ont été emprisonnées ou qui ont eu des démêlés avec des organismes de protection de l'enfance.

(«Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases» (1997), 9 *R.F.D.* 148, aux pp. 161 et 162.)

Ces préoccupations font ressortir la nécessité de tenir compte fortement du contexte lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, et son lien avec le droit à la vie privée du plaignant.

(c) *Summary*

In summary, the following broad considerations apply to the definition of the rights at stake in this appeal. The right of the accused to make full answer and defence is a core principle of fundamental justice, but it does not automatically entitle the accused to gain access to information contained in the private records of complainants and witnesses. Rather, the scope of the right to make full answer and defence must be determined in light of privacy and equality rights of complainants and witnesses. It is clear that the right to full answer and defence is not engaged where the accused seeks information that will only serve to distort the truth-seeking purpose of a trial, and in such a situation, privacy and equality rights are paramount. On the other hand, where the information contained in a record directly bears on the right to make full answer and defence, privacy rights must yield to the need to avoid convicting the innocent. Most cases, however, will not be so clear, and in assessing applications for production, courts must determine the weight to be granted to the interests protected by privacy and full answer and defence in the particular circumstances of each case. Full answer and defence will be more centrally implicated where the information contained in a record is part of the case to meet or where its potential probative value is high. A complainant's privacy interest is very high where the confidential information contained in a record concerns the complainant's personal identity or where the confidentiality of the record is vital to protect a therapeutic relationship.

c) *Résumé*

94 En résumé, les considérations générales suivantes s'appliquent à la définition des droits en jeu dans le présent pourvoi. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière est un principe essentiel de justice fondamentale, mais il ne lui donne pas automatiquement le droit d'avoir accès aux renseignements contenus dans les dossiers privés des plaignants et des témoins. La portée du droit à une défense pleine et entière doit plutôt être déterminée en fonction des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins. Il est clair que le droit à une défense pleine et entière ne s'applique pas lorsque l'accusé cherche à obtenir des renseignements qui ne contribueront qu'à fausser l'objectif de recherche de la vérité d'un procès, et, dans un tel cas, les droits à la vie privée et à l'égalité sont prépondérants. En revanche, si les renseignements contenus dans un dossier influent directement sur le droit à une défense pleine et entière, le droit à la vie privée doit céder le pas à la nécessité d'éviter de déclarer coupable un innocent. La situation n'est toutefois pas toujours aussi claire, et, lorsqu'ils évaluent une demande de communication, les tribunaux doivent déterminer le poids à accorder aux intérêts protégés par le droit à la vie privée et par le droit à une défense pleine et entière dans les circonstances particulières de chaque affaire. Le droit à une défense pleine et entière est impliqué plus directement si les renseignements contenus dans un dossier font partie de la preuve du ministère public ou si leur valeur probante est élevée. L'intérêt qu'a un plaignant dans la protection de sa vie privée est très élevé lorsque les renseignements confidentiels contenus dans un dossier portent sur son identité personnelle ou que la confidentialité du dossier est essentielle pour protéger une relation thérapeutique.

With this background in mind, we now proceed to discuss the statutory provisions under attack.

95 Avec ce contexte à l'esprit, nous passons maintenant à l'analyse des dispositions législatives contestées.

D. *Analysis of Sections 278.1 to 278.91 of Bill C-46*

D. *Analyse des art. 278.1 à 278.91 de la loi C-46*

96 In enacting Bill C-46, Parliament was concerned with preserving an accused's access to private

En adoptant la loi C-46, le législateur a voulu préserver l'accès d'un accusé aux dossiers privés

records that may be relevant to an issue on trial, while protecting the right to privacy of complainants and witnesses to the greatest extent possible. Notwithstanding Parliament's good intentions, the respondent suggests that Bill C-46 violates the constitutional right of the accused to a fair trial and full defence on a number of grounds. We will consider each in turn.

(1) The Definition of Documents Subject to the Legislation: Sections 278.1 and 278.2(1)

97 An initial issue to address is the definition of documents subject to the legislation. Pursuant to ss. 278.1 and 278.2(1), the Bill applies to all records of complainants and witnesses in sexual offence proceedings containing "personal information for which there is a reasonable expectation of privacy", including "medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature".

98 Belzil J., for the court below, found that the definition of records under the Bill is "extremely broad" (para. 47) and that the Bill therefore accords legislative protection to records not contemplated under *O'Connor*. The broader scope of the legislation, he held, imposes a significant burden on accused persons by requiring them to proceed with an application, supported by affidavits, for each different type of record listed. Belzil J. considered the greater reach of the Bill to be one of five significant differences between the Bill and *O'Connor* which led him to conclude that the Bill as a whole was unconstitutional.

99 The response to these claims is to remember that the legislation applies only to records "for which there is a reasonable expectation of privacy"

susceptibles d'être pertinents quant à une question en litige, tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des plaignants et des témoins. L'intimé prétend que, malgré les bonnes intentions du législateur, la loi C-46 porte atteinte, pour plusieurs motifs, au droit constitutionnel de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Nous allons examiner ces motifs à tour de rôle.

(1) La définition des documents visés par la mesure législative: art. 278.1 et par. 278.2(1)

La première question à examiner est la définition des documents visés par la mesure législative. Selon l'art. 278.1 et le par. 278.2(1), la Loi s'applique à tous les dossiers des plaignants et des témoins dans des poursuites pour une infraction d'ordre sexuel, qui contiennent «des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée», notamment «le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale».

Au procès, le juge Belzil a conclu que la Loi donne une définition [TRADUCTION] «extrêmement large» (par. 47) des dossiers et qu'elle protège donc des dossiers non envisagés par l'arrêt *O'Connor*. Il a conclu que la portée plus large de cette mesure législative impose un lourd fardeau aux accusés en les obligeant à présenter une demande, étayée par des affidavits, pour chaque type différent de dossier énuméré. Le juge Belzil a considéré que la portée plus large de la Loi constituait l'une des cinq différences majeures entre ce dernier et l'arrêt *O'Connor*, qui l'ont amené à conclure à l'inconstitutionnalité de la Loi dans son ensemble.

On peut répondre à cela que la mesure législative ne s'applique qu'aux dossiers «pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protec-

(s. 278.1 (emphasis added)). Only documents that truly raise a legally recognized privacy interest are caught and protected: see *R. v. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230 (S.C.). The Bill is therefore carefully tailored to reflect the problem Parliament was addressing — how to preserve an accused's access to private records that may be relevant to an issue on trial while protecting, to the greatest extent possible, the privacy rights of the subjects of such records, including both complainants and witnesses. By limiting its coverage to records in which there is a reasonable expectation of privacy, the Bill is consistent with the definition of s. 8 privacy rights discussed above. Moreover, as will be discussed below, the mere fact that records are within the ambit of Bill C-46 will not, in itself, prevent the accused from obtaining access to them. Applied in this way, ss. 278.1 and 278.2(1) will not catch more records than they should, and are not overly broad.

tion de la vie privée» (art. 278.1 (nous soulignons)). Ne sont visés et protégés que les documents qui suscitent vraiment un intérêt en matière de vie privée reconnu en droit: voir *R. c. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230 (C.S.). La Loi est donc soigneusement conçue pour refléter le problème auquel le législateur s'attaquait — comment préserver l'accès de l'accusé aux dossiers privés qui peuvent être pertinents relativement à une question en litige tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des personnes auxquelles se rapportent ces dossiers, notamment les plaignants et les témoins. En limitant sa portée aux dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, la Loi est compatible avec la définition des droits en matière de vie privée garantis par l'art. 8 qui ont été analysés précédemment. De plus, comme nous le verrons plus loin, le seul fait que des dossiers soient visés par la loi C-46 n'empêche pas l'accusé d'y avoir accès. Ainsi appliqués, l'art. 278.1 et le par. 278.2(1) ne visent pas un plus grand nombre de dossiers qu'il le faut, et ils n'ont pas une portée trop large.

It must also be remembered that the definition of records in ss. 278.1 and 278.2(1) simply establishes the starting point for the analysis proposed by the Bill. Documents falling within the ambit of these provisions, after being subject to the legislative regime, may or may not be ordered to be disclosed to the accused. It is therefore the procedures established by the Bill and not the spectrum of records subject to these procedures that will determine the fairness or constitutionality of the legislation. If the legislative regime fairly provides access to all constitutionally required documents, then the spectrum of records brought under the Bill, if in keeping with the Bill's objectives, cannot be challenged.

Il faut aussi se rappeler que la définition des 100
dossiers qui figure à l'art. 278.1 et au par. 278.2(1) ne fait qu'établir le point de départ de l'analyse proposée par la Loi. Après avoir été assujettis au régime législatif, les documents qui relèvent de ces dispositions peuvent faire l'objet d'une ordonnance de communication à l'accusé. C'est donc la procédure établie par la Loi, et non la gamme de dossiers soumis à cette procédure, qui détermine l'équité ou la constitutionnalité de la mesure législative. Si le régime législatif donne équitablement accès à tous les documents requis suivant la Constitution, la gamme de dossiers alors assujettis à la Loi ne peut pas être contestée, dans la mesure où elle est conforme aux objectifs de cette dernière.

The broad scope of Bill C-46 has also been challenged as imposing an excessive burden on judicial resources. However, the Bill safeguards the efficiency and resources of the judicial system while furthering its objective of protecting, to the greatest extent possible, the rights of all those involved in sexual offence proceedings, by mandating that

La portée générale de la loi C-46 a également 101
été contestée pour le motif qu'elle impose un fardeau excessif aux ressources judiciaires. Cependant, la Loi préserve l'efficacité et les ressources du système judiciaire tout en favorisant la réalisation de son objectif de protéger le plus possible les droits de toutes les parties en cause dans des pour-

judges can only review the records in question once these records have been established as likely relevant and their production to the court has been established as necessary in the interests of justice. The balancing process required at the first stage ensures that records are not needlessly or casually produced to the court for review: see *O'Connor*, *supra*, at para. 152, *per* L'Heureux-Dubé J. Moreover, as many interveners have pointed out, production of records to the court had become almost routine in sexual assault cases. It is unlikely that Bill C-46's procedures will be substantially more onerous on judicial resources. Finally, Parliament, with the benefit of a full legislative inquiry, has ruled on such questions of administrative convenience. We see no reason to disturb its conclusion. If the system proves unworkable in practice, then Parliament, not this Court, is better positioned to fix it.

(2) Third Party Records in the Possession of the Crown: Sections 278.2(2) and (3)

102 The next provision at issue extends the application of the legislative regime for the production of private records to records "in the possession or control of any person", including the Crown: s. 278.2(2).

103 Where private records are in the possession or control of the Crown two important variations on the regime for production exist. First, the legislative regime does not apply if the complainant or witness has expressly waived the protections of the Bill (s. 278.2(2)). Second, s. 278.2(3) requires the prosecutor to notify the accused of any records in the Crown's possession.

104 The respondent objects to the fact that this provision prevents the automatic disclosure of all relevant and non-privileged information in the possession of the Crown. He submits that this is contrary to the constitutional obligation upon the Crown set

suites relatives à une infraction d'ordre sexuel, en prévoyant que les juges ne peuvent examiner les dossiers en question qu'une fois qu'il est établi qu'ils sont vraisemblablement pertinents et que leur communication au tribunal servira les intérêts de la justice. Le processus d'évaluation requis à la première étape garantit que les dossiers ne seront pas communiqués inutilement et fortuitement au tribunal pour fins d'examen; voir *O'Connor*, précité, au par. 152, le juge L'Heureux-Dubé. De plus, comme de nombreux intervenants l'ont souligné, la communication des dossiers au tribunal était presque devenue routinière dans les affaires d'agression sexuelle. Il est peu probable que la procédure établie par la loi C-46 sera beaucoup plus onéreuse sur le plan des ressources judiciaires. Enfin, le législateur, qui a procédé à un examen complet de la mesure législative, s'est prononcé sur ces questions de commodité administrative. Nous ne voyons aucune raison de modifier sa conclusion. Si le système se révèle inapplicable, c'est le législateur, et non pas notre Cour, qui est le mieux placé pour le corriger.

(2) Les dossiers de tiers en la possession du ministère public: par. 278.2(2) et 278.2(3)

La disposition suivante qui est en cause prévoit que le régime législatif en matière de communication de dossiers privés s'applique «même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle du poursuivant»: par. 278.2(2).

Lorsque les dossiers privés sont en la possession ou sous le contrôle du ministère public, le régime de communication comporte deux variations importantes. Premièrement, le régime législatif ne s'applique pas si le plaignant ou le témoin a expressément renoncé aux protections de la Loi (par. 278.2(2)). Deuxièmement, le par. 278.2(3) oblige le poursuivant à informer l'accusé de l'existence de tout dossier en la possession du ministère public.

L'intimé s'oppose au fait que cette disposition empêche la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public. Il soutient que cela est contraire à l'obligation constitutionnelle du minis-

out in *Stinchcombe*, and is inconsistent with this Court's conclusion in *O'Connor* that "the Crown's disclosure obligations established in the *Stinchcombe* decision are unaffected by the confidential nature of therapeutic records" (para. 13, *per* Lamer C.J. and Sopinka J.). The respondent also argues that s. 278.2(2) gives the Crown an unfair advantage in that only the accused is subject to the legislative regime. The Crown can obtain private records through the complainant directly or through the power of a search warrant. The Bill not only exempts the Crown from the obligation to comply with the legislation regime when seeking private records, but also allows the Crown to possess information that the defence does not have.

tère public qui a été énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* et que cela est incompatible avec la conclusion tirée par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*, selon laquelle «le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe*» (par. 13, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka). L'intimé prétend également que le par. 278.2(2) confère au ministère public un avantage inéquitable du fait que seul l'accusé est assujetti au régime législatif. Le ministère public peut obtenir des dossiers privés en s'adressant directement au plaignant ou en recourant à un mandat de perquisition. Non seulement la Loi dispense-t-elle le ministère public de l'obligation de se conformer au régime législatif lorsqu'il cherche à obtenir des dossiers privés, mais encore elle lui permet de posséder des renseignements dont ne dispose pas la défense.

The first response to the respondent's argument is that it is premature. Section 278.2 simply defines the scope of the legislation. It does not by itself deny access to documents to which the defence is constitutionally entitled. If the procedures set out in the sections that follow fairly provide access to all constitutionally required documents, then the accused has no constitutional complaint.

105 En premier lieu, on peut répondre à l'argument de l'intimé en disant qu'il est prématuré. L'article 278.2 ne fait que définir la portée de la mesure législative. Il ne refuse pas en soi l'accès aux documents auxquels la défense a droit suivant la Constitution. Si la procédure énoncée dans les dispositions qui suivent donne équitablement accès à tous les documents requis suivant la Constitution, l'accusé ne peut alors faire aucune plainte fondée sur la Constitution.

Second, the argument that this provision contradicts *Stinchcombe* and *O'Connor* rests on an overstatement of the Crown obligation to disclose that was affirmed in those cases. It is true that *Stinchcombe* spoke of a duty on the Crown to disclose to the defence all relevant documents in the Crown's possession, subject to privilege. Privacy interests, however, were not at issue in *Stinchcombe*. In *O'Connor*, the Court considered the Crown's obligation to disclose private records in the context of sexual offence proceedings where the complainant has made an informed waiver of her privacy rights. The majority in *O'Connor* concluded that "the Crown's well-established duty to disclose all information in its possession is not affected by the confidential nature of therapeutic records": *O'Connor*, *supra*, at para. 7. This conclu-

106 En deuxième lieu, l'argument selon lequel cette disposition va à l'encontre des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* repose sur une exagération de l'obligation de divulgation du ministère public qui a été confirmée dans ces arrêts. Il est vrai que l'arrêt *Stinchcombe* parlait de l'obligation du ministère public de communiquer à la défense tous les documents pertinents en sa possession, sauf les documents protégés. Le droit à la protection de la vie privée n'était toutefois pas en cause dans *Stinchcombe*. Dans l'arrêt *O'Connor*, la Cour a examiné l'obligation qui incombe au ministère public de communiquer des dossiers privés dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel, lorsque le plaignant a renoncé de façon éclairée à son droit à la protection de la vie privée. Dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires ont

sion, however, was premised upon the assumption that the records in the Crown's possession have been freely and voluntarily surrendered by the complainant or witness: "where the documents in question have been shared with an agent of the state (namely, the Crown), it is apparent that the complainant's privacy interest in those records has disappeared" (*O'Connor*, *supra*, at para 8). Lamer C.J. and Sopinka J. further found that "fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence" (*O'Connor*, *supra*, at para. 9 (emphasis added)). Bill C-46 imposes the same waiver rule. Where a fully informed complainant expressly waives the protection of the legislation, by declaration or by voluntarily providing her records to the Crown, the Bill C-46 procedure does not apply and the records are producible as at common law: s. 278.2(2). Bill C-46 thus conforms to the constitutional standard of *O'Connor*.

conclu que «le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'a pas d'incidence sur l'obligation reconnue du ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession»: *O'Connor*, précité, au par. 7. Cette conclusion reposait cependant sur la présomption que les dossiers en la possession du ministère public avaient été librement et volontairement remis par le plaignant ou le témoin: «lorsque les documents en question ont été partagés avec un représentant de l'État (à savoir le ministère public), il est évident que le droit à la protection de la vie privée que le plaignant avait relativement à ces dossiers n'existe plus» (*O'Connor*, précité, au par. 8). Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont également conclu que «[l]'équité exige [. . .] que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense» (*O'Connor*, précité, au par. 9 (nous soulignons)). La loi C-46 impose la même règle de renonciation. Lorsqu'en toute connaissance de cause un plaignant renonce expressément à la protection de la mesure législative, au moyen d'une déclaration ou en remettant volontairement ses dossiers au ministère public, la procédure établie par la loi C-46 ne s'applique pas et les dossiers peuvent être communiqués conformément à la common law: par. 278.2(2). La loi C-46 respecte donc la norme constitutionnelle de l'arrêt *O'Connor*.

107 The respondent argues, however, that *O'Connor* should not be read as requiring the disclosure of confidential records pursuant to *Stinchcombe* only in cases of an express waiver and that s. 278.2(2) is unconstitutional. He asserts that any reasonable expectation of privacy is lost once the records are in the possession of the Crown, regardless of how the records came into the Crown's possession. Once in the Crown's hands, the records become "the property of the public" to be used to ensure that justice is done and must be disclosed pursuant to the common law.

L'intimé fait cependant valoir, d'une part, qu'il ne faut pas considérer que l'arrêt *O'Connor* exige la communication de dossiers confidentiels, conformément à l'arrêt *Stinchcombe*, uniquement dans le cas où il y a eu renonciation expresse, et d'autre part, que le par. 278.2(2) est inconstitutionnel. Il affirme que toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est perdue dès que les dossiers sont en la possession du ministère public, peu importe la façon dont ils sont entrés en sa possession. Une fois qu'ils sont entre les mains du ministère public, les dossiers deviennent «la propriété du public» qui doit être utilisée de manière à assurer que justice soit rendue, et doivent être communiqués conformément à la common law.

This argument erroneously equates Crown possession or control with a total loss of any reasonable expectation of privacy. Privacy is not an all or nothing right. It does not follow from the fact that the Crown has possession of the records that any reasonable expectation of privacy disappears. Privacy interests in modern society include the reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged, *Dyment*, *supra*, at p. 429. Where private information is disclosed to individuals outside of those to whom, or for purposes other than for which, it was originally divulged, the person to whom the information pertains may still hold a reasonable expectation of privacy in this information, *R. v. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL) (Gen. Div.), at para. 18. Third party records may fall into the possession of the Crown without the knowledge, consent, or assistance of the complainant or witness. Where the complainant or witness has not expressly waived her privacy right, Parliament can legitimately take steps to protect those privacy rights. Such protection is to be found in the procedures for production set out in ss. 278.5 and 278.7 of the Bill.

Cet argument assimile à tort la possession ou le contrôle par le ministère public à une perte totale de toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu. Toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne disparaît pas du simple fait que le ministère public est en possession des dossiers. Dans une société moderne, le droit à la protection de la vie privée comporte l'attente raisonnable que les renseignements privés ne resteront connus que des personnes à qui ils ont été divulgués et qu'ils ne seront utilisés que dans le but pour lequel ils ont été divulgués: *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430. Lorsque des renseignements privés sont divulgués à des personnes autres qu'à celles à qui ils avaient initialement été divulgués ou qu'ils sont utilisés dans un but autre que celui pour lequel ils avaient initialement été divulgués, la personne à laquelle se rapportent ces renseignements peut encore conserver une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à leur égard: *R. c. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL) (Div. gén.), au par. 18. Les dossiers de tiers peuvent se retrouver en la possession du ministère public à l'insu ou sans le consentement ni l'assistance du plaignant ou du témoin. Lorsque le plaignant ou le témoin n'a pas expressément renoncé à son droit à la protection de la vie privée, le législateur peut légitimement prendre des mesures pour protéger ce droit. Cette protection se trouve dans la procédure de communication énoncée aux art. 278.5 et 278.7 de la Loi. 108

The *O'Connor* majority did not address what procedure was to be followed where third party records were in the possession of the Crown without the existence of an express waiver. It was therefore open to Parliament to fill this void legislatively. Viewed in this context, s. 278.2(2) ensures that the range of interests triggered by production will be balanced pursuant to the procedure set out in ss. 278.5 and 278.7. The mere fact that this procedure differs from that set out in *Stinchcombe* does not, without more, establish a constitutional violation. As noted, *Stinchcombe* and *O'Connor* did not address the situation at issue here, namely, records in the Crown's possession in which a com-

Dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires n'ont pas abordé la question de la procédure à suivre lorsque des dossiers de tiers sont en la possession du ministère public en l'absence de renonciation expresse. Il était donc loisible au législateur de combler cette lacune par voie législative. Considéré dans ce contexte, le par. 278.2(2) garantit que la gamme des droits mis en jeu par la communication seront évalués conformément à la procédure énoncée aux art. 278.5 et 278.7. Le simple fait que cette procédure diffère de celle énoncée dans *Stinchcombe* n'établit pas sans plus l'existence d'une violation de la Constitution. Comme nous l'avons vu, les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* 109

plainant or witness has a reasonable, and non-waived, expectation of privacy. We are thus returned to our starting point — that s. 278.2 in itself violates no rights and any violation can be determined only by examining its impact in conjunction with ss. 278.5 through 278.8.

n'ont pas abordé la situation en cause en l'espèce, à savoir les dossiers qui sont en la possession du ministère public et au sujet desquels un plaignant ou un témoin a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, à laquelle il n'a pas renoncé. Cela nous ramène donc à notre point de départ, à savoir que l'art. 278.2 lui-même ne porte atteinte à aucun droit et que l'existence d'une atteinte ne peut être déterminée qu'en en examinant l'incidence conjointement avec les art. 278.5 à 278.8.

110 When the arguments that s. 278.2 is inconsistent with *Stinchcombe* and *O'Connor* are cleared away, the respondent's fundamental objection to the section emerges — it unfairly favours the Crown. The Crown can obtain the complainant's private records through a search warrant or subpoena. Where the complainant or witness does not expressly waive the protection of the legislation, the accused can get these documents only by applying under the Bill C-46 regime. If the accused does not succeed, the Crown may possess documents that the accused does not have. This, it is argued, puts the Crown at an advantage.

Lorsqu'on écarte l'argument que l'art. 278.2 est incompatible avec les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*, l'objection fondamentale de l'intimé à cet article apparaît — il favorise inéquitablement le ministère public. Le ministère public peut obtenir les dossiers privés du plaignant au moyen d'un mandat de perquisition ou d'un bref d'assignation. Lorsque le plaignant ou le témoin ne renonce pas expressément à la protection de la mesure législative, l'accusé ne peut obtenir ces documents qu'en présentant une demande fondée sur le régime de la loi C-46. Si l'accusé ne réussit pas à les obtenir, il se peut alors que le ministère public possède des documents dont ne dispose pas l'accusé. Cela, fait-on valoir, confère un avantage au ministère public.

111 All this is true. But it begs the real question — is the Crown's advantage unconstitutional? In other words, does it deprive the accused of his right to make full answer and defence? That will be so only if the legislation prevents the accused from getting access to all constitutionally required documents. There is no principle of fundamental justice that the Crown and defence must enjoy precisely the same privileges and procedures. See *Leipert*, *supra*. The real question is whether the procedures that Parliament has enacted prevent the accused from making full answer and defence. This is the true meaning of the passage from *O'Connor*, *supra*, at para. 34, which states that "[f]airness requires that the accused be treated on an equal footing" with the Crown, which has access to search warrants. Obviously, the search warrant procedure involves a different array of factors from those that are relevant to production of third party records to the accused. All that was meant by

Tout cela est vrai. Mais cela élude la véritable question — l'avantage conféré au ministère public est-il inconstitutionnel? En d'autres termes, prive-t-il l'accusé de son droit à une défense pleine et entière? Il en sera ainsi seulement si la mesure législative empêche l'accusé d'avoir accès à tous les documents requis suivant la Constitution. Aucun principe de justice fondamentale n'exige que le ministère public et la défense bénéficient exactement des mêmes privilèges et de la même procédure. Voir *Leipert*, précité. La véritable question est de savoir si la procédure que le législateur a adoptée empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Tel est le vrai sens du passage tiré du par. 34 de l'arrêt *O'Connor*, précité, qui dispose que «[l]'équité exige que l'accusé bénéficie d'un traitement égal» à celui du ministère public, qui a accès aux mandats de perquisition. Manifestement, la procédure relative aux mandats de perquisition fait intervenir un ensem-

this passage is that the accused must have a procedure for obtaining evidence that respects all the relevant constitutional rights at stake, just as the prosecution does through the warrant process. As we will explain below, Bill C-46 is just such a procedure.

In *Stinchcombe*, this Court acknowledged that the Crown, by virtue of its unique role as agent of the state, has greater access to certain types of information than the accused. The Court therefore imposed a duty on the Crown to disclose all relevant information to the defence. The goal behind imposing this duty upon the Crown was not, however, to ensure equivalency of treatment between the accused and the Crown. Rather, the duty to disclose was imposed to advance the overall fairness, justice, efficacy, and truth finding elements of criminal proceedings. Since the right to full answer and defence must be defined in light of other principles of fundamental justice, that right is not an absolute one. Thus, while acknowledging the disparity in access to certain types of information, Sopinka J. conditioned the Crown's duty to disclose by investing in the Crown a discretion to withhold information where necessary to respect the rules of privilege, to protect persons from harassment or injury, or where this information is clearly irrelevant, at pp. 336 and 339. Similarly, in *O'Connor*, *supra*, at para. 16, Lamer C.J. and Sopinka J. held:

> . . . *Stinchcombe* recognized that, even in the context of disclosure, there are limits on the right of an accused to access information. For example, when the Crown asserts that the information is privileged, the trial judge must then balance the competing claims at issue. In such cases, the information will only be disclosed where the trial judge concludes that the asserted privilege "does not constitute a reasonable limit on the constitutional

ble de facteurs différents de ceux qui sont pertinents en ce qui concerne la communication de dossiers de tiers à l'accusé. Tout ce que ce passage signifie, c'est que l'accusé doit disposer d'une procédure d'obtention d'éléments de preuve qui respecte tous les droits constitutionnels en jeu, comme c'est le cas de la procédure des mandats dont dispose la poursuite. Comme nous le verrons plus loin, c'est justement la procédure qu'offre la loi C-46.

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, notre Cour a reconnu 112
que, en vertu de son rôle exceptionnel de mandataire de l'État, le ministère public a un meilleur accès que l'accusé à certains types de renseignements. La Cour a donc imposé au ministère public l'obligation de divulguer tous les renseignements pertinents à la défense. L'imposition de cette obligation au ministère public ne visait pas cependant à assurer que l'accusé et le ministère public bénéficieraient d'un traitement équivalent. L'obligation de divulgation a plutôt été imposée pour promouvoir globalement les éléments d'équité, de justice, d'efficacité et de recherche de la vérité des poursuites criminelles. Étant donné que le droit à une défense pleine et entière doit être défini en fonction d'autres principes de justice fondamentale, ce droit n'est pas absolu. Ainsi, tout en reconnaissant la disparité de l'accès à certains types de renseignements, le juge Sopinka a tempéré l'obligation de divulgation du ministère public en lui donnant le pouvoir discrétionnaire de ne pas divulguer des renseignements lorsque ces renseignements ne sont manifestement pas pertinents ou encore lorsque cela est nécessaire pour respecter les règles du privilège et pour protéger des personnes contre le harcèlement ou contre tout préjudice (aux pp. 336 et 339). De même, dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 16, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont conclu:

> . . . l'arrêt *Stinchcombe* a reconnu que, même dans le contexte de la divulgation, il existe des limites au droit d'un accusé d'avoir accès à des renseignements. Par exemple, lorsque le ministère public affirme que les renseignements font l'objet d'un privilège, le juge du procès doit alors pondérer les revendications contradictoires en cause. Les renseignements ne seront alors divulgués que lorsque le juge du procès conclut que le privilège

right to make full answer and defence" (*Stinchcombe*, at p. 340).

Stinchcombe and *O'Connor* accept that it is constitutionally permissible for the Crown to be subject to different treatment, to different procedures, or even to end up with documents that the accused has not seen, as long as the accused can make full answer and defence and the trial is fundamentally fair.

113 Furthermore, when addressing the disparity of treatment between defence counsel and the Crown, we must remember the specific problem Bill C-46 was enacted to address. Through Bill C-46, Parliament sought to preserve an accused's access to private records that may be relevant to the defence in a sexual offence proceeding while protecting, to the greatest extent possible, the privacy rights of complainants and witnesses. The context of the Bill is one in which defence counsel were routinely seeking access to the private records of complainants or witnesses in sexual offence proceedings (K. Kelly, "'You must be crazy if you think you were raped': Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 *C.J.W.L.* 178; K. Busby, "Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis", a study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.). As H. Holmes aptly summarizes:

> The *O'Connor* issue arose from new defence intrusion into the rights and interests of third parties. Defence applications for access to third party records are quite properly motivated *only* by the accused's concern to make full answer and defence to the charge. The Crown, by contrast, is responsible for a larger set of interests including those of third parties and the general public as well as those of the accused. [Emphasis in original.]

revendiqué «ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière» (*Stinchcombe*, à la p. 340).

Les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* reconnaissent qu'il est constitutionnellement acceptable que le ministère public fasse l'objet d'un traitement différent, d'une procédure différente, ou même qu'il se retrouve en possession de documents que l'accusé n'a pas vus, pourvu que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et que le procès soit fondamentalement équitable.

De plus, lorsqu'on aborde la disparité de traitement entre l'avocat de la défense et le ministère public, il faut se rappeler du problème particulier auquel la loi C-46 était destinée à remédier. En adoptant la loi C-46, le législateur a cherché à préserver l'accès de l'accusé aux dossiers privés susceptibles d'être pertinents pour la défense dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel, tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des plaignants et des témoins. La Loi a été adoptée dans un contexte où les avocats de la défense cherchaient couramment à avoir accès aux dossiers privés des plaignants et des témoins lors de poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel (K. Kelly, «"You must be crazy if you think you were raped": Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178; K. Busby, «Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis», une étude subventionnée par la Division de la recherche et de la statistique du ministère de la Justice du Canada, juillet 1998.). Comme H. Holmes le résume bien:

> [TRADUCTION] La question soulevée dans l'arrêt *O'Connor* découlait d'un nouvel empiétement de la défense sur les droits et intérêts de tiers. Les demandes de la défense visant à obtenir l'accès aux dossiers de tiers sont motivées tout à fait à bon droit par le *seul* souci de l'accusé de présenter une défense pleine et entière contre l'accusation. Par contre, le ministère public doit veiller au respect d'un ensemble plus large d'intérêts, dont ceux des tiers et du public en général de même que ceux de l'accusé. [En italique dans l'original.]

("An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 71, at p. 86.)

The greater procedural burden placed on the accused under Bill C-46 reflects the fact that unlike the Crown, the accused bears no responsibility to protect the rights of others. To protect such rights, when they are threatened by the acts of the accused, greater procedural protections are required.

The defence concern that it will be unable to obtain records relevant to its defence will be considered in greater detail later. However, in relation to s. 278.2(2) it is worth pointing out that Parliament inserted two provisions to offset any unfairness that might flow from the Crown's being in possession of documents that the defence has not seen. As discussed above, the first is the provision that if the complainant or witness waives the protection of the legislation, the documents must be disclosed to the defence: s. 278.2(2). Waiver should not be read in a technical sense. Where the complainant or witness, with knowledge that the legislation protects her privacy interest in the records, indicates by words or conduct that she is relinquishing her privacy right, waiver may be found. Turning records over to the police or Crown, with knowledge of the law's protections and the consequences of waiving these protections, will constitute an express waiver pursuant to s. 278.2(2).

The second aid to the accused is the requirement in s. 278.2(3) that the prosecutor notify the accused of the private documents in his or her possession. While the contents are not to be disclosed at this stage, the notification requirement reveals the existence of the record to the accused and allows the accused to make an application for production. When notifying an accused, the Crown should ensure that information as to date and context are provided so that the documents can be sufficiently identified. This will help furnish the accused with a basis for arguing that the docu-

(«An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 71, à la p. 86.)

Le fardeau procédural plus lourd que la loi C-46 impose à l'accusé reflète le fait que, contrairement au ministère public, l'accusé n'est pas tenu de protéger les droits d'autrui. Pour protéger ces droits lorsqu'ils sont compromis par les actes de l'accusé, de plus grandes protections procédurales sont requises.

114 Nous examinerons davantage plus loin la crainte de l'intimé d'être incapable d'obtenir des dossiers pertinents pour assurer sa défense. Il vaut cependant la peine de souligner, au sujet du par. 278.2(2), que le législateur a inclus deux dispositions pour supprimer toute iniquité qui pourrait découler de la possession par le ministère public de documents que la défense n'a pas vus. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la première disposition est celle qui prévoit que, si le plaignant ou le témoin renonce à la protection de la mesure législative, les documents doivent être communiqués à la défense: par. 278.2(2). Il ne faut pas donner un sens technique à la renonciation. On peut conclure qu'il y a renonciation lorsque le plaignant ou le témoin, qui sait que la mesure législative protège son droit au respect du caractère privé des dossiers en cause, indique par ses paroles ou par sa conduite qu'il renonce à ce droit. Le fait de remettre les dossiers à la police ou au ministère public, en toute connaissance des protections conférées par la loi et des conséquences de la renonciation à ces protections, constitue une renonciation expresse au sens du par. 278.2(2).

115 Le deuxième élément utile à l'accusé est l'exigence du par. 278.2(3) que le poursuivant l'informe des documents privés qu'il a en sa possession. Bien que le contenu ne doive pas être divulgué à cette étape, l'obligation d'informer permet à l'accusé de prendre connaissance de l'existence du dossier et de présenter une demande de communication. Lorsqu'il informe l'accusé, le ministère public doit s'assurer que des renseignements relatifs à la date et au contexte soient fournis, de sorte que les documents puissent être suffisamment identifiés. Cela contribuera à fournir à

ments may be relevant to the defence under s. 278.5: see *Boudreau, supra, per* Ewaschuk J.

116 We conclude that the fact that s. 278.2 may result in the Crown holding documents that the accused does not possess does not of itself deprive the accused of the right to make full answer and defence. Parliament has balanced the inevitably advantageous documentary position the prosecution enjoys with safeguards to protect the accused's interest in getting those documents that may be relevant to the defence. Provided the remainder of Bill C-46 permits the accused to obtain the documents to which the defence is entitled, the fact that the Crown may possess documents that the accused does not, does not vitiate the process. Section 278.2 is constitutional in that it does not violate ss. 7 or 11(*d*) of the *Charter*.

(3) The "Insufficient Grounds" Section: Section 278.3(4)

117 Section 278.3(4) lists a series of "assertions" that cannot "on their own" establish that a record is likely relevant. The respondent submits that on a plain reading, this provision prevents the accused from relying on the listed factors when attempting to establish the likely relevance of the records. This, he argues, interferes with the right to make full answer and defence by restricting what the judge can consider in determining whether the records must be produced to the defence. The legislation raises the bar for production, he asserts, making it difficult if not impossible for the accused to meet the likely relevance test of ss. 278.5 and 278.7. The Respondent contends that it is unconstitutional to exclude the assertions listed in s. 278.3(4) as irrelevant.

118 This submission forgets that when legislation is susceptible to more than one interpretation, we must always choose the constitutional reading. See

l'accusé un motif de prétendre que les documents peuvent être pertinents pour assurer sa défense au sens de l'art. 278.5: voir *Boudreau*, précité, le juge Ewaschuk.

Nous concluons que le fait que l'art. 278.2 puisse permettre au ministère public de détenir des documents que l'accusé ne possède pas ne prive pas en soi l'accusé du droit à une défense pleine et entière. Le législateur a compensé la position nécessairement avantageuse du ministère public en matière documentaire par des garanties destinées à protéger le droit de l'accusé d'obtenir les documents qui peuvent être pertinents pour assurer sa défense. Pourvu que les autres dispositions de la loi C-46 permettent à l'accusé d'obtenir les documents auxquels il a droit pour assurer sa défense, le fait que le ministère public puisse posséder des documents dont l'accusé ne dispose pas ne vicie pas le processus. L'article 278.2 est conforme à la Constitution en ce sens qu'il ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11*d*) de la *Charte*.

(3) La disposition de «l'insuffisance des motifs»: par. 278.3(4)

Le paragraphe 278.3(4) énumère une série d'«affirmations» qui ne sont pas susceptibles «en soi» d'établir qu'un dossier est vraisemblablement pertinent. L'intimé soutient que, suivant son sens ordinaire, cette disposition empêche l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés lorsqu'il tente d'établir la pertinence vraisemblable des dossiers. Cela, prétend-il, porte atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière en restreignant ce que le juge peut prendre en considération pour décider si les dossiers doivent être communiqués à la défense. Il affirme que la mesure législative hausse la barre en matière de communication, de sorte qu'il est difficile, voire impossible, pour l'accusé de satisfaire au critère de la pertinence vraisemblable énoncé aux art. 278.5 et 278.7. L'intimé soutient qu'il est inconstitutionnel d'écarter les affirmations énumérées au par. 278.3(4) pour le motif qu'elles ne sont pas pertinentes.

Cet argument ne tient pas compte du fait que, lorsqu'une mesure législative prête à plus d'une interprétation, nous devons toujours choisir celle

Slaight, *supra*, at p. 1078. This mistake leads the respondent to overstate the purpose and effect of s. 278.3(4). As has frequently been held, its purpose is to prevent speculative and unmeritorious requests for production: *R. v. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180 (B.C.S.C.), at paras. 16-17; *Boudreau*, *supra*, at para. 6; *Regan*, *supra*, at paras. 26-27; *R. v. Stromner* (1997), 205 A.R. 385 (Prov. Ct.), at paras. 39-42; *R. v. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL) (S.C.), at paras. 27-28. It does not entirely prevent an accused from relying on the factors listed, but simply prevents reliance on bare "assertions" of the listed matters, where there is no other evidence and they stand "on their own".

qui est conforme à la Constitution. Voir *Slaight*, précité, à la p. 1078. Cette erreur amène l'intimé à exagérer l'objet et l'effet du par. 278.3(4). Comme il a fréquemment été conclu, son objet est d'empêcher les demandes de communication qui reposent sur la conjecture et qui sont mal fondées: *R. c. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180 (C.S.C.-B.), aux par. 16 et 17; *Boudreau*, précité, au par. 6; *Regan*, précité, aux par. 26 et 27; *R. c. Stromner* (1997), 205 A.R. 385 (C. prov.), aux par. 39 à 42; *R. c. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL) (C.S.), aux par. 27 et 28. Il n'empêche pas totalement l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés, mais ne fait que l'empêcher d'invoquer de simples «affirmations» au sujet des questions énumérées, lorsqu'il n'y a pas d'autres éléments de preuve et que ces facteurs doivent être considérés «en soi».

As has frequently been noted, speculative myths, stereotypes, and generalized assumptions about sexual assault victims and classes of records have too often in the past hindered the search for truth and imposed harsh and irrelevant burdens on complainants in prosecutions of sexual offences. See *Seaboyer*, *supra*, at p. 634. The myths that a woman's testimony is unreliable unless she made a complaint shortly after the event (recent complaint), or if she has had previous sexual relations, are but two of the more notorious examples of the speculation that in the past has passed for truth in this difficult area of human behaviour and the law. The notion that consultation with a psychiatrist is, by itself, an indication of untrustworthiness is a more recent, but equally invidious, example of such a myth. The purpose of s. 278.3(4) is to prevent these and other myths from forming the entire basis of an otherwise unsubstantiated order for production of private records.

119 Comme on l'a fréquemment souligné, les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d'agression sexuelle et des catégories de dossiers ont trop souvent, dans le passé, entravé la recherche de la vérité et imposé un fardeau lourd et inutile aux plaignants dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. Voir *Seaboyer*, précité, à la p. 634. Le mythe que le témoignage d'une femme n'est pas digne de foi à moins qu'elle ait porté plainte peu de temps après l'épisode (plainte récente), ou si elle a déjà eu des relations sexuelles, ne sont que deux des plus célèbres exemples des hypothèses qui, par le passé, ont été considérées comme vraies dans ce domaine difficile du comportement humain et du droit. L'idée que le fait de consulter un psychiatre indique en soi un manque de fiabilité est un exemple plus récent, mais tout aussi odieux, de ce genre de mythe. Le paragraphe 278.3(4) a pour objet d'empêcher ces mythes et d'autres mythes de constituer le seul fondement d'une ordonnance de communication de dossiers privés qui serait par ailleurs non justifiée.

The purpose and wording of s. 278.3 do not prevent an accused from relying on the assertions set out in s. 278.3(4) where there is an evidentiary or informational foundation to suggest that they may be related to likely relevance. (An exception is "recent complaint" which has been abolished by

120 L'objet et le libellé de l'art. 278.3 n'empêchent pas l'accusé d'invoquer les affirmations énoncées au par. 278.3(4) lorsqu'il y a des éléments de preuve ou des renseignements qui indiquent qu'elles peuvent être liées au critère de la pertinence vraisemblable (à l'exception de la «plainte

the jurisprudence and cannot be relied on in any event, quite apart from the section.) The section requires only that the accused be able to point to case specific evidence or information to show that the record in issue is likely relevant to an issue at trial or the competence of a witness to testify: see *Leipert*, *supra*, at para. 21. Conversely, where an accused does provide evidence or information to support an assertion listed in s. 278.3(4), this does not mean that likely relevance is made out. Section 278.3(4) does not supplant the ultimate discretion of the trial judge. Where any one of the listed assertions is made and supported by the required evidentiary and informational foundation, the trial judge is the ultimate arbiter in deciding whether the likely relevance threshold set out in ss. 278.5 and 278.7 is met.

121 We conclude that s. 278.3(4) does not violate ss. 7 or 11(*d*) of the *Charter*.

(4) The First Stage — Production to the Judge: Sections 278.4 and 278.5

122 Bill C-46, as noted, contemplates a two-stage procedure for gaining access to documents. At the first stage, the issue is whether the document should be produced to the judge. If that stage is passed, the judge looks at the document to determine whether it should be produced to the accused. Section 278.5 establishes the procedure for production to the judge at the first stage.

123 Section 278.4 also deals with procedure. The judge holds the hearing *in camera*, and may hear witnesses and take submissions. Witnesses are not, however, compellable, though under s. 278.4(2) they "may appear and make submissions". None of the parties or interveners in this appeal directly challenged the non-compellability of witnesses under s. 278.4(2) (though this section falls within the stated constitutional questions, and was addressed by Belzil J.). We are therefore reluctant to assess its constitutionality. That said, and without deciding the issue, we would note that the fact

récente», qui a été abolie par la jurisprudence et qui ne peut être invoquée en aucun cas, indépendamment de l'article). Cet article exige seulement que l'accusé soit capable d'indiquer des éléments de preuve ou des renseignements particuliers dans le but de démontrer que le dossier en cause est vraisemblablement pertinent quant à une question en litige ou à l'habilité d'un témoin à déposer: voir *Leipert*, précité, au par. 21. À l'inverse, lorsque l'accusé fournit des éléments de preuve ou des renseignements à l'appui d'une affirmation énumérée au par. 278.3(4), cela ne signifie pas que la pertinence vraisemblable est établie. Le paragraphe 278.3(4) ne remplace pas le pouvoir discrétionnaire dont jouit en fin de compte le juge du procès. Lorsqu'une des affirmations énumérées est faite et qu'elle est étayée par les éléments de preuve ou les renseignements requis, le juge du procès est l'arbitre qui, en fin de compte, jouit du droit de décider si le seuil de la pertinence vraisemblable énoncé aux art. 278.5 et 278.7 est franchi.

Nous concluons que le par. 278.3(4) ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11*d*) de la *Charte*.

(4) Première étape — La communication au juge: art. 278.4 et 278.5

Comme nous l'avons vu, la loi C-46 prescrit une procédure en deux étapes en matière d'accès à des documents. À la première étape, il s'agit de savoir s'il y a lieu de communiquer le document au juge. Si cette étape est franchie, le juge examine le document pour déterminer s'il y a lieu de le communiquer à l'accusé. L'article 278.5 établit la procédure de communication au juge à la première étape.

L'article 278.4 touche également à la procédure. Le juge tient une audience à huis clos et il peut entendre des témoins et des arguments. Cependant, les témoins ne peuvent pas être contraints à déposer même si, en vertu du par. 278.4(2), ils «peuvent comparaître et présenter leurs arguments». Aucune partie ni aucun intervenant, dans le présent pourvoi, ne conteste directement la non-contraignabilité des témoins en vertu du par. 278.4(2) (même si cette disposition est visée par les questions constitutionnelles formulées et a été abordée par le juge Belzil). Nous hésitons donc à en éva-

that witnesses are not compellable must be viewed in light of the preliminary, investigatory nature of the process at this stage and the other sources upon which the judge can draw in assessing whether the documents may be relevant and whether their production is necessary to the interests of justice, discussed more fully below. While *Stinchcombe* affirmed the right of the defence to obtain documents in the possession of the Crown which may be relevant to the defence, it did not suggest that the defence should have the right to examine witnesses on what documents are relevant. The common law has never compelled witnesses to testify as to records at the investigatory stage, although many inquisitorial, civilian systems do so. The fact that witnesses are not compellable under s. 278.4(2) is consistent, at the very least, with the common law tradition and with *Stinchcombe*. Moreover, as we discuss more fully *infra*, trial judges retain a broad discretion under s. 278.5(1) to order production. We must presume that Parliament intended for trial judges to exercise that discretion in a manner consistent with the *Charter* principles discussed above.

luer la constitutionnalité. Cela dit, et sans trancher la question, nous tenons à souligner que le fait que les témoins ne soient pas contraignables doit être perçu en fonction de la nature préliminaire du processus qui est un processus d'enquête à ce stade et des autres sources auxquelles le juge peut recourir pour évaluer si les documents peuvent être pertinents et si leur communication servira les intérêts de la justice, lesquelles sont analysées davantage plus loin. Bien que l'arrêt *Stinchcombe* ait confirmé le droit de la défense d'obtenir les documents susceptibles de lui être utiles qui sont en la possession du ministère public, il n'a pas laissé entendre que la défense devrait avoir le droit d'interroger les témoins pour savoir quels documents sont pertinents. La common law n'a jamais contraint les témoins à déposer relativement à des dossiers à l'étape de l'enquête, bien que de nombreux systèmes civils inquisitoires le fassent. Le fait que les témoins ne soient pas contraignables en vertu du par. 278.4(2) est compatible tout au moins avec la tradition de common law et avec l'arrêt *Stinchcombe*. En outre, comme nous le verrons plus en détail plus loin, le juge du procès conserve, en vertu du par. 278.5(1), un large pouvoir discrétionnaire d'ordonner la communication. Nous devons présumer que le législateur a voulu que le juge du procès exerce ce pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme aux principes de la *Charte* analysés précédemment.

Both the majority and minority of this Court in *O'Connor* held that records must be produced to the judge for inspection if the accused can demonstrate that the information is "likely to be relevant": *O'Connor*, *supra*, at para. 19, *per* Lamer C.J. and Sopinka J., and at para. 138, *per* L'Heureux-Dubé J. The Court defined the standard of likely relevance as "a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify" (para. 22 (emphasis in original)). Although the majority recognized that complainants have a constitutional right to privacy (at para. 17), it held that no balancing of rights should be undertaken at the first stage (at para. 24). This conclusion was premised on the finding that: (1) to require the accused to meet more than the likely relevance

124 Dans l'arrêt *O'Connor* de notre Cour, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont conclu que les dossiers doivent être communiqués au juge pour qu'il les examine, si l'accusé peut démontrer que les renseignements en question sont «d'une pertinence probable»: *O'Connor*, précité, au par. 19, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, et au par. 138, le juge L'Heureux-Dubé. Notre Cour a défini la norme de la pertinence probable comme étant «une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin» (par. 22 (souligné dans l'original)). Bien que les juges majoritaires aient reconnu que les plaignants ont un droit constitutionnel à la vie privée (au par. 17), ils ont conclu qu'aucune évaluation de droits ne

stage would be to "put the accused in the difficult situation of having to make submissions to the judge without precisely knowing what is contained in the records" (para. 25); and (2) there is not enough information before a trial judge at this initial stage of production for an informed balancing procedure to take place (at para. 21). To this end, the majority held that the analysis should be confined to determining "likely relevance" and "whether the right to make full answer and defence is implicated by information contained in the records" (para. 21). In contrast, the minority held that once the accused meets the "likely relevance" threshold, he must then satisfy the judge that the salutary effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production, having regard to the accused's right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records (at para. 150). L'Heureux-Dubé J. found that a sufficient evidentiary basis could be established at this stage through Crown disclosure, defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial and, on some occasions, expert evidence (at para. 146).

devait être entreprise à la première étape (au par. 24). Cette conclusion reposait sur la constatation (1) qu'obliger l'accusé à franchir davantage que l'étape de la pertinence probable reviendrait à «le pla[cer] dans la situation difficile de devoir présenter des arguments au juge sans savoir précisément ce que contiennent les dossiers» (par. 25), et (2) que le juge du procès ne dispose pas de suffisamment de renseignements à cette étape initiale de communication pour qu'un processus d'évaluation éclairé ait lieu (au par. 21). À cette fin, les juges majoritaires ont statué que l'analyse devait se limiter à déterminer la «pertinence probable» et à «la question de savoir si les renseignements figurant dans le dossier ont une incidence sur le droit de présenter une défense pleine et entière» (par. 21). Par contre, les juges dissidents ont conclu qu'une fois que l'accusé satisfait au critère préliminaire de la «pertinence probable», il doit ensuite convaincre le juge que les effets bénéfiques d'une ordonnance de communication des documents au tribunal pour fins d'examen l'emportent sur ses effets préjudiciables, compte tenu du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et de l'effet d'une telle communication sur les droits à la vie privée et à l'égalité de la personne à laquelle se rapportent les dossiers (au par. 150). Le juge L'Heureux-Dubé a conclu qu'une preuve suffisante pouvait être établie à cette étape au moyen des documents et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès et, parfois, au moyen d'une preuve d'expert (au par. 146).

125 Parliament, after studying the issue, concluded that the rights of both the complainant and the accused should be considered when deciding whether to order production to the judge. In coming to this conclusion, Parliament must be taken to have determined, as a result of lengthy consultations, and years of Parliamentary study and debate, that trial judges have sufficient evidence to engage in an informed balancing process at this stage. Parliament began consultations on the production of complainants' private records in sexual assault cases in June 1994. The *O'Connor* decision

Après avoir étudié la question, le législateur a conclu qu'il faut tenir compte tant des droits du plaignant que de ceux de l'accusé pour décider s'il y a lieu d'ordonner la communication au juge. Il faut tenir pour acquis qu'en arrivant à cette conclusion le législateur a décidé, à la suite de longues consultations et d'années d'études et de débats parlementaires, que le juge du procès dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour entreprendre un processus d'évaluation éclairé à cette étape. Le législateur a entamé, en juin 1994, des consultations au sujet de la communication des dossiers

became a part of that discussion when it was released December 14, 1995, and was subsequently addressed in the consultations which continued until March 1997. In developing the Bill C-46 production regime, we must therefore remember that Parliament had the benefit of information not available to the Court when it penned *O'Connor*. Specifically, Parliament had the advantage of being able to assess how the *O'Connor* regime was operating. The record indicates that Parliament received many submissions that under the *O'Connor* regime, private records were routinely being produced to the court at the first stage, leading to the recurring violation of the privacy interests of complainants and witnesses. While it is true that little statistical data existed at the time of the drafting of Bill C-46 on the application of *O'Connor*, it was open to Parliament to give what weight it saw fit to the evidence presented at the consultations. As a result of the consultation process, Parliament decided to supplement the "likely relevant" standard for production to the judge proposed in *O'Connor* with the further requirement that production be "necessary in the interests of justice". The result was s. 278.5. This process is a notable example of the dialogue between the judicial and legislative branches discussed above. This Court acted in *O'Connor*, and the legislature responded with Bill C-46. As already mentioned, the mere fact that Bill C-46 does not mirror *O'Connor* does not render it unconstitutional.

privés de plaignants dans des affaires d'agression sexuelle. L'arrêt *O'Connor* a fait l'objet de ces débats une fois qu'il a été rendu le 14 décembre 1995, et il a par la suite été abordé dans les consultations qui se sont poursuivies jusqu'en mars 1997. Il faut donc se rappeler qu'en établissant le régime de communication de la loi C-46, le législateur bénéficiait de renseignements dont notre Cour ne disposait pas lorsqu'elle a rédigé l'arrêt *O'Connor*. En particulier, le législateur avait l'avantage de pouvoir évaluer la manière dont le régime de l'arrêt *O'Connor* fonctionnait. Le dossier indique que le législateur a reçu de nombreuses observations selon lesquelles, en vertu du régime établi par l'arrêt *O'Connor*, les dossiers privés étaient couramment communiqués au tribunal à la première étape, ce qui menait à la violation répétée du droit à la vie privée des plaignants et des témoins. Bien qu'il soit vrai qu'il existait peu de données statistiques sur l'application de l'arrêt *O'Connor* au moment où la loi C-46 a été rédigée, il était loisible au législateur d'accorder l'importance qu'il jugeait bon aux témoignages présentés lors des consultations. À la suite du processus de consultation, le législateur a décidé de compléter la norme de la «pertinence probable» en matière de communication au juge, qui avait été proposée dans l'arrêt *O'Connor*, par l'exigence supplémentaire que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice», d'où l'art. 278.5. Ce processus est un exemple remarquable du dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif qui a été mentionné précédemment. Notre Cour a agi dans l'arrêt *O'Connor*, et le législateur a réagi au moyen de la loi C-46. Comme nous l'avons vu, la Loi n'est pas inconstitutionnelle du simple fait qu'elle ne reflète pas l'arrêt *O'Connor*.

Section 278.5(1) requires the accused at the stage of production to a judge to demonstrate not only that the information is "likely relevant" but, in addition, that the production of the record "is necessary in the interests of justice". The first requirement takes up the unanimous view in *O'Connor* that the accused, to get production to the judge, must show that the record is "likely relevant". The additional requirement that production to the judge be "necessary in the interests of jus-

126 Le paragraphe 278.5(1) exige qu'à l'étape de la communication au juge l'accusé démontre non seulement que les renseignements sont «vraisemblablement pertinent[s]», mais en outre que la communication du dossier «ser[vira] les intérêts de la justice». La première exigence reprend l'opinion unanime de l'arrêt *O'Connor* que, pour obtenir la communication au juge, l'accusé doit démontrer que le dossier est «vraisemblablement pertinent» («*likely relevant*»). L'exigence supplémentaire que

tice" encompasses (but is not confined to) the concern of the minority in *O'Connor* that even where likely relevance is shown, there should be room for the court to consider the rights and interests of all those affected by disclosure before documents are ordered disclosed to the court.

127 Section 278.5(1) is followed by s. 278.5(2) which gives substance to the requirement that trial judges consider the broad range of rights and interests affected before ordering disclosure to the court. Under this section, a trial judge is required to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused's right to make full answer and defence and on the rights to privacy and equality of the complainant or witness and any other person to whom the record relates. The section directs the trial judge to "take into account" a series of factors in deciding whether the document should be produced to the court: (a) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (b) the probative value of the record; (c) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record; (d) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias; (e) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates; (f) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences; (g) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and (h) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

128 The respondent takes no issue with the requirement that the records be established as likely relevant before production to the judge is ordered. His objection is that the accused must also show that disclosure to the judge is "necessary in the interests of justice". He argues that this requires a weighing and balancing of interests that cannot properly be done without reviewing the documents in question. To this end, s. 278.5 calls upon the

la communication au juge «ser[ve] les intérêts de la justice» englobe (sans s'y limiter) la préoccupation des juges dissidents dans l'arrêt *O'Connor*, selon laquelle même lorsque la pertinence probable («*likely relevance*») est démontrée, il devrait être loisible au tribunal d'examiner les droits et les intérêts de tous ceux qui seront touchés par la communication avant d'ordonner que les documents lui soient communiqués.

Le paragraphe 278.5(1) est suivi du par. 278.5(2) qui précise l'exigence que le juge du procès examine la vaste gamme de droits et intérêts touchés avant d'ordonner la communication au tribunal. En vertu de ce paragraphe, le juge du procès doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant, du témoin et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte. Le paragraphe ordonne au juge du procès de «tenir compte» d'une série de facteurs pour décider si le document doit être communiqué au tribunal: a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière; b) sa valeur probante; c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé; d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire; e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte; f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées; g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infractions d'ordre sexuel, suivent des traitements; et h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

L'intimé ne conteste pas l'exigence que la pertinence vraisemblable des dossiers soit établie avant que leur communication au juge ne soit ordonnée. Il s'oppose au fait que l'accusé doit également démontrer que la communication «sert les intérêts de la justice». Il prétend que cela requiert une évaluation des intérêts qui ne peut pas être faite convenablement sans examiner les documents en question. À cette fin, l'art. 278.5 demande au juge

trial judge to do the impossible — to weigh competing rights in a vacuum. The respondent contends that likely relevance should be the only requirement at the stage of deciding whether the judge can see the document. In imposing the additional requirement that production be established as "necessary in the interests of justice", s. 278.5 risks depriving the accused of documents relevant to his defence and hence is unconstitutional.

du procès de faire l'impossible — évaluer des droits opposés en vase clos. L'intimé soutient que le critère de la pertinence vraisemblable devrait constituer la seule exigence à l'étape où il faut décider si le juge peut voir le document. En imposant l'exigence supplémentaire d'établir que la communication «sert les intérêts de la justice», l'art. 278.5 risque de priver l'accusé de documents qui sont pertinents pour assurer sa défense, et est donc inconstitutionnel.

The question comes down to this: once likely relevance is established, is it necessarily unconstitutional that a consideration of the rights and interests of those affected by production to the court might result in production not being ordered? The answer to this question depends on whether a consideration of the range of rights and interests affected, in addition to a finding of likely relevance, will ultimately prevent the accused from seeing documents that are necessary to enable him to defend himself — to raise all the defences that might be open to him at trial. The non-disclosure of third party records with a high privacy interest that may contain relevant evidence will not compromise trial fairness where such non-disclosure would not prejudice the accused's right to full answer and defence.

129 La question se résume à ceci: une fois que la pertinence vraisemblable est établie, est-il nécessairement non conforme à la Constitution que l'examen des droits et intérêts des personnes touchées par la communication au tribunal soit susceptible d'entraîner le refus d'ordonner la communication? La réponse à cette question dépend de la question de savoir si l'examen de la gamme des droits et intérêts touchés, ajouté à la constatation de pertinence vraisemblable, empêchera, en fin de compte, l'accusé de voir les documents qui lui sont nécessaires pour pouvoir se défendre — pour invoquer tous les moyens de défense dont il pourrait se prévaloir au procès. La non-communication des dossiers de tiers qui font l'objet d'un intérêt élevé en matière de vie privée et qui peuvent contenir des éléments de preuve pertinents ne compromet pas l'équité du procès lorsqu'elle ne préjudicie pas au droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Section 278.5(1) is a very wide and flexible section. It accords the trial judge great latitude. Parliament must be taken to have intended that judges, within the broad scope of the powers conferred, would apply it in a constitutional manner — a way that would ultimately permit the accused access to all documents that may be constitutionally required. Indeed, a production regime that denied this would not be production "necessary in the interests of justice".

130 Le paragraphe 278.5(1) est une disposition très large et très souple. Il confère beaucoup de latitude au juge du procès. Il faut considérer que le législateur a voulu que, dans le cadre général des pouvoirs conférés, les juges l'appliquent d'une manière conforme à la Constitution — d'une manière qui permettrait, en fin de compte, à l'accusé d'avoir accès à tous les documents qui peuvent être requis suivant la Constitution. En fait, un régime de communication qui refuserait cet accès ne constituerait pas de la communication qui «sert les intérêts de la justice».

The requirement that production be "necessary in the interests of justice" at this stage refers to whether production to the judge is necessary in the interests of justice. That is a phrase capable of encompassing a great deal. It permits the judge to

131 L'exigence que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice» à cette étape renvoi à la question de savoir si la communication au juge sert les intérêts de la justice. Cette expression est susceptible d'avoir plusieurs sens. Elle permet au juge

look at factors other than relevancy, like the privacy rights of complainants and witnesses, in deciding whether to order production to himself or herself. Where the privacy right in a record is strong and the record is of low probative value or relates to a peripheral issue, the judge might decide that non-disclosure will not prejudice the accused's right to full answer and defence and dismiss the application for production.

d'examiner d'autres facteurs que la pertinence, comme le droit à la vie privée des plaignants et des témoins, pour décider s'il y a lieu d'ordonner que les documents lui soient communiqués. Lorsque le dossier fait l'objet d'un solide droit au respect de son caractère privé et qu'il a une faible valeur probante ou porte sur une question secondaire, le juge peut éventuellement décider que la non-communication ne nuira pas au droit de l'accusé à une défense pleine et entière et rejeter la demande de communication.

132 However, pursuant to the first factor of s. 278.5(2), the judge must consider the accused's right to make full answer and defence. If the judge concludes that it is necessary to examine the documents at issue in order to determine whether they should be produced to enable the accused to make full answer and defence, then production to the judge is "necessary in the interests of justice". This answers the argument that s. 278.5(1) may require the judge to decide against production to himself or herself of documents necessary to the defence, and hence foreclose production to the accused in an unconstitutional manner. If a record is established to be "likely relevant" and, after considering the various factors, the judge is left uncertain about whether its production is necessary to make full answer and defence, then the judge should rule in favour of inspecting the document. As L'Heureux-Dubé J. stated in *O'Connor*, *supra*, at para. 152, "[i]n borderline cases, the judge should err on the side of production to the court". The interests of justice require nothing less.

Selon le premier facteur du par. 278.5(2), le juge doit cependant prendre en considération le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Si le juge conclut qu'il est nécessaire d'examiner les documents en cause pour déterminer s'ils devraient être communiqués à l'accusé afin de lui permettre de présenter une défense pleine et entière, la communication au juge «sert [alors] les intérêts de la justice». Cela répond à l'argument que le par. 278.5(1) peut obliger le juge à refuser d'ordonner que lui soient communiqués des documents nécessaires à la défense et ainsi empêcher, d'une manière non conforme à la Constitution, la communication à l'accusé. S'il est établi qu'un dossier est «vraisemblablement pertinent» et, si, après avoir pris en considération les différents facteurs, le juge n'est pas certain que la communication de ce dossier soit nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière, celui-ci doit alors décider d'examiner le document. Comme le juge L'Heureux-Dubé l'a dit dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 152, «[d]ans les cas limites, le juge devrait pencher du côté de la production au tribunal». Les intérêts de la justice n'exigent rien de moins.

133 The criterion in s. 278.5 that production must be "necessary in the interests of justice" invests trial judges with the discretion to consider the full range of rights and interests at issue before ordering production, in a manner scrupulously respectful of the requirements of the *Charter*; see: *Baron*, *supra*, at p. 442, *per* Sopinka J. The fact that the approach set out in s. 278.5 does not accord with *O'Connor*'s pronouncement, at para. 24, that at the stage of production to the Court, "considerations of

Le critère de l'art. 278.5, selon lequel la communication doit «ser[vir] les intérêts de la justice», confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération, d'une manière qui respecte scrupuleusement les exigences de la *Charte*, la gamme complète des droits et intérêts en cause avant d'ordonner la communication; voir *Baron*, précité, à la p. 442, le juge Sopinka. La méthode prévue à l'art. 278.5 n'est pas inconstitutionnelle du fait qu'elle ne concorde pas avec

privacy should not enter into the analysis", does not render it unconstitutional. In *O'Connor*, the Court was operating in a legislative vacuum, and fashioned what it considered to be the preferred common law rule. While the rule from that case was of course informed by the *Charter*, it should not be read as a rigid constitutional template. As discussed above, the relationship between the courts and legislatures allows a range of constitutional options. While this Court may have considered it preferable not to consider privacy rights at the production stage, that does not preclude Parliament from coming to a different conclusion, so long as its conclusion is consistent with the *Charter* in its own right. As we have explained, the Bill's directive to consider what is "necessary in the interests of justice", read correctly, does include appropriate respect for the right to full answer and defence.

l'énoncé de l'arrêt *O'Connor*, au par. 24, selon lequel, à l'étape de la communication au tribunal, «des considérations relatives à la protection de la vie privée ne devraient pas entrer dans l'analyse». Dans *O'Connor*, notre Cour agissait dans un vide législatif et a établi ce qu'elle considérait être la règle de common law la plus appropriée. Même si la règle établie dans cet arrêt s'inspirait naturellement de la *Charte*, elle ne doit pas être interprétée comme un modèle constitutionnel rigide. Comme nous l'avons vu précédemment, les rapports entre les tribunaux et le législateur permettent une gamme de choix sur le plan constitutionnel. Bien que notre Cour puisse avoir jugé préférable de ne pas prendre en considération le droit à la vie privée à l'étape de la communication, cela n'empêche pas le législateur d'arriver à une conclusion différente pourvu que sa conclusion soit elle-même compatible avec la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué, si on l'interprète correctement, la directive de la Loi de prendre en considération ce qui «sert les intérêts de la justice» inclut le respect qui est dû au droit à une défense pleine et entière.

This leaves the argument that the judge cannot consider the factors listed in s. 278.5(2) without looking at the documents. However, s. 278.5(2) does not require that the judge engage in a conclusive and in-depth evaluation of each of the factors. It rather requires the judge to "take them into account" — to the extent possible at this early stage of proceedings — in deciding whether to order a particular record produced to himself or herself for inspection. Section 278.5(2) serves as a check-list of the various factors that may come into play in making the decision regarding production to the judge. Therefore, while the s. 278.5(2) factors are relevant, in the final analysis the judge is free to make whatever order is "necessary in the interests of justice" — a mandate that includes all of the applicable "principles of fundamental justice" at stake.

134 Il reste l'argument que le juge ne peut pas prendre en considération les facteurs énumérés au par. 278.5(2) sans examiner les documents. Cependant, le par. 278.5(2) n'exige pas que le juge entreprenne une évaluation définitive et approfondie de chacun des facteurs. Il exige plutôt que le juge «en tienne compte» — dans la mesure du possible à cette étape initiale des procédures — pour décider s'il y a lieu d'ordonner qu'un dossier particulier lui soit communiqué pour fins d'examen. Le paragraphe 278.5(2) sert de liste de vérification des différents facteurs qui peuvent entrer en jeu lorsqu'il s'agit de prendre une décision au sujet de la communication au juge. Par conséquent, bien que les facteurs du par. 278.5(2) soient pertinents, le juge est libre, en dernière analyse, de rendre toute ordonnance qui «sert les intérêts de la justice» — un mandat qui englobe tous les «principes de justice fondamentale» applicables qui sont en jeu.

Furthermore, contrary to the respondent's submissions, there is a sufficient evidentiary basis to support such an analysis at this early stage. This basis can be established through Crown disclosure,

135 De plus, contrairement aux arguments de l'intimé, il y a un fondement probatoire suffisant pour justifier une telle analyse à cette étape initiale. Ce fondement peut être établi au moyen des docu-

defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial, and expert evidence, see: *O'Connor*, *supra*, at para. 146, *per* L'Heureux-Dubé J. As noted by Taylor J. for the British Columbia Supreme Court, "the criminal process provides a reasonable process for the acquisition of the evidentiary basis", *Hurrie*, *supra*, at para. 39. To this end, as the Attorney of British Columbia submitted: "Laying the groundwork prior to trial, or comprehensive examination of witnesses at trial, will go a long way to establishing a meritorious application under this legislation."

ments et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, et au moyen d'une preuve d'expert: voir *O'Connor*, précité, au par. 146, le juge L'Heureux-Dubé. Comme l'a souligné le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique: [TRADUCTION] «la procédure en matière criminelle établit un processus raisonnable d'obtention du fondement probatoire»: *Hurrie*, précité, au par. 39. À cette fin, comme le procureur de la Colombie-Britannique l'a fait remarquer: [TRADUCTION] «La préparation du terrain avant le procès, ou l'interrogatoire exhaustif des témoins au procès, contribuera largement au succès d'une demande présentée en vertu de cette mesure législative.»

136 The nature of the records in question will also often provide the trial judge with an important informational foundation. For example, with respect to the privacy interest in records, the expectation of privacy in adoption or counselling records may be very different from that in school attendance records (see, for example, *R. v. J.S.P.*, B.C.S.C., Vancouver Registry Nos. CC970130 & CC960237, May 15, 1997). Similarly, a consideration of the probative value of records can often be informed by the nature and purposes of a record, as well as the record taking practices used to create it. As noted above, many submissions were made regarding the different levels of reliability of certain records. Counselling or therapeutic records, for example, can be highly subjective documents which attempt merely to record an individual's emotions and psychological state. Often such records have not been checked for accuracy by the subject of the records, nor have they been recorded verbatim. All of these factors may help a trial judge when considering the probative value of a record being sought by an accused.

La nature des dossiers en question fournira aussi souvent au juge du procès des renseignements importants sur lesquels il pourra se fonder. Par exemple, en ce qui concerne le droit au respect du caractère privé de dossiers, l'attente en matière de respect du caractère privé des dossiers d'adoption ou de consultation peut être très différente de celle relative aux dossiers d'assiduité scolaire (voir, par exemple, *R. c. J.S.P.*, C.S.C.-B., greffe de Vancouver nos CC970130 et CC960237, 15 mai 1997). De même, l'examen de la valeur probante d'un dossier peut souvent être guidé par sa nature et par ses objets, ainsi que par la méthode de consignation de données utilisée pour le constituer. Comme nous l'avons vu précédemment, de nombreux arguments ont été avancés au sujet des différents degrés de fiabilité de certains dossiers. Les dossiers thérapeutiques ou de consultation, par exemple, peuvent être des documents très subjectifs qui ne font que tenter de décrire les émotions et l'état psychologique d'une personne. Souvent, ces dossiers ne constituent pas un compte rendu textuel et leur exactitude n'est pas vérifiée par la personne à laquelle ils se rapportent. Tous ces facteurs peuvent être utiles au juge du procès lorsqu'il examine la valeur probante d'un dossier demandé par l'accusé.

137 The evidentiary foundation of a case, and considerations such as the nature of the records sought

Le fondement probatoire d'une affaire et des éléments comme la nature des dossiers demandés

and the manner in which these records were taken, will often provide trial judges with sufficient information to be able to "consider" and to "take into account" the factors listed in s. 278.5(2) and to fulfil the requirements of s. 278.5(1). As a final protection for the accused, the trial judge is always free to make whatever order is "necessary in the interests of justice". As discussed above in the context of defining the right to full answer and defence, courts must as a general matter ensure that the accused can obtain all pertinent evidence required to make full answer and defence, and must be wary of the danger of putting the accused in a Catch-22 situation in seeking to obtain such evidence. Where there is a danger that the accused's right to make full answer and defence will be violated, the trial judge should err on the side of production to the court.

et la manière dont ces dossiers ont été constitués fourniront souvent au juge du procès suffisamment de renseignements pour qu'il puisse «prendre en considération» les facteurs énumérés au par. 278.5(2) et en «tenir compte», et pour qu'il puisse satisfaire aux exigences du par. 278.5(1). À titre de dernière mesure de protection de l'accusé, le juge du procès peut toujours rendre toute ordonnance qui «sert les intérêts de la justice». Comme nous l'avons vu dans le cadre de la définition du droit à une défense pleine et entière, les tribunaux doivent, en général, s'assurer que l'accusé puisse obtenir tous les éléments de preuve pertinents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière, et ils doivent être conscients du risque de placer l'accusé dans une situation sans issue en cherchant à obtenir ces éléments de preuve. S'il y a un risque de violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, le juge du procès devrait pécher par excès de prudence et ordonner la communication au tribunal.

We conclude that s. 278.5 is constitutional. The respondent's argument depends on reading the requirement in s. 278.5(1)(*c*), that production can only be ordered where "necessary in the interests of justice", as capable of blocking production even where the accused might constitutionally require access to the documents in question. A finding of unconstitutionality also hinges on reading s. 278.5(2) as consisting of a check-list of factors and rights to be conclusively assessed and weighed-off against one other. Such readings, however, cannot stand. It can never be in the interests of justice for an accused to be denied the right to make full answer and defence and, pursuant to s. 278.5(2) the trial judge is merely directed to "consider" and "take into account" the factors and rights listed. Where the record sought can be established as "likely relevant", the judge must consider the rights and interests of all those affected by production and decide whether it is necessary in the interests of justice that he or she take the next step

Nous concluons que l'art. 278.5 n'est pas inconstitutionnel. L'argument de l'intimé repose sur une interprétation de l'exigence de l'al. 278.5(1)*c*) — que la communication ne puisse être ordonnée que si elle «sert les intérêts de la justice» — suivant laquelle elle peut empêcher la communication même dans le cas où l'accusé pourrait, en vertu de la Constitution, nécessiter l'accès aux documents en question. Une conclusion à l'inconstitutionnalité repose également sur une interprétation du par. 278.5(2) suivant laquelle il constitue une liste de vérification de facteurs et de droits qui doivent être évalués et soupesés de façon concluante les uns par rapport aux autres. Ces interprétations ne sauraient toutefois tenir. Il ne peut jamais être dans l'intérêt de la justice qu'un accusé se voie refuser le droit à une défense pleine et entière, et, selon le par. 278.5(2), le juge du procès n'est tenu que de «prendre en considération» les facteurs et les droits énumérés et d'en «tenir compte». Lorsqu'il est possible d'établir que le dossier demandé est «vraisemblablement pertinent», le juge doit prendre en considération les droits et intérêts de toutes les personnes touchées par la communication et décider s'il servirait les intérêts de la justice qu'il entreprenne ensuite

138

of viewing the documents. If in doubt, the interests of justice require that the judge take that step.

(5) Stage Two — Production to the Accused, Section 278.7: The Consideration of Societal Interests, Sections 278.5(2)(*f*) and (*g*), and the Integrity of the Trial Process, Section 278.5(2)(*h*)

139 Once the first hurdle is passed and the records are produced to the judge, the judge must determine whether it is in the interests of justice that they be produced to the defence. Again the judge must be satisfied that the records are "likely relevant" and that production, this time to the accused, is necessary in the interests of justice. In making this decision, the judge must once again consider the factors set out in s. 278.5(2).

140 The respondent accepts that weighing competing interests is appropriate at this second stage of the analysis. However, the respondent contends that the requirement under s. 278.7(2), that the trial judge take the factors specified in s. 278.5(2)(*a*) to (*h*) into account, inappropriately alters the constitutional balance established in *O'Connor*. Specifically, the respondent contends that ss. 278.5(2)(*f*) and (*g*) elevate the societal interest in encouraging the reporting of sexual offences and encouraging of treatment of complainants of sexual offences, to a status equal to the accused's right to make full answer and defence. This, he suggests, alters the constitutional balance established in *O'Connor*, where the majority specifically determined these factors to be of secondary importance to defence interests in any balancing of competing interests and better taken into account through other avenues. The respondent also contends that s. 278.5(2)(*h*) unfairly requires trial judges to consider the effect of disclosure on the integrity of the trial process. The respondent submits that this is a question going to admissibility.

141 These concerns are largely answered by the analysis advanced under s. 278.5(2), discussed at

d'examiner les documents. En cas de doute, les intérêts de la justice exigent que le juge entreprenne cet examen.

(5) Deuxième étape — La communication à l'accusé, art. 278.7: L'examen de l'intérêt de la société, al. 278.5(2)*f*) et *g*), et de l'intégrité du processus judiciaire, al. 278.5(2)*h*)

Une fois que le premier obstacle est franchi et que les dossiers sont communiqués au juge, ce dernier doit décider si leur communication à la défense servirait les intérêts de la justice. Là encore, le juge doit être convaincu que les dossiers sont «vraisemblablement pertinent[s]» et que leur communication, cette fois à l'accusé, sert les intérêts de la justice. En rendant cette décision, le juge doit de nouveau prendre en considération les facteurs énoncés au par. 278.5(2).

L'intimé reconnaît que l'évaluation des intérêts opposés est appropriée à cette deuxième étape de l'analyse. Il soutient cependant que l'exigence du par. 278.7(2) que le juge du procès tienne compte des facteurs indiqués aux al. 278.5(2)*a*) à *h*) modifie indûment l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*. En particulier, l'intimé fait valoir que les al. 278.5(2)*f*) et *g*) élèvent à un rang égal au droit de l'accusé à une défense pleine et entière l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées et à ce que les plaignants dans le cas de telles infractions suivent des traitements. Il prétend que cela modifie l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*, où les juges majoritaires ont expressément décidé que ces facteurs avaient une importance secondaire par rapport aux intérêts de la défense dans toute évaluation d'intérêts opposés et qu'il y avait d'autres moyens de mieux en tenir compte. L'intimé soutient également que l'al. 278.5(2)*h*) oblige inéquitablement le juge du procès à prendre en considération l'effet de la communication sur l'intégrité du processus judiciaire. L'intimé fait valoir qu'il s'agit là d'une question touchant l'admissibilité.

Ces préoccupations sont largement dissipées par l'analyse fondée sur le par. 278.5(2), qui a fait

greater length above. Trial judges are not required to rule conclusively on each of the factors nor are they required to determine whether factors relating to the privacy and equality of the complainant or witness "outweigh" factors relating to the accused's right to full answer and defence. To repeat, trial judges are only asked to "take into account" the factors listed in s. 278.5(2) when determining whether production of part or all of the impugned record to the accused is necessary in the interest of justice (s. 278.7(1)).

The respondent argues that the inclusion of the societal interest factors in ss. 278.5(2)(*f*) and (*g*) alters the constitutional balance established by the *O'Connor* majority. With respect, this argument is unsound. Lamer C.J. and Sopinka J. explicitly held that such factors were relevant and ought to be "taken into account in weighing the competing interests" (para. 33). Their concern was solely that such factors not be given controlling weight. The interpretation of s. 278.5(2) advanced above respects this concern. Nonetheless, it is worth noting that when considering the factors set out in ss. 278.5(2)(*f*) and (*g*), trial judges should acknowledge that such factors will likely arise in every case and may be more readily supported by evidence, and take them into account accordingly.

This leaves the argument that s. 278.5(2)(*h*) goes to admissibility and that any consideration of it at the stage of production distorts the fairness of the trial. While the *O'Connor* majority held that this factor was "more appropriately dealt with at the admissibility stage", this conclusion does not amount to a finding that a consideration of this factor at the stage of production would result in unfairness to the accused: see *O'Connor*, at para. 32. As noted above, when preparing Bill C-46 Parliament had the advantage of being able to assess how the *O'Connor* regime was operating. From the information available to Parliament and the submissions it received during the consultation pro-

l'objet d'un examen plus détaillé précédemment. Le juge du procès n'est pas tenu de se prononcer de façon définitive sur chacun des facteurs, et il n'est pas non plus tenu de décider si les facteurs relatifs au droit à la vie privée et au droit à l'égalité du plaignant ou du témoin «l'emportent» sur ceux concernant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Là encore, on ne demande au juge du procès que de «tenir compte» des facteurs énumérés au par. 278.5(2) pour décider si la communication à l'accusé de la totalité ou d'une partie du dossier contesté sert les intérêts de la justice (par. 278.7(1)).

142 L'intimé prétend que l'inclusion des facteurs de l'intérêt de la société aux al. 278.5(2)*f*) et *g*) modifie l'équilibre constitutionnel établi par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*. En toute déférence, cet argument est mal fondé. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont expressément conclu que ces facteurs étaient pertinents et qu'ils devaient être «pris en considération dans la pondération des intérêts opposés» (par. 33). Leur seul souci était que ces facteurs ne se voient pas accorder un poids déterminant. L'interprétation du par. 278.5(2) avancée précédemment tient compte de ce souci. Il vaut néanmoins la peine de souligner que, lorsqu'il examine les facteurs énoncés aux al. 278.5(2)*f*) et *g*), le juge du procès doit reconnaître que ces facteurs se présenteront vraisemblablement dans chaque affaire et pourront être plus facilement étayés par la preuve, et qu'il doit donc en tenir compte.

143 Il reste l'argument que l'al. 278.5(2)*h*) touche l'admissibilité et que l'examen de cet alinéa à l'étape de la communication nuit à l'équité du procès. Même si les juges majoritaires, dans l'arrêt *O'Connor*, ont conclu qu'il convenait «mieux de traiter de ce [. . .] facteur à l'étape de l'admissibilité», cette conclusion ne revient pas à dire que l'examen de ce facteur à l'étape de la communication entraînerait une iniquité envers l'accusé; voir *O'Connor*, au par. 32. Comme nous l'avons souligné précédemment, le législateur avait l'avantage d'être en mesure d'évaluer la façon de fonctionner du régime de l'arrêt *O'Connor* lorsqu'il a rédigé la loi C-46. À partir des renseignements dont il dis-

cess, Parliament concluded that the effect of production on the integrity of the trial was a factor that should be included in the list of factors for trial judges to "take into account" at both stages of an application for production. Several interveners have interpreted this factor as requiring courts to consider, along with the other enumerated factors, whether the search for truth would be advanced by the production of the records in question; that is, the question is whether the material in question would introduce discriminatory biases and beliefs into the fact-finding process. We agree with this interpretation of the inquiry required by s. 278.5(2)(*h*) and believe it to be in keeping with the purposes set out in the preamble of the legislation.

posait et des observations qu'il a reçues pendant le processus de consultation, le législateur a conclu que l'effet de la communication sur l'intégrité du procès était un facteur qui devrait être inclus dans la liste des facteurs dont le juge du procès doit «tenir compte» aux deux étapes d'une demande de communication. Plusieurs intervenants ont interprété ce facteur comme obligeant les tribunaux à se demander, en examinant les autres facteurs énumérés, si la communication des dossiers en question favoriserait la recherche de la vérité; en d'autres termes, il s'agit de savoir si les documents en question introduiraient des préjugés et des croyances discriminatoires dans l'appréciation des faits. Nous sommes d'accord avec cette interprétation de l'examen requis par l'al. 278.5(2)*h*), et nous croyons qu'elle est conforme aux objets énoncés dans le préambule de la mesure législative.

144 By giving judges wide discretion to consider a variety of factors and requiring them to make whatever order is necessary in the interest of justice at both stages of an application for production, Parliament has created a scheme that permits judges not only to preserve the complainant's privacy and equality rights to the maximum extent possible, but also to ensure that the accused has access to the documents required to make full answer and defence.

En conférant aux juges un large pouvoir discrétionnaire d'examiner toute une gamme de facteurs et en exigeant d'eux qu'ils rendent toute ordonnance qui sert l'intérêt de la justice aux deux étapes d'une demande de communication, le législateur a créé un régime qui permet aux juges non seulement de préserver le plus possible les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant, mais encore de s'assurer que l'accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière.

(6) Timing

(6) Le moment opportun

145 Concerns were raised as to how the legislation would work in practice. One concern was that the application must be made to the trial judge: s. 278.3(1). This suggests that it may be deferred to the eve of trial or at the trial itself, allowing the accused little time for consideration of whether and how the records may relate to the accused's defence. One way of avoiding this is through the early assignment of the trial judge, a common practice in prosecutions of serious criminal offences. The trial judge may canvas the possibility of applications for production well in advance

Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la manière dont la mesure législative s'appliquerait en pratique. L'une d'elles concernait le fait que la demande doit être présentée au juge du procès: par. 278.3(1). Cela indique que cette demande peut être reportée à la veille du procès ou au procès lui-même, ce qui ne laisse que peu de temps à l'accusé pour examiner si et comment les dossiers peuvent toucher à sa défense. Un moyen d'éviter cela consiste à choisir rapidement le juge du procès, ce qui constitue une pratique courante dans les poursuites relatives aux infractions criminelles graves. Le juge du procès peut examiner la possibilité qu'il y ait des demandes de communication bien avant

of the trial, leaving time for follow-up applications if the first is unsuccessful.

VII. Conclusion and Disposition

In the result we would allow the appeal, set aside the judgments of Belzil J., and uphold the constitutionality of Bill C-46. We answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Given the answer to question 1, it is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Given the answer to question 3, it is not necessary to answer this question.

Appeal allowed, LAMER C.J. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant L.C.: Cook Duke Cox, Edmonton.

Solicitor for the appellant the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

le procès, ce qui laisse du temps pour présenter d'autres demandes si la première est rejetée.

VII. Conclusion et dispositif

En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements du juge Belzil et de confirmer la constitutionnalité de la loi C-46. Nous répondons aux questions constitutionnelles de la façon suivante: 146

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Étant donné la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Étant donné la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER *est dissident en partie.*

Procureurs de l'appelante L.C.: Cook Duke Cox, Edmonton.

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

Procureurs de l'intimé: Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

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 Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: The Attorney General, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Mental Health Association: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Psychiatric Association: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Child and Adolescent Services Association: Emery Jamieson, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Guy Cournoyer, Montréal.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

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 ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Le Procureur général, Charlottetown.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le Sous-procureur général, Regina.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association des psychiatres du Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Child and Adolescent Services Association: Emery Jamieson, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Guy Cournoyer, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers: Edelson & Associates, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Alberta Association of Sexual Assault Centres: Evans Martin Wilson, Calgary.

Solicitors for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense: Edelson & Associates, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Association of Sexual Assault Centres: Evans Martin Wilson, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 1999 Vol. 3

and Tables

Cited as [1999] 3 S.C.R. { i-xlix, 759-908

5e cahier, 1999 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1999] 3 R.C.S. { i-xlix, 759-908

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2000.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xv

Table of Cases Cited xxiii

Statutes and Regulations Cited xxxix

Authors Cited xliii

Index 897

65302 British Columbia Ltd. *v.* Canada 804

Income tax — Deductions — Levies — Egg producer exceeding its quota from 1984 to 1988 and including profit from over-quota production in declaration of income — Over-quota levy paid by egg producer in 1988 — Whether over-quota levy deductible as business expense — Whether over-quota levy can be characterized as capital outlay — Proper approach to deduction of fines, penalties or statutory levies from income — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 18(1)(a), (b).

Apotex Inc. *v.* Bayer Aktiengesellschaft 857

Practice — Supreme Court of Canada — Taxation of costs — Review of Registrar's decision — Expenses incurred to retain services of experts on application for leave to appeal not qualifying as "disbursements" under Part II of Schedule B of Rules of Court — Expenses not specifically authorized by Rules — Court's authorization required under Rule 58 for expenses to be approved as disbursements in bill of costs — Motion to review taxation of costs dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 58, 62, Schedule B.

Arsenault-Cameron *v.* Prince Edward Island 851

Practice — Supreme Court of Canada — Motion for recusal — Apprehension of bias — No evidence adduced demonstrating that beliefs or opinions expressed by judge as counsel, law professor or otherwise would prevent him from coming to decision on basis of evidence — Real likelihood or probability of bias not shown — Motion dismissed.

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) *v.* British Columbia (Council of Human Rights) 868

Civil rights — Discrimination — Bona fide and reasonable justification — Physical disability — Superintendent of Motor Vehicles refusing to issue driver's licences to persons with

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xix

Table de la jurisprudence xxiii

Lois et règlements cités xli

Doctrine citée xliii

Index 903

65302 British Columbia Ltd. *c.* Canada 804

Impôt sur le revenu — Déductions — Redevances — Entreprise avicole dépassant son quota de 1984 à 1988 et incluant le bénéfice tiré de la production excédentaire dans sa déclaration de revenus — Taxe sur dépassement de quota payée par l'entreprise avicole en 1988 — La taxe sur dépassement de quota est-elle déductible à titre de dépense d'entreprise? — La taxe sur dépassement de quota peut-elle être considérée comme une dépense en capital? — Comment faut-il aborder la déduction d'amendes, de pénalités ou de redevances d'origine législative dans le calcul du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 18(1)a), b).

Apotex Inc. *c.* Bayer Aktiengesellschaft 857

Pratique — Cour suprême du Canada — Taxation des dépens — Révision de la décision du registraire — Dépenses engagées pour retenir les services d'experts non admissibles au titre de «débours» visés par la partie II de l'annexe B des Règles de la Cour — Dépenses non autorisées expressément par les Règles — Obligation d'obtenir l'autorisation de la Cour conformément à l'art. 58 des Règles pour que de telles dépenses soient approuvées à titre de débours dans un mémoire de frais — Requête en révision de la taxation des dépens rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 58, 62, annexe B.

Arsenault-Cameron *c.* Île-du-Prince-Édouard 851

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en récusation — Crainte de partialité — Absence d'élément de preuve établissant que les croyances ou les opinions exprimées par le juge en qualité d'avocat, de professeur de droit ou à un autre titre l'empêcheraient de rendre une décision fondée sur la preuve — Probabilité réelle de partialité non démontrée — Requête rejetée.

Suite à la page suivante

homonymous hemianopia — No individual assessments carried out — Whether blanket refusal without possibility of individual assessment constituted discrimination — Application of Meiorin test to public service provider — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 8.

Public School Boards' Assn. of Alberta *v.* Alberta (Attorney General) **845**

Practice – Supreme Court of Canada — Motion to strike — Fresh evidence — Legislative and adjudicative facts — Motion to strike portions of appellants' factum, record book and book of authorities partially successful — Extracts of appellants' factum in Court of Appeal included in book of authorities forming part of proceedings to which reference can be made — Material constituting fresh evidence inappropriately included in book of authorities — No application to introduce fresh evidence filed — New material to be struck out from book of authorities — Affidavit included in leave application not forming part of record in court below and to be struck out from record book — References to new material and affidavit in appellants' factum to be struck out — Appellants' contention that challenged material, except Court of Appeal factum extract, constituting "legislative" rather than "adjudicative" facts rejected.

R. *v.* Davis **759**

Criminal law — Extortion — Extortion of sexual favours — Complainants persuaded to pose nude or semi-nude for accused who misrepresented himself as having connections with modelling agencies — Extortion of sexual favours by threatened exposure of compromising photographs — Whether extortion offence in Criminal Code includes extortion of sexual favours — Scope of word "anything" in extortion provision of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305(1).

Appeals — Supreme Court of Canada — Appeals as of right — Kienapple principle — Accused obtaining sexual favours from complainant by threatened exposure of compromising photographs — Supreme Court upholding both extortion and sexual assault convictions — Kienapple issue not raised in dissenting judgment in Court of Appeal — Whether Supreme Court has jurisdiction to address Kienapple issue — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 691(1)(a).

Criminal law — Kienapple principle — Extortion — Sexual assaults — Accused obtaining sexual favours from complainant by threatened exposure of compromising photographs — Whether principle against multiple convictions arising from same delict precluded convictions for both extortion and sexual assault.

Criminal law — Sexual assaults — Defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial judge failed to consider defence of honest but mistaken belief in consent — If so, whether there was air of reality to defence.

Continued on next page

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) *c.* Colombie-Britannique (Council of Human Rights) **868**

Libertés publiques — Discrimination — Justification réelle et raisonnable — Déficience physique — Refus du Surintendant des véhicules automobiles de délivrer un permis de conduire aux personnes atteintes d'hémianopsie homonyme — Absence d'évaluation individuelle — Le refus général sans possibilité d'évaluation individuelle constitue-t-il de la discrimination? — Application du critère de l'arrêt Meiorin à un fournisseur de services publics — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8.

Public School Boards' Assn. of Alberta *c.* Alberta (Procureur général) **845**

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Preuves nouvelles — Faits législatifs et faits en litige — Requête en radiation de certaines parties du mémoire, du dossier et du recueil de jurisprudence et de doctrine des appelants accueillie en partie — Extraits du mémoire des appelants en Cour d'appel inclus dans le recueil de jurisprudence et de doctrine faisant partie du dossier auquel il est possible de faire référence — Documents constituant des preuves nouvelles inclus irrégulièrement dans le recueil de jurisprudence et de doctrine — Absence de demande de production de ces nouveaux éléments de preuve — Retrait des nouveaux documents du recueil de jurisprudence et de doctrine — Affidavit accompagnant la demande d'autorisation d'appel retiré du dossier parce que ne figurant pas dans le dossier de la Cour d'appel — Radiation des renvois aux nouveaux documents et à l'affidavit dans le mémoire des appelants — Rejet de l'argument des appelants que, à l'exception des extraits du mémoire de la Cour d'appel, les documents contestés portent sur des «faits législatifs» et non sur des «faits en litige».

R. *c.* Davis **759**

Droit criminel — Extorsion — Extorsion de faveurs sexuelles — Plaignantes amenées à poser totalement ou partiellement nues pour l'accusé qui se faisait passer pour un photographe ayant des relations avec des agences de mannequins — Extorsion de faveurs sexuelles sous la menace de dévoiler des photographies compromettantes — L'infraction d'extorsion prévue par le Code criminel comprend-elle l'extorsion de faveurs sexuelles? — Étendue de l'expression «quelque chose» dans la disposition relative à l'extorsion du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 305(1).

Appels — Cour suprême du Canada — Appels de plein droit — Principe énoncé dans l'arrêt Kienapple — Accusé ayant obtenu des faveurs sexuelles de la plaignante en la menaçant de dévoiler des photographies compromettantes — Maintien par la Cour suprême de la déclaration de culpabilité relativement à l'extorsion et à l'agression sexuelle — Arrêt Kienapple non soulevé dans le jugement dissident en Cour d'appel — La Cour suprême a-t-elle compétence pour examiner l'application

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Sexual assaults — Reasonable doubt — Whether trial judge erred in applying principle of reasonable doubt — Whether trial judge's comment that he was "not convinced" that complainants consented to sexual activity reversed burden of proof.

R. *v.* Pelletier **863**

Criminal law — Indecent acts — Common bawdy-house — Public place — Lap dancing — Co-owner of bar charged with keeping a common bawdy-house — Lap dancing occurring in cubicle with curtains partly open — Nude dancers allowing patrons to touch their breasts and buttocks — Trial judge finding that such acts could not be characterized as indecent — Acquittal of accused set aside by Court of Appeal but restored by Supreme Court.

R. *v.* Terceira **866**

Criminal law — Evidence — DNA evidence — Admissibility of DNA evidence — Accused convicted of first degree murder — No error found in trial judge's approach to dealing with DNA evidence — Voir dire and charge to jury fair and balanced — Court of Appeal's reasons substantially confirmed — Accused's conviction upheld.

Renaud *v.* Quebec (Commission des affaires sociales) **855**

Administrative law — Judicial review — Patently unreasonable error — Definition of "spouses" — Applicant's claim for compensation refused by Société de l'assurance automobile du Québec — Commission des affaires sociales dismissing applicant's appeal and application for review — Decisions found to be patently unreasonable since on the evidence applicant met requirements of definition of "spouses" in s. 1(7)(b) of the Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25.

SOMMAIRE (Fin)

de l'arrêt Kienapple? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 691(1)a).

Droit criminel — Principe énoncé dans l'arrêt Kienapple — Extorsion — Agressions sexuelles — Accusé ayant obtenu des faveurs sexuelles de la plaignante en la menaçant de dévoiler des photographies compromettantes — Le principe interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit empêche-t-il qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée à la fois pour extorsion et pour agression sexuelle?

Droit criminel — Agressions sexuelles — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge du procès a-t-il omis d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Dans l'affirmative, la défense était-elle vraisemblable?

Droit criminel — Agressions sexuelles — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant le principe du doute raisonnable? — Le commentaire du juge du procès selon lequel il «n'était pas convaincu» que les plaignantes aient consenti à l'activité sexuelle a-t-il eu pour effet d'inverser le fardeau de la preuve?

R. *c.* Pelletier **863**

Droit criminel — Actes indécents — Maison de débauche — Endroit public — Danse-contact — Copropriétaire d'un bar accusée d'avoir tenu une maison de débauche — Danse-contact à l'intérieur d'isoloirs dont les rideaux sont partiellement ouverts — Danseuses nues permettant aux clients de leur toucher les seins et les fesses — Juge du procès concluant que ces actes ne pouvaient être qualifiés d'indécents — Acquittement de l'accusée annulé par la Cour d'appel mais rétabli par la Cour suprême.

R. *c.* Terceira **866**

Droit criminel — Preuve — Preuve d'ADN — Admissibilité de la preuve d'ADN — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Aucune erreur commise par le juge du procès dans la façon d'aborder la preuve d'ADN — Voir-dire et exposé au jury justes et équilibrés — Accord substantiel avec les motifs de la Cour d'appel — Déclaration de culpabilité confirmée.

Renaud *c.* Québec (Commission des affaires sociales) **855**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Erreur manifestement déraisonnable — Définition de «conjoints» — Demande d'indemnité de la requérante refusée par la Société de l'assurance automobile du Québec — Commission des affaires sociales rejetant l'appel et la demande de révision de la requérante — Décisions jugées manifestement déraisonnables puisque selon la preuve la requérante répondait aux exigences de la définition de «conjoints» à l'art. 1(7)b) de la Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25.

1999 Volume 3

Canada Supreme Court Reports
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2000

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

On the 15th day of September 1999, the Honourable LOUISE ARBOUR, a Judge of the Court of Appeal for Ontario, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

Le 15 septembre 1999, l'honorable LOUISE ARBOUR, juge de la Cour d'appel de l'Ontario, a été nommée juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[1996] 1 S.C.R. p. 1057, para. 92, line 3 of the English version. Read "the rights of one individual or group are necessarily" instead of "the rights of one individual or group is necessarily".

[1996] 1 R.C.S. p. 1057, par. 92, ligne 3 de la version anglaise. Lire «the rights of one individual or group are necessarily» au lieu de "the rights of one individual or group is necessarily".

MOTIONS — REQUÊTES

(September 1 to December 31, 1999 – 1er septembre au 31 décembre 1999)

928412 Ontario Ltd. v. M.N.R. (F.C.A.)(Ont.), 27146, leave to appeal refused, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Abel v. The Queen (Crim.)(Alta.), 27271, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Afzal v. The Queen (F.C.A.), 27119, leave to appeal refused with costs, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Albert Fisher Canada Ltd. v. Win Sun Produce Co. (B.C.), 26940, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Alchimowicz v. Schram (Ont.), 27187, leave to appeal refused with costs, 16.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Al Sagban v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.A.), 27111, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

American Home Assurance Co. c. Marine Industries Ltd. (Qué.), 27126, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Antonius c. Hydro-Québec (Qué.), 27123, leave to appeal refused with costs, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Association des entrepreneurs en intercommunication du Québec c. Gaul (Qué.), 26995, leave to appeal refused with costs, 2.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Attorney General of Ontario v. Ontario Public School Boards' Association (Ont.), 27490, leave to appeal refused, 4.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Baker v. Boy Scouts of Canada (Ont.), 27233, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Banque nationale du Canada c. Sous-ministre du Revenu du Québec (Qué.), 27000, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Barreau du Québec c. Fortin (Qué.), 27152, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Bellavance c. La Reine (Crim.)(Qué.), 27282, leave to appeal refused, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Bennett v. Bennett (Ont.), 27493, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bennett Jones Verchere v. Western Canadian Shopping Centres Inc. (Ont.), 27138, leave to appeal granted, 9.12.99, autorisation de pourvoi accordée.

Benoît c. Landry (Qué.), 27203, leave to appeal refused with costs, 18.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bhaduria v. Toronto Board of Education (Ont.), 27259, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bighetty v. The Queen (Crim.)(Man.), 27333, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Bilmez v. The Queen (Ont.), 27485, leave to appeal refused, 16.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Biron (Jacques) c. Arthur Andersen Inc. (Qué.), 27426, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Biron (Jacques) c. Côté (Qué.), 27230, leave to appeal refused with costs, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Biron (Jacques) c. Tribunal des professions (Qué.), 27099, leave to appeal refused with costs, 7.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Boucher c. Galarneau (Crim.)(Qué.), 26969, leave to appeal refused, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Bourgeois c. Ville de St-Jérome (Qué.), 27316, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

British Columbia College of Teachers v. Trinity Western University (B.C.), 27168, leave to appeal granted, 9.12.99, autorisation de pourvoi accordée.

Brown v. Regional Municipality of Durham Police Service Board (Ont.), 27150, leave to appeal granted, 9.12.99, autorisation de pourvoi accordée.

Busse Farms Ltd. v. Federal Business Development Bank (Sask.), 27116, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Byer v. Royal Insurance Company of Canada (Que.), 27224, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Campbell v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27342, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Campbell v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27606, notice of discontinuance filed, 23.12.99, avis de désistement produit.

Canada Safeway Ltd. v. Retail Merchants' Association of British Columbia (B.C.), 27082, the application for leave to appeal is dismissed with costs to Retail Merchants' Association of British Columbia and Southland Canada Inc., 16.10.99, la demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens à Retail Merchants' Association of British Columbia et Southland Canada Inc.

Canadian Pacific Ltd. v. The Queen (F.C.A), 27163, this case is remanded to the Federal Court of Appeal to be dealt with in accordance with the decision of this Court in *Shell Canada Ltd. v. Canada* (26596), 10.11.99, l'affaire est renvoyée à la Cour fédérale du Canada pour qu'elle soit tranchée conformément à l'arrêt de notre Cour *Shell Canada Ltée c. Canada* (26596).

Canadian Red Cross Society v. Mangione (Ont.), 27285, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Canadian Red Cross Society v. Osborne (Ont.), 27285, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Canadian Red Cross Society v. Walker (Ont.), 27284, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Cardoso c. La Reine (Qué.), 27512, leave to appeal refused with costs, 16.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Carpenter Fishing Corp. v. The Queen in right of Canada (F.C.A.)(B.C.), 26484, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cernato Holdings Inc. c. 147 197 Canada Inc. (Qué.), 27057, leave to appeal refused, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Chabot c. Gauthier (Qué.), 26973, leave to appeal refused with costs, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Charbel c. Tzintzis (Qué.), 27155, leave to appeal refused with costs, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Chieu v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.A.), 27107, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Chipitsyn c. États-Unis d'Amérique (Crim.)(Qué.), 27399, leave to appeal refused, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Chipitsyn c. Ministre de la Justice du Canada (Crim.)(Qué.), 27399, leave to appeal refused, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

City of Charlottetown v. Government of Prince Edward Island (P.E.I.), 27144, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

City of Edmonton v. Protection Mutual Insurance Co. (Alta.), 27186, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Clapp v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27381, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Coady v. Boyle (Ont.), 27265, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Comité de discipline de la sûreté du Québec c. Bouchard (Qué.), 26957, leave to appeal refused with costs, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Autobus Legault Inc. (Qué.), 27073, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Compagnie minière Québec Cartier (Qué.), 27128, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Commission scolaire de Rivière-du-Loup c. Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage (Qué.), 27003, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Communauté urbaine de Montréal c. Lapointe (Qué.), 27140, leave to appeal refused with costs, 30.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc. (Ont.), 27118, leave to appeal granted, 4.11.99, autorisation de pourvoi accordée.

Day v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27348, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Deroy v. Holt Cargo Systems Inc. (F.C.A.), 27290, leave to appeal granted, 9.12.99, autorisation de pourvoi accordée.

Descôteaux (Yvon) c. Barreau du Québec (Qué.), 26023, leave to appeal refused with costs, 30.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Descôteaux (Yvon) c. Barreau du Québec (Qué.), 26024, leave to appeal refused with costs, 30.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Deslauriers c. Labelle (Qué.), 26993, leave to appeal refused with costs, 2.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Distinction service d'entretien inc. c. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section 500 (Qué.), 27121, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Dobie v. Boushey (Ont.), 27468, leave to appeal refused, 23.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Dow v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27299, leave to appeal refused, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board v. Branch Affiliates (Ontario English Catholic Teachers Association) (Ont.), 27384, leave to appeal refused with costs, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie (Qué.), 26986, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dular v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.A.)(Man.), 26992, leave to appeal refused with costs, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dynamex Canada Inc. v. Canadian Union of Postal Workers (F.C.A.), 27300, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ebco Industries Ltd. v. Discovery Enterprises Inc. (B.C.), 27089, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Elm Ridge Country Club Inc. v. The Queen (F.C.A.)(Qué.), 27083, leave to appeal refused with costs, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

F. (L.) v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27343, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Farhat c. Ordre des opticiens d'ordonnances du Québec (Qué.), 27103, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Fédération des infirmières et infirmiers du Québec (FIIQ) c. Procureur général du Québec (Qué.), 27007, leave to appeal refused with costs, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ferrel v. Attorney General for Ontario (Ont.), 27127, leave to appeal refused, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Fonds d'indemnisation des services financiers c. Bazile (Qué.), 27095, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Fotheringham v. Fotheringham (Nfld.), 27611, notice of discontinuance filed, 17.12.99, avis de désistement produit.

Fraternité des policiers et policières de Longueuil Inc. c. Ville de Longueil (Qué.), 27005, leave to appeal refused with costs, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Future Électronique Inc. c. La Reine (Crim.)(Qué.), 27388, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Gagné c. Commission municipale du Québec (Qué.), 27012, leave to appeal refused, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Galantai c. La Reine (Crim.)(Qué.), 27288, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Gallant v. Gallant (Man.), 27502, leave to appeal refused, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Gestion immobilière Louvon Inc. c. Ville de Laval (Qué.), 27227, leave to appeal refused with costs, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Glass v. Musqueam Indian Band (F.C.A.), 27154, leave to appeal granted, 9.12.99, autorisation de pourvoi accordée.

Graham v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27393, leave to appeal refused, 18.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Gramaglia v. Alberta Family and Social Services (Alta.), 27308, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Grant v. The Queen (Crim.)(Alta.), 27476, leave to appeal refused, 6.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Guillemette v. The Queen (F.C.A.), 27280, leave to appeal refused with costs, 16.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

H. (R.) c. C. (J.) (Qué.), 27264, leave to appeal refused with costs, 2.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hall v. Puchniak (Man.), 27070, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hammond v. Town Council of the Town of Wabana (Nfld.), 27157, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hewlin v. The Queen (Crim.)(N.S.), 27317, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Hudson's Bay Co. v. Piko (Ont.), 27087, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Ivanhoe inc. c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section 500 (Qué.), 27121, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Jeyarajah v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 27167, leave to appeal refused, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Johnson v. Attorney General of Nova Scotia (N.S.), 27162, leave to appeal refused, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Jones v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27239, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Khan v. The Queen (Crim.)(Man.), 27395, leave to appeal granted, 9.12.99, autorisation de pourvoi accordée.

Klevering v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27480, leave to appeal refused, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Knoblauch v. The Queen (Crim.)(Alta.), 27238, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Kochylema v. Fulton (Sask.), 27492, leave to appeal refused with costs, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

L. (F.). c. Garneau-Fournier (Qué.), 27104, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Lacroix c. La Reine (Qué.), 27394, notice of discontinuance filed, 3.12.99, avis de désistement produit.

Laflamme c. Vézina (Qué.), 27147, leave to appeal refused with costs, 16.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Landry c. Société de l'Assurance automobile du Québec (Qué.), 27203, leave to appeal refused with costs, 18.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Law Society of British Columbia v. Mangat (B.C.), 27108, leave to appeal granted, 10.11.99, autorisation de pourvoi accordée.

Lebeuf c. Groupe SNC-Lavalin Inc. (Qué.), 27236, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lessard c. Société québécoise d'assainissement des eaux (Qué.), 27028, leave to appeal refused with costs, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lévesque Beaubien Geoffrion Inc. c. 2625-0985 Québec Inc. (Qué.), 27059, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lévesque Beaubien Geoffrion Inc. c. Les Immeubles Jacques Robitaille Inc. (Qué.), 27059, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lewis v. The Queen (P.E.I.), 26603, notice of discontinuance filed, 8.10.99, avis de désistement produit.

Lineal Group Inc. v. Toronto-Dominion Bank (Ont.), 27040, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Lindsay v. Provincial Government of Manitoba (Man.), 27181, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Lloyd's of London v. Norris (N.B.), 26977, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Lo v. Mackenzie, Gervais S.E.N.C. (Qué.), 27255, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Loignon c. Collège (CÉGEP) Montmorency (Qué.), 27201, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Luk v. Municipal District of Cypress (Alta.), 27194, leave to appeal refused, 4.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

MacDonald v. Coopers & Lybrand Ltd. (Ont.), 27145, leave to appeal refused with costs, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

MacDonald v. Confederation Life Insurance Co. (Ont.), 27145, leave to appeal refused with costs, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Magnan-Tardif c. Langevin (Qué.), 27137, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mailloux c. Beltrami (Qué.), 27182, leave to appeal refused with costs, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Malach v. Haider (Sask.), 27433, leave to appeal refused with costs, 28.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Marcellus v. The Queen (Crim.)(N.B.), 27397, leave to appeal refused, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Marché central métropolitain Inc. c. Les Sœurs du Bon Pasteur de Québec (Qué.), 27117, leave to appeal refused with costs, 28.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Martel v. Davidson (Ont.), 27275, leave to appeal refused with costs, 16.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Marth Realties Ltd. v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(Que.), 27231, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Matheson v. The Queen (Ont.), 27267, notice of discontinuance filed, 1.10.99, avis de désistement produit.

Martin v. Pasanen (Crim.)(Ont.), 27440, leave to appeal refused, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Martineau c. La Reine (Crim.)(Qué.), 27306, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Miller v. Miller (Ont.), 27496, leave to appeal refused with costs, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Minister of National Revenue v. Mitchell (F.C.A.)(Ont.), 27066, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Ministère de la santé et des services sociaux c. Centre hospitalier Mont-Sinaï (Qué.), 27022, leave to appeal granted, 10.11.99, autorisation de pourvoi accordée.

Monit International Inc. c. Miller (Qué.), 27307, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Moxham v. The Queen in right of Canada (F.C.A.), 27180, leave to appeal refused with costs, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Municipalité de St-Lin c. Procureur général du Québec (Qué.), 27016, leave to appeal refused, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Nadeau c. Nadeau (Qué.), 27225, leave to appeal refused with costs, 28.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Noël c. Société d'énergie de la Baie James (SEGJ) (Qué.), 26914, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

O'Grady v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27278, 3.12.99

Ontario English Catholic Teachers' Association v. Attorney General for Ontario (Ont.), 27363, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers' Memorial Hospital (Ont.), 27176, leave to appeal refused with costs, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ontario Public School Boards' Association v. Attorney General for Ontario (Ont.), 27363, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 9 v. Ontario Teachers' Pension Plan Board (Ont.), 27085, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Ontario Secondary School Teachers' Federation v. Attorney General of Ontario (Ont.), 27374, leave to appeal refused with costs, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

P. (E.) v. T. (A.H.) (Alta.), 27391, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

P. (Y.) c. La Reine (Crim.)(Qué.), 27380, leave to appeal refused, 7.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Pack M.J. Inc. c. La Reine (C.A.F.), 27069, leave to appeal refused with costs, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Pagé v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27339, leave to appeal refused, 14.10.11, autorisation de pourvoi refusée.

Parsons v. Guymer (Ont.), 27143, leave to appeal refused with costs, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Patel v. Department of National Health and Welfare (F.C.A.), 25997, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union Local 558 (Sask.), 27060, leave to appeal granted, 21.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Perks v. The Queen (Ont.), 27153, leave to appeal refused, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Peters v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27263, leave to appeal refused, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Piché c. La Reine (Crim.)(Qué.), 27237, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Poulin c. Commission de la fonction publique du Québec (Qué.), 27142, leave to appeal refused with costs, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Procureur général du Québec c. Barney (Crim.)(Qué.), 26944, notice of discontinuance filed, 1.9.99, avis de désistement produit.

Procureur général du Québec c. Cross (Crim.)(Qué.), 26944, notice of discontinuance filed, 1.9.99, avis de désistement produit.

Procureure générale du Québec c. Comeau (Crim.)(Qué.), 27212, leave to appeal refused, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Procureure générale du Québec c. Noiseux (Crim.)(Qué.), 27212, leave to appeal refused, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Proulx c. Procureur général du Québec (Qué.), 27235, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

R. (H.A.) v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27189, leave to appeal refused, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. c. Hamelin (Crim.)(Qué.), 27250, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Hoeppner (Crim.)(Man.), 27297, this case is remanded to the Manitoba Court of Appeal to be reconsidered in accordance with the decision of this Court in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, 16.10.99, l'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel du Manitoba pour qu'elle l'examine de nouveau conformément à l'arrêt de notre Cour *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*.

R. v. J. (J.M.) (Ont.), 27361, leave to appeal refused, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. c. Miller (Qué.), 27295, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Mills (Crim.)(Alta.), 26358, this case is remanded to the Alberta Court of Queen's Bench to be reconsidered in accordance with the decision of this Court in *L.C. v. Brian Joseph Mills and Her Majesty the Queen* (26358), 9.12.99, cet affaire est renvoyée à la Cour du banc de la Reine de l'Alberta pour qu'elle l'examine de nouveau conformément à l'arrêt de notre Cour *L.C. c. Brian Joseph Mills et Sa Majesté la Reine* (26358).

R. v. S. (A.) (Crim.)(Ont.), 27052, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Wilson (Crim.)(Man.), 27390, leave to appeal refused, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. in right of the Province of Ontario v. 974649 Ontario Inc. (Ont.), 27084, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Rashwan (Mervat) v. Marzouk (Ont.), 27204, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rashwan (Magdy) v. Marzouk (Ont.), 27205, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Riendeau c. Ville de Québec (Qué.), 27226, leave to appeal refused with costs, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ross v. The Queen (Crim.)(Sask.), 27286, leave to appeal refused, 18.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Roy v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27650, notice of discontinuance filed, 21.12.99, avis de désistement produit.

S. (M.) v. S. (P.I.) (B.C.), 27151, leave to appeal refused with costs, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union v. Kindersley and District Co-Operative Ltd. (Sask.), 27079, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Saskatchewan Labour Relations Board v. Kindersley and District Co-Operative Ltd. (Sask.), 27079, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sam Lévy & Associés Inc. c. Canpro Investments Inc. (Qué.), 26875, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Sam Lévy & Associés Inc. c. Canpro Investments Inc. (Qué.), 26908, leave to appeal refused, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Sanderson v. The Queen (Crim.)(Man.), 27325, leave to appeal refused, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Sangwais v. The Queen (Crim.)(Sask.), 27287, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Saunders v. Estate of Dorothy Belle Crouse (N.S.), 27360, leave to appeal refused with costs, 28.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Services des espaces verts Ltée/Chemlawn c. Ville de Hudson (Qué.), 26937, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Sharp c. Canadian Transportation Agency (F.C.A.), 27474, leave to appeal refused with costs, 16.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Shoghi-Baloo v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27362, leave to appeal refused, 25.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Silverquill v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27406, leave to appeal refused, 18.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

Simanek v. Train (Ont.), 27141, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Simon c. Municipalité d'Oka (Qué.), 27124, leave to appeal refused with costs, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Smithson v. Smithson (Ont.), 27253, leave to appeal refused, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Société d'hypothèque Banque Nationale c. Sous-ministre du Revenu du Québec (Qué.), 26988, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

St-Jacques c. Bourdon (Qué.), 27232, leave to appeal refused with costs, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Stamoulos v. Pavlakis (B.C.), 27494, leave to appeal refused, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Strecheniuk v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(B.C.), 27386, leave to appeal refused, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Succession of Clifford Burton v. City of Verdun (Que.), 26955, leave to appeal refused with costs, 9.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sun Life Assurance Co. v. McIsaac (B.C.), 27373, leave to appeal refused with costs, 23.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Syndicat des cols bleus de ville de Saint-Hubert c. Ville de Saint-Hubert (Qué.), 27122, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Syndicat national des employés de l'aluminium d'Alma c. Fédération des syndicats du secteur de l'aluminium inc. (Qué.), 27272, notice of discontinuance filed, 14.10.99, avis de désistement produit.

Tabatadze v. Ministry of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 27506, leave to appeal refused, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Tailleur v. Sendziak (Alta.), 27169, leave to appeal refused with costs, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Teodorescu c. Barbeau (Qué.), 27257, leave to appeal refused with costs, 18.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Tinkasimire v. Valeo Engine Cooling Ltd. (Ont.), 26996, leave to appeal refused, 21.10.99, autorisation de pourvoi refusée.

Titan Fishing Ltd. c. The Queen in Right of Canada (F.C.A.)(B.C.), 26484, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Toronto-Dominion Bank v. Law Society of Upper Canada (Ont.), 27125, leave to appeal refused with costs, 4.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Toronto Transit Commission v. Lindsay (Ont.), 27092, leave to appeal refused with costs, 14.10.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Travaillleur et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 500 c. Ivanhoe Inc. (Qué.), 27121, leave to appeal granted, 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée.

Trudeau c. L. (M.) (Qué.), 27274, leave to appeal refused, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

United Nurses of Alberta, Local 115 v. Foothills Provincial General Hospital (Alta.), 27098, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Vang v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27164, leave to appeal refused, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Van Hook v. The Queen (Sask.), 26922, notice of discontinuance filed, 9.9.99, avis de désistement produit.

Varma v. Rozenberg (Ont.), 27110, leave to appeal refused with costs, 16.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Vigi Santé Ltée c. Ville de Montréal (Qué.), 27227, leave to appeal refused with costs, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ville de Saint-Romuald c. Olivier (Qué.), 27210, leave to appeal granted, 10.11.99, autorisation de pourvoi accordée.

Vu v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27383, leave to appeal refused, 10.11.99, autorisation de pourvoi refusée.

W. (A.) v. W. (C.H.) (Crim.)(Alta.), 27269, this case is remanded to the Court of Queen's Bench of Alberta to be reconsidered in accordance with the decision of this Court in *R. v. Mills* (26358), 9.12.99, cet affaire est renvoyée devant la Cour du banc de la Reine de l'Alberta pour qu'elle l'examine de nouveau conformément à l'arrêt de notre Cour *R. c. Mills* (26165).

Walcott v. Roach (Ont.), 27242, leave to appeal refused, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Watts v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27292, leave to appeal refused, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée.

Weisenberger v. Johnson & Higgins Ltd. (Man.), 27106, leave to appeal refused with costs, 23.9.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Westar Petroleum Ltd. v. Colborne Capital Corp. (Alta.), 27188, leave to appeal granted (the applications for leave to cross-appeal are dismissed with costs), 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée (les demandes d'autorisation d'appel incident sont rejetées avec dépens).

Whiten v. Pilot Insurance Co. (Ont.), 27229, leave to appeal granted (the application for leave to cross-appeal is granted with costs in the cause), 14.10.99, autorisation de pourvoi accordée (la demande d'autorisation d'appel incident est accordée avec dépens à suivre).

Wilson v. Schierbeck (Alta.), 27148, leave to appeal refused, 9.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

Xeme Inc. v. Attorney General for Ontario (Ont.), 27513, notice of discontinuance filed, 28.10.99, avis de désistement produit.

Yue v. The Queen (F.C.A.), 27314, leave to appeal refused, 2.12.99, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

A

Abouchar v. Ottawa-Carleton French-language School Board — Public Sector 343
Alberta (Attorney General), Public School Boards' Assn. of Alberta v. 845
Apotex Inc. v. Bayer Aktiengesellschaft 857
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island 851
Attorney General see also "Canada" or the name of province

B

B.J.M., R. v. 668
Baker, Francis v. 250
Bayer Aktiengesellschaft, Apotex Inc. v. 857
BCGSEU, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. 3
Bristish Columbia (Council of Human Rights), Grismer Estate v. 868
British Columbia (Council of Human Rights), British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. 868
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU 3
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. British Columbia Government and Service Employees' Union 3
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights) 868
British Columbia Government and Service Employees' Union, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. 3

PAGE

British Columbia Government and Service Employees' Union, Public Service Employee Relations Commission v. 3
British Columbia Hydro and Power Authority, Westbank First Nation v. 134
Brown, R. v. 660

C

Can-Dive Services Ltd., Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. 108
Canada, 65302 British Columbia Ltd. v. 804
Canada, Shell Canada Ltd. v. 622
Canada, Shell Canada Ltd. v. (motion) 616
Commission see also "Canada" or the name of province
Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell, Des Champs v. 281

D

D.P.F., R. v. 662
Davis, R. v. 759
Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell 281

E

E.A.L., R. v. 658

PAGE

F

F. (W.J.), R. v. ... 569
Fleming, R. v. ... 662
Francis v. Baker ... 250
Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd. ... 108

G

G. (J.), New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. ... 46
G.W., R. v. ... 597
Gordon Capital Corp., Guarantee Co. of North America v. ... 423
Grismer Estate v. Bristish Columbia (Council of Human Rights) ... 868
Groot, R. v. ... 664
Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp. ... 423

J

J.G., New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. ... 46

L

L.C. v. Mills ... 668
Lance, R. v. ... 658
Legal Services Society, Winters v. ... 160
Liew, R. v. ... 227

M

M. (B.J.), R. v. ... 668
Malenfant (Trustee of), Perron-Malenfant v. ... 375
Marshall, R. v. ... 456
Marshall, R. v. (motion) ... 533
Mills, L.C. v. ... 668
Mills, R. v. ... 668
Minister see also "Canada" or the name of province

PAGE

Minister of National Revenue v. Shell Canada Ltd. ... 622

N

New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.) ... 46
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G. ... 46
Newfoundland, Wells v. ... 199

O

Office see also "Canada" or the name of province
Ottawa-Carleton French-language School Board — Public Sector, Abouchar v. ... 343

P

Pelletier, R. v. ... 863
Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of) ... 375
Perron-Malenfant, Poliquin v. ... 375
Poliquin v. Perron-Malenfant ... 375
Poulin *v.* Serge Morency et Associés Inc. ... 351
Prince Edward Island, Arsenault-Cameron v. ... 851
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General) ... 845
Public Service Employee Relations Commission v. British Columbia Government and Service Employees' Union ... 3

Q

Quebec (Commission des affaires sociales), Renaud v. ... 855
Queen see also "R."

R

R. v. B.J.M. ... 668
R. v. Brown ... 660
R. v. D.P.F. ... 662
R. v. Davis ... 759

PAGE

R. v. E.A.L. 658
R. v. F. (W.J.) 569
R. v. Fleming 662
R. v. G.W. 597
R. v. Groot 664
R. v. Lance 658
R. v. Liew 227
R. v. M. (B.J.) 668
R. v. Marshall 456
R. v. Marshall (motion) 533
R. v. Mills 668
R. v. Pelletier 863
R. v. Shell Canada Ltd. 622
R. v. Terceira 866
R. v. Timm 666
R. v. W. (G.) 597
R. v. W.J.F. 569
Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales) 855
Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd. 408

S

Serge Morency et Associés Inc., Poulin v. 351
Shell Canada Ltd., Minister of National Revenue v. 622
Shell Canada Ltd. v. Canada 622
Shell Canada Ltd. v. Canada (motion) 616
Shell Canada Ltd. v. R. 622

PAGE

Shell Canada Ltd. v. The Queen 622

T

Terceira, R. v. 866
The Queen see also "R."
Timm, R. v. 666

U

Union see also under abbreviated name

W

W. (G.), R. v. 597
W. Got & Associates Electric Ltd., Royal Bank of Canada v. 408
W.J.F., R. v. 569
Wells v. Newfoundland 199
Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority 134
Winters v. Legal Services Society 160

NUMBERS

65302 British Columbia Ltd. v. Canada 804

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

A

Abouchar c. Conseil scolaire de langue française d'Ottawa-Carleton — Section publique 343
Alberta (Procureur général), Public School Boards' Assn. of Alberta c. 845
Apotex Inc. c. Bayer Aktiengesellschaft 857
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard 851

B

B.J.M., R. c. 668
Baker, Francis c. 250
Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd. 408
Bayer Aktiengesellschaft, Apotex Inc. c. 857
BCGSEU, Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. 3
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union 3
British Columbia Government and Service Employees' Union, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c. 3
British Columbia Government and Service Employees' Union, Public Service Employee Relations Commission c. 3
British Columbia Hydro and Power Authority, Première nation de Westbank c. 134
Brown, R. c. 660

PAGE

C

Can-Dive Services Ltd., Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. 108
Canada, 65302 British Columbia Ltd. c. 804
Canada, Shell Canada Ltée c. 622
Canada, Shell Canada Ltée c. (requête) 616
Colombie-Britannique (Council of Human Rights), Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. 868
Colombie-Britannique (Council of Human Rights), Succession Grismer c. 868
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU 3
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights) 868
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province
Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell, Des Champs c. 281
Conseil scolaire de langue française d'Ottawa-Carleton — Section publique, Abouchar c. 343

D

D.P.F., R. c. 662
Davis, R. c. 759
Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell 281

PAGE

E

E.A.L., R. c. 658

F

F. (W.J.), R. c. 569
Fleming, R. c. 662
Francis c. Baker 250
Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd. 108

G

G. (J.), Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. 46
G.W., R. c. 597
Gordon Capital Corp., Guarantee Co. of North America c. 423
Groot, R. c. 664
Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp. 423

I

Île-du-Prince-Édouard, Arsenault-Cameron c. 851

J

J.G., Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. 46

L

L.C. c. Mills 668
La Reine voir aussi «R.»
Lance, R. c. 658
Legal Services Society, Winters c. 160
Liew, R. c. 227

PAGE

M

M. (B.J.), R. c. 668
Malenfant (Syndic de), Perron-Malenfant c. 375
Marshall, R. c. 456
Marshall, R. c. (requête) 533
Mills, L.C. c. 668
Mills, R. c. 668
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province
Ministre du Revenu national c. Shell Canada Ltée 622

N

Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.) 46
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. J.G. 46

O

Office voir aussi «Canada» ou nom de la province

P

Pelletier, R. c. 863
Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de) 375
Perron-Malenfant, Poliquin c. 375
Poliquin c. Perron-Malenfant 375
Poulin c. Serge Morency et Associés inc. 351
Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority 134
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général) 845
Public Service Employee Relations Commission c. British Columbia Government and Service Employees' Union 3

Q

Québec (Commission des affaires sociales), Renaud c. 855

PAGE

R

R. c. B.J.M. 668
R. c. Brown 660
R. c. D.P.F. 662
R. c. Davis 759
R. c. E.A.L. 658
R. c. F. (W.J.) 569
R. c. Fleming 662
R. c. G.W. 597
R. c. Groot 664
R. c. Lance 658
R. c. Liew 227
R. c. M. (B.J.) 668
R. c. Marshall (requête) 533
R. c. Marshall 456
R. c. Mills 668
R. c. Pelletier 863
R. c. Shell Canada Ltée 622
R. c. Terceira 866
R. c. Timm 666
R. c. W. (G.) 597
R. c. W.J.F. 569
Reine voir aussi «R.»
Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales) 855

S

Serge Morency et Associés inc., Poulin c. 351
Shell Canada Ltée c. Canada (requête) 616

PAGE

Shell Canada Ltée c. Canada 622
Shell Canada Ltée c. La Reine 622
Shell Canada Ltée c. R. 622
Shell Canada Ltée, Ministre du Revenu national c. 622
Succession Grismer c. Colombie Britannique (Council of Human Rights) 868
Syndicat voir aussi sous nom abrégé

T

Terceira, R. c. 866
Terre-Neuve, Wells c. 199
Timm, R. c. 666

W

W. Got & Associates Electric Ltd., Banque Royale du Canada c. 408
W. (G.), R. c. 597
W.J.F., R. c. 569
Wells c. Terre-Neuve 199
Winters c. Legal Services Society 160

NUMÉROS

65302 British Columbia Ltd. c. Canada 804

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
A. (L.L.) v. B. (A.)	[1995] 4 S.C.R. 536	694
Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co.	[1923] A.C. 773	440
Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 963	642, 811
Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 963	642, 811
Alberta Gas Trunk Line Co. c. M.R.N.	[1972] R.C.S. 498	653
Alberta Gas Trunk Line Co. v. M.N.R.	[1972] S.C.R. 498	653
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 2 R.C.S. 225	204
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 2 S.C.R. 225	204
Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)	[1993] 4 S.C.R. 371	149
Amway of Canada Ltd. c. M.R.N.	(1996), 193 N.R. 381	826
Amway of Canada Ltd. v. M.N.R.	(1996), 193 N.R. 381	826
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	30, 399
Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.	(1998), 84 C.P.R. (3d) 303	858
Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse c. Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse	[1981] 1 R.C.S. 211	210
Attorney General of Canada v. City of Toronto	(1892), 23 S.C.R. 514	147
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	224
Attorney General of Quebec v. Blaikie	[1981] 1 S.C.R. 312	221
Attorney General of Quebec v. Labrecque	[1980] 2 S.C.R. 1057	208
Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada	(1922), 64 S.C.R. 377	151
Attorney-General of Canada v. Jackson	[1946] S.C.R. 489	784
Attorney-General of Canada v. Registrar of Titles	[1934] 4 D.L.R. 764	147
Aubry (Syndic de)	[1988] R.J.Q. 2211	390
Augustus v. Gosset	[1996] 3 S.C.R. 268	79
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	66, 101

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
B.G. Linton Construction Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1975] 2 R.C.S. 678	447
B.G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.	[1975] 2 S.C.R. 678	447
Banque canadienne nationale c. Carette-Poulin	(1934), 56 B.R. 143	383
Banque Canadienne Nationale c. Carette	[1931] S.C.R. 33	394
Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, Cie d'assurance-vie	[1996] 1 R.C.S. 325	384
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 R.C.S. 411	643, 839
Baron v. Canada	[1993] 1 S.C.R. 416	703
Barreau du Québec c. Morin	[1988] R.J.Q. 2629	368
Beauchamp (H.M. Inspector of Taxes) v. F. W. Woolworth plc.	[1989] B.T.C. 233	654
Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co	[1980] 2 S.C.R. 718	448
Bellechasse Hospital v. Pilotte	[1975] 2 S.C.R. 454	226
Bellenden v. Satterthwaite	[1948] 1 All. E.R. 343	276
Berardinelli v. Ontario Housing Corp.	[1979] 1 S.C.R. 275	289, 324
Beresford v. Royal Insurance Co.	[1938] 2 All E.R. 602	840
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1993] 1 S.C.R. 12	418
Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1991] 3 R.C.S. 317	859
Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1991] 3 S.C.R. 317	859
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1985] 2 R.C.S. 561	30
Bhinder v. Canadian National Railway Co	[1985] 2 S.C.R. 561	30
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	720
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342	67
Borowski v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 342	67
Bradford Corp. v. Myers	[1916] 1 A.C. 242	295, 321
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	875
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3	722
Bronfman Trust c. La Reine	[1987] 1 R.C.S. 32	637
Bronfman Trust v. The Queen	[1987] 1 S.C.R. 32	637
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 S.C.R. 279	16
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 R.C.S. 279	16

C

Caisse populaire de Lévis c. Maranda	[1950] B.R. 249	362
Caldwell v. Stuart	[1984] 2 S.C.R. 603	16
Canada (Attorney General) v. Levac	[1992] 3 F.C. 463	23
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor	[1987] 3 F.C. 59	847
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor	[1987] 3 C.F. 593	847
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor	[1990] 3 R.C.S. 892	19
Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion	[1998] 4 C.F. 205	19
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor	[1990] 3 S.C.R. 892	19
Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-Dominion Bank	[1998] 4 F.C. 205	19

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Canada (Procureur général) c. Levac	[1992] 3 C.F. 463	23
Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue	[1957] S.C.R. 717	637
Canada v. Antosko	[1994] 2 S.C.R. 312	642, 833
Canada v. Central Supply Co. (1972) Ltd.	[1997] 3 F.C. 674	647
Canada v. Fording Coal Ltd.	[1996] 1 F.C. 518	647
Canada v. Irving Oil Ltd.	[1991] 1 C.T.C. 350	640
Canada v. Mara Properties Ltd.	[1995] 2 F.C. 433	648
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 480	703
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	24
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711	492
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	[1995] 1 S.C.R. 3	154
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	[1995] 1 R.C.S. 3	152
Canderel Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 147	643, 839
Canderel Ltée c. Canada	[1998] 1 R.C.S. 147	643, 839
Cape Breton Beverages Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)	(1997), 144 D.L.R. (4th) 536	151
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent	[1985] 2 R.C.S. 643	189
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	189
Carey v. Ontario	[1986] 2 S.C.R. 637	717
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)	[1990] 2 S.C.R. 489	16
Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud	[1992] 2 S.C.R. 970	35
Chartier v. Chartier	[1999] 1 S.C.R. 242	267
Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. M.T.	[1995] O.J. No. 3879 (QL)	69
Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier	[1989] R.J.Q. 550	364
Clarke v. Ottawa Board of Education	(1975), 54 D.L.R. (3d) 321	293, 337
Clarke v. St. Helens Borough Council	(1915), 85 L.J. (K.B.) 17	305
Cloudfoam Ltd. v. Toronto Harbour Commission	[1969] 2 O.R. 194	296
Collier v. Lake Superior Board of Education	(1986), 14 C.C.E.L. 183	293
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	875
Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.	[1971] C.T.C. 839	653
Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.	[1971] C.T.C. 839	653
Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash	[1994] 2 S.C.R. 406	721
Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke	[1982] 1 R.C.S. 202	16
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	15
Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin	[1994] 2 R.C.S. 525	21
Commissioner of Internal Revenue v. Sullivan	356 U.S. 27 (1958)	835
Commissioners of Inland Revenue v. Alexander von Glehn & Co.	[1920] 2 K.B. 553	828
Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.	[1978] 1 S.C.R. 317	118
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	25
Compton v. Council of the County Borough of West Ham	[1939] Ch. 771	317
Comstock International Ltd. v. The Queen in right of Ontario	(1981), 126 D.L.R. (3d) 323	303, 337

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Confederation Trust Co. v. Alizadeh	[1998] O.J. No. 408 (QL)	437
Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée	[1997] 2 S.C.R. 299	396
Continental Bank Leasing Corp. v. Canada	[1998] 2 S.C.R. 298	641
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	213
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	213
Coopérative de commerce "Des Mille-Îles" c. Société des alcools du Québec	C.S.C., nº 25703, 27 octobre 1997	861
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	75
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	75
Cossette v. Ombudsman	(1980), 28 O.R. (2d) 92	311
Crown Life Insurance Co. v. Perras	[1953] B.R. 659	389
Cunningham v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 143	715
D		
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	688
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp	[1994] 3 S.C.R. 835	688
Danson c. Ontario (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1086	703, 847
Danson v. Ontario (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1086	703, 847
Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.	(1998), 164 D.L.R. (4th) 257	435
Day & Ross Ltd. c. La Reine	[1977] 1 C.F. 780	825
Day & Ross Ltd. v. The Queen	[1977] 1 F.C. 780	825
Deaville v. Boegeman	(1983), 14 D.L.R. (4th) 81	286
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	472, 550
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	472, 550
Dergousoff v. Dergousoff	(1999), 177 Sask. R. 64	266
Dersch c. Canada (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1505	716
Dersch v. Canada (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1505	716
Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell	[1999] 3 R.C.S. 281	345, 348
Dubois c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 350	367
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	367
Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 795	644
Duke c. La Reine	[1972] R.C.S. 917	66
Duke v. The Queen	[1972] S.C.R. 917	66
E		
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	90, 685
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	30, 91, 891
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	30, 91, 891
Espie Printing Co. v. Minister of National Revenue	[1960] Ex. C.R. 422	836
Eurig Estate (Re)	[1998] 2 S.C.R. 565	147

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
F		
Firestone Tire and Rubber Co. (S.S.) Ld. v. Singapore Harbour Board	[1952] A.C. 452	296, 338
Fortier c. Nault	[1954] C.S. 131	390
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1985] 2 R.C.S. 455	220
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455	220
Friedberg v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 285	655
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	196
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	196
Friesen v. Canada	[1995] 3 S.C.R. 103	642, 811
G		
Gagnon v. City of Montreal	[1956] R.P. 385	386
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	147
Godbout c. Longueuil (Ville)	[1997] 3 R.C.S. 844	102
Godbout v. Longueuil (City)	[1997] 3 S.C.R. 844	102
Gonzalez-Davi v. British Columbia (Legal Services Society)	(1991), 55 B.C.L.R. (2d) 236	167, 179
Goodwin v. Oxford County Board of Education	(1980), 30 O.R. (2d) 359	311
Government of Malaysia v. Lee Hock Ning	[1974] A.C. 76	300
Griffiths v. Smith	[1941] A.C. 170	299, 324
Griggs v. Duke Power Co.	401 U.S. 424 (1971)	19
Grismer v. British Columbia (Attorney General)	(1994), 25 C.H.R.R. D/296	23
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	472
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	472
Gunton v. London Borough of Richmond Upon Thames	[1980] 3 All E.R. 577	225
H		
Hall v. Hebert	[1993] 2 S.C.R. 159	816
Hanna v. Ontario Hydro	(1982), 37 O.R. (2d) 783	311
Hepton v. Maat	[1957] S.C.R. 606	88
Herald and Weekly Times v. Federal Commissioner of Taxation	(1932), 2 A.T.D. 169	828
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young	[1997] 2 S.C.R. 165	435
Hickman Motors Ltd. v. Canada	[1997] 2 S.C.R. 336	644
Hôpital Bellechasse c. Pilotte	[1975] 2 R.C.S. 454	226
Howard c. Établissement de Stony Mountain	[1984] 2 C.F. 642	69, 194
Howard v. Stony Mountain Institution	[1984] 2 F.C. 642	69, 194
Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée	[1989] 1 R.C.S. 426	444
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 426	444
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	720

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
I		
Ikea Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 196	655
Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue	[1947] Ex. C.R. 527	824
In re Max Mendelson	(1940), 21 C.B.R. 304	389
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	27
International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange	[1967] S.C.R. 628	71
International Casualty Co. v. Thomson	(1913), 48 S.C.R. 167	471
Irving Ungerman Ltd. v. Galanis	(1991), 4 O.R. (3d) 545	435
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	725
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	725
J		
Jack c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 294	483
Jack v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 294	483
Jaremko v. Metropolitan Toronto Condominium Corp. No. 875	S.C.C., No. 26714, June 8, 1999	861
Jarry Automobile Ltée c. Medicoff	[1947] C.S. 465	386
Jeannette B.B.Q. Ltée c. Caisse Populaire de Tracadie Ltée	(1991), 117 R.N.-B. (2e) 129	418
K		
Kavcar Investments Ltd. v. Aetna Financial Services Ltd	(1989), 70 O.R. (2d) 225	418
Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille	[1987] 2 S.C.R. 440	441
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	775
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	210
Kourtessis c. M.R.N.	[1993] 2 R.C.S. 53	604
Kourtessis v. M.N.R.	[1993] 2 S.C.R. 53	604
L		
La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.	[1978] 1 C.F. 454	648
La Reine c. Nova Corporation of Alberta	97 D.T.C. 5229	648
Lacarte v. Board of Education of Toronto	[1954] O.R. 435	292, 338
Lachance-Gariépy c. Page	[1983] C.A. 562	360
Lalonde c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie	[1992] 3 R.C.S. 261	401
Lalonde v. Sun Life Assurance Co. of Canada	[1992] 3 S.C.R. 261	401
Landry v. Legal Services Society	(1986), 3 B.C.L.R. (2d) 98	169, 176
Large c. Stratford (Ville)	[1995] 3 R.C.S. 733	16
Large v. Stratford (City)	(1992), 92 D.L.R. (4th) 565	23
Large v. Stratford (City)	[1995] 3 S.C.R. 733	16
Lauwers c. Tardiff	[1966] C.S. 79	383
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	22
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	784
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	22

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction	[1931] S.C.R. 357	147
Levesque v. Levesque	(1994), 116 D.L.R. (4th) 314	275
Lister (R.E.) Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.	[1982] 1 S.C.R. 726	417
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.	[1992] 3 S.C.R. 299	115
Lucas v. Lucas	[1943] P. 68	211
Lucia v. Martin	[1998] B.C.J. No. 1798 (QL)	275

M

M. (A.) v. Ryan	[1997] 1 S.C.R. 157	723
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	542, 685
M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée	[1999] 1 R.C.S. 619	492
M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.	[1999] 1 S.C.R. 619	492
M.N.R. v. Eldridge	[1964] C.T.C. 545	836
M'Culloch v. Maryland	17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)	146
MacKay v. Manitoba	[1989] 2 S.C.R. 357	703
Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine	[1979] 1 R.C.S. 101	218
Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 101	218
Marks v. Beyfus	(1890), 25 Q.B.D. 494	720
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602	171, 187, 223
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	[1980] 1 S.C.R. 602	171, 187, 223
Massey v. Sladen	(1868), L.R. 4 Ex. 13	417
Mayne Nickless Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation	(1984), 71 F.L.R. 168	828
McCann c. La Reine	[1976] 1 C.F. 570	190
McCann v. The Queen	[1976] 1 F.C. 570	190
McGonegal v. Gray	[1952] 2 S.C.R. 274	293, 336
McKnight (Inspector of Taxes) v. Sheppard	[1999] 3 All E.R. 491	814
McManus v. Bowes	[1938] 1 K.B. 98	317
Mercure c. A. Marquette & Fils Inc.	[1977] 1 S.C.R. 547	384
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863	78, 724
Mills v. S.I.M.U. Mutual Insurance Association	[1970] N.Z.L.R. 602	441
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	78, 724
Minister of Justice v. City of Levis	[1919] A.C. 505	152
Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal	(1979), 25 O.R. (2d) 198	417
Moffatt v. Dufferin County Board of Education	[1973] 1 O.R. 351	299, 337
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	99
Mohammad c. La Reine	97 D.T.C. 5503	640
Mohammad v. The Queen	97 D.T.C. 5503	640
Molloy v. Ontario (Human Rights Commission)	(1992), 41 C.C.E.L. 101	293
Morgentaler c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 616	367
Morgentaler v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 616	367
Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention	[1985] 2 R.C.S. 662	189
Morin v. National Special Handling Unit Review Committee	[1985] 2 S.C.R. 662	189

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
N		
National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.	[1969] S.C.R. 481	220
Neilson v. Vancouver Hockey Club	(1988), 51 D.L.R. (4th) 40	225
Neuman c. M.R.N.	[1998] 1 R.C.S. 770	644
Neuman v. M.N.R.	[1998] 1 S.C.R. 770	644
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46	684, 724
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	210
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	685, 724
Nova Scotia Government Employees Association v. Civil Service Commission of Nova Scotia	[1981] 1 S.C.R. 211	210
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29	512
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	512
O		
Ontario (Human Rights Commission) v. Borough of Etobicoke	[1982] 1 S.C.R. 202	16
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York	[1996] 2 R.C.S. 929	150
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education	[1996] 2 S.C.R. 929	150
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	15
Ontario Mining Co. v. Seybold	(1901), 32 S.C.R. 1	497
Ontario, Province of v. Dominion of Canada and Province of Quebec; In re Indian Claims	(1895), 25 S.C.R. 434	497
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	73, 220
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	73, 220
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	147
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)	[1991] 2 R.C.S. 69	93
Osborne v. Canada (Treasury Board)	[1991] 2 S.C.R. 69	93
P		
Palachik v. Kiss	[1983] 1 S.C.R. 623	195
Pappajohn c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 120	794
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	794
Paras v. Paras	(1971), 2 R.F.L. 328	260
Paul c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 621	783
Paul v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 621	783
Pax Management Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce	[1992] 2 R.C.S. 998	418
Pax Management Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	[1992] 2 S.C.R. 998	418

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Peddle v. Newfoundland	(1994), 116 D.L.R. (4th) 161	205
Petryshyn v. Canada	[1993] 3 F.C. 640	206
Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.	[1980] A.C. 827	447
Plester v. Plester	(1998), 56 B.C.L.R. (3d) 352	273
Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.	[1981] 1 W.L.R. 138	450
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	224
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1981] 1 R.C.S. 312	221
Procureur général du Québec c. Labrecque	[1980] 2 R.C.S. 1057	208
Produits LDG Products Inc. c. La Reine	76 D.T.C. 6344	648
Produits LDG Products Inc. v. The Queen	76 D.T.C. 6344	648

Q

Quebec Association of Protestant School Boards c. Wadsworth	J.E. 92-1421	358

R

R. v. Adams	[1996] 3 S.C.R. 101	504, 557
R. v. Aguilar	(1992), 10 O.R. (3d) 266	575
R. v. B. (K.G.)	[1993] 1 S.C.R. 740	573
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	470, 511, 543
R. v. Bannerman	(1966), 48 C.R. 110	591
R. v. Bird	(1969), 9 C.R.N.S. 1	774
R. v. Bloch-Hansen	(1977), 38 C.C.C. (2d) 143	786
R. v. Bombay	[1993] 1 C.N.L.R. 92	496
R. v. Boudreau	[1998] O.J. No. 3526 (QL)	735
R. v. Broyles	[1991] 3 S.C.R. 595	230, 238
R. v. Bulmer	[1987] 1 S.C.R. 782	795
R. v. C.N.	(1997), 195 A.R. 387	589
R. v. Campbell	[1999] 1 S.C.R. 565	213
R. v. Caskenette	(1993), 80 C.C.C. (3d) 439	775
R. v. CIP Inc.	[1992] 1 S.C.R. 843	717
R. v. Clemente	[1994] 2 S.C.R. 758	780
R. v. Cope	(1981), 132 D.L.R. (3d) 36	492
R. v. Côté	[1996] 3 S.C.R. 139	504, 561
R. v. Coughlan	(1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326	775
R. v. Cranston	[1997] C.H.R.D. No. 1 (QL)	43
R. v. D.H.C.	(1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116	702
R. v. D.K.P. (No. 1)	(1991), 11 W.A.C. 302	786
R. v. Denny	(1990), 55 C.C.C. (3d) 322	466
R. v. DeSousa	[1992] 2 S.C.R. 944	703
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	722
R. v. Durette	[1994] 1 S.C.R. 469	717
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	721
R. v. E. (A.W.)	[1993] 3 S.C.R. 155	718

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. E.H.	[1998] O.J. No. 4515 (QL)	702
R. v. E.M.F.	[1997] O.J. No. 4828 (QL)	702
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	703
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	721
R. v. Egger	[1993] 2 S.C.R. 451	683
R. v. Esau	[1997] 2 S.C.R. 777	615, 796
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330	615, 794
R. v. Ferencsik	[1970] 4 C.C.C. 166	607
R. v. Fiddler	[1998] O.J. No. 5819 (QL)	702
R. v. G.C.B.	[1997] O.J. No. 5019 (QL)	702
R. v. G.J.A.	[1997] O.J. No. 5354 (QL)	702
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	717
R. v. George	[1966] S.C.R. 267	496
R. v. Gladstone	[1996] 2 S.C.R. 723	501, 561
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485	704
R. v. Guerrero	(1988), 64 C.R. (3d) 65	776
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	73, 719
R. v. Hawkins	[1996] 3 S.C.R. 1043	580
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	230, 239
R. v. Henry	(1927), 20 Cr. App. Rep. 117	605
R. v. Hervey	(1939), 27 Cr. App. Rep. 146	606
R. v. Horse	[1988] 1 S.C.R. 187	473, 513
R. v. Horseman	[1990] 1 S.C.R. 901	483, 512
R. v. Hurrie	(1997), 12 C.R. (5th) 180	741
R. v. Isaac	(1975), 13 N.S.R. (2d) 460	492
R. v. J.F.G.	[1997] N.W.T.J. No. 47 (QL)	741
R. v. J.S.P.	B.C.S.C., Vancouver Registry Nos. CC970130 & CC960237, May 15, 1997	750
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	716
R. v. Keegstra	[1995] 2 S.C.R. 381	619
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	574, 580
R. v. L. (D.O.)	[1993] 4 S.C.R. 419	578
R. v. La	[1997] 2 S.C.R. 680	720
R. v. Laba	[1994] 3 S.C.R. 965	687
R. v. Lee	(1997), 35 O.R. (3d) 594	702
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	717
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475	578
R. v. Lohnes	[1992] 1 S.C.R. 167	784
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	99, 718
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	609
R. v. MacKay	(1934), 62 C.C.C. 188	606
R. v. Mara	[1997] 2 S.C.R. 630	864
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72	780
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	721
R. v. Miller	[1985] 2 S.C.R. 613	189
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	76, 102, 724

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Moscovitch	(1924), 18 Cr. App. Rep. 37	606
R. v. Musgrave	(1926), 46 C.C.C. 45	606
R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 672	501
R. v. Natarelli	[1967] S.C.R. 539	783
R. v. Nikal	[1996] 1 S.C.R. 1013	504, 552
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	682, 688
R. v. O'Neill	(1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136	702
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	90, 716
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	615, 727, 794
R. v. P. (J.)	[1993] 1 S.C.R. 469	576, 589
R. v. Park	[1995] 2 S.C.R. 836	795
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	722
R. v. Prince	[1986] 2 S.C.R. 480	792
R. v. Prosper	[1994] 3 S.C.R. 236	68, 233
R. v. Rain	(1998), 130 C.C.C. (3d) 167	88
R. v. Regan	(1998), 174 N.S.R. (2d) 230	731
R. v. Robinson	(1989), 63 D.L.R. (4th) 289	88
R. v. Rockey	[1996] 3 S.C.R. 829	574, 596
R. v. Rose	[1998] 3 S.C.R. 262	716
R. v. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	69, 166
R. v. S. (R.D.)	[1997] 3 S.C.R. 484	852
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	132, 711
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	720
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	615, 717
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	610
R. v. Shubley	[1990] 1 S.C.R. 3	182
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	472, 511
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	574, 580
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	496, 539
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	681, 693
R. v. Stromner	(1997), 205 A.R. 385	741
R. v. Sundown	[1999] 1 S.C.R. 393	474, 511
R. v. Taylor and Williams	(1981), 62 C.C.C. (2d) 227	471
R. v. Thomas	[1998] 3 S.C.R. 535	604
R. v. Towers	(1929), 21 Cr. App. Rep. 74	605
R. v. Tran	[1994] 2 S.C.R. 951	99
R. v. Tremblay	[1993] 2 S.C.R. 932	864
R. v. Van der Peet	(1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75	502
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	477
R. v. Vasil	[1981] 1 S.C.R. 469	783
R. v. Vermette	[1988] 1 S.C.R. 985	73
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	777
R. v. Weeseekase	(1997), 161 Sask. R. 264	702
R. v. Wigglesworth	[1987] 2 S.C.R. 541	183
R. v. Zeolkowski	[1989] 1 S.C.R. 1378	268
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	80, 714

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Re Beauchamp and Town of Espanola	(1981), 128 D.L.R. (3d) 766	293
Re Colledge and Niagara Regional Police Commission	(1984), 44 O.R. (2d) 289	292
Re Comptois	(1981), 40 C.B.R. (N.S.) 118	390
Re de Grandpré	(1969), 15 C.B.R. (N.S.) 262	390
Re Exported Natural Gas Tax	[1982] 1 S.C.R. 1004	146
Re Gallant and Roman Catholic Separate School Board of District of Sudbury	(1985), 56 O.R. (2d) 160	290, 339
Re Gallant et Conseil des écoles séparées catholiques romaines du district de Sudbury	(1985), 56 O.R. (2d) 151	290, 339
Re Holley	(1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17	389
Re Mountain and Legal Services Society	(1984), 5 D.L.R. (4th) 170	167
Re Moysey	(1977), 80 D.L.R. (3d) 152	359
Re Neuls	(1985), 56 C.B.R. 132	358
Re Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992	[1996] O.M.B.D. No. 553 (QL)	151
Re Pearson	(1977), 23 C.B.R. (N.S.) 44	385
Reaney v. Co-operative Wholesale Society, Ltd.	[1932] W.N. 78	226
Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan	[1947] S.C.R. 394	637
Reference re Agricultural Products Marketing Act	[1978] 2 S.C.R. 1198	824
Reference re Amendment of Constitution of Canada	[1981] 1 S.C.R. 753	223
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)	[1991] 2 S.C.R. 525	215
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	542
Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution	[1982] 2 S.C.R. 793	72
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	213
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	554, 712
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code	[1990] 1 S.C.R. 1123	76, 724
Reilly v. The King	[1934] A.C. 176	205
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	80
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel	[1990] 1 R.C.S. 1123	76, 724
Renvoi relatif à l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution	[1982] 2 R.C.S. 793	72
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles	[1978] 2 R.C.S. 1198	824
Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	714
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	213
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	554, 712
Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté	[1982] 1 R.C.S. 1004	146
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525	215
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	542
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753	223
Riddle v. University of Victoria	(1979), 95 D.L.R. (3d) 193	293
Ridge v. Baldwin	[1964] A.C. 40	213

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)	[1987] 2 R.C.S. 59	703
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	703
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	181, 267, 779, 811, 832
Roberge v. Bolduc	[1991] 1 S.C.R. 374	196
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)	[1987] 2 R.C.S. 84	28
Robichaud v. Canada (Treasury Board)	[1987] 2 S.C.R. 84	28
Robinson v. Commissioner of Inland Revenue	[1965] N.Z.L.R. 246	828
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	76
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	76
Roger Earl of Rutland's Case	(1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555	493
Rogers Cable TV Ltd. v. 373041 Ontario Ltd.	(1994), 22 O.R. (3d) 25	437
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	222
Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.	(1918), 58 S.C.R. 169	434
Royal Bank of Canada v. Nobes	(1982), 49 N.S.R. (2d) 634	418
Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.	[1996] 1 S.C.R. 325	384
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 S.C.R. 411	643, 839
Royal Trust Co. v. M.N.R.	57 D.T.C. 1055	825

S

Sail Labrador Ltd. c. Challenge One (Le)	[1999] 1 R.C.S. 265	441
Sail Labrador Ltd. v. Challenge One (The)	[1999] 1 S.C.R. 265	441
Sansregret c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 570	800
Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570	800
Santosky v. Kramer	455 U.S. 745 (1982)	100
Saran v. Delta Cedar Products Ltd.	[1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL)	23
Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)	[1989] 2 R.C.S. 1297	16
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)	[1989] 2 S.C.R. 1297	16
Schnurr v. Royal Ottawa Hospital	(1986), 56 O.R. (2d) 589	313
Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.	[1989] 1 S.C.R. 1445	118
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	147
Sharpington v. Fulham Guardians	[1904] 2 Ch. 449	298, 333
Shiels v. Shiels	[1997] B.C.J. No. 1924 (QL)	273
Sikyea v. The Queen	[1964] S.C.R. 642	496
Simon c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 387	474, 511
Simon v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 387	474, 511
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	66
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	66
Skoke-Graham v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 106	784
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	91, 690
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal	[1987] 1 R.C.S. 711	492
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480	703
South Africa (President) v. South African Rugby Football Union	[1999] S.A.J. No. 22 (QL)	853
Stewart v. Lincoln County Board of Education	(1972), 8 O.R. (2d) 168	311
Stubart Investments Ltd. c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 536	644, 811, 832

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	644, 811, 832
Succession Eurig (Re)	[1998] 2 R.C.S. 565	147
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	809, 827

T

Tank Truck Rentals, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue	356 U.S. 30 (1958)	812, 834
Tennant c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 305	638
Tennant v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 305	638
The "Moorcock"	(1889), 14 P.D. 64	492
The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark	(1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025	493
The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.	[1930] S.C.R. 500	215
The Queen v. Alberta and Southern Gas Co.	[1978] 1 F.C. 454	648
The Queen v. Nova Corporation of Alberta	97 D.T.C. 5229	648
Thomas & Co. v. Brown	(1899), 4 Com. Cas. 186	119
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)	[1992] 1 R.C.S. 385	268
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	721
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	721
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)	[1992] 1 S.C.R. 385	268
Thwaites c. Canada (Forces armées)	(1993), 19 C.H.R.R. D/259	24
Thwaites v. Canada (Armed Forces)	(1993), 19 C.H.R.R. D/259	23
Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue	[1957] S.C.R. 703	653
TNT Canada Inc. c. La Reine	[1988] 2 C.T.C. 91	825
TNT Canada Inc. v. The Queen	[1988] 2 C.T.C. 91	825
Tolson v. Kaye	(1822), 3 Brod. & B. 217, 129 E.R. 1267	286

U

Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City)	(1999), 43 O.R. (3d) 673	152

V

Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	853
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	853
Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York	[1933] A.C. 70	115
Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1085	420
Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493	689

W

Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	389
Washer v. British Columbia Toll Highways and Bridges Authority	(1965), 53 D.L.R. (2d) 620	211

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Watkins v. Olafson	[1989] 2 S.C.R. 750	132
Welch v. New Brunswick	(1991), 116 N.B.R. (2d) 262	217
West Lakes Ltd. v. State of South Australia	(1980), 25 S.A.S.R. 389	215
Wright v. Board of Education for the City of Hamilton	(1977), 16 O.R. (2d) 828	311

Z

Zenith Tire & Repair c. Angle & Lemessurier Reg'd	C.S. Mtl, E-106243, 13 février 1934	386
Zenith Tire & Repair v. Angle & Lemessurier Reg'd	Sup. Ct. Mtl., E-106243, February 13, 1934	386
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[1992] 2 R.C.S. 321	27
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321	27

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations, SOR/93-332 533
s. 4 456

Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan, R.S.Q., c. R-10
s. 222 351

Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25
1(7)(b) "spouses" 855

B

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3
s. 67(1) 375
s. 67(1)(b) 351

British Columbia Egg Marketing Scheme, 1967, B.C. Reg. 173/67 804

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 ..... 46, 668
s. 7 ..... 46, 227, 668
ss. 8 to 14 668
s. 15 668
s. 24(1) 46
s. 28 668

Civil Code of Lower Canada
art. 2547 375
art. 2552 375
art. 2554 375

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25
art. 553(12) 351

PAGE

Constitution Act, 1867
s. 35 ..... 456, 533
s. 125 134

Constitution Act, 1982
s. 52 668

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34
s. 305(1) 759

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46
ss. 278.1 to 278.91 668
s. 675(1)(b) 597
s. 686(1)(b)(iii) 662
s. 691(1)(a) 759

E

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2 281

F

Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175
s. 4(b) 250

Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11 281

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14
s. 7(1) 456, 533
s. 43 533

Fishery (General) Regulations, SOR/93-53
s. 35(2) 456, 533

H

Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22
s. 3 868

PAGE

Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210
s. 8 ... 868
s. 13(1)(a) ... 3
s. 13(1)(b) ... 3
s. 13(4) ... 3

I

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 18(1)(a) ... 804
s. 18(1)(b) ... 804
s. 20(1)(c)(i) ... 622
s. 67 ... 622

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63
s. 245(1) ... 622

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5
s. 83(1)(a) ... 134

L

Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, c. 227
s. 3(2)(b) ... 160

M

Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55
s. 4(1)(a) ... 456
s. 5 ... 456
s. 20 ... 456
Sch. III, s. 2 ... 533

PAGE

Misrepresentation Act 1967 (U.K.), 1967, c. 7
s. 1 ... 423

N

Natural Products Marketing (BC) Act, R.S.B.C. 1979, c. 296
s. 13(1)(c) ... 804

P

Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38
s. 7 ... 281, 343

Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322
s. 5(4) ... 199
s. 5(5) ... 199

R

R.R.O. 1990, Reg. 309
s. 7(1) ... 281

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74
r. 1 "party" ... 533
r. 29(1) ... 616
r. 29(3) ... 616
r. 58 ... 857
Schedule B ... 857

S

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26
s. 691(1)(a) ... 759

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

B

British Columbia Egg Marketing Scheme, 1967, B.C. Reg. 173/67 804

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 ..... 46, 668
art. 7 ..... 46, 227, 668
art. 8 à 14 668
art. 15 668
art. 24(1) 46
art. 28 668

Code civil du Bas-Canada
art. 2547 375
art. 2552 375
art. 2554 375

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34
art. 305(1) 759

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46
art. 278.1 à 278.91 668
art. 675(1)b) 597
art. 686(1)b)(iii) 662
art. 691(1)a) 759

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25
art. 553(12) 351

H

Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22
art. 3 868

Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210
art. 8 868
art. 13(1)(a) 3
art. 13(1)(b) 3
art. 13(4) 3

L

Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, ch. 227
art. 3(2)(b) 160

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175
art. 4b) 250

Loi constitutionnelle de 1867
art. 35 ..... 456, 533
art. 125 134

Loi constitutionnelle de 1982
art. 52 668

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.)
art. 18(1)a) 804
art. 18(1)b) 804
art. 20(1)c)(i) 622
art. 67 622

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63
art. 245(1) 622

Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25
art. 1(7)b) «conjoints» 855

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26
art. 691(1)a) 759

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3
art. 67(1) 375
art. 67(1)b) 351

PAGE

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11 281

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2 281

Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., ch. R-10
art. 222 351

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5
art. 83(1)a) 134

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14
art. 7(1) 456, 533
art. 43 533

Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38
art. 7 ..... 281, 343

M

Misrepresentation Act 1967 (R.-U.), 1967, ch. 7
art. 1 423

N

Natural Products Marketing (BC) Act, R.S.B.C. 1979, ch. 296
art. 13(1)(c) 804

PAGE

P

Public Utilities Act, R.S.N. 1970, ch. 322
art. 5(4) 199
art. 5(5) 199

R

R.R.O. 1990, Règl. 309
art. 7(1) 281

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74
art. 1 «partie» 533
art. 29(1) 616
art. 29(3) 616
art. 58 857
annexe B 857

Règlement de pêche des provinces maritimes, DORS/93-55
art. 4(1)a) 456
art. 5 456
art. 20 456
ann. III, art. 2 533

Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53
art. 35(2) 456, 533

Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones, DORS/93-332 533
art. 4 456

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

"As Long as the Sun and Moon Shall Endure": A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783. Fredericton: Paul & Gaffney, 1986. 520

American Psychological Association. Brief for Amicus Curiae in *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), 1989 U.S. Briefs 478 (Lexis). 579

Andrias, Richard T. "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2. 615

Archard, David. *Sexual Consent.* Oxford: Westview Press, 1998. 615

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283. 578

Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice.* Montreal: Thémis, 1993, 231. 578

Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», dans Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice.* Montréal: Thémis, 1993, 231 578

Baudouin, Louis. *Le droit civil de la province de Québec: Modèle vivant de droit comparé.* Montréal: Wilson & Lafleur, 1953. 370

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, vol. 2. Sherbrooke, Qué.: Éditions SEM, 1992. 390

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "civil", "civil action" 188

Blair, Leo. "Civil Servant — A Status Relationship" (1958), 21 *Mod. L. Rev.* 265. 211

Bourgeois, Donald J. "The Role of the Historian in the Litigation Process", *Canadian Historical Review*, LXVII, 2 (June 1986), 195-205 487

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald, eds. *Quebec Civil Law — An Introduction to Quebec Private Law.* Toronto: Emond Montgomery, 1993 395

Broadhurst, David G. "Income Tax Treatment of Foreign Exchange Forward Contracts, Swaps, and Other Hedging Transactions", in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference.* Toronto: The Foundation, 1990. 652

Brooks, Neil. "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., *Canadian Taxation.* Toronto: Richard De Boo, 1981, 189. ..... 812, 834

Browne, Gerald P. *Documents on the Confederation of British North America.* Toronto: McClelland and Stewart, 1969. 146

Bulkley, Josephine, and Claire Sandt, eds. *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse.* Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994. 592

Burt, Martha R. "Rape Myths and Acquaintance Rape". In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime.* New York: John Wiley, 1991, 26. 615

Busby, Karen. "Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases" (1997), 9 *C.J.W.L.* 148. 728

Busby, Karen. "Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis". A study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998 738

Callahan, Marilyn. "Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare". In Brian Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada.* Toronto: McClelland & Stewart, 1993, 172. 99

Canada. Canadian Human Rights Commission. *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament.* Ottawa: The Commission, 1986 31

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants.* («Rapport Badgley»). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984. 578

Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: Rapport spécial au Parlement.* Ottawa: La Commission, 1986 31

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children.* ("Badgley Report"). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984. 578

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2e Sess., 35e lég., 6 novembre 1996, p. 6197. 269

Canada. *House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd sess., 35th Parl., November 6, 1996, p. 6197. 269

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "inappropriate" 253

Carbonnier, Jean. *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 14e éd. Paris: P.U.F., 1991. 370

Castel, Jacqueline. "The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?" (1992), 10 *Can. J. Fam. L.* 283. 579

Castel, Jacqueline. «The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?» (1992), 10 *Rev. can. d. fam.* 283. 579

Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 12th ed. by M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991. 440

Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown.* London: Butterworths, 1820. 211

Chitty on Contracts, vol. 1, 27th ed. General Editor: A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1994. 220

Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Report of the Ontario Law Reform Commission on Limitation of Actions.* Toronto: Ministère du Procureur général, 1969. 321

Cossman, Brenda, and Carol Rogerson. "Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law". In *Report of the Ontario Legal Aid Review: A Blueprint of Publicly Funded Legal Services.* Toronto: Ontario Legal Aid Review, 1997, 773 100

Cossman, Brenda, et Carol Rogerson. «Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law». Dans *Rapport de l'examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario: Plan d'action pour des services juridiques publics subventionnés.* Toronto: Examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario, 1997, 773 100

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal: Thémis, 1999. 811

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990. 367, 396

PAGE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3rd ed. Montréal: Thémis, 1999. 811

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991. ..... 367, 396

Couteau, Émile. *Traité des assurances sur la vie*, vol. 1. Paris: Marchal, Billard, 1881. 393

Crane, M. C. "Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?" (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209 20

Croze, Hervé. "Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution: Guide de lecture", *J.C.P.* 1992.I.3635. 372

Daugherty, W. E. *Historique des traités avec les Indiens des Maritimes.* Ottawa: Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1983. 521

Daugherty, W. E. *Maritime Indian Treaties in Historical Perspective.* Ottawa: Department of Indian and Northern Affairs Canada, 1983. 521

Day, Shelagh, and Gwen Brodsky. "The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433 19

Dickason, Olive Patricia. "Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763", *American Indian Culture and Research Journal*, X, 4 (1986), 31-56. 520

Dickinson, G. M., and R. D. Gidney. "History and Advocacy: Some Reflections on the Historian's Role in Litigation", *Canadian Historical Review*, LXVIII, 4, (December 1987), 576-85. 487

Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues, 2e éd. Comité de rédaction: Paul-André Crépeau et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991, "incessibilité", "cession". 367

Dictionnaire encyclopédique Quillet, Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975, «chose», «quelque chose». 779

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ..... 181, 267, 779, 810

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994. ..... 181, 269, 785, 810

Emden, Cecil S. *The Civil Servant in the Law and the Constitution.* London: Stevens, 1923. 211

Etherington, Brian. "Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311 22

Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action.* Ottawa, 1992. 615

Feldman, David J. "Privacy-related Rights and their Social Value". In Peter Birks, ed., *Privacy and Loyalty.* Oxford: Clarendon Press, 1997, 15. 722

Fisher, Robin. "Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*", *B.C. Studies*, XCV (Autumn 1992), 43-54. 487

Fridman, Gerald H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994. ..... 220, 440

Fried, Charles. "Privacy" (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475. 722

Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l'égalité des sexes dans le système de justice au Canada. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*, Ottawa, 1992. 615

Hardy-Lemieux, Suzanne. *L'assurance de personnes au Québec.* Avec la collaboration de Alain Roch et les rédacteurs des Publications CCH/FM. Québec: Publications CCH/FM, 1989. 390

Harvey, Wendy, and Paulah Edwards Dauns. *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process.* Toronto: Butterworths, 1993. ..... 577, 591

Henderson, James [Sákéj] Youngblood. "Interpreting *Sui Generis* Treaties" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46. ... 511

Hogg, Peter W., and Bushell, Allison A. "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. 711

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1997. 646, 833

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1997, release 2). 149

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989. 218

Holmes, Heather J. "An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 71. 739

Hughes, Patricia. "New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*" (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240. 105

Jackson, Michael. *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada.* Toronto: University of Toronto Press, 1983. 190

Kelly, Katharine D. "'You must be crazy if you think you were raped': Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 *C.J.W.L.* 178. 738

Krasa, Eva M. "The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments" (1990), 38 *Can. Tax J.* 1399. 840

Krever, Richard. "The Deductibility of Fines: Considerations From Law and Policy Perspectives" (1984), 13 *Austl. Tax Rev.* 168. 835

Krishna, Vern. "Public Policy Limitations on the Deductibility of Fines and Penalties: Judicial Inertia" (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 19. 838

L'Heureux, Nicole, et Édith Fortin. *Droit bancaire*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999. 372

La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981. 149

Legal Services Society of British Columbia. *White Paper: Core Services of the Legal Services Society of British Columbia.* Vancouver: Legal Services Society of British Columbia, April 15, 1994. 171, 187

Lepofsky, M. David. "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1 19

Lluelles, Didier. *Droit des assurances — aspects contractuels*, 2e éd. Montréal: Thémis, 1986. 390

Lordon, Paul. *Crown Law.* Toronto: Butterworths, 1991. 156

Lövsund, Per, Anders Hedin and Jan Törnros. "Effects on Driving Performance of Visual Field Defects: A Driving Simulator Study", *Accid. Anal. & Prev.*, vol. 23, No. 4 (August 1991), pp. 331-42. 888

MacFarlane, R. O. "Indian Trade in Nova Scotia to 1764", in *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, held at McGill University, Montreal, May 20-22, 1934, with Historical Papers. Toronto: University of Toronto Press, 1935, 57-67. 521

Mack, Kathy. "'You should scrutinise her evidence with great care': Corroboration of women's testimony about sexual assault". In Patricia Easteal, ed., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture.* Sydney: Federation Press, 1998, 59. 615

Magnet, Joseph E. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 7th ed. Edmonton: Juriliber Limited, 1998. 149

Marchese, Claudia L. "Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child's Trauma Against the Defendant's Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*" (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 411. 579

MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada. *"We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made": A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer's Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations.* St. John, N.B., 1992. 520

PAGE

McKenna, Ian B. "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153 25

McLeer, Susan V., et al. "Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children", *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650-654. 592

Messing, Karen, and Joan Stevenson. "Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace" (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156 41

Messing, Karen. *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers*. Philadelphia: Temple University Press, 1998 41

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994. 776

Mohr, Renate M. "Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience". In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 157. 615

Molloy, Anne M. "Disability and the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23 19

Newfoundland. House of Assembly. *Proceedings of the Resource Legislation Review Committee*, Issue No. 8, December 14, 1989 217

Norwood, David, and John P. Weir. *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993. 387

Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989. 717

Ontario Law Reform Commission. *Report of the Ontario Law Reform Commission on Limitation of Actions*. Toronto: Department of the Attorney General, 1969. 321

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Child Witnesses*. Toronto: The Commission, 1991 579

Oxford English Dictionary, vol. 1, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "anything". 779

Paciocco, David M. "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 *Queen's L.J.* 345. 580

Paré, Michel-B., Lucie Quesnel et Germain Carrière. "Les régimes d'épargne-retraite"/[1986] 1 *C.P. du N.* 151. 364

Pentney, William. "Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96" (1996), 25 C.H.R.R. C/6 31

Phillips, Paul, and Erin Phillips. *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market*, rev. ed. Toronto: James Lorimer & Co., 1993 25

Plamondon, Luc. "Des bénéficiaires et des propriétaires subrogés en assurance sur la vie". In Meredith Memorial Lectures 1978, *The New Quebec Insurance Act*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 115. 387

Plamondon, Luc. "Life Insurance in Quebec Since 1976: Some Points of Interest". In Meredith Memorial Lectures 1978, *The New Quebec Insurance Act*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 69. 395

Plamondon, Luc. «Des bénéficiaires et des propriétaires subrogés en assurance sur la vie». Dans Conférences Memorial Meredith 1978, *The New Quebec Insurance Act*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 115. 387

Plamondon, Luc. «Life Insurance in Quebec Since 1976: Some Points of Interest». Dans Conférences Memorial Meredith 1978, *The New Quebec Insurance Act*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 69. 395

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. 1. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978. 401

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, nº 82, le 19 novembre 1974, p. 2873. 379

Québec. Ministère des Institutions financières. Compagnies et Coopératives, Service des Assurances. *Rapport Faribault*, 1957-60. ... 395

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978. ... 401

Rachels, James. "Why Privacy Is Important" (1975), 4 *Philosophy and Public Affairs* 323. ... 722

Ranouil, Véronique. *La subrogation réelle en droit civil français*. Paris: L.G.D.J., 1985. ... 370

Ray, Arthur J. "Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court", *Native Studies Review*, VI, 2 (1990), 13-29. ... 487

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1998, release 5). ... 185

Robert & Collins Super Senior. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1995, "indiqué". ... 268

Roberts, Julian V. *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation: Analyse des statistiques nationales* (Rapport nº 4). Ottawa: Ministère de la Justice, 1990. ... 578

Roberts, Julian V. *Sexual Assault Legislation in Canada, An Evaluation: An Analysis of National Statistics* (Report No. 4). Ottawa: Department of Justice, 1990. ... 578

Rotman, Leonard I. "Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149. ... 511

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994. ... 603

Ruby, Stephen S. "Recent Financing Techniques", in *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference*. Toronto: The Foundation, 1990. ... 652

Saywitz, Karen. "Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application", in Josephine Bulkley and Claire Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*. Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994, 15. ... 578

Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741. ... 615

Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 8th ed. London: Butterworths, 1996. ... 782

Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990. ... 578

Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*. Ottawa: Centre de la recherche historique, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981. ... 521

Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*. Ottawa: Research Branch, Indian and Northern Affairs Canada, 1981. ... 521

Terré, François, et Philippe Simler. *Droit civil — Les biens*, 5e éd. Paris: Dalloz, 1998. ... 370

Thompson, D. A. Rollie. "Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings – Part I" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 11 ... 84

Thomson, George M. "Judging Judiciously in Child Protection Cases". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 213. ... 104

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995. ... 442

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995. ... 471

Upton, Leslie F. S. *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1979. ... 520

Versailles, Maurice. *Report on the Codification of Quebec Life Insurance Law*. Montreal, 1936. ... 394

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993. ... 471

PAGE

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999 440

Walton, Frederick Parker. *Le domaine de l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Traduit par Maurice Tancelin. Toronto: Butterworths, 1980 398

Walton, Frederick Parker. *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, 1980 398

Watkin, Kenneth. "The Justification of Discrimination Under Canadian Human Rights Legislation and the *Charter*: Why So Many Tests?" (1993), 2 *N.J.C.L.* 63 20

Western Australia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses*. Perth: The Commission, 1990 579

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961 723

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5, 3rd ed. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974 585

Williams, Glanville L. "Blackmail" [1954] *Crim. L.R.* 79 781

Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 12, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Rochester: Baker, Voorhis & Co., 1970 441

Winder, W. H. D. "The Development of Blackmail" (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21 781

Yalden, Maxwell F. "The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283 31

Glenn Norman Davis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DAVIS

File No.: 26441.

1999: February 26; 1999: November 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,* McLachlin, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Criminal law — Extortion — Extortion of sexual favours — Complainants persuaded to pose nude or semi-nude for accused who misrepresented himself as having connections with modelling agencies — Extortion of sexual favours by threatened exposure of compromising photographs — Whether extortion offence in Criminal Code includes extortion of sexual favours — Scope of word "anything" in extortion provision of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305(1).

Appeals — Supreme Court of Canada — Appeals as of right — Kienapple principle — Accused obtaining sexual favours from complainant by threatened exposure of compromising photographs — Supreme Court upholding both extortion and sexual assault convictions — Kienapple issue not raised in dissenting judgment in Court of Appeal — Whether Supreme Court has jurisdiction to address Kienapple issue — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 691(1)(a).

Criminal law — Kienapple principle — Extortion — Sexual assaults — Accused obtaining sexual favours from complainant by threatened exposure of compromising photographs — Whether principle against multiple convictions arising from same delict precluded convictions for both extortion and sexual assault.

*Cory J. took no part in the judgment.

Glenn Norman Davis *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* DAVIS

N° du greffe: 26441.

1999: 26 février; 1999: 25 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory*, McLachlin, Major et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Extorsion — Extorsion de faveurs sexuelles — Plaignantes amenées à poser totalement ou partiellement nues pour l'accusé qui se faisait passer pour un photographe ayant des relations avec des agences de mannequins — Extorsion de faveurs sexuelles sous la menace de dévoiler des photographies compromettantes — L'infraction d'extorsion prévue par le Code criminel comprend-elle l'extorsion de faveurs sexuelles? — Étendue de l'expression «quelque chose» dans la disposition relative à l'extorsion du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 305(1).

Appels — Cour suprême du Canada — Appels de plein droit — Principe énoncé dans l'arrêt Kienapple — Accusé ayant obtenu des faveurs sexuelles de la plaignante en la menaçant de dévoiler des photographies compromettantes — Maintien par la Cour suprême de la déclaration de culpabilité relativement à l'extorsion et à l'agression sexuelle — Arrêt Kienapple non soulevé dans le jugement dissident en Cour d'appel — La Cour suprême a-t-elle compétence pour examiner l'application de l'arrêt Kienapple? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 691(1)a).

Droit criminel — Principe énoncé dans l'arrêt Kienapple — Extorsion — Agressions sexuelles — Accusé ayant obtenu des faveurs sexuelles de la plaignante en la menaçant de dévoiler des photographies compromettantes — Le principe interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit empêche-t-il qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée à la fois pour extorsion et pour agression sexuelle?

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

Criminal law — Sexual assaults — Defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial judge failed to consider defence of honest but mistaken belief in consent — If so, whether there was air of reality to defence.

Criminal law — Sexual assaults — Reasonable doubt — Whether trial judge erred in applying principle of reasonable doubt — Whether trial judge's comment that he was "not convinced" that complainants consented to sexual activity reversed burden of proof.

Between 1984 and 1991, the accused, holding himself out as a photographer with connections to a modelling agency, invited the complainants, who ranged in age from 15 to 20, to pose for a portfolio of photographs with a view to initiating a modelling career. He persuaded all of them to pose nude or semi-nude, and some of them were photographed in bondage. The accused allegedly sexually assaulted the complainants D., K., S. and R. while they were posing in various stages of undress or were tied up and completely vulnerable. In the cases of B. and D., it was alleged that the accused threatened to send revealing photographs to either their parents or to a pornographic magazine if they did not agree to perform sexual favours for him. While D. ignored the accused's threats, B. acceded to them and performed sexual favours over the course of a two- to three-month period in exchange for the negatives. In her testimony, B. indicated that during that period there were at least two incidents in which the accused persisted in sexual activity after she had communicated her lack of consent. The accused testified that any sexual activity between B. and himself was consensual and that the photography sessions began after they had already been involved in a sexual relationship. He thus had no reason to threaten to expose the complainant, and never did so. In the case of D., the accused admitted taking her photos, but denied that any semi-nude photos were taken or that any sexual impropriety had occurred. He also denied trying to extort sexual favours from her, as there were no photographs with which to threaten her. With respect to K., S. and R., the accused claimed that any sexual contact was consensual. The trial judge convicted the accused of two counts of extortion against B. and D. and of five counts of sexual assault against the five complainants. On appeal, the majority of the Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal should be dismissed.

Droit criminel — Agressions sexuelles — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge du procès a-t-il omis d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Dans l'affirmative, la défense était-elle vraisemblable?

Droit criminel — Agressions sexuelles — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant le principe du doute raisonnable? — Le commentaire du juge du procès selon lequel il «n'était pas convaincu» que les plaignantes aient consenti à l'activité sexuelle a-t-il eu pour effet d'inverser le fardeau de la preuve?

De 1984 à 1991, l'accusé, qui se présentait comme un photographe ayant des relations avec une agence de mannequins, a invité les plaignantes, dont l'âge variait de 15 à 20 ans, à poser pour lui afin de se constituer un portfolio destiné à leur ouvrir une carrière de mannequin. Ils les a toutes persuadées à poser totalement ou partiellement nues, et certaines ont été photographiées dans des scènes d'asservissement. L'accusé aurait agressé sexuellement les plaignantes D., K., S. et R. alors qu'elles posaient plus ou moins dévêtues ou qu'elles étaient ligotées et complètement vulnérables. Dans les cas de B. et de D., l'accusé aurait menacé de faire parvenir des photographies révélatrices soit à leurs parents, soit à un magazine pornographique, si elles ne consentaient pas à lui accorder des faveurs sexuelles. D. n'a pas cédé aux menaces de l'accusé, mais B. a obtempéré et lui a accordé des faveurs sexuelles pendant une période de deux à trois mois en échange des négatifs. Selon le témoignage de B., au cours de cette période, à deux reprises au moins, l'accusé a continué l'activité sexuelle après qu'elle lui eut communiqué son absence de consentement. D'après le témoignage de l'accusé, toute activité sexuelle entre B. et lui était consensuelle et les séances de photographie n'ont commencé qu'après le début de leur liaison. Il n'avait donc aucun motif de menacer de dénoncer la plaignante et il ne l'a jamais fait. Dans le cas de D., l'accusé a admis avoir pris des photographies mais il a nié qu'elle ait été photographiée à moitié nue ou que toute inconvenance sexuelle ait eu lieu. Il a aussi nié avoir tenté de lui extorquer des faveurs sexuelles puisqu'il ne disposait d'aucune photographie lui permettant de la menacer. En ce qui concerne K., S. et R., l'accusé a prétendu que tout contact sexuel était consensuel. Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable de deux chefs d'extorsion contre B. et D. et de cinq chefs d'agression sexuelle contre les cinq plaignantes. En appel, la majorité de la Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

It is a crime to extort sexual favours. Although the extortion provision is located in the Part of the *Criminal Code* entitled "Offences Against Rights of Property", the word "anything" in the provision is not limited to things of a proprietary or pecuniary nature. Headings will never be determinative of legislative intention, but are merely one factor to be taken into account. In this case, the extortion provision's location in the *Criminal Code* is outweighed by competing considerations in determining the scope of "anything". First, the ordinary meaning of "anything" in its immediate context is clear and supports a broad interpretation, which would include sexual favours. Second, an interpretation of "anything" that includes sexual favours is suggested by the purpose and nature of the offence of extortion. That purpose, which can be directly inferred from the wording of the provision, is that extortion criminalizes intimidation and interference with freedom of choice. Given this objective, it would be unreasonable to criminalize extortion of money or property, but not extortion of sexual favours. Third, Parliament could have easily limited the scope of the word "anything" to things of a proprietary or pecuniary nature. Finally, a number of Canadian courts have found that "anything" includes sexual favours.

C'est un crime d'extorquer des faveurs sexuelles. Bien que la disposition relative à l'extorsion se trouve dans la partie du *Code criminel* intitulée «Infractions contre les droits de propriété», l'expression «quelque chose», qui y figure, n'est pas limitée aux choses telles que des biens ou de l'argent. Les rubriques ne sont jamais décisives quant à l'intention du législateur, elles constituent uniquement un facteur qu'il faut prendre en considération. En l'espèce, des considérations concurrentes l'emportent sur l'emplacement de la disposition relative à l'extorsion dans le *Code criminel* lorsqu'il s'agit de déterminer la portée de l'expression «quelque chose». Premièrement, le sens ordinaire de l'expression «quelque chose», placée dans son contexte immédiat, est clair et appuie une interprétation large, qui devrait comprendre les faveurs sexuelles. Deuxièmement, une interprétation de l'expression «quelque chose» qui comprend des faveurs sexuelles est suggérée par l'objet et la nature de l'infraction d'extorsion. Cet objet, qui peut être déduit directement du libellé de la disposition, est que l'extorsion criminalise l'intimidation et l'atteinte à la liberté de choix. Compte tenu de cet objectif, il serait déraisonnable de criminaliser l'extorsion d'argent ou de biens, mais non l'extorsion de faveurs sexuelles. Troisièmement, le législateur fédéral aurait pu facilement restreindre la portée de l'expression «quelque chose» aux choses telles que de l'argent ou des biens. Enfin, un certain nombre de tribunaux canadiens ont statué que l'expression «quelque chose» comprend les faveurs sexuelles.

It is unnecessary in this case to decide whether there is consent to sexual activity if it is obtained by threatened exposure of nude photographs. The accused's conviction of sexually assaulting B. may be affirmed on the basis of an independent sexual assault, wholly apart from his extortionate conduct. B. testified that, during the two- to three-month period in which she went to the accused's apartment and had sexual intercourse with him in exchange for the negatives, there were at least two incidents in which the accused persisted in sexual activity after she had unambiguously communicated her lack of consent. The trial judge found B. to be a credible witness and this Court is satisfied that the events unfolded as the complainant described them. This evidence supports a conviction of sexual assault.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de savoir s'il y a consentement à une activité sexuelle si celui-ci est obtenu sous la menace de dévoiler des photographies de nus. La déclaration de culpabilité de l'accusé pour agression sexuelle contre B. peut être confirmée en se fondant sur une agression sexuelle indépendante, totalement séparée de l'extorsion. B. a témoigné que pendant la période de deux à trois mois pendant laquelle elle s'est rendue à l'appartement de l'accusé et a eu des relations sexuelles avec lui en échange des négatifs, il y a eu au moins deux incidents au cours desquels l'accusé a continué l'activité sexuelle après qu'elle lui eut communiqué son absence de consentement. Le juge du procès a estimé que B. était un témoin digne de foi et notre Cour est convaincue que les événements se sont déroulés de la manière décrite par la plaignante. La preuve justifie une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle.

Even though this is an appeal as of right pursuant to s. 691(1)(*a*) of the *Criminal Code* and the dissenting judge in the Court of Appeal dissented only on the extortion and sexual assault convictions in relation to

Même s'il s'agit d'un appel de plein droit formé sous le régime de l'al. 691(1)*a*) du *Code criminel* et que le juge dissident de la Cour d'appel n'a exprimé sa dissidence qu'à l'égard des déclarations de culpabilité pour

B., the Court has jurisdiction to address the application of *Kienapple* in the case of B. The Court's jurisdiction over both the extortion and sexual assault convictions must, of necessity, include the jurisdiction to make whatever order that is required to dispose of these grounds of appeal. The Court cannot make an order that would violate established principles or rules of law. In the case of B., there is a possibility that in affirming the convictions without considering the potential application of *Kienapple* the Court might be convicting the accused of multiple offences arising from the same delict. Such a disposition would be illegal, as it would contravene an established legal principle. Here, there is not a sufficient factual nexus between the extortion and sexual assault convictions to trigger the application of *Kienapple* in the case of B. The convictions arise out of different factual transactions. Any one of the occasions over the two- to three-month period in which the accused engaged in sexual activity with B. is sufficient to ground the extortion conviction. By contrast, the sexual assault conviction arises from one or two specific occasions in which B. explicitly communicated her lack of consent to sexual contact.

In the case of K., assuming, without deciding, that the trial judge failed to consider the defence of honest but mistaken belief in consent, a review of the evidence leads to the conclusion that there was no air of reality to the defence. Even if the testimony of the accused is completely accepted, it discloses that, at a minimum, he was wilfully blind as to whether K. consented to the fondling of her breasts and vagina. There is no suggestion by the accused that K. posed nude for any reason other than to further her modelling career. Nor was there any evidence that she invited him to touch her prior to his fondling of her breasts and vagina.

The trial judge did not err in his application of the principle of reasonable doubt. He clearly directed himself properly and his judgment reveals a thorough review of the evidence. In the cases of S. and R., the trial judge's remarks that he was "not convinced" that the complainants consented to the sexual activity in question suggest, when read out of context, that he may have reversed the burden of proof. These remarks,

extorsion et agression sexuelle prononcées relativement à B., notre Cour est compétente pour examiner l'application de l'arrêt *Kienapple* dans le cas de B. La compétence de la Cour sur les déclarations de culpabilité prononcées relativement à l'extorsion et à l'agression sexuelle doit, par la force des choses, inclure celle de rendre toute ordonnance requise pour trancher ces moyens d'appel. La Cour ne peut pas rendre une ordonnance qui contreviendrait aux principes établis ni aux règles de droit. Dans le cas de B., il se pourrait qu'en confirmant les déclarations de culpabilité sans examiner l'application possible de l'arrêt *Kienapple*, la Cour déclare l'accusé coupable d'infractions multiples relativement au même délit. Une telle décision serait illégale car elle contreviendrait à un principe juridique établi. En l'espèce, il n'existe pas entre les déclarations de culpabilité pour extorsion et pour agression sexuelle un lien factuel suffisant pour entraîner l'application de l'arrêt *Kienapple* dans le cas de B. Les déclarations de culpabilité ont été prononcées par suite d'opérations factuelles différentes. Chacun des incidents qui se sont produits au cours de la période de deux à trois mois pendant laquelle l'accusé a eu une activité sexuelle avec B. est suffisant pour justifier la déclaration de culpabilité pour extorsion. Par contre, la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle résulte d'une ou de deux occasions précises où B. a communiqué explicitement son absence de consentement au contact sexuel.

En ce qui concerne K., si l'on suppose, sans en décider, que le juge du procès n'a pas examiné la défense de croyance sincère mais erronée, un examen de la preuve mène à la conclusion que la défense n'était pas vraisemblable. Même si le témoignage de l'accusé était retenu entièrement, il révèle que celui-ci a à tout le moins fait preuve d'aveuglement volontaire quant à savoir si K. avait consenti à ce qu'il lui caresse les seins et le vagin. L'accusé n'a pas indiqué que K. avait posé nue pour une autre raison que pour lancer sa carrière de mannequin. Rien dans la preuve n'indiquait non plus qu'elle l'avait invité à la toucher avant qu'il ne lui caresse les seins et le vagin.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans l'application du principe du doute raisonnable. À l'évidence, il a examiné correctement le principe à appliquer et son jugement révèle qu'il a analysé la preuve en profondeur. Dans les cas de S. et de R., les remarques faites par le juge du procès selon lesquelles il «n'était pas convaincu» que les plaignantes aient consenti à l'activité sexuelle en question donnent à penser, lorsqu'elles sont interprétées hors contexte, que le juge du procès peut avoir inversé le fardeau de la preuve. Toutefois, examinées dans le contexte du jugement dans son ensemble,

however, when viewed in the context of the entire judgment, were effectively neutralized by other passages.

Cases Cited

Applied: *R. v. Bird* (1969), 9 C.R.N.S. 1; **considered:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; **referred to:** *R. v. Coughlan* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326; *R. v. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439; *R. v. Guerrero* (1988), 64 C.R. (3d) 65; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621; *R. v. Natarelli*, [1967] S.C.R. 539; *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167; *R. v. D.K.P. (No. 1)* (1991), 11 W.A.C. 302; *R. v. Bloch-Hansen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 143; *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, ss. 450, 451, 452, 453, 454.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 155, 246.1(1)(*a*) [ad. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 305(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(3)(*b*), 271(1)(*a*), 273.2 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 346(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 46], 691(1)(*a*) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 291.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 402, 403, 404, 405, 406.
Theft Act 1968 (U.K.), 1968, c. 60, ss. 21, 34.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

ces remarques étaient effectivement neutralisées par d'autres passages.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Bird* (1969), 9 C.R.N.S. 1; **arrêt examiné:** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; **arrêts mentionnés:** *R. c. Coughlan* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326; *R. c. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439; *R. c. Guerrero* (1988), 64 C.R. (3d) 65; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621; *R. c. Natarelli*, [1967] R.C.S. 539; *Attorney-General of Canada c. Jackson*, [1946] R.C.S. 489; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167; *R. c. D.K.P. (No. 1)* (1991), 11 W.A.C. 302; *R. c. Bloch-Hansen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 143; *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(3)*b*), 271(1)*a*), 273.2 [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 346(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 46], 691(1)*a*) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., nº 9)].
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 291.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 402, 403, 404, 405, 406.
Code criminel, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 450, 451, 452, 453, 454.
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 155, 246.1(1)*a*) [aj. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 305(1).
Theft Act 1968 (R.-U.), 1968, ch. 60, art. 21, 34.

Doctrine citée

Dictionnaire encyclopédique Quillet. Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975, «chose», «quelque chose».
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Oxford English Dictionary, vol. 1, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "anything".
Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 8th ed. London: Butterworths, 1996.
Williams, Glanville L. "Blackmail", [1954] *Crim. L. Rev.* 79.
Winder, W. H. D. "The Development of Blackmail" (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 273, [1998] N.J. No. 16 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of five counts of sexual assault, one count of extortion and one count of attempted extortion by Easton J., [1993] N.J. No. 143 (QL) (S.C.). Appeal dismissed.

Robin Reid, for the appellant.

Wayne Gorman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right of the appellant's convictions of five counts of sexual assault and two counts of extortion involving five complainants. The appellant challenged his convictions on a number of grounds. The main issue to be decided in this appeal is whether the scope of the offence of extortion as set out in the *Criminal Code* includes the extortion of sexual favours.

I. Factual Background

2 The appellant was charged with a total of 10 counts involving seven complainants: four counts of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 271(1)(*a*)), on complainants C.B., P.V.B., T.R., and C.D.; two counts of extortion contrary to s. 305(1) (now s. 346(1)) involving complainants P.V.B. and C.D.; one count of buggery contrary to s. 155 (now s. 159) involving complainant T.R.; and three counts of sexual assault contrary to

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 8th ed. London: Butterworths, 1996.
Williams, Glanville L. «Blackmail», [1954] *Crim. L. Rev.* 79.
Winder, W. H. D. «The Development of Blackmail» (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 273, [1998] N.J. No. 16 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui par le juge Easton, [1993] N.J. No. 143 (QL) (C.S.), relativement à cinq chefs d'agression sexuelle, un chef d'extorsion et un chef de tentative d'extorsion. Pourvoi rejeté.

Robin Reid, pour l'appelant.

Wayne Gorman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Il s'agit d'un appel de plein droit des déclarations de culpabilité prononcées contre l'appelant relativement à cinq chefs d'agression sexuelle et à deux chefs d'extorsion concernant cinq plaignantes. L'appelant a contesté les déclarations de culpabilité en invoquant plusieurs moyens d'appel. La principale question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si l'infraction d'extorsion, telle qu'elle est définie dans le *Code criminel*, comprend l'extorsion de faveurs sexuelles.

I. Les faits

L'appelant a été inculpé sous 10 chefs d'accusation concernant sept plaignantes: quatre chefs d'agression sexuelle en contravention de l'al. 246.1(1)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 271(1)*a*)) en ce qui concerne les plaignantes C.B., P.V.B., T.R. et C.D.; deux chefs d'extorsion en contravention du par. 305(1) (maintenant le par. 346(1)) en ce qui concerne P.V.B. et C.D.; un chef de sodomie en contravention de l'art. 155 (maintenant l'art. 159)

s. 271(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, on complainants E.V.K., D.A.S., and J.C.H. The events which are the subject of the charges occurred on various dates between 1984 and 1991. The facts in this case are quite intricate and were set out in considerable detail in the trial judgment. A brief overview is provided below. I will discuss the facts in greater detail in my review of the trial judgment.

en ce qui concerne T.R.; et trois chefs d'agression sexuelle en contravention de l'al. 271(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en ce qui concerne les plaignantes E.V.K., D.A.S. et J.C.H. Les événements visés par les accusations se sont produits à diverses dates entre 1984 et 1991. Les faits de la présente espèce sont assez complexes et ils ont été exposés de façon très détaillée dans le jugement de première instance. Ils font l'objet d'une présentation sommaire ci-dessous. J'examinerai les faits plus en détail au moment d'aborder le jugement de première instance.

In every case the appellant held himself out as a photographer with connections to a modelling agency. In actual fact he had no such connections. Under this guise, he would interest the complainants, who ranged in age from 15 to 20, in the idea of having a portfolio of photographs taken with a view to initiating a modelling career. He persuaded all of the complainants to pose nude or semi-nude, and four of the complainants were photographed in bondage. In all but one of the cases he allegedly sexually assaulted the complainants while they were posing in various stages of undress. Some of them were assaulted when they were tied up and completely vulnerable. In the cases of P.V.B. and C.D., it was alleged that the appellant threatened either to send some of the more revealing photographs to their parents or to a pornographic magazine if they did not agree to perform sexual favours for him. While C.D. ignored the appellant's threats, P.V.B. acceded to them and performed sexual favours over the course of a two- to three-month period in exchange for the negatives of the impugned photographs. 3

Dans chaque cas, l'appelant s'est fait passer pour un photographe ayant des relations avec une agence de mannequins. En réalité, il n'avait pas de relations de cette sorte. Il se servait de ce stratagème pour intéresser les plaignantes, âgées de 15 à 20 ans, à l'idée de se faire photographier pour se constituer un portfolio destiné à leur ouvrir une carrière de mannequin. Il a persuadé toutes les plaignantes de poser totalement ou partiellement nues, et quatre des plaignantes ont été photographiées dans des scènes d'asservissement. Sauf dans un cas, il aurait agressé sexuellement les plaignantes pendant qu'elles posaient plus ou moins dévêtues. Certaines ont été agressées alors qu'elles étaient ligotées et complètement vulnérables. Dans le cas de P.V.B. et de C.D., l'appelant les aurait menacées de faire parvenir certaines des photographies les plus révélatrices à leurs parents ou à un magazine pornographique si elles ne consentaient pas à lui accorder des faveurs sexuelles. C.D. n'a pas cédé aux menaces de l'appelant, mais P.V.B. a obtempéré et lui a accordé des faveurs sexuelles pendant une période de deux à trois mois en échange des négatifs des photographies visées.

The appellant was convicted of sexual assault on E.V.K., D.A.S., T.R. and of extortion and sexual assault in the cases of P.V.B. and C.D. He was acquitted of the charges of sexual assault relating to C.B. and J.C.H., and of the charge of buggery involving T.R. He was sentenced to a total of nine years imprisonment. This was later reduced to seven years by the Newfoundland Court of Appeal. 4

L'appelant a été reconnu coupable d'agression sexuelle contre E.V.K., D.A.S. et T.R., et d'extorsion et d'agression sexuelle en ce qui concerne P.V.B. et C.D. Il a été acquitté des accusations d'agression sexuelle contre C.B. et J.C.H., et de l'accusation de sodomie concernant T.R. Il a été condamné à une peine totale de neuf ans d'emprisonnement. Cette peine a par la suite été réduite à sept ans par la Cour d'appel de Terre-Neuve.

5 The majority of the Court of Appeal dismissed the appellant's appeals against the convictions. O'Neill J.A., dissenting, would have allowed the appeals and ordered a new trial on the counts of sexual assault involving E.V.K., D.A.S., T.R. and C.D. He would have acquitted the appellant on the count of sexual assault involving P.V.B. and on the counts of extortion involving P.V.B. and C.D.

II. Relevant Statutory Provisions

6 The relevant section of the *Criminal Code* at the time of the events was as follows:

305. (1) Every one who, without reasonable justification or excuse and with intent to extort or gain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division*, [1993] N.J. No. 143 (QL)

7 Easton J. addressed two issues at trial that are not before this Court on appeal. The first was whether the Crown fulfilled its obligation of timely disclosure in respect of its intention to call expert evidence regarding post traumatic stress syndrome in sexual assault cases, as well as expert toxicological evidence. The second was whether similar fact evidence should have been introduced at trial. He found that the Crown made adequate disclosure. He would also have admitted similar fact evidence, but limited its use to the *modus operandi* used by the appellant and as a tool in the assessment of the credibility of all witnesses.

8 After cautioning himself as to the proper application of the presumption of innocence in a case with a large number of complainants and a total of 10 charges, he then turned to an assessment of the evidence presented by each complainant and the appellant on each count. I will not review the evi-

La Cour d'appel a rejeté à la majorité les appels formés par l'appelant contre les déclarations de culpabilité. Le juge O'Neill, dissident, aurait accueilli les appels et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement aux chefs d'agression sexuelle contre E.V.K., D.A.S., T.R. et C.D. Il aurait acquitté l'appelant sous le chef d'agression sexuelle contre P.V.B. et sous les chefs d'extorsion concernant P.V.B. et C.D.

II. Dispositions législatives pertinentes

La disposition pertinente du *Code criminel*, au moment des événements, était ainsi libellée:

305. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d'induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose.

III. L'historique judiciaire

A. *Cour suprême de Terre-Neuve, Division de première instance*, [1993] N.J. No. 143 (QL)

En première instance, le juge Easton a examiné deux questions dont notre Cour n'est pas saisie. La première était de savoir si le ministère public s'était acquitté de son obligation de divulguer en temps utile son intention de présenter des témoignages d'expert sur le syndrome de stress post-traumatique dans les affaires d'agression sexuelle ainsi que sur la toxicologie. La deuxième portait sur la question de savoir si une preuve de faits similaires aurait dû être présentée au procès. Il a conclu que le ministère public avait fait une divulgation adéquate. Il aurait aussi admis la preuve de faits similaires, mais en limitant son utilisation au *modus operandi* de l'appelant et à l'appréciation de la crédibilité de tous les témoins.

Après s'être penché sur l'application de la présomption d'innocence dans une affaire où le nombre des plaignantes était élevé et où 10 chefs d'accusation avaient été portés, il a entrepris l'appréciation de la preuve présentée par chaque plaignante et par l'appelant à l'égard de chaque

dence pertaining to the complainant C.B. The appellant was acquitted of sexually assaulting her and his acquittal is not in issue in this appeal.

(1) P.V.B.

P.V.B., who was 15-16 years old at the time of the events in question, came to know the appellant through the motorcycle federation of which he was the chairman. The complainant went to the appellant's residence in the early spring of 1985 for several photo sessions. After some coaxing, nude photographs were taken. She testified that she kept asking the appellant about the photographs but he refused to show them to her. She finally refused to pose for any more photographs and insisted that he give her the negatives. The appellant told her that if she wanted the negatives she would have to perform sexual favours for him, and if she refused, he would send the photographs to her mother.

The complainant explained that because of her fear that she would be, in her words, "exposed", she agreed to his terms. Her evidence was that for the next two to three months she would regularly go to the appellant's apartment to have sexual intercourse with him. During these visits she was subjected to bondage and whipping, and had vibrators and dildos inserted in her vagina. At the end of each session, she received a strip of negatives. She collected them all and burned them. A friend of P.V.B.'s and her boyfriend of the time confirmed that they were aware of the "arrangement" she had with the appellant, and the friend saw P.V.B. destroy some of the negatives.

The appellant's claim was that any sexual activity between the complainant and himself was consensual and that the photography sessions only began after they had been involved in a sexual relationship for some time. As a result, he would have had no reason to threaten to expose the complainant, and he never did so.

chef. Je n'examinerai pas la preuve relative à la plaignante C.B. L'appelant a été acquitté de l'accusation de l'avoir agressée sexuellement et son acquittement n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

(1) P.V.B.

P.V.B., qui avait 15 ou 16 ans au moment des événements en cause, a fait la connaissance de l'appelant par l'intermédiaire de la fédération de motocyclistes dont il était président. La plaignante s'est rendue à la résidence de l'appelant au début du printemps 1985 pour plusieurs séances de photographie. Cédant finalement aux sollicitations, elle s'est fait photographier nue. Elle a témoigné qu'elle s'enquérait constamment des photographies auprès de l'appelant, mais que celui-ci refusait de les lui montrer. Elle a finalement refusé de poser pour d'autres photographies et a insisté pour qu'il lui remette les négatifs. L'appelant lui a dit que si elle voulait les négatifs, il faudrait qu'elle lui accorde des faveurs sexuelles et que si elle refusait, il ferait parvenir les photographies à sa mère. 9

La plaignante a expliqué que par crainte d'être [TRADUCTION] «dénoncée», elle a accepté ses conditions. Selon son témoignage, au cours des deux ou trois mois suivants, elle s'est rendue régulièrement à l'appartement de l'appelant pour y avoir des relations sexuelles avec lui. Au cours de ces visites, elle était fouettée et obligée de se prêter à des scènes d'asservissement, et elle devait subir l'introduction de vibrateurs et de godemichés dans le vagin. À la fin de chaque séance, elle recevait une bande de négatifs. Elle les a tous recueillis et les a brûlés. Une amie de P.V.B. et son ami de l'époque ont confirmé avoir été au courant de l'«arrangement» qu'elle avait pris avec l'appelant, et l'amie a vu P.V.B. détruire certains des négatifs. 10

L'appelant prétend que toute activité sexuelle entre la plaignante et lui était consensuelle et que les séances de photographie n'ont commencé que quelque temps après le début de leur liaison. Par conséquent, il n'aurait eu aucun motif de menacer de dénoncer la plaignante, et ce qu'il n'aurait jamais fait. 11

12 Easton J. accepted P.V.B.'s evidence, and convicted the appellant of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(*a*), and extortion contrary to s. 305(1).

(2) C.D.

13 C.D. met the appellant at a local mall during the summer of 1984. She was 19 years old at the time. Photographs were eventually taken at C.D.'s parents' home. A second session was later arranged in the basement of her apartment building. A friend of hers was present at this second photo session. At one point during the shoot, she asked her friend to go and check on her daughter who was upstairs with a third person. While her friend was away, the appellant asked her to take off her clothes. She refused, and he became angry and said that she was wasting his time. After some persuasion, she took off her top. He then grabbed her breasts with his hands, squeezed them, and made lewd comments. The complainant testified that she was shocked and did not know what to do. The appellant then slid his hand inside her bikini bottom and onto her vagina. C.D. claimed she became very upset and got up just as her friend returned from checking on her daughter. The appellant packed up his photographic equipment and left.

14 C.D. testified that he later returned to her apartment and brought the photographs with him. She told him they were disgusting. He replied that she would have to pay for them if she wanted them back. A figure was mentioned but she did not have the money. The appellant then told her that if she went to bed with him, she would not have to pay. He also threatened to publish the photographs in a pornographic magazine and to put others in her father's mailbox if she did not have sex with him although he did not, in the end, carry out his threats.

15 The appellant admitted taking photographs of the complainant, but denied that any semi-nude photos were taken or that any sexual impropriety

Le juge Easton a accepté le témoignage de P.V.B. et a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle en contravention de l'al. 246.1(1)*a*) et d'extorsion en contravention du par. 305(1).

(2) C.D.

C.D. a rencontré l'appelant dans un centre commercial de sa région au cours de l'été 1984. Elle avait alors 19 ans. Des photographies ont été prises au domicile de ses parents en fin de compte. Une deuxième séance a par la suite été prévue dans le sous-sol de son immeuble d'habitation. Une amie de C.D. a assisté à cette deuxième séance de photographie. À un moment donné, C.D. a demandé à son amie d'aller voir sa fille qui se trouvait à l'étage supérieur avec une troisième personne. Pendant l'absence de son amie, l'appelant a demandé à C.D. de se déshabiller. Comme elle refusait, il s'est fâché et lui a dit qu'elle lui faisait perdre son temps. Après quelques efforts de persuasion, elle a retiré le haut. Il lui a alors pris les seins, les serrant dans ses mains et il a fait des commentaires obscènes. La plaignante a déclaré qu'elle était bouleversée, ne sachant que faire. L'appelant a alors glissé la main dans sa culotte et dans son vagin. C.D. a dit qu'elle s'est fâchée et qu'elle s'est levée au moment même où son amie revenait après s'être assurée que sa fille allait bien. L'appelant a rangé son matériel photographique et est parti.

C.D. a témoigné qu'il est revenu plus tard à son appartement avec les photographies. Elle lui a dit qu'elles étaient dégoûtantes. Il lui a répondu qu'il faudrait les payer si elle voulait les ravoir. Il a avancé un chiffre, mais elle n'avait pas l'argent nécessaire. L'appelant lui a alors dit que si elle couchait avec lui, elle n'aurait pas à les payer. Il l'a aussi menacée de publier les photographies dans un magazine pornographique et d'en déposer d'autres dans la boîte aux lettres de son père si elle refusait d'avoir des relations sexuelles avec lui, bien qu'en définitive, il n'ait pas mis ses menaces à exécution.

L'appelant a admis avoir pris des photographies de la plaignante, mais il a nié qu'elle ait été photographiée partiellement nue ou que toute inconve-

had occurred. He also denied trying to extort sexual favours from her, as there were no photographs with which to threaten her.

Easton J. accepted the complainant's evidence and convicted the appellant of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(*a*) and of extortion contrary to s. 305(1).

(3) E.V.K.

E.V.K., who was approximately 20 years old at the time of the alleged assault, met the appellant near the Fraser Mall in August 1990. The appellant approached her and asked if she would consider modelling. She expressed interest, and later attended his apartment on several occasions for photo sessions. At her last photo session, the appellant convinced her to pose nude and tied her wrists with ropes to hooks in an archway in his apartment. While she was tied up, he came up behind her, touched her breasts, and fondled and inserted a finger in her vagina. She asked him: "[D]o you have to do that?" and he said: "No." He then untied her, brought over a chair, and proceeded to tie her to the chair. He again fondled her breasts and vagina. According to her evidence she saw his reflection in the glass of the stereo and watched him undo his pants. She asked him to untie her. He did, but not before touching her vagina with his penis.

The accused confirmed the two incidents in his testimony but claimed they were consensual. Easton J. disagreed, and convicted him of sexual assault contrary to s. 271(1)(*a*).

(4) T.R.

T.R., who was 19 years old at the time of the assault, was approached by the appellant in the spring of 1986. She posed for semi-nude photographs at his apartment. A couple of weeks later,

nance sexuelle ait eu lieu. Il a aussi nié avoir tenté de lui extorquer des faveurs sexuelles puisqu'il ne disposait d'aucune photographie lui permettant de la menacer.

16 Le juge Easton a accepté le témoignage de la plaignante et a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle en contravention de l'al. 246.1(1)*a*) et d'extorsion en contravention du par. 305(1).

(3) E.V.K.

17 E.V.K., qui était âgée d'environ 20 ans au moment de l'agression sexuelle reprochée, a rencontré l'appelant près du centre commercial Fraser en août 1990. L'appelant l'a abordée en lui demandant si elle envisageait une carrière de mannequin. Elle a manifesté de l'intérêt, et s'est rendue par la suite à plusieurs reprises à son appartement pour des séances de photographie. À sa dernière séance, l'appelant l'a convaincue de poser nue et il lui a attaché les poignets avec de la corde à des crochets fixés dans une porte d'arche de son appartement. Une fois la plaignante attachée, il s'est approché d'elle par derrière, lui a touché les seins, lui a caressé le vagin et y a inséré un doigt. Elle lui a demandé [TRADUCTION] «[E]s-tu obligé de faire ça?» et il a répondu [TRADUCTION] «Non.» Il l'a alors détachée, est allé chercher une chaise et l'a attachée à la chaise. Il lui a de nouveau caressé les seins et le vagin. D'après son témoignage, elle a vu son reflet dans la vitre du stéréo et l'a regardé détacher son pantalon. Elle lui a demandé de la détacher, ce qu'il a fait, mais uniquement après lui avoir touché le vagin avec son pénis.

18 L'accusé a confirmé les deux incidents dans son témoignage, mais il a soutenu qu'ils étaient consensuels. Il n'a pas convaincu le juge Easton qui l'a reconnu coupable d'agression sexuelle en contravention de l'al. 271(1)*a*).

(4) T.R.

19 T.R., qui avait 19 ans au moment de l'agression sexuelle, a été approchée par l'appelant au printemps 1986. Elle a posé partiellement nue pour l'appelant à l'appartement de ce dernier. Quelques

she returned to his apartment. Photographs were taken and some wine was consumed. The appellant suggested some bondage shots, and she agreed. He tied her wrists to each side of the archway, and while he was behind her, he moved her clothes aside and had intercourse with her from behind. She said she tried to stop him when he tried to put his penis in her vagina, but he did not until he ejaculated. She was very upset and he untied her. According to her testimony, they had more wine and he assured her that nothing of that nature would ever happen again. She later posed over a blanket on a coffee table. The appellant coaxed her into being tied to the table. She was fairly drunk at the time. He took some more photographs of her, then sodomized her. Afterwards, he untied her and she gathered her belongings and left. She later came back to his apartment to see some of the photographs, but there was no sexual contact, nor were any photographs taken.

semaines plus tard, elle est revenue à l'appartement. Il y a eu prise de photographies et consommation de vin. L'appelant a suggéré de prendre en photo quelques scènes d'asservissement, ce à quoi elle a acquiescé. Il lui a attaché les poignets de chaque côté de la porte d'arche et, en se tenant derrière elle, il a écarté les vêtements qu'elle portait et a eu un rapport sexuel avec elle par derrière. Elle a déclaré avoir essayé de l'arrêter lorsqu'il a tenté d'insérer son pénis dans son vagin, mais il n'a pas cessé avant d'avoir éjaculé. Elle était très fâchée et il l'a détachée. Selon son témoignage, ils ont bu encore du vin et il l'a assurée que cela ne se reproduirait plus jamais. Plus tard, elle a posé sur une couverture placée sur une table de salon. L'appelant l'a convaincue de se laisser attacher à la table. Elle était passablement ivre à ce moment. Il a pris d'autres photographies d'elle, puis il l'a sodomisée. Il l'a ensuite détachée, puis elle a pris ses effets et est partie. Elle est revenue par la suite à son appartement pour voir quelques-unes des photographies, mais sans qu'il y ait eu de contact sexuel, ni de prise de photographies.

20 The evidence of the appellant was considerably different than that of the complainant. He testified that he had a sexual relationship with T.R. prior to the events in question. He also claimed that the two incidents T.R. complained of — intercourse and anal intercourse — did not occur on the same night. He admitted that he had intercourse with the complainant while she was tied up, but that it was wholly consensual and that they had later gone into the bedroom to continue having sex. The anal intercourse took place on another occasion. It was his evidence that T.R. had discussed the idea with him. She then performed oral sex on him until he became aroused and he reciprocated before anally penetrating her with her consent. The appellant also described another consensual sexual encounter following the alleged offences when the complainant came over to look at photographs.

Le témoignage de l'appelant était très différent de celui de la plaignante. Celui-ci a déclaré avoir eu une liaison avec T.R. avant les événements en cause. Il a aussi prétendu que les deux incidents dénoncés par T.R. — le rapport sexuel et le rapport sexuel anal — n'ont pas eu lieu le même soir. Il a admis avoir eu un rapport sexuel avec la plaignante pendant qu'elle était attachée, mais il a soutenu que cela était complètement consensuel et qu'ils s'étaient par la suite rendus dans la chambre à coucher pour continuer les rapports sexuels. Le rapport sexuel anal a eu lieu à une autre occasion. Selon son témoignage, T.R. et lui en avait parlé. Elle lui a ensuite fait des caresses bucco-génitales jusqu'à ce qu'il soit excité et il lui en a fait autant avant de la sodomiser avec son consentement. L'appelant a aussi décrit une autre relation sexuelle consensuelle postérieure aux infractions reprochées lorsque la plaignante s'est présentée chez lui pour voir les photographies.

21 Easton J. convicted the appellant of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(*a*). Although he wasn't sure whether the anal intercourse occurred

Le juge Easton a reconnu l'appelant coupable d'agression sexuelle en contravention de l'al. 246.1(1)*a*). Même s'il n'était pas certain que le

on the same night as the sexual assault, even if the complainant's evidence that it occurred on the same night was accepted, he had grave doubts about her credibility *vis-à-vis* this second episode. He found it surprising that the complainant would allow herself to be put in an even more vulnerable and compromising position following a sexual assault. Accordingly, he was not convinced that the anal sex was not consensual and he acquitted the appellant of buggery.

(5) D.A.S. and J.C.H.

The sexual assault on D.A.S. allegedly occurred on the night of August 4, 1991. D.A.S., who was 15 years old at the time, went to Davis's apartment with her friend J.C.H., who had previously posed for photographs with the appellant. After a discussion about modelling, D.A.S. signed a consent form. She was then asked to stay in the bedroom for about half an hour while photographs were taken of J.C.H. D.A.S. then remembers being photographed as she was tied to the archway, and said that the appellant tried to take the straps off her bathing suit and touched her breasts and pinched her nipples "to make them hard". D.A.S. told him to leave her alone, and he untied her. This was the only allegation of sexual assault she made. The next thing she remembered was J.C.H. phoning for a ride and leaving the appellant's apartment.

D.A.S.'s recollection of the events was sketchy, and there was a period of about one and one-half hours for which she could not account. She could not remember how she got tied up, and did not know if she consented to sexual activity with the appellant during that time frame.

J.C.H., who was 17 years old, had previously been to the appellant's apartment and posed nude for him. On August 4, while D.A.S. was in the bedroom, it was J.C.H.'s testimony that he tied her to a chair and inserted a dildo in her vagina without her consent. She said nothing because she was

rapport sexuel anal ait eu lieu le même soir que l'agression sexuelle, malgré l'acceptation du témoignage en ce sens de l'appelante, il éprouvait de sérieux doutes quant à la crédibilité de la plaignante au sujet de ce deuxième incident. Il s'est dit étonné que la plaignante accepte de se mettre dans une position encore plus vulnérable et compromettante après une agression sexuelle. N'étant pas convaincu que le rapport sexuel anal n'avait pas été consensuel, il a acquitté l'appelant de l'accusation de sodomie.

(5) D.A.S. et J.C.H.

22 L'agression sexuelle de D.A.S. aurait eu lieu le soir du 4 août 1991. Alors âgée de 15 ans, D.A.S. s'est rendue à l'appartement de Davis avec son amie J.C.H., qui avait déjà posé pour l'appelant. Après un échange sur le métier de mannequin, D.A.S. a signé une formule de consentement. L'appelant lui a alors demandé de rester dans la chambre à coucher environ une demi-heure, pendant qu'il prenait des photographies de J.C.H. D.A.S. se souvient ensuite d'avoir été photographiée pendant qu'elle était attachée à la porte d'arche, et elle dit que l'appelant a tenté de faire glisser les bretelles de son maillot, et qu'il lui a touché les seins et pincé les mamelons [TRADUCTION] «pour les faire durcir». D.A.S. lui a dit de la laisser tranquille et il l'a détachée. C'est la seule allégation d'agression sexuelle qu'elle a faite. Elle se souvient ensuite avoir vu J.C.H. téléphoner pour qu'on vienne la chercher et avoir quitté l'appartement de l'appelant.

23 Le souvenir que D.A.S. a conservé des événements est vague, et il y a une période d'environ une heure et demie qui ne lui revient pas à la mémoire. Elle ne peut se souvenir dans quelles circonstances elle a été attachée et elle ne sait pas si elle a consenti à se livrer à une activité sexuelle avec l'appelant pendant ce laps de temps.

24 J.C.H., qui avait 17 ans, s'était déjà rendue à l'appartement de l'appelant et avait posé nue pour lui. Le 4 août, pendant que D.A.S. était dans la chambre à coucher, J.C.H. témoigne qu'elle a été attachée à une chaise et qu'elle a subi contre son gré l'introduction d'un godemiché dans le vagin.

scared. She further alleged that the appellant had touched her breasts while she was tied to the archway. She also offered the following account of the sexual activities between the appellant and D.A.S.: the appellant tied D.A.S. to a chair and had J.C.H. perform oral sex on him. The appellant then inserted his penis in D.A.S., who was crying at the time, and ejaculated over her. They left shortly afterwards, after being picked up by J.C.H.'s former boyfriend. He confirmed that when he picked them up both J.C.H. and D.A.S. appeared upset, and that D.A.S. seemed to be annoyed with J.C.H.

Elle n'a rien dit parce qu'elle avait peur. Elle a en outre soutenu que l'appelant lui a touché les seins pendant qu'elle était attachée à la porte d'arche. Elle a aussi fait le récit suivant des activités sexuelles entre l'appelant et D.A.S.: l'appelant a attaché D.A.S. à une chaise et a obtenu que J.C.H. lui fasse des caresses bucco-génitales. L'appelant a ensuite pénétré D.A.S. qui pleurait, et il a éjaculé sur elle. Elles ont quitté les lieux peu après, avec l'ancien ami de J.C.H., venu les chercher. Ce dernier a confirmé qu'au moment où il les a ramenées, J.C.H. et D.A.S. semblaient toutes deux bouleversées et que D.A.S. avait l'air fâchée contre J.C.H.

25 The appellant claimed that he had slept with J.C.H. on one of her previous visits, and that any sexual activity that took place, including the incidents on the night of August 4, was purely consensual. It was his evidence that on the night in question J.C.H. was urging D.A.S. to pose for photographs, and that J.C.H. suggested D.A.S. be tied to the chair. Once tied up, J.C.H. inserted a vibrator into D.A.S. and motioned him over and gave him oral sex. He said that J.C.H. then took out the vibrator and that he had intercourse with D.A.S. while J.C.H. was urging him on. He ejaculated over D.A.S., then untied her. D.A.S. then said: "Get out, get me out of here", which the appellant said was in response to J.C.H.'s proposal of lesbian sex with her.

L'appelant prétend qu'il a couché avec J.C.H. au cours de l'une de ses visites antérieures et que toutes les activités sexuelles qui ont eu lieu, y compris les incidents survenus le soir du 4 août, étaient purement consensuelles. Selon son témoignage, le soir en question, J.C.H. a insisté pour que D.A.S. pose pour des photographies, et c'est J.C.H. qui a suggéré que D.A.S. soit attachée à la chaise. Une fois D.A.S. ligotée, J.C.H. lui a inséré un vibrateur et elle a invité l'appelant à s'approcher pour qu'elle lui fasse des caresses bucco-génitales. Il a déclaré que J.C.H. a alors retiré le vibrateur et qu'il a eu un rapport sexuel avec D.A.S. pendant que J.C.H. l'encourageait. Il a éjaculé sur D.A.S. qu'il a ensuite détachée. D.A.S aurait alors dit: [TRADUCTION] «Sors, sors-moi d'ici», en réponse, au dire de l'appelant, à la proposition de relations sexuelles lesbiennes que J.C.H. lui aurait faite.

26 A video of J.C.H. that had been seized at the appellant's residence was also shown to the court. It included a segment in which J.C.H., who was obviously a willing participant, was masturbating herself with a dildo. According to the appellant, the video had been made sometime after August 4, 1991. J.C.H. denied having any knowledge whatsoever of this video.

Une bande vidéo de J.C.H., saisie à la résidence de l'appelant, a aussi été montrée à la cour. Elle comporte une séquence dans laquelle J.C.H., manifestement une participante consentante, se masturbait avec un godemiché. Selon l'appelant, l'enregistrement a été fait peu après le 4 août 1991. J.C.H. a nié avoir connaissance de cette bande vidéo.

27 Easton J. found it extremely difficult to reconstruct the events of the night in question. D.A.S. did not remember many events and contradicted herself at times. In addition, there were numerous

Le juge Easton a conclu qu'il était extrêmement difficile de reconstituer les événements survenus ce soir-là. D.A.S. se rappelait peu de choses et elle se contredisait parfois. De plus, il y avait de nom-

discrepancies between J.C.H.'s and D.A.S.'s testimony. Nevertheless, he found at paras. 95-97:

Here, even though we have the claimed lapse of memory; which I found suspect on the part of the complainant, this is not to say that she was not sexually assaulted. For many reasons she may not have told what I believe happened that evening at that residence. While her evidence about the pinching of her breasts may or may not have been true and was the only sexual assault which she asserted had occurred, nevertheless, I am not convinced that a sexual assault did not in fact take place.

. . . In my view, here there is other evidence, including that of the accused, which proves to me beyond a reasonable doubt that the accused did, in fact, commit a sexual assault upon the complainant without her consent . . . . [T]he accused admits that he had sex with the complainant . . . . He stated that the complainant, D.A.S. was very upset. It was his evidence that D.A.S.'s arms and legs had been tied and that D.A.S. was complaining while being tied to the chair . . . . D.A.S. said: "Get out, get out". While the accused tries to divert this comment more towards J.C.H. than himself, I am not convinced that it was not equally applicable to him.

I also accept the evidence of J.C.H. that at the time the accused inserted his penis in D.A.S., she was crying. I take this as a manifestation of lack of consent.

He convicted Davis of sexually assaulting D.A.S., contrary to s. 271(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

Easton J. acquitted Davis of sexually assaulting J.C.H. The fact that she did not remember doing the video, in which she appeared to be a willing participant, along with the fact that similar memory losses were claimed by C.B. and D.A.S., who were all good friends, cast doubts on her credibility.

B. *Newfoundland Court of Appeal* (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 273

breuses divergences entre les témoignages de J.C.H. et de D.A.S. Il a toutefois conclu en ces termes, aux par. 95 à 97:

[TRADUCTION] Ici, même si nous sommes en présence d'un prétendu trou de mémoire, que j'ai trouvé suspect de la part de la plaignante, cela ne signifie pas qu'elle n'a pas été agressée sexuellement. Pour de nombreuses raisons, elle peut avoir tu ce qui, selon moi, s'est produit ce soir-là à la résidence. Même si son témoignage au sujet du pincement des seins peut être véridique ou ne pas l'être, et que cela constitue la seule agression sexuelle qui aurait eu lieu selon elle, je ne suis toutefois pas convaincu qu'il n'y a pas effectivement eu d'agression sexuelle.

. . . À mon avis, nous avons ici d'autres témoignages, y compris celui de l'accusé, qui prouvent hors de tout doute raisonnable que l'accusé a, en fait, commis une agression sexuelle contre la plaignante sans son consentement. [. . .] [L']accusé admet avoir eu un rapport sexuel avec la plaignante [. . .] Il a déclaré que la plaignante D.A.S. était très bouleversée. Selon son témoignage, les bras et les jambes de D.A.S. étaient ligotés et D.A.S. se plaignait pendant qu'elle était attachée à la chaise. [. . .] D.A.S. a dit «Sors, sors». Même si l'accusé tente de faire croire que ce commentaire était davantage dirigé vers J.C.H. que lui, je ne suis pas convaincu que cela ne lui était pas également applicable.

J'accepte aussi le témoignage de J.C.H. quand elle dit qu'au moment où l'accusé a pénétré D.A.S., celle-ci pleurait. Je considère cela comme une manifestation d'absence de consentement.

Il a déclaré Davis coupable d'avoir agressé sexuellement D.A.S. en contravention de l'al. 271(1)*a*) du *Code criminel*.

Le juge Easton a acquitté Davis de l'accusation d'agression sexuelle contre J.C.H. Le fait qu'elle ne se souvienne pas d'avoir fait la bande vidéo, dans laquelle elle semblait être une participante consentante, et le fait que des trous de mémoire semblables aient été invoqués par C.B. et par D.A.S., qui étaient de bonnes amies, jette un doute sur sa crédibilité. 28

B. *Cour d'appel de Terre-Neuve* (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 273

(1) Green J.A. for the majority (Steele J.A. concurring)

29 The appellant challenged his convictions on a number of grounds. I will deal with each ground of appeal in the order disposed of by the majority of the Court of Appeal.

30 Green J.A. first dismissed the appellant's arguments that the trial judge erred in holding that the Crown fulfilled its disclosure obligations and in admitting similar fact evidence. He then turned to consider more specific grounds of appeal relating to individual charges.

31 The appellant argued that the trial judge erred in a number of respects in convicting him of extortion in the cases of P.V.B. and C.D. His principal argument was that the word "anything" in s. 346(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly 305(1)), was limited to things of a proprietary or pecuniary nature and therefore did not include sexual favours. Green J.A. rejected this argument. Relying on the case of *R. v. Bird* (1969), 9 C.R.N.S. 1 (B.C.C.A.), he held that the scope of the word "anything" extended to intangibles and included sexual favours. Acknowledging that the trial judge did not undertake a specific analysis of the law of extortion, he nevertheless found after a review of the record that the necessary elements of the offence were established. He therefore dismissed this ground of appeal.

32 The appellant argued that the trial judge erred in convicting him of sexual assault in the case of P.V.B. Although P.V.B. chose to have sexual intercourse with him as a result of his threatened exposure of nude photographs of her, the appellant submitted that a threat of this nature did not render her choice non-consensual. He argued that s. 265(3)(*b*) (formerly s. 244(3)(*b*)), which refers to threats of force, was exhaustive of the types of threats that vitiate consent. Green J.A. found that threatened exposure of nude photographs did not

(1) Le juge Green, pour la majorité (avec l'appui du juge Steele)

L'appelant a contesté les déclarations de culpabilité prononcées contre lui en invoquant divers moyens d'appel. Je traiterai de chacun dans l'ordre retenu par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Le juge Green a d'abord rejeté les arguments de l'appelant voulant que le juge du procès ait commis une erreur en concluant que le ministère public s'était acquitté de ses obligations de divulgation et en admettant une preuve de faits similaires. Il a ensuite examiné les moyens d'appel plus précis invoqués à l'égard des chefs particuliers.

L'appelant a prétendu que le juge du procès a commis un certain nombre d'erreurs en le déclarant coupable d'extorsion en ce qui concerne P.V.B. et C.D. Son argument principal, c'est que les mots «quelque chose» au par. 346(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (l'ancien par. 305(1)), se rapportent uniquement à des choses telles que de l'argent ou des biens et que, par conséquent, ils ne comprennent pas les faveurs sexuelles. Le juge Green a rejeté cet argument. En se fondant sur l'arrêt *R. c. Bird* (1969), 9 C.R.N.S. 1 (C.A.C.-B.), il a statué que l'expression «quelque chose» pouvait viser des choses incorporelles et qu'elle comprenait les faveurs sexuelles. Reconnaissant que le juge du procès n'avait pas procédé à une analyse particulière des règles du droit relatives à l'extorsion, il a néanmoins conclu après un examen du dossier que les éléments nécessaires de l'infraction avaient été établis. Il a donc rejeté ce moyen d'appel.

L'appelant a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en le reconnaissant coupable d'agression sexuelle contre P.V.B. Selon l'appelant, même si P.V.B. a décidé d'avoir des rapports sexuels avec lui parce qu'il menaçait de dévoiler les photographies où elle apparaissait nue, une telle menace n'aurait pas rendu sa décision non consensuelle. Il a soutenu que l'al. 265(3)*b*) (l'ancien al. 244(3)*b*)), qui mentionne les menaces avec emploi de la force, établit de façon exhaustive les types de menaces qui vicient le consentement.

fall within the ambit of s. 265(3). However, relying on *R. v. Coughlan* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326 (Nfld. C.A.), and *R. v. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439 (B.C.C.A.), he concluded that s. 265(3) was not exhaustive of the circumstances in which threats can vitiate consent. He also held that the appellant's threat in this case was sufficiently coercive to vitiate the complainant's consent. Accordingly, he dismissed this ground of appeal.

Le juge Green a conclu que la menace de dévoiler des photographies de nus n'est pas visée par le par. 265(3). Toutefois, en se fondant sur les arrêts *R. c. Coughlan* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326 (C.A.T.-N.), et *R. c. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439 (C.A.C.-B.), il a conclu que le par. 265(3) n'établit pas de façon exhaustive les circonstances dans lesquelles des menaces peuvent vicier le consentement. Il a aussi statué que la menace de l'appelant en l'espèce était suffisamment contraignante pour vicier le consentement de la plaignante. Il a donc rejeté ce moyen d'appel.

Green J.A. then considered the appellant's argument that the principle against multiple convictions arising from the same delict articulated by this Court in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, should have precluded one of the two convictions on the charges related to P.V.B. He found that for the *Kienapple* principle to apply, there must be both a factual and legal nexus between the offences. In this case there was not a sufficient legal nexus between extortion and sexual assault, given the different societal interests the two offences sought to protect. He dismissed this ground of appeal.

33 Le juge Green s'est ensuite penché sur l'argument de l'appelant selon lequel le principe interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit, énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, aurait dû faire obstacle à l'une des deux déclarations de culpabilité relatives aux chefs d'accusation concernant P.V.B. Il a conclu que pour que le principe établi dans l'arrêt *Kienapple* s'applique, il faut qu'il y ait un lien factuel et juridique entre les infractions. Dans la présente espèce, il n'y avait pas de lien juridique suffisant entre l'extorsion et l'agression sexuelle, compte tenu des intérêts sociaux différents que les deux infractions cherchent à protéger. Il a rejeté ce moyen d'appel.

The appellant argued that the trial judge erred in not considering whether there was an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent in the case of E.V.K. Green J.A. held that the trial judge's failure to advert to the defence in an otherwise detailed judgment raised the question of whether he failed to consider it. Another possibility was that the trial judge had decided the defence had no "air of reality" and therefore did not need to be addressed in his reasons. Finding it impossible to resolve this question from a review of the judgment, Green J.A. conducted a review of the evidence and concluded there was no air of reality to the defence, and therefore dismissed this ground of appeal.

34 L'appelant a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en n'examinant pas la question de savoir si la défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans le cas d'E.V.K. avait quelque vraisemblance. Le juge Green a conclu que le fait que le juge du procès n'ait pas porté attention à ce moyen de défense dans un jugement par ailleurs détaillé soulevait la question de savoir s'il avait omis d'en tenir compte. L'autre possibilité était que le juge du procès ait conclu que ce moyen de défense n'était pas «vraisemblable» et qu'il n'y avait pas lieu d'en traiter dans ses motifs. Concluant qu'il était impossible de résoudre cette question à la lecture du jugement, le juge Green a procédé à l'examen de la preuve et il a jugé que ce moyen de défense n'était pas vraisemblable; il a par conséquent rejeté ce moyen d'appel.

35 Finally, Green J.A. addressed the appellant's contention that the trial judge erred in his application of the principle of reasonable doubt in the cases of all five complainants. He noted that the trial judge made two problematic statements in the cases of D.A.S. and T.R. where, in reviewing the evidence, he said he was "not convinced" that the complainants consented to the sexual activity in question. Green J.A. found that the trial judge properly directed himself as to the presumption of innocence and the principle of reasonable doubt at the outset of his judgment. He concluded that the problematic remarks, when viewed in the context of the entire judgment, were effectively neutralized by other passages. Green J.A. also found that the verdicts were all reasonable and supported by the evidence.

(2) O'Neill J.A. in dissent

36 O'Neill J.A. would have acquitted the appellant on both counts of extortion. Adopting the views of A.W. Mewett and M. Manning (*Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 833), he found that the word "anything" in the context of s. 346(1) could only refer to "something of some tangible proprietary or pecuniary nature". Therefore, "anything" could not include sexual acts. With respect to the extortion of sexual favours from C.D., O'Neill J.A. found that the offence required that an actual attempt be made by the appellant. An attempt in law required something more than a statement of intention. There was no evidence of any further contact between the appellant and the complainant after the meeting in her apartment, nor was there evidence to show that anything was done by the appellant in furtherance of the threats. Accordingly, the charge should have been dismissed.

37 O'Neill J.A. would have acquitted the appellant of sexual assault in the case of P.V.B. Relying on *R. v. Guerrero* (1988), 64 C.R. (3d) 65 (Ont. C.A.),

Le juge Green a enfin étudié la prétention de l'appelant selon laquelle le juge du procès avait commis une erreur dans l'application du principe du doute raisonnable aux cas des cinq plaignantes. Il a noté que le juge du procès avait fait deux déclarations problématiques dans le cas de D.A.S. et de T.R. lorsqu'il a dit, au cours de l'examen des éléments de preuve, qu'il n'était [TRADUCTION] «pas convaincu» que les plaignantes aient consenti aux activités sexuelles en cause. Le juge Green a conclu que le juge du procès ne s'était pas trompé au sujet de la présomption d'innocence et du principe du doute raisonnable au début de son jugement. Il a conclu que, lorsqu'elles étaient examinées dans le contexte du jugement dans son ensemble, les deux remarques étaient effectivement neutralisées par d'autres passages. Le juge Green a aussi conclu que les verdicts étaient tous raisonnables et étayés par la preuve.

(2) Le juge O'Neill, dissident

Le juge O'Neill aurait acquitté l'appelant relativement aux deux chefs d'extorsion. Adoptant le point de vue exposé par A.W. Mewett et M. Manning dans leur ouvrage intitulé *Mewett & Manning on Criminal Law* (3e éd. 1994), à la p. 833, il a conclu que les mots «quelque chose» au par. 346(1), ne pouvaient se rapporter qu'à [TRADUCTION] «une chose matérielle, telle que de l'argent ou des biens». Par conséquent, les mots «quelque chose» ne pouvaient viser des activités sexuelles. Quant à l'extorsion de faveurs sexuelles à C.D., le juge O'Neill a conclu que l'infraction exigeait que l'appelant fasse une véritable tentative. Une tentative en droit exige plus qu'une déclaration d'intention. Aucune preuve n'établit l'existence d'un contact entre l'appelant et la plaignante après la rencontre dans l'appartement de cette dernière, et il n'a pas été établi non plus que l'appelant ait fait quoi que ce soit pour mettre les menaces à exécution. L'accusation aurait donc dû être rejetée.

Le juge O'Neill aurait acquitté l'appelant de l'accusation d'agression sexuelle contre P.V.B. En se fondant sur l'arrêt *R. c. Guerrero* (1988), 64 C.R. (3d) 65 (C.A. Ont.), il a conclu que le par. 265(3) établissait de façon exhaustive les

he found that s. 265(3) was exhaustive of the circumstances in which threats vitiate consent.

With respect to the appellant's conviction of sexual assault in the case of E.V.K., O'Neill J.A. found that the trial judge was in error in not considering whether there was an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent, and would have ordered a new trial.

Finally, O'Neill J.A. held that the trial judge erred in his application of the principle of reasonable doubt in the cases of all five complainants. He found that the trial judge made two notable errors. First, in each case the trial judge failed to consider all of the evidence in determining whether there was a reasonable doubt in the manner set out by this Court's decision in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. Second, that in the cases of D.A.S. and T.R., the trial judge used language that suggests that he reversed the onus on the burden of proof from the Crown to the appellant. He would have ordered new trials on the charges of sexual assault in the cases of D.A.S., T.R., and C.D. O'Neill J.A. specifically did not dissent on the reasonableness of verdicts or whether they were supported by the evidence.

IV. Issues

This is an appeal as of right, and the issues on which this Court has jurisdiction are limited to questions of law on which O'Neill J.A. dissented. There are five issues:

1. Is it a crime to extort sexual favours?

2. Is there consent to sexual activity if it is obtained by threatened exposure of nude photographs?

3. Does the *Kienapple* principle apply to the convictions of extortion and sexual assault in the case of P.V.B.?

circonstances dans lesquelles les menaces vicient le consentement.

38 En ce qui a trait à la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant pour agression sexuelle contre E.V.K., le juge O'Neill a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en n'examinant pas la question de savoir si la défense de croyance sincère mais erronée au consentement avait quelque vraisemblance, et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

39 Enfin, le juge O'Neill a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans l'application qu'il a faite du principe du doute raisonnable dans le cas des cinq plaignantes. Il a conclu que le juge du procès avait commis deux erreurs notables. En premier lieu, dans chaque cas, le juge du procès a omis de tenir compte de tous les éléments de preuve pour déterminer s'il existait un doute raisonnable, selon la méthode énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. En deuxième lieu, dans le cas de D.A.S. et de T.R., les propos du juge du procès donnent à penser qu'il a inversé le fardeau de la preuve le faisant passer du ministère public à l'appelant. Il aurait ordonné la tenue de nouveaux procès en ce qui concerne les chefs d'accusation d'agression sexuelle contre D.A.S., T.R. et C.D. Le juge O'Neill n'a exprimé aucune dissidence particulière quant au caractère raisonnable des verdicts ni sur la question de savoir s'ils étaient étayés par la preuve.

IV. Les points en litige

40 Il s'agit d'un pourvoi de plein droit, et les questions qui relèvent de notre compétence se limitent aux questions de droit à l'égard desquelles le juge O'Neill a exprimé sa dissidence. Il y a cinq points en litige:

1. L'extorsion de faveurs sexuelles constitue-t-elle un crime?

2. Y a-t-il consentement à une activité sexuelle si celui-ci est obtenu sous la menace de dévoiler des photographies de nus?

3. Le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* s'applique-t-il aux déclarations de culpabilité pour extorsion et agression sexuelle dans le cas de P.V.B.?

4. Did the trial judge err in failing to consider the defence of honest but mistaken belief in consent in convicting the appellant of sexually assaulting E.V.K.?

5. Did the trial judge err in his application of the principle of reasonable doubt in the cases of all five complainants?

V. Analysis

A. *Is it a crime to extort sexual favours?*

41 Is it a crime to extort sexual favours? The answer to this question depends on the scope of the word "anything" in the extortion provision of the *Criminal Code*. The appellant was charged under s. 305, where extortion was defined as follows:

305. (1) Every one who, without reasonable justification or excuse and with intent to extort or gain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

Section 305(1) was slightly modified in 1985 (S.C. 1985, c. 19, s. 47). It is now s. 346(1), which reads as follows:

346. (1) Every one commits extortion who, without reasonable justification or excuse and with intent to obtain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done.

Both Green J.A. and O'Neill J.A. referred to s. 346(1) in their reasons. While ss. 305(1) and 346(1) are virtually identical, the words "with intent to extort or gain" precede the first reference to "anything" in s. 305, whereas the words "with intent to obtain" precede the first reference to "anything" in s. 346. Given this subtle difference and the fact that the appellant was charged and

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'examinant pas la défense de croyance sincère mais erronée au consentement lorsqu'il a déclaré l'appelant coupable d'avoir agressé sexuellement E.V.K.?

5. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'application du principe du doute raisonnable dans le cas des cinq plaignantes?

V. Analyse

A. *L'extorsion de faveurs sexuelles constitue-t-elle un crime?*

L'extorsion de faveurs sexuelles constitue-t-elle un crime? La réponse à cette question dépend de la portée de l'expression «quelque chose» qui figure dans la disposition du *Code criminel* relative à l'extorsion. L'appelant a été accusé en vertu de l'art. 305, qui définissait l'extorsion de la façon suivante:

305. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d'induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose.

Le paragraphe 305(1) a été légèrement modifié en 1985 (S.C. 1985, ch. 19, art. 47). C'est maintenant le par. 346(1), qui dispose:

346. (1) Commet une extorsion quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l'intention d'obtenir quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d'induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose.

Les juges Green et O'Neill se sont tous deux reportés au par. 346(1) dans leurs motifs. Bien que les par. 305(1) et 346(1) soient pratiquement identiques, les mots «avec l'intention d'extorquer ou de gagner» précèdent la première mention de l'expression «quelque chose» dans l'art. 305, tandis que les mots «avec l'intention d'obtenir» précèdent la première mention de l'expression «quelque chose» dans l'art. 346. Compte tenu de cette distinction subtile et du fait que l'appelant a été

convicted under s. 305, I will refer to s. 305 in the course of my analysis.

In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, the Court adopted the following passage from Driedger's *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) as the general approach to be taken to statutory construction:

> 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.

I begin with the grammatical and ordinary sense of "anything". The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. 1, defines anything as follows: "A combination of ANY and THING, in the widest sense of the latter, with all the varieties of sense belonging to ANY." The dictionary definition suggests a broad interpretation, which would include sexual favours. Such an interpretation is also supported by the immediate context of the provision. "Anything" is referred to three times in s. 305(1):

> **305.** (1) Every one who, without reasonable justification or excuse and with intent to extort or gain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years. [Emphasis added.]

In my view, the meaning of "anything" in the immediate context of "to extort or gain anything" and inducing any person "to do anything or cause anything to be done" is clearly in keeping with the wide, unrestricted dictionary definition, and includes sexual favours.

accusé et déclaré coupable sous le régime de l'article 305, je me reporterai à l'art. 305 dans le cadre de mon analyse.

Dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21, notre Cour a adopté le passage suivant de l'ouvrage de Driedger intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983) pour résumer la méthode à suivre pour interpréter un texte législatif: 42

> [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.

Je commence par le sens ordinaire et grammatical de l'expression «quelque chose». Le *Dictionnaire encyclopédique Quillet* (1975) définit l'expression «quelque chose» comme «une chose quelconque» (p. 5605), et il précise que le mot «chose» s'emploie pour désigner «tout être inanimé, soit réel, soit idéal, tout ce qu'on dit ou que l'on peut dire, tout ce que l'on fait ou que l'on peut faire, tout ce qui n'a pas de nom particulier» (p. 1283). La définition donnée à ces termes dans le dictionnaire suggère une interprétation large, qui devrait comprendre les faveurs sexuelles. Une telle interprétation est aussi appuyée par le contexte immédiat de la disposition. L'expression «quelque chose» figure à deux endroits dans le par. 305(1): 43

> **305.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d'induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose. [Je souligne.]

À mon avis, le sens de «quelque chose» dans le contexte immédiat «d'extorquer ou de gagner quelque chose» et d'induire une personne «à accomplir ou à faire accomplir quelque chose» est clairement en harmonie avec la définition large et sans restriction donnée par le dictionnaire, et englobe les faveurs sexuelles.

44 Mewett and Manning, *supra*, take a differing view. Commenting on *R. v. Bird*, they argue at p. 833 that:

> Not a great deal of discussion appears in *Bird* on this wide interpretation of "anything", the court being content to say that the word is clear and unambiguous and used in this context is of wide unrestricted application. Yet this is not what is normally meant by "extort or gain". It is true that, in isolation, "anything" can be of the widest meaning, but in the context of "extort or gain", one might have thought that it referred to something of some tangible proprietary or pecuniary nature.

I respectfully disagree. I do not believe the authors place sufficient weight on the fact that the meaning of "anything" is further qualified by the words "to do anything or cause anything to be done" at the end of the section.

45 I also find that an interpretation of "anything" that includes sexual favours is suggested by the purpose and nature of the offence of extortion. Extortion criminalizes intimidation and interference with freedom of choice. It punishes those who, through threats, accusations, menaces, or violence induce or attempt to induce their victims into doing anything or causing anything to be done. Threats, accusations, menaces and violence clearly intimidate: see *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 81; *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758, at pp. 761-62. When threats are coupled with demands, there is an inducement to accede to the demands. This interferes with the victim's freedom of choice, as the victim may be coerced into doing something he or she would otherwise have chosen not to do.

46 Given this purpose, I find it difficult to accept the appellant's contention that "anything" should be limited to things of a proprietary or pecuniary nature. If the appellant's argument is accepted, it would be criminal to threaten exposure of nude photographs when coupled with a demand for money, but it would not be criminal to make that

Les auteurs Mewett et Manning, *op. cit.*, adoptent un point de vue différent. Dans leur commentaire sur l'arrêt *R. c. Bird*, il font valoir ce qui suit, à la p. 833:

> [TRADUCTION] L'arrêt *Bird* ne donne pas beaucoup de détails sur cette interprétation large de «quelque chose», la cour se contentant de dire que le mot est clair et non ambigu, et que son application n'est pas limitée lorsqu'il est employé dans ce contexte. Ce n'est toutefois pas ce qu'on entend normalement par les mots «extorquer ou gagner». Il est vrai que, pris isolément, «quelque chose» peut avoir un sens très large, mais dans le contexte des mots «extorquer ou gagner», on se serait attendu à ce que l'expression se rapporte à une chose matérielle, telle que de l'argent ou des biens.

En toute déférence, je ne partage pas cet avis. Je crois que les auteurs ne prennent pas suffisamment en considération le fait que le sens de l'expression «quelque chose» est aussi qualifié par les mots «à accomplir ou à faire accomplir quelque chose» à la fin de la disposition.

Je constate aussi qu'une interprétation de l'expression «quelque chose» qui comprend des faveurs sexuelles est suggérée par l'objet et la nature de l'infraction d'extorsion. L'extorsion criminalise l'intimidation et l'atteinte à la liberté de choix. Elle rend passible de sanctions ceux qui, par menaces, accusations ou violence, induisent ou tentent d'induire leurs victimes à accomplir ou à faire accomplir quelque chose. Les menaces, les accusations et la violence servent clairement à intimider: voir l'arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, à la p. 81; l'arrêt *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758, aux pp. 761 et 762. Lorsque des menaces se combinent à des demandes, il y a incitation à donner suite aux demandes. Cela entrave la liberté de choix de la victime, puisque celle-ci peut être forcée de faire ce que, autrement, elle aurait choisi de ne pas faire.

Compte tenu de cet objet, j'éprouve de la difficulté à retenir la proposition de l'appelant selon laquelle l'expression «quelque chose» devrait se limiter à des choses telles que de l'argent ou des biens. Si l'argument de l'appelant était accueilli, il serait criminel de menacer de dévoiler des photographies de nus lorsque l'auteur de la menace

same threat when coupled with a demand for sex. This strikes me as unreasonable, and at odds with the purpose of the provision. The threat is equally intimidating in both cases, as the consequences of non-compliance are identical. With respect to interference with freedom of choice, in both cases the victim is asked to do something he or she may not want to do. It is likely that the victim would much sooner accede to the monetary demand than the sexual demand. Freedom of choice in sexual matters is at least as highly valued as freedom of choice in matters concerning property. Accordingly, there is no reason to think that extortion of sexual favours is not also a criminal offence.

exige de l'argent, mais il ne serait pas criminel de le faire lorsque l'auteur de la menace exige des faveurs sexuelles. Cela me paraît déraisonnable et en contradiction avec l'objet de la disposition. La menace est aussi intimidante dans les deux cas car les conséquences d'un refus d'obtempérer sont identiques. En ce qui a trait à l'atteinte à la liberté de choix, dans les deux cas la victime est appelée à faire quelque chose qu'elle peut ne pas vouloir faire. La victime préférerait probablement donner suite à la demande d'argent plutôt qu'à la demande de faveurs sexuelles. La liberté de choix en matière sexuelle est au moins aussi prisée que la liberté de choix en matière de propriété. Par conséquent, je ne vois aucune raison de penser que l'extorsion de faveurs sexuelles n'est pas elle aussi une infraction criminelle.

It may be objected that this conception of the purpose of s. 305 is overly broad, and does not take into account two important contextual factors: that the offence of extortion was historically a property offence and that the extortion provision was located in Part VII (now Part IX) of the *Code*, entitled "Offences Against Rights of Property". When these factors are properly taken into account, it is submitted that extortion only criminalizes demands of a proprietary or pecuniary nature. Accordingly, "anything" should be given a more limited interpretation.

47 D'aucuns pourront objecter que cette conception de l'objet de l'art. 305 est trop large et qu'elle ne tient pas compte de deux facteurs contextuels importants, à savoir que l'infraction d'extorsion était historiquement une infraction contre la propriété et que la disposition relative à l'extorsion figurait à la partie VII (maintenant la partie IX) du *Code*, intitulée «Infractions contre les droits de propriété». Lorsque ces facteurs sont appréciés adéquatement, fait-on valoir, l'extorsion ne criminalise que les demandes visant des choses telles que de l'argent ou des biens. Par conséquent, l'expression «quelque chose» devrait recevoir une interprétation plus limitée.

In assessing the arguments about the historical origins of the offence, I will briefly review the evolution of the offences of blackmail and extortion in English and Canadian law. In Great Britain, "[b]lackmail was originally the tribute exacted by free-booters in the northern border countries to secure lands and goods from despoilment or robbery": see W. H. D. Winder, "The Development of Blackmail" (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21, at p. 24. It later came to denote a number of offences in which property or some other advantage was demanded with threats: see G. L. Williams, "Blackmail", [1954] *Crim. L. Rev.* 79, at p. 79. In the early stages of its development, the crime of blackmail "seems to have been pretty well coex-

48 En examinant les arguments relatifs aux origines historiques de l'infraction, j'esquisserai brièvement l'évolution des infractions de chantage et d'extorsion en droit anglais et canadien. En Grande-Bretagne, [TRADUCTION] «le *blackmail* (chantage) était à l'origine le tribut extorqué par des pirates dans les régions frontalières du Nord en échange de la protection des terres et des biens contre le pillage ou le vol»: voir W. H. D. Winder, «The Development of Blackmail» (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21, à la p. 24. Le terme a par la suite été utilisé pour désigner un certain nombre d'infractions consistant à demander des biens ou d'autres avantages en recourant à des menaces: voir G. L. Williams, «Blackmail», [1954] *Crim. L.*

tensive with robbery and attempted robbery, but over the years the definition has been extended to embrace more subtle methods of extortion": J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (8th ed. 1996), at p. 618. Extortion was originally a separate common law offence punishing the conduct of public officials who sought personal financial gain under colour of their office. It has since been statutorily expanded in some jurisdictions, such as Canada, to include more familiar forms of blackmail.

49 The roots of s. 305 of the *Criminal Code* lie in five separate and relatively narrowly defined offences from the first *Criminal Code* of 1892 (S.C. 1892, c. 29). The five offences were defined in ss. 402 to 406, and may be briefly described as follows:

> s. 402: Compelling the execution of a document by violence or restraint or by the threat of violence or restraint.
>
> s. 403: Uttering a letter or other writing demanding with menaces any property, chattel, money, valuable security or other valuable thing.
>
> s. 404: Demanding with menaces anything capable of being stolen with intent to steal it.
>
> s. 405: Accusing or threatening to accuse a person of certain listed crimes with intent to extort or gain anything or to compel the execution of a document.
>
> s. 406: Accusing or threatening to accuse a person of crimes other than those listed in s. 405 with intent to extort or gain anything or to compel the execution of a document.

Minor changes were made to the provisions in the 1906 revision (R.S.C. 1906, c. 146), when ss. 402 to 406 were renumbered as ss. 450 to 454, and in

Rev. 79, à la p. 79. Dans les premières étapes de son développement, l'infraction de chantage [TRADUCTION] «semble avoir eu pratiquement la même portée que le vol et la tentative de vol, mais avec les années, sa définition s'est élargie au point d'embrasser des méthodes d'extorsion plus subtiles»: J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law* (8e éd. 1996), à la p. 618. À l'origine, l'extorsion était une infraction distincte en common law visant à sanctionner la conduite des représentants de l'État qui cherchaient à obtenir un avantage pécuniaire personnel en se servant de leurs fonctions. Sa portée a depuis été élargie par voie législative dans certains ressorts, dont le Canada, de façon à englober certaines formes plus connues de chantage.

L'article 305 du *Code criminel* a ses origines dans cinq infractions distinctes définies de façon relativement restrictive dans le premier *Code criminel* de 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Les cinq infractions étaient définies aux art. 402 à 406, et elles peuvent être résumées de la façon suivante:

> art. 402: Forcer quelqu'un à signer un document par violence ou contrainte ou par des menaces de violence ou de contrainte.
>
> art. 403: Envoyer une lettre ou un écrit exigeant par des menaces la remise de quelque bien, effet, argent, valeur négociable ou autre chose de valeur.
>
> art. 404: Demander par des menaces quelque chose pouvant être volée dans l'intention de la dérober.
>
> art. 405: Accuser ou menacer d'accuser une personne de certains crimes énumérés dans l'intention d'extorquer ou d'obtenir quelque chose de quelqu'un ou de forcer quelqu'un à signer un document.
>
> art. 406: Accuser ou menacer d'accuser une personne de crimes autres que ceux énumérés à l'art. 405 dans l'intention d'extorquer ou d'obtenir quelque chose de quelqu'un ou de forcer quelqu'un à signer un document.

Des changements mineurs ont été apportés au moment de la révision de 1906 (S.R.C. 1906, ch. 146), en même temps que la renumérotation

the 1927 revision (R.S.C. 1927, c. 36). In the comprehensive 1955 amendments (S.C. 1953-54, c. 51), ss. 450 to 455 were combined into one global offence called "extortion" and re-enacted as s. 291, which in turn was subsequently renumbered unchanged as s. 305 in the 1970 revision (R.S.C. 1970, c. C-34).

Legislative history may be used as an aid in determining the intention of the legislature: see *Rizzo Shoes*, *supra*, at para. 31; see also *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, at p. 487; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621, at pp. 635, 653 and 660. However, the legislative history of s. 305 does not shed much light on the meaning of "anything". As Cartwright J. (as he then was) held for a unanimous five-person bench in *R. v. Natarelli*, [1967] S.C.R. 539, at pp. 543-44:

> It appears to me that the wording of s. 291 [later s. 305] of the present *Code* is so different from that of ss. 450 to 454 of the former *Code* that little is to be gained from a consideration of the cases decided under those sections.
>
> The words of Lord Herschell in *Bank of England v. Vagliano Brothers* [[1891] A.C. 107, at pp. 144-45] appear to me to be appropriate to the problem before us. They are accurately summarized in *Halsbury*, 3rd ed., vol. 36, p. 406, s. 614, as follows:
>
> > In construing a codifying statute the proper course is, in the first instance, to examine its language and to ask what is its natural meaning; it is an inversion of the proper order of consideration to start with inquiring how the law previously stood, and then, assuming that it was probably intended to leave it unaltered, to see if the words of the enactment will bear interpretation in conformity with this view. The object of a codifying statute has been said to be that on any point specifically dealt with by it the law should be ascertained by interpreting the language used, instead of roaming over a number of authorities. After the language has been examined without presumptions, resort must only be had to the previous state of the law on some special ground, for example for the

des art. 402 à 406 qui sont devenus les art. 450 à 454. Plusieurs modifications se sont ajoutées en 1927 (S.R.C. 1927, ch. 36). À la suite des modifications d'ensemble apportées en 1955 (S.C. 1953-54, ch. 51), les art. 450 à 455 ont été combinés en une seule infraction appelée «extorsion» et cette disposition a été adoptée de nouveau pour devenir l'art. 291, qui a par la suite été renuméroté sans changement et est devenu l'art. 305 à l'issue de la révision de 1970 (S.R.C. 1970, ch. C-34).

L'historique législatif peut être utile pour déterminer l'intention du législateur: voir l'arrêt *Rizzo Shoes*, précité, au par. 31; voir également l'arrêt *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, à la p. 487; et l'arrêt *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621, aux pp. 635, 653 et 660. Toutefois, l'historique législatif de l'art. 305 ne jette pas beaucoup de lumière sur le sens de l'expression «quelque chose». Comme l'a dit le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) au nom de la formation de cinq juges dans l'arrêt *R. c. Natarelli*, [1967] R.C.S. 539, aux pp. 543 et 544: 50

> [TRADUCTION] Le libellé de l'art. 291 [par la suite l'art. 305] du *Code* actuel m'apparaît si différent de celui des art. 450 à 454 du *Code* précédent qu'il y a peu à tirer de l'examen des affaires tranchées sous le régime de ces articles.
>
> Les propos de lord Herschell dans *Bank of England c. Vagliano Brothers* [[1891] A.C. 107, aux pp. 144 et 145] me semblent appropriés compte tenu du problème dont nous sommes saisis. Ils sont fidèlement résumés dans *Halsbury*, 3e éd., vol. 36, p. 406, art. 614, de la façon suivante:
>
> > Pour interpréter une loi codifiée, il convient premièrement d'en examiner le texte et de se demander quel est son sens naturel; c'est inverser le bon ordre de l'examen que de commencer par se demander quel était l'état du droit avant, et par la suite, en présumant qu'on avait probablement l'intention de ne pas le modifier, de voir si les mots du texte législatif supportent une interprétation conforme à ce point de vue. On a dit que l'objet d'une loi codifiée était de faire en sorte que sur tous les points particulièrement traités par elle, le sens de la loi pouvait être dégagé par l'interprétation de son libellé, plutôt que par l'examen de certains précédents. Après que le texte a été examiné sans présomption, il ne faut recourir à l'état du droit antérieur que pour des raisons spéciales, par exemple

construction of provisions of doubtful import, or of words which have acquired a technical meaning.

As a final point regarding legislative history I would note that there is no Hansard evidence or Committee Reports which illuminate Parliament's intention in enacting the new extortion provision in 1955.

51 I turn now to the fact that extortion is located in the Part of the *Code* entitled "Offences Against Rights of Property". The Court has held on a number of occasions that headings may be used as an aid in statutory construction: see *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489, at pp. 495-96; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at pp. 119-20; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167, at p. 179.

52 In *Skapinker*, Estey J. discussed the role of headings in constitutional interpretation. His reasons are just as apposite to the interpretation of ordinary statutes. At pp. 376-77 he held:

It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the *Charter* for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the *Charter*. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision.

. . .

I conclude that an attempt must be made to bring about a reconciliation of the heading with the section introduced by it. If, however, it becomes apparent that the section when read as a whole is clear and without ambi-

l'interprétation de dispositions de sens incertain, ou de mots ayant acquis un sens technique.

En guise de point final au sujet de l'historique législatif, je voudrais souligner qu'aucun passage du hansard ni des rapports des comités ne jette la lumière sur l'intention du législateur lors de l'adoption de la nouvelle disposition relative à l'extorsion en 1955.

J'aborde maintenant le fait que l'infraction d'extorsion se trouve dans la partie du *Code* intitulée «Infractions contre les droits de propriété». Notre Cour a statué à nombre d'occasions que les rubriques peuvent servir d'aide à l'interprétation législative: voir les arrêts *Attorney-General of Canada c. Jackson*, [1946] R.C.S. 489, aux pp. 495 et 496; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, aux pp. 119 et 120; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167, à la p. 179.

Dans l'arrêt *Skapinker*, le juge Estey a décrit le rôle des rubriques en matière d'interprétation constitutionnelle. Ses motifs s'appliquent tout aussi bien à l'interprétation des lois ordinaires. Aux pp. 376 et 377, il a dit:

Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte*. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte*. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit.

. . .

[J]e conclus qu'il faut tenter de concilier la rubrique avec l'article qu'elle précède. Si toutefois il devient évident que, dans l'ensemble, l'article est clair et ne comporte pas d'ambiguïté, la rubrique n'aura pas pour effet

guity, the heading will not operate to change that clear and unambiguous meaning. Even in that midway position, a court should not, by the adoption of a technical rule of construction, shut itself off from whatever small assistance might be gathered from an examination of the heading as part of the entire constitutional document. [Emphasis added.]

de modifier ce sens clair et précis. Même dans cette situation intermédiaire, une cour ne doit pas, en adoptant une règle formaliste d'interprétation, se priver de l'avantage qu'elle peut tirer, si mince soit-il, de l'analyse de la rubrique en tant que partie de l'ensemble du document constitutionnel. [Je souligne.]

In my view, Estey J.'s approach to the role of headings in statutory interpretation is the correct one. Headings "should be considered part of the legislation and should be read and relied on like any other contextual feature": *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 269. The weight to be given to the heading will depend on the circumstances. Headings will never be determinative of legislative intention, but are merely one factor to be taken into account: see *Lohnes*, *supra*, at p. 179.

53 À mon avis, l'approche du juge Estey quant au rôle des rubriques dans l'interprétation législative est juste. Les rubriques [TRADUCTION] «devraient être considérées comme faisant partie de la législation et elles devraient être lues et invoquées comme tout autre élément contextuel»: *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 269. Le poids à donner aux rubriques dépend des circonstances. Les rubriques ne sont jamais décisives quant à l'intention du législateur, elles constituent uniquement un facteur qu'il faut prendre en considération: voir l'arrêt *Lohnes*, précité, à la p. 179.

In this case, I find the fact that the extortion provision is located in the "Offences Against Rights of Property" Part of the *Code* is outweighed by competing considerations in determining the scope of "anything". First, the ordinary meaning of "anything" in its immediate context is clear and supports a broad interpretation. Greater weight should be given to ordinary meaning than to headings. As Estey J. held in *Skapinker*, *supra*, at p. 377, "[i]f . . . it becomes apparent that the section when read as a whole is clear and without ambiguity, the heading will not operate to change that clear and unambiguous meaning." See also *Jackson*, *supra*, at pp. 495-96, *per* Kellock J.

54 En l'espèce, j'estime que des considérations concurrentes l'emportent sur le fait que la disposition relative à l'extorsion figure dans la partie intitulée «Infractions contre les droits de propriété» du *Code* lorsqu'il s'agit de déterminer de la portée de l'expression «quelque chose». Premièrement, le sens ordinaire de l'expresssion «quelque chose», placée dans son contexte immédiat, est clair et appuie une interprétation large. Il y a lieu d'accorder plus de poids au sens ordinaire qu'aux rubriques. Ainsi que l'a dit le juge Estey dans l'arrêt *Skapinker*, précité, à la p. 377, «[s']il devient évident que, dans l'ensemble, l'article est clair et ne comporte pas d'ambiguïté, la rubrique n'aura pas pour effet de modifier ce sens clair et précis.» Voir également l'arrêt *Jackson*, précité, aux pp. 495 et 496, le juge Kellock.

Second, the purpose of s. 305 that can be directly inferred from the wording of the provision is that extortion criminalizes intimidation and interference with freedom of choice. Given this objective, it would be unreasonable to criminalize extortion of money or property, but not extortion of sexual favours. Adopting a narrower formulation of the purpose in light of the heading would lead to this consequence.

55 Deuxièmement, l'objet de l'art. 305, qui peut être déduit directement du libellé de la disposition, est que l'extorsion criminalise l'intimidation et l'atteinte à la liberté de choix. Compte tenu de cet objectif, il serait déraisonnable de criminaliser l'extorsion d'argent ou de biens mais non l'extorsion de faveurs sexuelles. L'adoption d'une formulation plus étroite de cet objet à la lumière de la rubrique entraînerait ce résultat.

56 Third, Parliament could have easily limited the scope of the word "anything" to things of a proprietary or pecuniary nature. In Great Britain, the offence of blackmail is defined in s. 21 of the *Theft Act 1968* (U.K.), 1968, c. 60, in part as follows:

> (1) A person is guilty of blackmail if, with a view to gain for himself or another or with intent to cause loss to another, he makes any unwarranted demand with menaces;

The ordinary meaning of "any unwarranted demand" is of similar breadth as "anything" in s. 305. However, the scope of s. 21 is expressly limited by s. 34 of the *Theft Act*, which states that for the purposes of the *Theft Act* (and thus for the purpose of s. 21) "'gain' and 'loss' are to be construed as extending only to gain or loss in money or other property". The fact that Parliament did not limit s. 305 in this manner is yet another reason in favour of adopting a broad interpretation.

57 Finally, a number of courts in Canada have found that "anything" includes sexual favours: see *Bird*, *supra*; *R. v. D.K.P. (No. 1)* (1991), 11 W.A.C. 302 (B.C.); *R. v. Bloch-Hansen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 143 (Sask. Dist. Ct.).

58 For all these reasons, I agree with the British Columbia Court of Appeal in *Bird*, *supra*, at p. 17, that "anything" should be given a "wide unrestricted application" and that sexual favours fall "squarely within the meaning of the word 'anything' as used in the section".

59 I note that O'Neill J.A. dissented on the ground that the appellant did not attempt to extort anything from C.D. because his threats amounted merely to a statement of intention. I respectfully disagree with this conclusion. The appellant's threats clearly amounted to an attempt to extort sexual favours from C.D., thereby constituting the *actus reus* of extortion, which includes an attempt

Troisièmement, le législateur fédéral aurait pu facilement restreindre la portée de l'expression «quelque chose» aux choses telles que de l'argent ou des biens. En Grande-Bretagne, l'infraction de chantage est définie à l'art. 21 de la *Theft Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 60, de la manière suivante:

> [TRADUCTION] (1) Est coupable de chantage quiconque exige, en vue d'obtenir un gain pour lui-même ou pour autrui ou avec l'intention de faire subir une perte à autrui, la satisfaction d'une demande injustifiée accompagnée de menaces;

Le sens ordinaire de l'expression «demande injustifiée» est à peu près aussi large que celui de l'expression «quelque chose» à l'art. 305. La portée de l'art. 21 est toutefois expressément limitée par l'art. 34 de la *Theft Act* qui prévoit que pour l'application de ladite loi (et donc de l'art. 21), les mots [TRADUCTION] «"gain" et "profit" s'entendent uniquement d'un gain ou d'une perte d'argent ou d'un autre bien». Le fait que le législateur fédéral n'ait pas limité de la même manière la portée de l'art. 305 constitue une autre raison de lui donner une interprétation large.

Enfin, un certain nombre de tribunaux canadiens ont statué que l'expression «quelque chose» comprend les faveurs sexuelles: voir *Bird*, précité; *R. c. D.K.P. (No. 1)* (1991), 11 W.A.C. 302 (C.-B.); *R. c. Bloch-Hansen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 143 (C. dist. Sask.).

Pour ces motifs, je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a statué dans l'arrêt *Bird*, précité, à la p. 17, qu'il faut donner à l'expression «quelque chose» une [TRADUCTION] «application large, illimitée» et que les faveurs sexuelles sont «directement visées par l'expression "quelque chose" telle qu'elle est employée dans cet article».

Je note que le juge O'Neill était dissident pour le motif que l'appelant n'a pas tenté d'extorquer quoi que ce soit à C.D. parce que ses menaces étaient simplement assimilables à une déclaration d'intention. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette conclusion. Les menaces proférées par l'appelant correspondaient clairement à une tentative d'extorquer des faveurs sexuelles à C.D.,

at inducing any person to do anything or to cause anything to be done. The attempt is completed once the offender threatens the victim with a view to extorting or gaining anything.

constituant donc l'*actus reus* de l'infraction d'extorsion qui comprend la tentative d'induire une personne à accomplir ou à faire accomplir quelque chose. La tentative est commise lorsque le délinquant menace la victime avec l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose.

B. *Is there consent to sexual activity if it is obtained by threatened exposure of nude photographs?*

B. *Y a-t-il consentement à une activité sexuelle si celui-ci est obtenu sous la menace de dévoiler des photographies de nus?*

The trial judge found that P.V.B. chose to engage in sexual activity with the appellant by reason of his threats to expose the nude photographs he had taken of her. He found this choice to be non-consensual and convicted the appellant of sexual assault.

60 Le juge du procès a statué que P.V.B. avait décidé d'avoir des rapports sexuels avec l'appelant parce que ce dernier l'avait menacée de dévoiler les photographies qu'il avait prises d'elle nue. Il a conclu à l'absence de consentement et il a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle.

The appellant, adopting O'Neill J.A.'s dissent, argued that the trial judge erred because s. 265(3)(*b*), which refers to threats of force, was exhaustive of the circumstances in which no consent is obtained by reason of threats. The Crown took the contrary position, arguing that s. 265(3)(*b*) was merely illustrative, and not exhaustive.

61 Reprenant les motifs dissidents du juge O'Neill, l'appelant a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur parce que l'al. 265(3)*b*), où il est question de menaces de recours à la force, constitue une liste exhaustive des cas où il y a absence de consentement en raison de menaces. Le ministère public a adopté la position contraire, soutenant que l'al. 265(3)*b*) était simplement explicatif et non exhaustif.

I find that I do not need to decide this issue. The appellant's conviction of sexually assaulting P.V.B. may be affirmed on the basis of an independent sexual assault, wholly apart from his extortionate conduct. This alternative basis of affirming the appellant's conviction was argued by the Crown.

62 J'estime que je n'ai pas à trancher cette question. La déclaration de culpabilité de l'appelant pour agression sexuelle contre P.V.B. peut être confirmée en se fondant sur une agression sexuelle indépendante, totalement séparée de l'extorsion. Cet autre motif servant à confirmer la déclaration de culpabilité de l'appelant a été plaidé par le ministère public.

Over the course of a two- to three-month period P.V.B. would go to the appellant's apartment and have sexual intercourse with him in exchange for the negatives of the photographs he had taken of her. By the appellant's own admission P.V.B. was tied up on several occasions. On at least two such occasions, P.V.B. testified that the appellant persisted in sexual activity after she had unambiguously communicated her lack of consent. I reproduce the following excerpts from her examination in chief:

63 Pendant une période d'environ deux à trois mois, P.V.B. s'est rendue à l'appartement de l'appelant où elle avait des rapports sexuels avec lui en échange des négatifs des photographies qu'il avait prises d'elle. De l'aveu même de l'appelant, P.V.B. a été ligotée plusieurs fois. P.V.B. a déclaré dans son témoignage qu'à deux reprises, au moins, l'appelant avait continué l'activité sexuelle après qu'elle lui eut communiqué sans ambiguïté son absence de consentement. Je reproduis ci-dessous des extraits de son interrogatoire principal:

A. He would tie my wrists, one in each corner; and my ankles to the bottom corners and then he would blindfold me and perform sexual acts on me in there[,] [i]nsert objects in me and sometimes he would use a leather strap to hit me with.

Q. Where would he hit you?

A. He would hit me on various parts of my body and on my vagina.

Q. Were you consenting to these activities, what would you, what did you say to him?

A. No, I never told him anything to do to me. And I told him to stop hitting me with [the] strap, it was hurting me.

Q. Yes.

A. And he would continue to do so. [Emphasis added.]

P.V.B. also referred to at least one other incident in which the appellant persisted notwithstanding her lack of consent:

A. He had me bent over the back of the couch with each leg tied to a corner and my hands tied together and bound around the middle leg of the couch and I was blindfolded and he was performing sexual acts on me this way and it was very uncomfortable. He was inserting objects in me that were very uncomfortable and it was hurting me and I managed to get my hands free and I took the blindfold off and I looked at him and said to stop, he was hurting me and he said you're not playing fair. And the tone of his voice and the look in his eyes frightened me that I went back to the position and he tied my hands again and I just stayed still, just hoping that it would be over soon so I could leave.

. . .

Q. There was that occasion where you had broken free and told him to stop and you'd also mentioned other occasions when he was strapping you?

A. Yes.

. . .

Q. Okay. What other forms of resistance did you make known to him?

[TRADUCTION]

R. Il m'attachait les poignets, un à chaque coin; et les chevilles aux coins inférieurs, ensuite il me bandait les yeux et il se livrait à des actes sexuels sur moi[,] [i]l insérait des objets en moi et, parfois, il utilisait une lanière de cuir pour me frapper.

Q. Où vous frappait-il?

R. Il me frappait sur diverses parties du corps et sur le vagin.

Q. Étiez-vous consentante à ces activités, que vouliez-vous, que lui avez-vous dit?

R. Non, je ne lui ai jamais dit de me faire quoi que ce soit. Et je lui ai dit d'arrêter de me frapper avec [la] lanière, cela me faisait mal.

Q. Oui.

R. Et il continuait à le faire. [Je souligne.]

P.V.B. a aussi mentionné au moins un autre incident au cours duquel l'appelant a continué en dépit de son absence de consentement:

[TRADUCTION]

R. Il m'avait fait pencher sur le dossier du divan, chacune de mes jambes étant attachée à l'un des coins, mes mains liées ensemble et attachées à la patte centrale du divan, et j'avais les yeux bandés et il se livrait à des actes sexuels sur moi de cette manière, et c'était très désagréable. Il insérait en moi des objets qui étaient très inconfortables, et cela me faisait mal et j'ai réussi à me libérer les mains et j'ai arraché le bandeau et je l'ai regardé et je lui ai dit d'arrêter, qu'il me faisait mal et il a dit tu n'es pas correcte. Et le ton de sa voix et l'expression de ses yeux m'ont effrayée, j'ai donc repris la position initiale et il m'a rattachée les mains et je suis restée immobile, espérant simplement que cela serait terminé rapidement pour que je puisse partir.

. . .

Q. Il y a eu cette fois où vous vous êtes libérée et où vous lui avez dit d'arrêter et vous avez mentionné d'autres occasions où il vous frappait avec une lanière?

R. Oui.

. . .

Q. Bien. Quelles autres formes de résistance lui avez-vous opposées?

A. I had asked him to stop inserting large objects because it was hurting me. I was experiencing discomfort and pain and he would not. He would continue to do so. Most times though, I was in bondage, [so] I couldn't stop him. [Emphasis added.]

Davis was cross-examined by Crown counsel as to these incidents. I reproduce the relevant excerpts:

Q. She was consenting to everything that took place.

A. Yes.

Q. How about the vegetables inserted up her?

A. There was no vegetables inserted up her.

Q. How about the dildos inserted up her?

A. There was one time that I can recall, maybe twice, that the vibrator was used.

Q. Consensual.

A. Yes.

Q. How about the strapping of her?

A. She was never strapped.

Q. The tying up, that took place.

A. She was never blindfolded either.

Q. Never blindfolded. How about being bent over the couch?

A. She was.

Q. She wasn't blindfolded at that time. She didn't indicate it hurt at that time.

A. She indicated that she was sore.

While the trial judge did not comment directly on these incidents in his reasons, he did find P.V.B. to be a credible witness. At para. 62 he held: "On an overall assessment of the credibility of the complainant, it is fair to say that she gave her evidence in a straightforward manner with no apparent evasiveness". The trial judge made only one qualification to this conclusion: "[O]n cross-examination it was evident that she was somewhat defensive and on occasions almost belligerent". However, he quickly went on to add, "When considering the nature of the evidence that was given and the type of cross-examination which obviously

R. Je lui avais demandé d'arrêter d'insérer de gros objets parce que ça me faisait mal. Je ressentais de l'inconfort et de la douleur et il n'arrêtait pas. Il continuait de le faire. La plupart du temps toutefois, j'étais ligotée [de sorte que] je ne pouvais pas l'arrêter. [Je souligne.]

64 Davis a été contre-interrogé par l'avocat du ministère public au sujet de ces incidents. Je reproduis les extraits pertinents:

[TRADUCTION]

Q. Elle consentait à tout ce qui se passait.

R. Oui.

Q. Parlez-nous des légumes insérés en elle?

R. Il n'y a pas eu de légumes insérés en elle.

Q. Parlez-nous des godemichés insérés en elle?

R. Je peux me souvenir d'une fois, peut-être de deux fois, où le vibrateur a été utilisé.

Q. Avec son consentement.

R. Oui.

Q. Parlez-nous des coups donnés avec une lanière?

R. Elle n'a jamais été frappée avec une lanière.

Q. Le ligotage qui a eu lieu.

R. Elle n'a jamais eu les yeux bandés non plus.

Q. Elle n'a jamais eu les yeux bandés. Qu'avez-vous à dire au sujet du fait qu'elle se serait penchée sur le dossier du divan?

R. Elle l'a fait.

Q. Elle n'avait pas les yeux bandés à ce moment-là. Elle n'a pas dit à ce moment-là que cela faisait mal.

R. Elle a dit que ça lui faisait mal.

65 Même s'il n'a pas commenté directement ces incidents dans ses motifs, le juge du procès a considéré que P.V.B. était un témoin digne de foi. Il a dit au par. 62: [TRADUCTION] «Après une appréciation générale de la crédibilité de la plaignante, il est juste de dire qu'elle a témoigné de manière franche, sans ambiguïté apparente». Le juge du procès n'a fait qu'une réserve: [TRADUCTION] «[L]ors du contre-interrogatoire, il était évident qu'elle était un peu sur la défensive et, à l'occasion, presque agressive». Il s'est toutefois empressé d'ajouter [TRADUCTION] «Lorsque l'on considère la nature du témoignage qui a été fait et

had to be conducted, it is not surprising that the witness would react in a defensive manner".

66 By contrast, the trial judge found the appellant's testimony incredible. The appellant contended that he had an ongoing consensual relationship with P.V.B. well before the photography sessions took place, and that P.V.B. initiated the sexual activity between them. He denied ever threatening to expose the photographs. He said there was no reason to extort sex from her, since they were already having sex anyway. Despite his testimony, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant threatened to expose the photographs and that any sexual activity that took place occurred because of P.V.B.'s fear that the appellant would expose her.

67 Given the trial judge's findings in this regard, I am satisfied that the events unfolded as the complainant described them. The testimony of a friend of the complainant, provides further support for this conclusion. P.V.B.'s friend testified that on a couple of occasions following sexual encounters with the appellant, P.V.B. arrived at her apartment distraught. She further testified that she knew P.V.B. was hurt because she was bleeding from her vagina even though she was not menstruating. I would note that her testimony was accepted by the trial judge to corroborate P.V.B.'s testimony regarding the burning of the negatives after P.V.B. received them from the appellant.

68 The question, then, is whether this evidence supports a conviction of sexual assault. The Crown argued before us that it does. I agree. P.V.B. clearly communicated her lack of consent to the appellant. She asked him to stop, yet he persisted. He did so even though, through his own admission, he knew she was "sore". As such, both the *actus reus* and *mens rea* of sexual assault have been

le genre de contre-interrogatoire qui devait évidemment être mené, il n'est pas étonnant que le témoin ait réagi en se tenant sur la défensive».

Par contre, le juge du procès a conclu que le témoignage de l'appelant n'était pas digne de foi. L'appelant a prétendu qu'il avait des rapports consensuels réguliers avec P.V.B. bien avant que les séances de photographie n'eurent lieu, et que P.V.B. avait pris l'initiative de l'activité sexuelle entre eux. Il a nié avoir jamais menacé de dévoiler les photographies. Il a dit qu'il n'avait aucune raison de chercher à lui extorquer des rapports sexuels puisqu'ils en avaient déjà de toute manière. Malgré ce témoignage, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait menacé de dévoiler les photographies et que toute activité sexuelle qui avait eu lieu résultait du fait que P.V.B. craignait que l'appelant ne dévoile les photographies.

Compte tenu des conclusions du juge du procès à cet égard, je suis convaincu que les événements se sont déroulés de la manière décrite par la plaignante. Le témoignage d'une amie de la plaignante vient étayer cette conclusion. L'amie de P.V.B. a témoigné qu'à quelques occasions, P.V.B. était arrivée affolée à son appartement après avoir eu des rapports sexuels avec l'appelant. Elle a ajouté qu'elle savait que P.V.B. était blessée parce que son vagin saignait même si elle n'était pas menstruée. J'aimerais souligner que son témoignage a été retenu par le juge du procès pour corroborer le témoignage de P.V.B. quant au fait qu'elle avait brûlé les négatifs après les avoir reçus de l'appelant.

La question qui se pose est donc celle de savoir si la preuve justifie une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. Le ministère public a soutenu devant nous qu'elle le justifie. Je suis d'accord. P.V.B. a clairement fait part de son absence de consentement à l'appelant. Elle lui a demandé d'arrêter, pourtant il a continué. Il l'a fait même si, de son propre aveu, il savait que «ça lui faisait mal». L'*actus reus* et la *mens rea* de l'agression sexuelle ont donc été établis. Je confirmerais par conséquent la déclaration de culpabilité pour

made out. I would therefore affirm the appellant's conviction of sexual assault on these grounds.

C. *Does the Kienapple principle apply to the convictions of extortion and sexual assault in the case of P.V.B.?*

The appellant argued that the *Kienapple* principle, which precludes multiple convictions in respect of the same "delict", "matter", or "cause", ought to apply to his convictions of sexual assault and extortion in relation to P.V.B.

As a preliminary matter, I will first consider whether the Court has jurisdiction to address this issue. At the hearing the Crown argued that the Court does not have jurisdiction because this issue was not raised by O'Neill J.A. in his dissenting judgment. Since this is an appeal as of right pursuant to s. 691(1)(*a*) of the *Code*, the jurisdiction of this Court is limited to questions of law on which a judge of the court of appeal dissents. O'Neill J.A. dissented only on the extortion and sexual assault convictions in relation to P.V.B. He did not dissent on the application of *Kienapple*. Accordingly, the Crown contended the Court's jurisdiction is limited solely to these grounds, unless leave to appeal to address the application of *Kienapple* is granted.

I do not find this argument convincing. In light of the fact that I would affirm both convictions, the Court has, by necessary implication, the jurisdiction to consider *Kienapple*. The Court's jurisdiction over both the extortion and sexual assault convictions must, of necessity, include the jurisdiction to make whatever order is required to dispose of these grounds of appeal. It goes without saying that any order the Court makes in this regard must be a legal order. The Court cannot make an order that would violate established principles or rules of law. There is a possibility, however, that in affirming the convictions without considering the

agression sexuelle prononcée contre l'appelant pour ces motifs.

C. *Le principe énoncé dans l'arrêt Kienapple s'applique-t-il aux déclarations de culpabilité pour extorsion et agression sexuelle dans le cas de P.V.B.?*

69 L'appelant a soutenu que le principe de l'arrêt *Kienapple*, qui empêche les déclarations de culpabilité multiples relativement au même «délit», à la même «chose» ou à la même «cause», devrait s'appliquer aux déclarations de culpabilité prononcées contre lui pour agression sexuelle et extorsion à l'égard de P.V.B.

70 Comme question préliminaire, j'examinerai tout d'abord si la Cour a compétence pour trancher cette question. À l'audience, le ministère public a soutenu que la Cour n'est pas habilitée à le faire parce que cette question n'a pas été soulevée par le juge O'Neill dans son jugement dissident. Comme il s'agit d'un pourvoi de plein droit formé sous le régime de l'al. 691(1)*a*) du *Code*, la compétence de notre Cour se limite aux questions de droit sur lesquelles un juge d'une cour d'appel exprime sa dissidence. Le juge O'Neill n'a exprimé sa dissidence qu'à l'égard des déclarations de culpabilité pour extorsion et agression sexuelle relativement à P.V.B. Il n'était pas dissident quant à l'application de l'arrêt *Kienapple*. Par conséquent, le ministère public a soutenu que la compétence de la Cour se limitait uniquement à ces moyens, à moins que l'autorisation de se pourvoir quant à la question de l'application de l'arrêt *Kienapple* ne soit accordée.

71 J'estime que cet argument n'est pas convaincant. Compte tenu du fait que je confirmerais les deux déclarations de culpabilité, la Cour a, par implication nécessaire, la compétence requise pour examiner l'arrêt *Kienapple*. La compétence de la Cour sur les déclarations de culpabilité pour extorsion et agression sexuelle doit, par la force des choses, inclure celle de rendre toute ordonnance requise pour trancher ces moyens d'appel. Il va sans dire que toute ordonnance de la Cour à cet égard doit être une ordonnance légale. La Cour ne peut pas rendre une ordonnance qui contreviendrait aux principes établis ni aux règles de droit. Par

potential application of *Kienapple* that the accused could be convicted of multiple offences arising from the same delict. Such a disposition would be illegal, as it would contravene an established legal principle. Thus, in order to safeguard against this possibility, the Court has an implied jurisdiction to consider the application of *Kienapple*, to which I now turn.

72 The scope of the *Kienapple* principle was considered in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480. Dickson C.J. found that the application of the principle required that there be both a factual and legal nexus between the offences in issue. At p. 493 he held "[o]nce it has been established that there is a sufficient factual nexus between the charges, it remains to determine whether there is an adequate relationship between the offences themselves".

73 In this appeal there is not a sufficient factual nexus between the extortion and sexual assault convictions to trigger the application of *Kienapple*. The convictions arise out of different factual transactions. Any one of the occasions over the two- to three-month period in which the appellant engaged in sexual activity with P.V.B. is sufficient to ground the extortion conviction. By contrast, the sexual assault conviction arises from one or two specific occasions in which the complainant explicitly communicated her lack of consent to sexual contact. Since there are separate factual circumstances which give rise to the different convictions, *Kienapple* does not apply.

D. *Did the trial judge err in failing to consider the defence of honest but mistaken belief in consent in convicting the appellant of sexually assaulting E.V.K.?*

74 The appellant argued that the trial judge erred in convicting him of sexual assault in the case of E.V.K. because the trial judge failed to consider

contre, si les déclarations de culpabilité devaient être confirmées sans examen de l'application possible de l'arrêt *Kienapple*, l'accusé pourrait être reconnu coupable d'infractions multiples découlant du même délit. Une telle décision serait illégale puisqu'elle contreviendrait à un principe juridique établi. C'est pourquoi, afin de se protéger contre cette éventualité, la Cour est implicitement habilitée à examiner l'application de l'arrêt *Kienapple*, ce que je ferai maintenant.

La portée du principe de l'arrêt *Kienapple* a été examinée dans l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480. Le juge en chef Dickson a conclu que l'application de ce principe exigeait l'existence d'un lien factuel et juridique entre les infractions en cause. À la page 493, il a statué qu'«[u]ne fois établie l'existence d'un lien factuel suffisant entre les accusations, il reste à déterminer s'il y a un rapport suffisant entre les infractions elles-mêmes».

Dans le présent pourvoi, il n'existe pas entre les déclarations de culpabilité pour extorsion et pour agression sexuelle un lien factuel suffisant pour entraîner l'application de l'arrêt *Kienapple*. Les déclarations de culpabilité ont été prononcées par suite d'opérations factuelles différentes. Chacun des incidents qui se sont produits, au cours de la période de deux à trois mois pendant laquelle l'appelant a eu une activité sexuelle avec P.V.B., est suffisant pour justifier la déclaration de culpabilité pour extorsion. Par contre, la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle résulte d'une ou de deux occasions précises où la plaignante a clairement communiqué son absence de consentement au contact sexuel. Comme des circonstances factuelles distinctes sont à l'origine de déclarations de culpabilité différentes, l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas.

D. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'examinant pas la défense de croyance sincère mais erronée au consentement lorsqu'il a déclaré l'appelant coupable d'avoir agressé sexuellement E.V.K.?*

L'appelant a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en le déclarant coupable d'agression sexuelle dans le cas de E.V.K. parce

the defence of honest but mistaken belief in consent.

Although the trial judge gave detailed reasons for his findings, he did not specifically advert to the possibility that the appellant honestly but mistakenly believed the complainant consented to the sexual activity in question.

Green J.A. held that the trial judge's failure to advert to the defence of honest but mistaken belief in an otherwise detailed judgment raised the question of whether the trial judge failed to consider it. If so, the accused may not have been afforded the benefit of the doubt on that issue. Another possibility was that the trial judge had decided that the defence had no "air of reality" and therefore did not need to be addressed in his reasons. Finding it impossible to resolve this question from a review of the judgment, Green J.A. conducted an extensive review of the evidence to determine whether there was an air of reality to the defence. He concluded there was none. Therefore, he held that even if the trial judge had failed to consider the issue at all, no reversible error was committed. O'Neill J.A. dissented, and would have ordered a new trial.

In order for the appellant to succeed on this ground of appeal, he must establish two things. First, that the trial judge failed to consider the defence, and second, that there was an air of reality to the defence. Failure of a trial judge to consider the defence when there is an air of reality to it, whether sitting alone or with a jury, is an error of law.

Since the trial judge did not advert to the defence at all in his reasons, it cannot be determined whether he in fact considered it. Resolving this issue requires the Court to determine whether in these circumstances the failure to give reasons may be deemed a failure to consider the defence, and thus an error of law.

qu'il n'avait pas examiné la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

75 Même s'il a fourni des motifs détaillés au soutien de ses conclusions, le juge du procès n'a pas spécifiquement fait allusion à la possibilité que l'appelant ait pu croire sincèrement mais erronément que la plaignante avait consenti à l'activité sexuelle en cause.

76 Le juge Green a statué que l'omission par le juge du procès de faire allusion à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans un jugement par ailleurs étoffé soulevait la question de savoir s'il avait omis de l'examiner. Le cas échéant, il se pouvait que l'on n'ait pas donné le bénéfice du doute à l'accusé sur ce point. Il était également possible que le juge du procès ait décidé que la défense n'avait aucune «vraisemblance» et qu'il n'était donc pas nécessaire de l'examiner dans ses motifs. Estimant impossible de trancher cette question en examinant le jugement, le juge Green a fait une analyse approfondie de la preuve pour déterminer si la défense avait quelque vraisemblance. Il a conclu que ce n'était pas le cas. Il a donc statué que, même si le juge du procès avait omis d'examiner cette question, aucune erreur justifiant annulation n'avait été commise. Le juge O'Neill était dissident et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

77 Pour obtenir gain de cause sur ce moyen d'appel, l'appelant doit établir deux choses. Premièrement, que le juge du procès n'a pas examiné la défense et, deuxièmement, que la défense a quelque vraisemblance. L'omission par le juge du procès d'examiner la défense lorsqu'elle a une certaine vraisemblance, qu'il siège seul ou avec un jury, constitue une erreur de droit.

78 Comme le juge du procès n'a nullement fait allusion à la défense dans ses motifs, on ne peut pas déterminer s'il l'a en fait examinée. Pour trancher cette question, la Cour doit déterminer si, dans les circonstances, l'omission de fournir des motifs peut être considérée comme une omission d'examiner la défense et, par conséquent, comme une erreur de droit.

79 Counsel did not address this issue in either oral or written arguments, focussing instead on whether there was an air of reality to the defence. Given that there was no argument on this point and that I am of the opinion that the appeal can be disposed of on the grounds that there was no air of reality to the defence, it is safer to assume without deciding that the failure of the trial judge to advert to the defence amounted to a failure to consider it. It is best to leave to another day the question of whether a trial judge's complete silence as regards a defence raised by the evidence constitutes a failure to consider it and therefore an error of law.

80 The defence of honest but mistaken belief in consent is simply a denial of the *mens rea* of sexual assault: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 44; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 148. The *actus reus* of sexual assault requires a touching, of a sexual nature, without the consent of the complainant. The *mens rea* requires the accused to intend the touching and to know of, or to be reckless or wilfully blind as to the complainant's lack of consent: *Ewanchuk*, *supra*, at paras. 25 and 42. In some circumstances, it is possible for the complainant not to consent to the sexual touching but for the accused to honestly but mistakenly believe that the complainant consented. In these circumstances, the *actus reus* of the offence is established, but the *mens rea* is not.

81 Before the defence can be considered, there must be sufficient evidence for a reasonable trier of fact to conclude that (1) the complainant did not consent to the sexual touching, and (2) the accused nevertheless honestly but mistakenly believed that the complainant consented: see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 648, *per* McLachlin J. In other words, given the evidence, it must be possible for a reasonable trier of fact to conclude that the *actus reus* is made out but the *mens rea* is not. In these circumstances, the defence is said to have an "air of reality", and the trier of fact, whether a judge or jury, must consider it. Conversely, where

Les avocats n'ont abordé cette question ni dans leurs plaidoiries ni dans leurs mémoires, insistant plutôt sur la question de savoir si la défense avait quelque vraisemblance. Comme aucun argument n'a été avancé sur ce point et que je suis d'avis que le pourvoi peut être tranché pour le motif que la défense n'était pas vraisemblable, il est plus prudent de supposer sans en décider que l'omission du juge du procès de faire allusion à la défense est assimilable à une omission de l'examiner. Il est préférable d'examiner dans une autre instance la question de savoir si le silence absolu du juge du procès au sujet d'un moyen de défense soulevé par la preuve constitue une omission de l'examiner et, par conséquent, une erreur de droit.

La défense de croyance sincère mais erronée au consentement est simplement une dénégation de la *mens rea* de l'agression sexuelle: *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, au par. 44; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 148. L'*actus reus* de l'agression sexuelle est constitué par des attouchements, de nature sexuelle, sans le consentement du plaignant. La *mens rea* est constituée par l'intention de l'accusé de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard: *Ewanchuk*, précité, aux par. 25 et 42. Dans certaines circonstances, il se peut que le plaignant ne consente pas aux attouchements sexuels, mais que l'accusé croit sincèrement mais erronément que le plaignant y a consenti. Dans de tels cas, l'*actus reus* de l'infraction est établi, mais la *mens rea* ne l'est pas.

Avant que la défense puisse être examinée, il faut qu'il y ait suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir convaincre un juge des faits raisonnable (1) que le plaignant n'a pas consenti aux attouchements sexuels, et (2) que l'accusé a néanmoins cru sincèrement mais erronément qu'il était consentant: voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 648, le juge McLachlin. En d'autres termes, compte tenu de la preuve, il doit être possible pour un juge des faits raisonnable de conclure que l'*actus reus* est établi, mais que la *mens rea* ne l'est pas. Dans ces circonstances, on dit que la défense a une certaine «vraisemblance» et le juge des faits,

there is no air of reality to the defence, it should not be considered, as no reasonable trier of fact could acquit on that basis: see *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 11.

qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, doit l'examiner. Par contre, lorsque la défense n'a aucune vraisemblance, il ne faut pas en tenir compte puisque aucun juge des faits raisonnable ne pourrait prononcer un verdict d'acquittement sur ce fondement: voir *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au par. 11.

In determining whether there is an air of reality to the defence, the trial judge should consider the totality of the evidence: see *Osolin*, *supra*, at p. 683, *per* Cory J.; *Park*, *supra*, at para. 16. The role of the judge in making this determination was set out by Major J. in *Ewanchuk*, *supra*, at para. 57. He held that the judge should make "no attempt to weigh the evidence". The sole concern is "with the facial plausibility of the defence", and the judge should "avoid the risk of turning the air of reality test into a substantive evaluation of the merits of the defence". Care should be taken not to usurp the role of the trier of fact. Whenever there is a possibility that a reasonable trier of fact could acquit on the basis of the defence, it must be considered.

82 Pour déterminer si la défense est vraisemblable, le juge du procès doit examiner l'ensemble de la preuve: voir *Osolin*, précité, à la p. 683, le juge Cory; *Park*, précité, au par. 16. Le rôle du juge dans un tel cas a été énoncé par le juge Major dans l'arrêt *Ewanchuk*, précité, au par. 57. Il a statué que le juge ne devait pas «soupeser les éléments de preuve». La seule préoccupation est «la plausibilité apparente de la défense», et le juge doit «éviter le risque de transformer le critère de la vraisemblance en une évaluation substantielle du bien-fondé de la défense». Il faut faire attention de ne pas usurper le rôle du juge des faits. Chaque fois qu'il est possible qu'un juge des faits raisonnable puisse prononcer un verdict d'acquittement sur le fondement de la défense, celle-ci doit être examinée.

It is not necessary for the accused to specifically assert a belief that the complainant consented. By simply asserting that the complainant consented, either directly under oath or through counsel, the accused is also asserting a belief that the complainant consented: see *Park*, *supra*, at para. 17. However, the accused's mere assertion will not give the defence an air of reality: see *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 790.

83 Il n'est pas nécessaire pour l'accusé de faire spécifiquement valoir qu'il croyait que le plaignant avait donné son consentement. En alléguant simplement, directement sous serment ou par l'intermédiaire de son avocat, que le plaignant avait donné son consentement, l'accusé allègue aussi une telle croyance: voir *Park*, précité, au par. 17. Cependant, la simple allégation de l'accusé ne conférera pas de vraisemblance à la défense: voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 790.

While this is evidence of a belief in consent, it is not sufficient evidence of an honest but mistaken belief in consent. Sexual assault is not a crime that is generally committed by accident: see *Pappajohn*, at p. 155, *per* Dickson J.; *Osolin*, at pp. 685-86, *per* Cory J. In most cases, the issue will be simply one of "consent or no consent", and there will be only one of two possibilities. The first is that the complainant consented, in which case there is no *actus reus*. The second is that the complainant did not consent, and the accused had subjective knowledge of this fact. Here, the *actus reus*

84 Bien qu'il s'agisse d'une preuve de la croyance au consentement, ce n'est pas une preuve suffisante d'une croyance sincère mais erronée au consentement. L'agression sexuelle n'est pas un crime qui survient généralement par accident: voir *Pappajohn*, à la p. 155, le juge Dickson; *Osolin*, aux pp. 685 et 686, le juge Cory. Dans la plupart des cas, la question qui se posera sera celle du «consentement ou de l'absence de consentement», et il n'y aura qu'une alternative. Soit le plaignant a consenti, auquel cas il n'y a pas d'*actus reus*. Soit le plaignant n'a pas consenti et l'accusé avait une

is made out, and the *mens rea* follows straightforwardly.

85 For example, suppose the complainant and the accused relay diametrically opposed stories. The complainant alleges a brutal sexual assault and vigorous resistance, whereas the accused claims consensual intercourse. Suppose further that it is impossible to splice together the evidence to create a third version of events in which the accused honestly but mistakenly believed the complainant consented. In such circumstances, the trial becomes, essentially, a pure question of credibility. If the complainant is believed, the *actus reus* is made out and the *mens rea* follows straightforwardly. If the accused is believed, or if there is a reasonable doubt as to the complainant's version of events, there is no *actus reus*. There is no third possibility of an honest but mistaken belief in consent, notwithstanding the accused's assertion that the complainant consented: *Park*, *supra*, at paras. 25-26.

86 Although the accused's mere assertion that the complainant consented will not be sufficient evidence to raise the defence, the requisite evidence may nevertheless come from the accused: see *Park*, *supra*, at paras. 19-20, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Osolin*, *supra*, at pp. 686-87, *per* Cory J., and pp. 649-50, *per* McLachlin J. It may also come from the complainant, other sources, or a combination thereof. In *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777. McLachlin J., dissenting in the result, accurately conveyed the nature of this evidence at para. 63:

> There must be evidence not only of non-consent and belief in consent, but in addition evidence capable of explaining how the accused could honestly have mistaken the complainant's lack of consent as consent. Otherwise, the defence cannot reasonably arise. There must, in short, be evidence of a situation of ambiguity in which the accused could honestly have misapprehended that the complainant was consenting to the sexual activity in question.

connaissance subjective de ce fait. Dans ce cas, l'*actus reus* est établi et la *mens rea* s'ensuit simplement.

Par exemple, supposons que le plaignant et l'accusé relatent des faits diamétralement opposés. Le plaignant allègue avoir été victime d'une agression sexuelle brutale et y avoir résisté vigoureusement tandis que l'accusé affirme qu'il s'agissait de rapports sexuels consensuels. Supposons en outre qu'il est impossible de combiner les éléments de preuve pour créer une troisième version des faits suivant laquelle l'accusé a cru sincèrement mais erronément que le plaignant avait donné son consentement. Dans de telles circonstances, il s'agit essentiellement au procès d'une simple question de crédibilité. Si on croit le plaignant, l'*actus reus* est établi et la *mens rea* s'ensuit simplement. Si on croit l'accusé, ou s'il y a un doute raisonnable quant à la version des faits du plaignant, il n'y a pas d'*actus reus*. Il n'y a pas de troisième possibilité, savoir une croyance sincère mais erronée au consentement, même si l'accusé affirme que le plaignant a consenti: *Park*, précité aux par. 25 et 26.

Même si le simple fait pour l'accusé d'affirmer sa croyance que le plaignant a donné son consentement ne constituera pas une preuve suffisante pour soulever la défense, la preuve requise peut néanmoins provenir de l'accusé: voir *Park*, précité, aux par. 19 et 20, le juge L'Heureux-Dubé; *Osolin*, précité, aux pp. 686 et 687, le juge Cory, et aux pp. 649 et 650, le juge McLachlin. Elle peut également provenir du plaignant, d'autres sources ou d'une combinaison de celles-ci. Dans l'arrêt *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, le juge McLachlin, qui était dissidente quant au résultat, a correctement expliqué la nature de cette preuve au par. 63:

> Non seulement il doit y avoir une preuve d'absence de consentement et de croyance au consentement, mais il doit aussi y avoir une preuve susceptible d'expliquer comment l'accusé a pu se méprendre sur l'absence de consentement du plaignant et croire sincèrement qu'il consentait. Autrement, ce moyen de défense ne peut pas être valablement soulevé. Bref, il doit y avoir une preuve d'une situation d'ambiguïté dans laquelle l'accusé aurait sincèrement pu comprendre à tort que le plaignant consentait à l'activité sexuelle en question.

Finally, the Court has held that there will be no air of reality where the evidence shows that the accused was reckless or wilfully blind as to whether the complainant consented. In those circumstances, the accused has subjectively adverted to the absence of consent, and therefore cannot have an honest but mistaken belief that the complainant consented.

Enfin, la Cour a statué qu'il n'y aura aucune vraisemblance lorsque la preuve montre que l'accusé a fait preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire quant à la question du consentement du plaignant. Dans de telles circonstances, l'accusé a subjectivement pris conscience de l'absence de consentement et, par conséquent, ne peut pas avoir une croyance sincère mais erronée que le plaignant a donné son consentement. 87

I note that the appellant was charged with offences allegedly committed prior to the introduction of s. 273.2 in August of 1992. Consequently, the statutory amendments to the defence of honest but mistaken belief in consent do not apply to this appeal.

Je souligne que l'appelant a été accusé d'infractions qu'il aurait commises avant l'adoption de l'art. 273.2 en août 1992. Par conséquent, les modifications législatives à la défense de croyance sincère mais erronée ne s'appliquent pas au présent pourvoi. 88

With these principles in mind I turn to consider the evidence in the case of E.V.K. I will begin with the complainant's testimony. She claims to have first met the appellant while walking near a mall in Gander, Newfoundland in August 1990. She was 20 years old at the time. The appellant, who was in his late thirties, approached her on his motorcycle. He held himself out as a photographer for a Toronto agency and asked her if she would consider modelling, as she had great potential. Some time later, she met with him at his residence to discuss the matter further, and she thought it a good idea. No photographs were taken on this occasion.

Ayant ces principes à l'esprit, je passe à l'examen de la preuve produite dans le cas de E.V.K. Je commencerai par le témoignage de la plaignante. Elle prétend avoir rencontré l'appelant pour la première fois pendant qu'elle marchait près d'un centre commercial à Gander (Terre-Neuve), en août 1990. Elle avait 20 ans à l'époque. L'appelant, qui était alors dans la fin de la trentaine, s'est approché d'elle sur sa motocyclette. Il s'est présenté comme un photographe d'une agence de Toronto et lui a demandé si elle envisageait une carrière de mannequin parce qu'elle avait beaucoup de potentiel. Un peu plus tard, la plaignante a rencontré l'appelant chez lui pour en parler plus longuement et elle a pensé que c'était une bonne idée. Aucune photographie n'a été prise à cette occasion. 89

A few days later, the appellant contacted the complainant and told her to come to his residence and to bring some clothes with her. She posed for photographs, fully clothed. Towards the end of the session, he discussed the possibility of nude photographs, as they were needed if she wanted to be sent to Toronto to pursue a career. She demurred because of her religious upbringing.

Quelques jours plus tard, l'appelant a communiqué avec la plaignante et lui a dit de venir chez lui et d'apporter quelques vêtements. La plaignante s'est fait photographier entièrement habillée. Vers la fin de la séance, l'appelant a parlé de la possibilité de prendre des photographies d'elle nue parce que celles-ci étaient nécessaires si elle souhaitait être envoyée à Toronto pour y faire carrière. Elle s'y est opposée en raison de son éducation religieuse. 90

Roughly one week later she returned to his apartment. Photographs were taken of her in a bathing suit and lingerie. Eventually he convinced her to pose nude. She was very hesitant, but he

Environ une semaine plus tard, la plaignante est retournée à l'appartement de l'appelant. Elle a été photographiée en maillot de bain et vêtue de lingerie fine. L'appelant a finalement réussi à la con- 91

assured her that only he and some people in Toronto would see the photographs. While she was posing nude in his living room, the appellant approached her, took her hands, and tied her wrists with ropes that were attached to hooks inserted in an archway such that her arms were reaching up towards the ceiling. He took some photographs of her in that position. He then came up behind her and, without asking her permission, touched her breasts and inserted his finger into her vagina. The complainant said that she froze and did not know what to do.

92 After some time he untied her. He then brought over a chair, bent her over it, and tied her to it by her hands and feet. While tied to the chair, the complainant saw his reflection in the glass of the stereo and watched him approach her and undo his pants. She said he touched her vagina with his penis. She screamed for him to untie her, saying "I don't want to do this". The appellant then untied her and apologized for his conduct, and the complainant left his apartment. There were no more photography sessions after that.

93 The accused confirmed that he met the complainant near the Fraser Mall and that she was interested in modelling. He testified that there were one or two photo sessions in August of 1990. In his direct examination he offered the following description of events on the evening during which the alleged assault occurred:

> She did everything that she did that night was just lingerie and nudes, and I had asked her about if she would like to try something different with the light bondage. As I told you, I was having very, very strong feelings for her. When she was in the archway I did come up behind her one time. She had her breasts exposed and I reached around behind her and I said, "I really like you". I was just telling her I really liked her, she really turned me on. I was just gently fondling her breasts and she said, "What are you doing?" I said, "I really like you and I'm making your breasts hard for the pictures". She didn't say anything else. I placed my hand down on her

vaincre de poser nue. Elle était très hésitante, mais il lui a donné l'assurance que seules quelques personnes à Toronto et lui-même verraient les photographies. Pendant qu'elle posait nue dans son salon, l'appelant s'est approché d'elle, lui a pris les mains et lui a ligoté les poignets avec des cordes qui étaient attachées à des crochets fixés dans une porte d'arche de sorte que ses bras étaient levés vers le plafond. Il a pris quelques photographies d'elle dans cette position. Il est ensuite allé derrière elle et, sans lui demander sa permission, lui a touché les seins et a inséré un doigt dans son vagin. La plaignante a dit qu'elle s'est figée et ne savait pas quoi faire.

Peu de temps après, l'appelant l'a détachée. Il a ensuite approché une chaise, a fait pencher l'appelante sur celle-ci et l'y a attachée par les mains et les pieds. Pendant qu'elle était ainsi attachée sur la chaise, la plaignante a vu le reflet de l'appelant dans la vitre du stéréo et l'a regardé qui s'approchait d'elle et qui détachait son pantalon. Elle a dit qu'il avait touché son vagin avec son pénis. Elle lui a crié de la détacher, disant [TRADUCTION] «Je ne veux pas faire ça». L'appelant l'a ensuite détachée et s'est excusé pour sa conduite, et la plaignante a quitté l'appartement. Il n'y a pas eu d'autres séances de photographie.

L'accusé a confirmé qu'il avait rencontré la plaignante près du centre commercial Fraser et qu'elle était intéressée à devenir mannequin. Il a déclaré dans son témoignage qu'il y avait eu une ou deux séances de photographie en août 1990. Lors de son interrogatoire principal, il a décrit de la manière suivante les événements de la soirée au cours de laquelle aurait eu lieu l'agression:

> [TRADUCTION] Elle a fait, tout ce qu'elle a fait ce soir-là, c'était vêtue de lingerie fine et nue, et je lui ai demandé si elle aimerait essayer quelque chose de différent, d'être ligotée légèrement. Comme je vous l'ai dit, je ressentais une attirance très, très forte pour elle. Lorsqu'elle était dans la porte d'arche, je suis venu en arrière d'elle une fois. Ses seins étaient dénudés, j'ai étendu la main vers elle et je lui ai dis «Tu me plais vraiment». Je lui disais simplement qu'elle me plaisait vraiment, elle m'excitait réellement. Je lui caressais doucement les seins et elle a dit, «Qu'est-ce que tu fais?» J'ai dit, «Tu me plais vraiment et je fais durcir tes seins pour les photographies».

vagina. I was fondling her for a little while and she said, "Well do you have to do that?" I said, "No", and I left her alone. So anyway we took some more pictures, then we did the — tied her up over the chair. Again, after taking a couple of photographs I leaned forward, I touched her, I was fondling her vagina and I said, "I really want you. I really, really like you. I want to have sex with you." She had not said no or anything before that and I was touching her on her vagina, and I don't know, I started to undo my pants. I don't know if she heard the noise or what it was at the time, but all of a sudden like she sort of lifted her head and said, "No, don't do that." I said, "Oh, come on, I really, really want you." She said, "No, no, don't do that. I have no protection, you can't do it. Stop." I just withdrew like that, and what I was touching her with was my hand, and I immediately withdrew. I said, "I'm sorry." I immediately untied her. [Emphasis added.]

Elle n'a rien dit d'autre. J'ai mis ma main sur son vagin. Je l'ai caressée un petit peu et elle a dit, «Es-tu obligé de faire ça?» J'ai dit, «Non», et je l'ai laissée tranquille. Nous avons continué à prendre quelques autres photographies, ensuite nous avons fait le — le ligotage sur la chaise. Encore une fois, après avoir pris quelques photographies, je me suis penché, je l'ai touchée, j'ai caressé son vagin et j'ai dit, «Je te veux vraiment. Tu me plais vraiment beaucoup. Je veux coucher avec toi.» Elle n'avait pas dit non ni rien d'autre avant, et je touchais son vagin, et je ne sais pas, j'ai commencé à enlever mon pantalon. Je ne sais pas si elle a entendu le bruit ou quelque chose à ce moment-là, mais tout à coup, elle a levé la tête et elle a dit, «Non, ne fais pas ça». J'ai dit, «Oh, voyons, je te désire vraiment, beaucoup». Elle a dit, «Non, non, ne fais pas ça. Je n'ai aucune protection, tu ne peux pas le faire. Arrête.» J'ai juste reculé, et je la touchais avec la main, et je me suis retiré immédiatement. J'ai dit, «Je suis désolé.» Je l'ai détachée immédiatement. [Je souligne.]

The appellant also testified that he never asked the complainant for permission to touch her.

L'appelant a aussi déclaré qu'il n'avait jamais demandé à la plaignante la permission de la toucher.

In my view, even if the testimony of the appellant is completely accepted, it discloses that, at a minimum, he was wilfully blind as to whether the complainant consented to the fondling of her breasts and vagina. Consequently, the defence of honest but mistaken belief has no air of reality. 94

À mon avis, même si on le retient entièrement, le témoignage de l'appelant révèle à tout le moins qu'il a fait preuve d'aveuglement volontaire quant à savoir si la plaignante avait consenti à ce qu'il lui caresse les seins et le vagin. Par conséquent, la défense de croyance sincère mais erronée n'a aucune vraisemblance.

There is no suggestion by the appellant that the complainant posed nude for any reason other than to further her modelling career. Nor was there any evidence that she invited him to touch her prior to his fondling of her breasts and vagina. Nevertheless, the appellant approached the complainant when she was in an extremely vulnerable position and began fondling her breasts. I agree with Green J.A., who held at p. 314 that: 95

L'appelant n'a pas indiqué que la plaignante avait posé nue pour une autre raison que pour lancer sa carrière de mannequin. Rien dans la preuve n'indiquait non plus qu'elle l'avait invité à la toucher avant qu'il ne lui caresse les seins et le vagin. Néanmoins, l'appelant s'est approché de la plaignante pendant qu'elle se trouvait dans une position extrêmement vulnérable et a commencé à lui caresser les seins. Je partage l'opinion du juge Green qui a statué à la p. 314:

This is not a case of a subtle and tentative initiation of preliminary sexual exploration by one person towards another in a situation of autonomy, in the belief or hope that the feelings will be reciprocated and that the other party will be receptive to progressively more intimate activity. E.V.K. had made no prior request for sexual activity and had given no other indication she was interested. There was a manifest power imbalance present of

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'un cas où une personne s'est lancée dans une approche sexuelle préliminaire subtile et hésitante avec une autre personne se trouvant dans une situation d'autonomie, en croyant ou en espérant que les sentiments seront réciproques et que l'autre personne se montrera réceptive à une activité progressivement plus intime. E.V.K. n'avait pas demandé antérieurement de se livrer à une activité

which the appellant took advantage. The appellant was directing operations, ostensibly for a photographic purpose, but with the (unexpressed, before the first touching) intent of pursuing a sexual encounter. The touching occurred when E.V.K. was vulnerable by being tied up. There was no basis in the evidence for the appellant thinking, at the time of the initiation of sexual touching, that E.V.K. might have been receptive to his advances.

96 In cross-examination, the appellant testified that he did not immediately touch the complainant's breasts, but rather began by touching her shoulders and telling her how much he liked her. The complainant was silent. Taking her silence and passivity as evidence of consent, he then proceeded to fondle her breasts. In these circumstances, I fail to see how the complainant's silence could have led the appellant to believe she was consenting to more intimate sexual contact.

97 Moreover, after he pinched her nipples, the appellant admits that the complainant said, "What are you doing?". Undeterred, he fondled her vagina. She then said "Do you have to do that?". The appellant stopped. This is clear evidence that he understood she was not consenting to further contact. Notwithstanding these statements, he tied her to a chair and again fondled her breasts and vagina. The appellant provided no evidence to suggest that the complainant had a change of heart. As the Court held in *Ewanchuk*, *supra*, at para. 58, there can be no air of reality in these circumstances.

98 In *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 584, McIntyre J. held that "wilful blindness arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant". More recently in *Esau*, *supra*, McLachlin J. described wilful blindness as follows at para. 70:

sexuelle et elle n'avait donné aucun signe qu'elle y était intéressée. Il y avait un déséquilibre manifeste des pouvoirs dont a profité l'appelant. Celui-ci dirigeait les opérations, sous prétexte de prendre des photographies, mais avec l'intention (non exprimée, avant le premier attouchement) d'avoir des rapports sexuels. Les attouchements ont eu lieu lorsque E.V.K. était vulnérable parce qu'elle était ligotée. Rien dans la preuve ne permettait de croire que l'appelant pouvait penser, au moment où il a commencé les attouchements sexuels, que E.V.K. pouvait se montrer réceptive à ses avances.

Lors du contre-interrogatoire, l'appelant a déclaré qu'il n'avait pas touché immédiatement les seins de la plaignante, mais qu'il avait plutôt commencé par lui toucher les épaules et lui dire combien elle lui plaisait. La plaignante gardait le silence. Considérant que son silence et sa passivité étaient la preuve de son consentement, il a ensuite commencé à lui caresser les seins. Dans les circonstances, je ne peux pas voir comment le silence de la plaignante aurait pu amener l'appelant à croire qu'elle consentait à avoir des contacts sexuels plus intimes.

De plus, l'appelant admet qu'après qu'il lui eut pincé les mamelons, la plaignante a dit, [TRADUCTION] «Qu'est-ce que tu fais?». Aucunement troublé, il lui a caressé le vagin. Elle a ensuite dit [TRADUCTION] «Es-tu obligé de faire ça?». L'appelant a arrêté. C'est une preuve évidente qu'il a compris qu'elle ne consentait pas à d'autres contacts. Malgré cela, l'appelant l'a ligotée à une chaise et lui a encore caressé les seins et le vagin. Il n'a produit aucune preuve indiquant que la plaignante avait changé d'avis. Comme l'a statué la Cour dans l'arrêt *Ewanchuk*, précité, au par. 58, il ne peut y avoir de vraisemblance dans les circonstances.

Dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, à la p. 584, le juge McIntyre a statué que «l'ignorance volontaire se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance». Plus récemment, dans l'arrêt *Esau*, précité, le juge McLachlin a décrit l'ignorance ou l'aveuglement volontaire de la manière suivante au par. 70:

The term wilful blindness connotes a deliberate avoidance of the facts and circumstances. It is the legal equivalent of turning a blind eye, of not seeing or hearing what is there to hear or see. It is the making of an assumption that the complainant consents without determining whether, as a matter of fact, the complainant consents. Blindness as to the need to obtain consent can never be raised by an accused as a defence.... [Emphasis in original.]

In light of the foregoing evidence, I am convinced that the appellant was wilfully blind as to whether the complainant consented. Accordingly, the defence of honest but mistaken belief in consent has no air of reality.

I note that O'Neill J.A. also dissented on the grounds that the trial judge failed to consider the defence of honest but mistaken belief in consent in the cases of T.R. and D.A.S. The appellant, however, made no submissions on this point in either oral or written arguments. It is not clear whether this was an oversight, or a concession that there was no air of reality to the defence in either case and thus a waiver of this ground of appeal. To rule out the possibility of a potentially harmful oversight and in an abundance of caution, I have reviewed the record, and am of the opinion that there was no air of reality to the defence. The issue was simply one of consent or no consent in both cases.

E. *Did the trial judge err in his application of the principle of reasonable doubt in the cases of all five complainants?*

The appellant argued that the trial judge erred in his application of the principle of reasonable doubt to each of the charges against him in the cases of all five complainants. O'Neill J.A. in dissent held that the trial judge made two notable errors. First, in each case the trial judge failed to consider all of the evidence in determining whether there was a reasonable doubt in the manner set out by this Court's decision in *R. v. W. (D.)*, *supra*. Second, that in the cases of D.A.S. and T.R., the trial judge used language that suggests that he reversed the

L'expression ignorance volontaire évoque le refus délibéré de voir les faits et les circonstances. C'est l'équivalent juridique du fait de fermer les yeux sur quelque chose, de ne pas voir ni entendre ce qu'il y a à voir ou à entendre. C'est présumer que le plaignant est consentant sans vérifier si, dans les faits, il l'est. L'accusé ne peut jamais plaider comme moyen de défense qu'il ignorait qu'il devait obtenir un consentement... [Souligné dans l'original.]

Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu que l'appelant a fait preuve d'aveuglement volontaire quant à savoir si la plaignante avait donné son consentement. Par conséquent, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement n'a aucune vraisemblance.

99 Je souligne que le juge O'Neill était aussi dissident pour le motif que le juge du procès avait omis d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans les cas de T.R. et de D.A.S. L'appelant n'a toutefois produit aucune observation sur ce point que ce soit dans son argumentation orale ou écrite. On ne sait pas s'il s'agit d'une omission ou s'il a concédé que la défense n'avait aucune vraisemblance dans un cas ou dans l'autre et donc, s'il a renoncé à ce moyen d'appel. Afin d'écarter toute possibilité d'une omission potentiellement préjudiciable et par surcroît de prudence, j'ai examiné le dossier et je suis d'avis que la défense n'a aucune vraisemblance. Il s'agissait simplement d'une question de consentement ou d'absence de consentement dans les deux cas.

E. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'application du principe du doute raisonnable dans le cas des cinq plaignantes?*

100 L'appelant a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur dans son application du principe du doute raisonnable à chacune des accusations portées contre lui dans le cas des cinq plaignantes. Le juge O'Neill, qui était dissident, a statué que le juge du procès a fait deux erreurs notables. Premièrement, dans chaque cas, le juge du procès a omis d'examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer s'il existait un doute raisonnable, selon la méthode énoncée dans l'arrêt de la Cour *R. c. W. (D.)*, précité. Deuxièmement, dans

onus on the burden of proof from the Crown to the appellant.

101 At the beginning of his judgment, before dealing with any of the individual charges, the trial judge specifically referred to *W. (D.)*. At paras. 3-5 he held:

> . . . it is important to ensure that one applies the presumption of innocence to the accused in each of the cases. The obligation is never lifted from the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt on each of the counts. It has been pointed out in numerous cases that proof beyond a reasonable doubt is that degree of proof which "convinces the mind and satisfies the conscience that the Crown has proven all the essential elements of the offence": see *R. v. W. (D.)*. . . .
>
> It has been said by a number of trial judges that it is incorrect to approach these cases in terms of whether or not one believes the defence's evidence or the Crown's evidence. The correct approach is to ask oneself; even if I do not believe the evidence of the accused, whether or not, viewing the evidence as a whole, I have a reasonable doubt as to the accused's guilt. . . .
>
> It is important to review all of the testimony and consider the evidence in its totality in the broader context of the presumption of innocence and the requirement for proof beyond a reasonable doubt to finally reach a decision on each count.

102 The trial judge clearly directed himself properly as to the principle of reasonable doubt. His judgment also reveals a thorough review of the evidence. While he did not specifically advert to *W. (D.)* while dealing with each count, this does not mean that he erred. I agree with Green J.A. who held at pp. 325-26:

> . . . the trial judge, near the beginning of his reasons for judgment, when dealing with general principles, specifically referred to and properly stated, the effect of *R. v. D. W.* as it affects the application of the principle of reasonable doubt on the issue of credibility. The fact that he did not repeat the admonition each time as he dealt with the facts of each count does not necessarily mean

le cas de D.A.S. et de T.R., le juge du procès a utilisé des termes qui donnent à penser qu'il a inversé le fardeau de la preuve faisant passer celui-ci du ministère public à l'appelant.

Au début de son jugement, avant d'aborder chacune des accusations, le juge du procès s'est reporté expressément à l'arrêt *W. (D.)*. Aux paragraphes 3 à 5, il a dit:

> [TRADUCTION] . . . il est important de s'assurer que l'on applique la présomption d'innocence à l'accusé dans chaque cas. Le ministère public n'est jamais libéré de l'obligation de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable relativement à chacun des chefs d'accusation. Il a été souligné dans de nombreuses décisions que la preuve hors de tout doute raisonnable est le niveau de preuve «qui convainc l'esprit et satisfait la conscience que le ministère public a fait la preuve de tous les éléments essentiels de l'infraction»: voir *R. c. W. (D.)*. . .
>
> Un certain nombre de juges de première instance ont dit qu'il était incorrect d'aborder ces affaires en se demandant s'il y a lieu de croire la preuve de la défense ou celle du ministère public. La manière correcte de procéder consiste à se demander: même si je ne crois pas le témoignage de l'accusé, compte tenu de l'ensemble de la preuve, ai-je un doute raisonnable quant à sa culpabilité. . .
>
> Il est important d'examiner l'ensemble des témoignages et d'analyser chacun des éléments de preuve dans le contexte plus général de la présomption d'innocence et de l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable pour statuer sur chacun des chefs d'accusation.

Le juge du procès a clairement examiné correctement le principe du doute raisonnable. Son jugement révèle aussi qu'il a analysé la preuve en profondeur. Même s'il n'a pas expressément fait allusion à l'arrêt *W. (D.)* en examinant chacun des chefs d'accusation, cela ne signifie pas qu'il a commis une erreur. Je partage l'avis du juge Green qui a statué aux pp. 325 et 326:

> [TRADUCTION] . . . au début de ses motifs de jugement, où il aborde des principes généraux, le juge du procès s'est reporté expressément à l'effet de l'arrêt *R. c. D. W.* et l'a correctement exposé en ce qui concerne l'application du principe du doute raisonnable à la question de la crédibilité. Même s'il n'a pas répété la mise en garde chaque fois qu'il a examiné les faits de chacun des chefs

that he failed to consider or apply the principle in each case. Just because a judge, after considering the evidence, decides to accept a complainant's version of events over that of an accused's does not mean he has fallen into the trap which *R. v. D. W.* warns against.

With respect to the cases of T.R. and D.A.S., in the course of reviewing the evidence, the trial judge said that he was "not convinced" that the complainants consented to the sexual activity in question. Read out of context, these comments suggest that the trial judge may have reversed the burden of proof. However, in my view, this is simply plucking colloquial elements of the trial judge's thorough reasons. I agree with Green J.A., who held at p. 316:

It is not sufficient to "cherry pick" certain infelicitous phrases or sentences without enquiring as to whether the literal meaning was effectively neutralized by other passages. This is especially true in the case of a judge sitting alone where other comments made by him or her may make it perfectly clear that he or she did not misapprehend the import of the legal principles involved. As McLachlin J. said in [*R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 737]: "[t]he fact that a trial judge misstates himself at one point should not vitiate his ruling if the preponderance of what was said shows that the proper test was applied and if the decision can be justified on the evidence."

I would dismiss this ground of appeal.

VI. Disposition

In the result, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Robin Reid, St. John's, Newfoundland.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, St. John's, Newfoundland.

d'accusation, cela ne signifie pas nécessairement qu'il n'a pas examiné ou appliqué ce principe dans chaque cas. Ce n'est pas parce qu'un juge, après avoir examiné la preuve, décide de retenir la version des faits d'un plaignant plutôt que celle d'un accusé que cela signifie qu'il est tombé dans le piège contre lequel l'arrêt *R. c. D. W.* met en garde.

Pour ce qui est du cas de T.R. et de D.A.S., le 103
juge du procès a dit, pendant qu'il examinait la preuve, qu'il n'était [TRADUCTION] «pas convaincu» que les plaignantes avaient consenti à l'activité sexuelle en question. Interprétés hors contexte, ces commentaires semblent indiquer que le juge du procès peut avoir inversé le fardeau de la preuve. Toutefois, à mon avis, interpréter ces commentaires hors contexte équivaut simplement à extraire quelques éléments imprécis du langage courant de motifs par ailleurs étoffés du juge du procès. Je suis d'accord avec le juge Green qui a dit à la p. 316:

[TRADUCTION] Il ne suffit pas de choisir aléatoirement certaines phrases ou expressions malheureuses sans chercher à savoir si leur sens littéral a été effectivement neutralisé par d'autres passages. C'est particulièrement vrai dans le cas d'un juge siégeant seul lorsque d'autres commentaires qu'il a faits peuvent faire clairement ressortir qu'il ne s'est pas mépris sur la signification des principes juridiques en cause. Comme l'a dit le juge McLachlin dans l'arrêt [*R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, à la p. 737]: «[l]e fait que le juge du procès s'exprime incorrectement à un moment donné ne devrait pas entacher de nullité sa décision si l'essentiel de ses propos indique que le bon critère a été appliqué et si la preuve peut justifier la décision.»

Je rejetterais ce moyen d'appel.

VI. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté. 104

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Robin Reid, St. John's, Terre-Neuve.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, St. John's, Terre-Neuve.

65302 British Columbia Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: 65302 BRITISH COLUMBIA LTD. *v.* CANADA

File No.: 26352.

1999: April 20; 1999: November 25.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Deductions — Levies — Egg producer exceeding its quota from 1984 to 1988 and including profit from over-quota production in declaration of income — Over-quota levy paid by egg producer in 1988 — Whether over-quota levy deductible as business expense — Whether over-quota levy can be characterized as capital outlay — Proper approach to deduction of fines, penalties or statutory levies from income — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 18(1)(a), (b).

The appellant carried on a poultry farm business in British Columbia. It was a registered egg producer and, due to local market conditions, it decided to produce over-quota from 1984 to 1988. In 1988, an inspector from the B.C. Egg Marketing Board discovered the over-quota layers on the appellant's farm and the appellant paid an over-quota levy of approximately $270,000. When filing its returns under the *Income Tax Act*, the appellant included the profit from its over-quota production in its income. In 1988, the appellant deducted the over-quota levy as a business expense pursuant to ss. 9(1) and 18(1)(*a*) of the Act, which resulted in a non-capital loss that was carried back to its 1985 taxation year. In its 1989 taxation year, the appellant deducted the interest paid on the unpaid balance of the levy and legal expenses incurred for representation in respect of the over-quota levy. Upon reassessment of its 1985, 1988, and 1989 tax returns, the Minister of National Revenue disallowed the deductions of the over-quota levy, loss carry back, interest and legal expenses. In the Tax Court of Canada, the parties agreed that the deductibility of the loss carry back, interest, and legal expenses depended upon the deductibility of the over-quota levy.

65302 British Columbia Limited *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: 65302 BRITISH COLUMBIA LTD. *c.* CANADA

N° du greffe: 26352.

1999: 20 avril; 1999: 25 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Déductions — Redevances — Entreprise avicole dépassant son quota de 1984 à 1988 et incluant le bénéfice tiré de la production excédentaire dans sa déclaration de revenus — Taxe sur dépassement de quota payée par l'entreprise avicole en 1988 — La taxe sur dépassement de quota est-elle déductible à titre de dépense d'entreprise? — La taxe sur dépassement de quota peut-elle être considérée comme une dépense en capital? — Comment faut-il aborder la déduction d'amendes, de pénalités ou de redevances d'origine législative dans le calcul du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 18(1)a), b).

L'appelante exploitait une entreprise avicole en Colombie-Britannique. Elle était une productrice enregistrée d'œufs et, vu les besoins du marché local, avait décidé de dépasser son quota de 1984 à 1988. En 1988, un inspecteur de l'Office de commercialisation des œufs a découvert la présence de pondeuses excédentaires à la ferme de l'appelante; l'appelante a versé une taxe sur dépassement de quota d'environ 270 000 $. Dans sa déclaration sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'appelante a inclus dans son revenu le bénéfice tiré de sa production excédentaire. En 1988, l'appelante a déduit la taxe sur dépassement de quota à titre de dépense d'entreprise en vertu du par. 9(1) et de l'al. 18(1)*a*) de la Loi, ce qui a donné lieu à une perte autre qu'une perte en capital qui a été reportée à l'année d'imposition 1985. Dans son année d'imposition 1989, l'appelante a déduit l'intérêt versé sur le solde impayé de la taxe et les frais judiciaires aux fins de représentation concernant la taxe sur dépassement de quota. Dans de nouvelles cotisations établies pour les années d'imposition 1985, 1988 et 1989, le ministre du Revenu national a refusé la déduction de la taxe sur dépassement de quota, le report de la perte sur les années antérieures et

The Tax Court held that the over-quota levy was deductible as a business expense and that this deduction was not prohibited by s. 18(1)(*b*) of the Act. The Federal Court of Appeal set aside the Tax Court's decision. The central question in this appeal is whether the over-quota levy may be deducted as a business expense from a taxpayer's business income.

Held: The appeal should be allowed.

Per Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The over-quota levy is an allowable deduction pursuant to ss. 9(1) and 18(1)(*a*). The levy was incurred as part of the appellant's day-to-day operations, and the decision to produce over-quota was a business decision made in order to realize income. The characterization of the levy as a "fine or penalty" is of no consequence because the income tax system does not distinguish among levies, fines and penalties.

If the expense is incurred for the purpose of gaining or producing business income, it is deductible. There is nothing in the language of s. 18(1)(*a*) to suggest that a penalty or fine should be "unavoidable" in order to be deductible. Nor should the deduction of fines and penalties incurred for the purpose of gaining or producing income from a business be disallowed for reasons of public policy. For courts to intervene in the name of public policy would only introduce uncertainty, as it would be unclear what public policy was to be followed, whether a particular fine or penalty was to be characterized as deterrent or compensatory in nature, and whether the body imposing the fine intended it to be deductible. Moreover, allowing the deduction of fines is consistent with the tax policy goals of neutrality and equity. Although it may be said that the deduction of such fines and penalties "dilutes" the impact of the sanction, this effect does not introduce a sufficient degree of disharmony so as to lead this Court to disregard the ordinary meaning of s. 18(1)(*a*) when that ordinary meaning is harmonious with the scheme and object of the Act. While fully alive to the need in general to harmonize the interpretation of different statutes, the question here arises in the specific context of a tax collection system based on self-assessment. In this connection, it is up to Parliament to decide which expenses incurred for the purpose of earning business income should not be

la déduction des frais d'intérêts et des frais judiciaires. Devant la Cour canadienne de l'impôt, les parties ont convenu que la déductibilité du report de la perte, des frais d'intérêts et des frais judiciaires dépendait de la déductibilité de la taxe sur dépassement de quota. La Cour de l'impôt a conclu que la taxe sur dépassement de quota était déductible à titre de dépense d'entreprise et que cette déduction n'était pas interdite par l'al. 18(1)*b*) de la Loi. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt. La question centrale du pourvoi est de savoir si la taxe sur dépassement de quota peut être déduite du revenu d'entreprise du contribuable à titre de dépense d'entreprise.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie: La taxe sur dépassement de quota est déductible en vertu du par. 9(1) et de l'al. 18(1)*a*). La taxe résultait des opérations journalières de l'appelante et la décision de produire au-delà des quotas était une décision commerciale prise dans le but de produire un revenu. La caractérisation de la redevance comme «amende ou pénalité» n'a pas d'incidence parce que le régime fiscal ne fait pas de distinction entre les redevances, les amendes et les pénalités.

Si la dépense est faite en vue de tirer un revenu de l'entreprise, elle est déductible. Rien dans le libellé de l'al. 18(1)*a*) n'indique qu'une pénalité ou amende devrait être «inévitable» pour être déductible. La déduction d'amendes et de pénalités payées en vue de tirer un revenu d'une entreprise ne devrait pas non plus être refusée pour des raisons d'ordre public. L'intervention des tribunaux au nom de l'ordre public ne ferait que créer de l'incertitude quant à savoir quels principes suivre, ou s'il y a lieu de qualifier de dissuasive ou de compensatoire une amende ou pénalité donnée, ou encore si l'intention de l'organisme imposant l'amende était de la rendre déductible. De plus, la déduction d'amendes est compatible avec les objectifs de neutralité et d'équité de la politique fiscale. Même s'il est possible de dire que la déduction des amendes et des pénalités «dilue» l'impact de la sanction, cette conséquence ne crée pas une dissonance telle que notre Cour doive ignorer le sens ordinaire de l'al. 18(1)*a*) lorsque ce sens ordinaire s'harmonise avec le régime et l'objet de la Loi. Bien que l'on soit pleinement conscient de la nécessité en général d'harmoniser l'interprétation des différentes lois, la question en l'espèce se pose dans le cadre particulier d'un système fiscal fondé sur l'autocotisation. Dans ce contexte, il appartient au Parlement de décider quelles dépenses engagées en vue de tirer un revenu de l'entreprise ne devraient pas être déductibles, et il en a décidé

deductible, as it has so decided on other occasions. In the absence of Parliamentary direction in the *Income Tax Act* itself, outlays and expenses are deductible if made for the purpose of gaining or producing income. However, while such a situation would likely be rare, it is conceivable that a breach could be so egregious or repulsive that the fine or penalty subsequently imposed could not be justified as being incurred for the purpose of producing income.

The appellant's expenditures for the over-quota levy are best characterized as a current expense, the deduction of which is permitted by ss. 9(1) and 18(1)(*a*) of the *Income Tax Act*, rather than an outlay of capital prohibited by s. 18(1)(*b*) of the Act.

Per L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ.: The over-quota levy incurred by the appellant can be deducted as a business expense for the purposes of the *Income Tax Act* as it was a compensatory levy charged primarily to defray the costs of over-production and incurred for the purposes of gaining or producing income. However, penal fines are not expenditures incurred for the purpose of gaining or producing income in the legal sense. In order to be consistent with a realistic understanding of the accretion of wealth concept and the court's duty to uphold the integrity of the legal system in interpreting the Act, the distinction between deductible and non-deductible levies and penalties must be determined on a case-by-case basis. Absent an express indication to the contrary, the presumption that Parliament would not intend to encourage the violation of other laws must be considered. The main factor in determining whether a payment is deductible is whether the primary purpose of the statutory provision under which the payment is demanded would be frustrated or undermined. Statutory provisions imposing payments either as punishment for past wrongdoing or as a general or specific deterrence against future lawbreaking would be undermined if the fine could then be deducted as a business expense. This kind of deduction should be disallowed, not for reasons of public policy, but because deductions not specifically authorized by the *Income Tax Act*, would frustrate the expressed intentions of Parliament in other statutes. In contrast, if the legislative purpose behind a provision is primarily compensatory, its operation would not be undermined by the deduction of the expense. Where the purpose is mixed and the charging provisions have both a penal and a compensatory aim, a court should look for the primary purpose of the payment. In approaching this task, the court should consider, in particular, the nature

ainsi en plusieurs occasions. En l'absence de directives du Parlement dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* elle-même, les dépenses sont déductibles si elles ont été engagées en vue de produire un revenu. Cependant, quoiqu'une telle situation ne surviendrait probablement que rarement, il est envisageable qu'une infraction soit à ce point flagrante ou répugnante que l'amende ou pénalité imposée par la suite ne puisse se justifier comme ayant été encourue en vue de produire un revenu.

Les dépenses engagées par l'appelante à l'égard de la taxe sur dépassement de quota sont mieux qualifiées comme des dépenses courantes, dont la déduction est permise en vertu du par. 9(1) et de l'al. 18(1)*a*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que comme des dépenses en capital interdites sous le régime de l'al. 18(1)*b*) de la Loi.

Les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache: La taxe sur dépassement de quota payée par l'appelante peut être déduite à titre de dépense d'entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* car elle représente une redevance compensatoire imposée principalement en vue de défrayer les coûts liés à la surproduction et versée en vue de produire un revenu. Cependant, les amendes pénales ne sont pas des dépenses engagées aux fins de tirer un revenu, au sens juridique de l'expression. Afin de favoriser une compréhension réaliste du concept d'accumulation de la richesse et de l'obligation de la cour de préserver l'intégrité du système juridique dans son interprétation de la Loi, la distinction entre les redevances et pénalités déductibles et non déductibles doit se faire au cas par cas. En l'absence de disposition expresse contraire, la présomption selon laquelle le Parlement n'avait pas l'intention d'encourager la violation d'autres lois doit être prise en considération. Le facteur central pour déterminer si une taxe est déductible est la question de savoir si le but premier du texte législatif prescrivant le paiement serait contrecarré ou annihilé. Les dispositions législatives imposant des paiements, soit à titre de sanction pour un méfait antérieur, soit à titre de dissuasion générale ou spécifique contre la violation potentielle de la loi, seraient amoindries si l'amende pouvait ensuite être déduite sous forme de dépense d'entreprise. Ce type de déduction ne devrait pas être permis, non pas pour des motifs d'ordre public, mais parce que la déduction, qui n'est pas spécifiquement autorisée par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, serait contraire à l'intention du Parlement exprimée dans d'autres lois. Par contre, si l'objectif visé par le législateur dans une disposition donnée est essentiellement compensatoire, sa mise en œuvre ne sera généralement pas contrecarrée par la déduction de la dépense. Lorsque

of the mischief that the provision was designed to address.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Disapproved: *Amway of Canada Ltd. v. M.N.R.* (1996), 193 N.R. 381; **distinguished:** *Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] Ex. C.R. 527; *Commissioners of Inland Revenue v. Alexander von Glehn & Co.*, [1920] 2 K.B. 553; *Robinson v. Commissioner of Inland Revenue*, [1965] N.Z.L.R. 246; *Herald and Weekly Times v. Federal Commissioner of Taxation* (1932), 2 A.T.D. 169; *Mayne Nickless Ltd v. Federal Commissioner of Taxation* (1984), 71 F.L.R. 168; *Beresford v. Royal Insurance Co.*, [1938] 2 All E.R. 602; **considered:** *TNT Canada Inc. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 91; *Day & Ross Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 780; *Tank Truck Rentals, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, 356 U.S. 30 (1958); *Commissioner of Internal Revenue v. Sullivan*, 356 U.S. 27 (1958); **referred to:** *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Royal Trust Co. v. M.N.R.*, 57 D.T.C. 1055; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *M.N.R. v. Eldridge*, [1964] C.T.C. 545; *Espie Printing Co. v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 422; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147.

By Bastarache J.

Referred to: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Tank Truck Rentals, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, 356 U.S. 30 (1958); *McKnight (Inspector of Taxes) v. Sheppard*, [1999] 3 All E.R. 491; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159.

l'objectif est mixte et que les dispositions prévoyant paiement visent un but à la fois pénal et compensatoire, le tribunal devrait rechercher l'objectif premier du paiement. Dans le cadre de cet examen, le tribunal devrait tenir compte en particulier de la nature du méfait que la disposition vise à sanctionner.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt critiqué: *Amway of Canada Ltd. c. M.R.N.* (1996), 193 N.R. 381; **distinction d'avec les arrêts:** *Imperial Oil Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1947] R.C. de l'É. 527; *Commissioners of Inland Revenue c. Alexander von Glehn & Co.*, [1920] 2 K.B. 553; *Robinson c. Commissioner of Inland Revenue*, [1965] N.Z.L.R. 246; *Herald and Weekly Times c. Federal Commissioner of Taxation* (1932), 2 A.T.D. 169; *Mayne Nickless Ltd c. Federal Commissioner of Taxation* (1984), 71 F.L.R. 168; *Beresford c. Royal Insurance Co.*, [1938] 2 All E.R. 602; **arrêts examinés:** *TNT Canada Inc. c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 91; *Day & Ross Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 780; *Tank Truck Rentals, Inc. c. Commissioner of Internal Revenue*, 356 U.S. 30 (1958); *Commissioner of Internal Revenue c. Sullivan*, 356 U.S. 27 (1958); **arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Royal Trust Co. c. M.N.R.*, 57 D.T.C. 1055; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *M.N.R. c. Eldridge*, [1964] C.T.C. 545; *Espie Printing Co. c. Minister of National Revenue*, [1960] R.C. de l'É. 422; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Tank Truck Rentals, Inc. c. Commissioner of Internal Revenue*, 356 U.S. 30 (1958); *McKnight (Inspector of Taxes) c. Sheppard*, [1999] 3 All E.R. 491; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Egg Marketing Board Standing Order (Rev. January 1989), ss. 6, 17(g).
British Columbia Egg Marketing Scheme, 1967, B.C. Reg. 173/67, s. 37(v).
Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 9(1), 18(1)(*a*), (*b*), (*l.1*), (*m*), (*t*) [ad. 1990, c. 39, s. 8], 67, 67.5 [ad. 1994, c. 7, Sch. II, s. 46(1)], 111.
Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97, s. 6(*a*).
Internal Revenue Code § 162(f) [ad. P.L. 91-172, § 902(a)].
Natural Products Marketing (BC) Act, R.S.B.C. 1979, c. 296, ss. 12(1), 13(1)(k), 20(1).

Lois et règlements cités

British Columbia Egg Marketing Board Standing Order (rév. janvier 1989), art. 6, 17g).
British Columbia Egg Marketing Scheme, 1967, B.C. Reg. 173/67, art. 37(v).
Internal Revenue Code § 162(f) [aj. P.L. 91-172, § 902(a)].
Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 6*a*).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 9(1), 18(1)*a*), *b*), *l.1*), *m*), *t*) [aj. 1990, ch. 39, art. 8], 67, 67.5 [aj. 1994, ch. 7, ann. II, art. 46(1)], 111.
Natural Products Marketing (BC) Act, R.S.B.C. 1979, ch. 296, art. 12(1), 13(1)k), 20(1).

Authors Cited

Brooks, Neil. "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., *Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1981, 189.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal: Thémis, 1999.
Driedger, Elmer. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Krasa, Eva M. "The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments" (1990), 38 *Can. Tax J.* 1399.
Krever, Richard. "The Deductibility of Fines: Considerations From Law and Policy Perspectives" (1984), 13 *Austl. Tax Rev.* 168.
Krishna, Vern. "Public Policy Limitations on the Deductibility of Fines and Penalties: Judicial Inertia" (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 19.

Doctrine citée

Brooks, Neil. «The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses». In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, contributing eds., *Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1981, 189.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal: Thémis, 1999.
Driedger, Elmer. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Krasa, Eva M. «The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments» (1990), 38 *Can. Tax J.* 1399.
Krever, Richard. «The Deductibility of Fines: Considerations From Law and Policy Perspectives» (1984), 13 *Austl. Tax Rev.* 168.
Krishna, Vern. «Public Policy Limitations on the Deductibility of Fines and Penalties: Judicial Inertia» (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 19.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1997), 221 N.R. 175, 98 D.T.C. 6002, [1998] 1 C.T.C. 131, [1997] F.C.J. No. 1544 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Tax Court of Canada, [1995] 2 C.T.C. 2294, [1995] T.C.J. No. 81 (QL), allowing an appeal from notices of reassessment. Appeal allowed.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel fédérale (1997), 221 N.R. 175, 98 D.T.C. 6002, [1998] 1 C.T.C. 131, [1997] A.C.F. nº 1544 (QL), qui a accueilli l'appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1995] 2 C.T.C. 2294, [1995] A.C.I. nº 81 (QL), faisant droit à un appel contre des avis de cotisation. Pourvoi accueilli.

S. Kim Hansen, for the appellant.

Gordon Bourgard and *Brent Paris*, for the respondent.

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

BASTARACHE J. —

I. Introduction

This appeal raises the narrow question of whether a levy imposed pursuant to a provincial egg marketing scheme can be deducted as a business expense for the purposes of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (the "Act"). The broader question posed by my colleague Justice Iacobucci is whether fines or other types of payments may be deductible from a taxpayer's income. While I agree with his answer to the narrow question, as well as with his characterization of the payment as a current expense rather than a capital outlay, and adopt his statement of the facts and judgments of the lower courts, I respectfully cannot agree that all types of fines and penalties are deductible as a matter of course.

II. Analysis

1. *The Concept of Profit and the Scheme of the Income Tax Act*

The Act sets out the mechanism for deducting expenses for the purpose of determining taxable income in broad language. Section 9 provides that "a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is the taxpayer's profit from that business or property for the year". The Act provides no definition of the term "profit". In *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, this Court examined the calculation of profit in detail and determined that the correct approach is to begin by asking whether a particular expense would be deductible according to well accepted principles of business practice. However, even if the deduction is otherwise consistent with the principles of commercial trading, it may still be disallowed through

S. Kim Hansen, pour l'appelante.

Gordon Bourgard et *Brent Paris*, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le présent pourvoi pose la question précise de savoir si une redevance imposée en vertu d'un plan provincial de commercialisation des œufs peut être déduite à titre de dépense d'entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.) (la «Loi»). La question plus large que soulève mon collègue le juge Iacobucci est de savoir si des amendes et d'autres types de paiements peuvent être déductibles du revenu d'un contribuable. Je suis d'accord avec sa réponse à la question précise, de même qu'avec le fait qu'il ait qualifié le paiement en cause de dépense courante plutôt que de dépense en capital, et je fais mien son exposé des faits et des décisions antérieures rendues en l'espèce mais, avec égards, je ne suis pas d'avis que tous les types d'amendes et de pénalités sont automatiquement déductibles. 1

II. Analyse

1. *La notion de bénéfice et l'esprit de la Loi de l'impôt sur le revenu*

La Loi établit un mécanisme de déduction des dépenses aux fins du calcul du revenu imposable. L'article 9 énonce que «le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année». La Loi ne définit pas le terme «bénéfice». Dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, notre Cour a examiné en profondeur la question du calcul du bénéfice et a conclu que la méthode appropriée consistait à évaluer d'abord si une dépense donnée serait déductible selon des principes bien reconnus de la pratique courante des affaires. Cependant, même si la déduction est par ailleurs conforme aux principes régissant les affaires commerciales, elle peut encore être refusée 2

the express limitations in s. 18(1). In particular, s. 18(1)(*a*) prohibits deductions in respect of:

> . . . an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property; . . . .

3 *Symes*, *supra*, explains that the calculation of profit is a question of law that does not necessarily coincide with generally accepted accounting principles. As Iacobucci J. instructs, at p. 724, "the s. 9(1) test is a legal test rather than an accountancy test" (emphasis added). While the definition of profit for balance sheet purposes and for income tax purposes may coincide, they are not necessarily identical.

4 Accordingly, the question of statutory interpretation raised in the present case is whether levies, fines and other payments should, in the legal sense, be considered to be "made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining income from the business".

2. *Legislative Intention and Statutory Interpretation*

5 It is well established that the correct approach to statutory interpretation is the modern contextual approach, set out by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

> . . . the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The modern rule is again described in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 131:

> There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words,

en vertu des dispositions limitatives expresses du par. 18(1). L'alinéa 18(1)*a*), en particulier, interdit les déductions relativement aux:

> . . . dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien; . . .

L'arrêt *Symes*, précité, explique que le calcul du bénéfice est une question de droit qui ne coïncide pas forcément avec les principes comptables généralement reconnus. Comme l'indique le juge Iacobucci, à la p. 724, «le critère visé au par. 9(1) est un critère juridique plutôt qu'un critère comptable» (je souligne). Bien que la définition du bénéfice aux fins du bilan et aux fins de l'impôt sur le revenu puissent se recouper, elles ne sont pas nécessairement identiques.

En conséquence, la question d'interprétation des lois que soulève le présent pourvoi est de savoir si des redevances, des amendes et d'autres paiements devraient être juridiquement considérés comme des dépenses «engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise».

2. *L'intention du législateur et l'interprétation des lois*

Il est bien établi que la méthode appropriée d'interprétation des lois est la méthode contextuelle moderne, énoncée par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), à la p. 87:

> [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.

La règle moderne est encore énoncée dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 131:

> [TRADUCTION] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus d'interpréter un texte législatif dans son contexte global, en tenant compte de l'objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des

the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning.

See also P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3rd ed. 1999), at pp. 364-73. Recent decisions have applied the modern approach in both tax and non-tax cases: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at paras. 14-15; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 10; *Symes*, *supra*, at p. 744; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578.

When considering the operation of ss. 9 and 18 in their entire context, I am persuaded that it was not the intention of Parliament to allow all fines to be deductible. I principally reach this conclusion for the simple reason that to so allow would operate to frustrate the legislative purpose of other statutes.

The statute book as a whole forms part of the legal context in which an act of Parliament is passed. As Driedger notes in the second edition, at p. 159, "one statute may influence the meaning of the other, so as to produce harmony within the body of the law as a whole"; see also Côté, *supra*, at pp. 433-40. Sullivan in *Driedger on the Construction of Statutes* is even more explicit in this regard, at p. 288:

The meaning of words in legislation depends not only on their immediate context but also on a larger context which includes the Act as a whole and the statute book as a whole. The presumptions of coherence and consistency apply not only to Acts dealing with the same subject but also, albeit with lesser force, to the entire body of statute law produced by a legislature. The legislature is presumed to know its own statute book and to draft each new provision with regard to the structures, conventions, and habits of expression as well as the substantive law embodied in existing legislation.

. . . It is presumed that the legislature does not intend to contradict itself or to create inconsistent schemes. Therefore, other things being equal, interpretations that minimize the possibility of conflict or incoherence

sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte législatif.

Voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), aux pp. 364 à 373. Des décisions récentes ont appliqué la méthode moderne, aussi bien en matière fiscale qu'en matière non fiscale: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, aux par. 14 et 15; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au par. 10; *Symes*, précité, à la p. 744; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578.

6 Compte tenu de la fonction des art. 9 et 18 dans leur contexte d'ensemble, je suis convaincu que le Parlement n'avait pas l'intention de permettre la déduction de toutes les amendes. Cette conclusion tient principalement au simple motif qu'autoriser une telle mesure aurait pour effet de contrecarrer l'objectif d'autres lois.

7 Le Parlement adopte une loi dans un contexte juridique qui comprend l'ensemble des lois en vigueur. Comme le note Driedger à la p. 159 de la deuxième édition de son ouvrage, [TRADUCTION] «une loi peut influencer le sens d'une autre, de manière à produire un ensemble cohérent de lois»; voir également Côté, *op. cit.*, aux pp. 433 à 440. Sullivan, dans *Driedger on the Construction of Statutes*, à la p. 288, est encore plus explicite à cet égard:

[TRADUCTION] Le sens des mots dans un texte législatif ne dépend pas seulement de leur contexte immédiat, mais aussi d'un contexte plus large, qui comprend l'ensemble de la Loi et l'ensemble des lois en vigueur. Les présomptions de cohérence et d'uniformité d'expression s'appliquent non seulement aux lois traitant d'une même matière, mais aussi quoique avec moins de force à l'ensemble des lois adoptées par le législateur. Le législateur est présumé connaître ses propres lois et rédiger chaque nouvelle disposition en tenant compte des structures, des conventions et des formules d'expression, de même que du droit substantif exprimé dans la législation existante.

. . . Le législateur est présumé ne pas avoir l'intention de se contredire ou de créer des régimes incompatibles. Par conséquent, toutes choses étant égales par ailleurs, on retiendra les interprétations qui réduisent la possibi-

among different enactments are preferred. [Footnotes omitted.]

She explains, at footnote 14, that the Act as a whole combined with the statute book as a whole "constitutes the complete text of a legislative provision". Similarly, Côté, *supra*, explains, at p. 433, that:

[TRANSLATION] Different enactments of the same legislature are supposedly as consistent as the provisions of a single enactment. All legislation of one Parliament is deemed to make up a coherent system. Thus interpretations favouring harmony between statutes should prevail over discordant ones, because the former are presumed to better represent the thought of the legislator.

8 To allow all fines to be deductible as a matter of course would therefore be inconsistent with the modern contextual approach to statutory interpretation, which requires that weight be given to the total context of the Act, including its relationship to other statutes. As N. Brooks argues in "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses", in B. G. Hansen, V. Krishna and J. A. Rendall, eds., *Canadian Taxation* (1981), 189, at pp. 242-43:

If the legislative bodies and the courts are perceived as engaged in a co-operative venture of law-making, then the courts must assume the task of ensuring, as much as possible, that the matrix of statutory instruments do not operate at cross-purposes.

9 This is similar to the approach adopted by the United States Supreme Court in *Tank Truck Rentals, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, 356 U.S. 30 (1958). At issue there was whether fines imposed for violations of state maximum weight laws were deductible. The court unanimously held they were not, explaining, at p. 35:

We will not presume that the Congress, in allowing deductions for income tax purposes, intended to encourage a business enterprise to violate the declared policy of a State. To allow the deduction sought here would but encourage continued violations of state law by increasing the odds in favor of noncompliance. This

lité de contradiction ou d'incohérence parmi les différentes lois. [Notes omises.]

Elle explique à la note 14 que la loi dans son ensemble, avec le recueil intégral des lois, [TRADUCTION] «forme le texte entier d'une disposition législative». De façon similaire, Côté, *op. cit.*, explique à la p. 433:

On suppose qu'il règne, entre les divers textes législatifs adoptés par une même autorité, la même harmonie que celle que l'on trouve entre les divers éléments d'une loi: l'ensemble des lois est censé former un tout cohérent. L'interprète doit donc favoriser l'harmonisation des lois entre elles plutôt que leur contradiction, car le sens de la loi qui produit l'harmonie avec les autres lois est réputé représenter plus fidèlement la pensée de son auteur que celui qui produit des antinomies.

Permettre que toutes les amendes soient déductibles serait incompatible avec la méthode contextuelle moderne applicable à l'interprétation des lois qui requiert de porter attention au contexte entier de la Loi, y compris ses rapports avec les autres lois. Comme le soutient N. Brooks dans «The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses», B. G. Hansen, V. Krishna et J. A. Rendall, dir., *Canadian Taxation* (1981), 189, aux pp. 242 et 243:

[TRADUCTION] Si les entités législatives et les tribunaux sont perçus comme étant engagés dans une entreprise conjointe d'élaboration du droit, les tribunaux doivent alors s'assurer le plus possible que l'ensemble des textes législatifs ne comporte aucune contradiction.

Cela est proche de la méthode retenue par la Cour suprême des États-Unis dans *Tank Truck Rentals, Inc. c. Commissioner of Internal Revenue*, 356 U.S. 30 (1958), qui devait déterminer si des amendes imposées pour la violation des lois d'un État relatives aux limites de poids étaient déductibles. La cour a conclu à l'unanimité qu'elles ne l'étaient pas en expliquant, à la p. 35:

[TRADUCTION] Nous ne présumerons pas que le Congrès, en permettant des déductions d'impôts, avait l'intention d'encourager une entreprise à violer la politique établie d'un État. Accorder la déduction demandée en l'espèce serait encourager les violations de la loi de l'État en augmentant les probabilités en faveur des manquements.

could only tend to destroy the effectiveness of the State's maximum weight laws.

The court recognized, however, that this presumption against congressional intention to encourage violations of other laws had to be balanced against the intention to tax only the profits of a business.

I observe the same complexity in the Canadian context. Nevertheless, it would clearly frustrate the purposes of the penalizing statute if an offender was allowed to deduct fines imposed for violations of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, or related statutes as business expenses. The deduction of a fine imposed for a *Criminal Code* violation would suggest that the decision to commit a criminal offence may be a legitimate business decision. Moreover, such a deduction would have the unsavoury effect of reducing the penal and deterrent effect of the penalizing statute.

The Act has since been amended to prohibit the deduction of illegal bribery expenses (s. 67.5 (added by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 46(1)) and fines imposed pursuant to the Act itself (s. 18(1)(*t*) (added by S.C. 1990, c. 39, s. 8)). It is argued that this indicates that Parliament did not intend to prohibit the deduction of other fines and penalties. In my view, this observation does not address the general consistency issue or require that the principles sustaining the coherence of our statutory framework be set aside when deciding whether an expense is incurred for the purpose of producing income under s. 18(1)(*a*). Côté, *supra*, explains the frailties of the type of *a contrario* argument proposed by the appellant, at p. 426:

[TRANSLATION] *A contrario*, especially in the form *expressio unius est exclusio alterius*, is widely used. But of all the interpretative arguments, it is among those which must be used with the utmost caution. The courts have often declared it an unreliable tool, and, as we shall see, it is frequently rejected.

Cela aurait pour effet de détruire l'efficacité des lois de l'État en matière de limites de poids.

La cour a toutefois reconnu que cette présomption à l'encontre de l'intention du Congrès d'encourager la violation d'autres lois devait être soupesée avec l'intention d'imposer uniquement les bénéfices d'une entreprise.

Je constate la même complexité dans le contexte canadien. Il est clair néanmoins que ce serait frustrer les objectifs d'une loi pénalisante d'autoriser un contrevenant à déduire au titre de dépenses d'entreprise des amendes imposées pour des infractions au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou à des lois connexes. La déduction d'une amende imposée en vertu du *Code criminel* pourrait laisser croire que la décision de commettre une infraction criminelle peut être une décision commerciale légitime. De plus, une telle déduction aurait l'effet déplorable de diminuer l'effet dissuasif et coercitif de la loi pénalisante. 10

La Loi a été modifiée depuis pour interdire la déduction des versements à titre de pots-de-vin (art. 67.5 (ajouté par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, par. 46(1)) et des amendes imposées sous le régime même de la Loi (al. 18(1)*t*) (ajouté par L.C. 1990, ch. 39, art. 8)). On a soutenu que cela signifie que le Parlement n'avait pas l'intention d'interdire la déduction d'autres amendes et pénalités. Je suis d'avis que cette observation ne tient pas compte de la question de la cohérence générale et ne peux accepter qu'elle exige d'écarter les principes sous-tendant la cohérence de notre cadre législatif lorsqu'il s'agit de déterminer si une dépense est engagée en vue de tirer un revenu en vertu de l'al. 18(1)*a*). Côté, *op. cit.*, explique les failles de ce type d'argument *a contrario*, à la p. 426: 11

Si le raisonnement *a contrario*, en particulier sous sa forme *expressio unius est exclusio alterius*, est fréquemment employé, il est également l'un des arguments interprétatifs les plus sujets à caution. Les tribunaux ont, à plusieurs reprises, déclaré qu'il était un instrument peu fiable et, en pratique, c'est, comme nous le verrons, un argument qui est très souvent écarté.

He concludes, at p. 429:

[TRANSLATION] Since it is only a guide to the legislature's intent, *a contrario* reasoning should certainly be set aside if other indications reveal that its consequences go against the statute's purpose, are manifestly absurd, or lead to incoherence and injustice that could not have been the desire of Parliament. [Footnotes omitted.]

12 In this case, it is possible to interpret the Act in a manner that is consistent with the object of other legislative enactments. To adopt the position that fines are always or generally deductible, without reference to the Act under which the fine was imposed, ignores the obligation to consider the intention of Parliament and to determine whether the deduction would defeat or impair the effectiveness of other legislative enactments. Absent express provision to the contrary, the presumption that Parliament would not intend to encourage the violation of other laws must be considered.

13 In my view, it is important not to overlook the importance of the characterization of the expenditure. When considering other types of payments, such as fees levied under regulatory regimes with compensatory aims, it might be wholly consistent with the scheme to allow the charges to be deductible. Such charges, like user fees generally, are costs of engaging in a particular type of business and are levied to compensate for different types of regulated activities or to claw back profits earned in violation of the regulations. Allowing such charges to be deducted does not undermine their function, as the money still goes to the compensatory scheme. Thus, it would not undermine the charging statute for these levies to be deducted from a taxpayer's income.

14 The nature of the expenditure and the specific policy of the rule under which it became payable have also been recognized as the fundamental criteria for determining non-deductibility in a unanimous decision of the House of Lords in the very recent case of *McKnight (Inspector of Taxes) v. Sheppard*, [1999] 3 All E.R. 491, at p. 496. In that

Il conclut, à la p. 429:

Le raisonnement *a contrario* n'étant qu'un guide susceptible de mener à la découverte de l'intention, il doit être mis de côté si d'autres indices montrent que les résultats auxquels il conduit sont contraires à l'objet de la loi, manifestement absurdes ou qu'ils impliquent des incohérences ou des injustices qu'on ne peut imputer au législateur. [Notes omises.]

En l'espèce, il est possible d'interpréter la Loi d'une façon compatible avec l'objectif recherché par d'autres textes législatifs. La position suivant laquelle les amendes sont toujours ou généralement déductibles, sans égard à la loi en vertu de laquelle l'amende a été imposée, fait fi de l'obligation de tenir compte de l'intention du Parlement et de déterminer si la déduction annulerait ou réduirait l'efficacité d'autres textes législatifs. En l'absence de disposition expresse contraire, la présomption selon laquelle le Parlement n'avait pas l'intention d'encourager la violation d'autres lois doit être prise en considération.

À mon avis, il ne faut pas perdre de vue l'importance de la caractérisation de la dépense. Dans le cas d'autres types de paiements, par exemple les droits perçus en vertu de régimes réglementaires à but compensatoire, il se pourrait que la déductibilité des redevances soit entièrement compatible avec le régime mis en place. Ces redevances, comme les frais d'utilisation en général, représentent les coûts d'exploitation d'un type d'entreprise en particulier et sont perçues en vue de compenser différents types d'activités réglementées ou de récupérer les bénéfices acquis en violation des règlements. La déductibilité de ces redevances n'a pas pour effet d'amoindrir leur fonction, puisque l'argent demeure affecté au régime compensatoire. Par conséquent, la déductibilité de ces redevances du revenu d'un contribuable n'amoindrirait pas la portée de la loi portant imposition.

La nature de la dépense et la politique particulière qui fonde la règle en vertu de laquelle elle est effectuée ont aussi été reconnues comme étant le critère fondamental pour la détermination de la non-déductibilité de la dépense dans un arrêt unanime rendu très récemment par la Chambre des lords, *McKnight (Inspector of Taxes) c. Sheppard*,

case, Lord Hoffmann reviewed prior case law in which expenditures resulting from a taxpayer's own misconduct had been disallowed because it constituted "behaviour outside the proper scope of his trade" or because they constituted "incidents which followed after the profits had been earned" (p. 495). He agreed with those decisions but found the explanations given too uncertain. As noted above, he concluded that the divergent answers given by the courts in cases on fines, penalties, damages and costs could be explained by looking to the nature of the expenditure and the policy of the rule providing for its payment. These criteria would permit the court to "easily conclude that the legislative policy would be diluted if the taxpayer were allowed to share the burden with the rest of the community by a deduction for the purposes of tax" (p. 496).

[1999] 3 All E.R. 491, à la p. 496. Dans cet arrêt, lord Hoffmann a passé en revue la jurisprudence antérieure, suivant laquelle les dépenses découlant d'un acte répréhensible du contribuable lui-même n'étaient pas déductibles, soit parce qu'elles représentaient [TRADUCTION] «un comportement contraire au bon exercice de sa profession», soit parce qu'elles constituaient «des incidents survenus à la suite de la réalisation des bénéfices» (p. 495). Il a accepté ces décisions, mais a jugé que les explications données laissaient une trop grande part d'incertitude. Il a conclu que les réponses divergentes données par les tribunaux en matière d'amendes, de pénalités, de dommages-intérêts et de frais pouvaient s'expliquer par la nature de la dépense et par la politique sous-tendant la règle qui prescrit le paiement. Ces critères permettraient au tribunal de [TRADUCTION] «conclure aisément que la politique législative serait amoindrie s'il était permis au contribuable de partager son fardeau avec le reste de la communauté au moyen d'une déduction d'impôt» (p. 496).

The distinction between deductible and non-deductible payment must therefore be determined on a case-by-case basis. The main factor in such a determination is whether the primary purpose of the statutory provision under which the payment is demanded would be frustrated or undermined. Statutory provisions imposing payments either as punishment for past wrongdoing or as general or specific deterrence against future law-breaking would be undermined if the fine could then be deducted as a business expense.

15 La distinction entre les paiements déductibles et non déductibles doit donc se faire au cas par cas. Le facteur central à une telle détermination est la question de savoir si le but premier du texte législatif prescrivant le paiement serait contrecarré ou annihilé. Les dispositions législatives imposant des paiements, soit à titre de sanction pour un méfait antérieur, soit à titre de dissuasion générale ou spécifique contre la violation potentielle de la loi, seraient amoindries si l'amende pouvait ensuite être déduite sous forme de dépense d'entreprise.

In contrast, if the legislative purpose behind a provision is primarily compensatory, its operation would not generally be undermined by the deduction of the expense. Where the purpose is mixed and the charging provisions have both a penal and a compensatory aim, a court should look for the primary purpose of the payment. In approaching this task, the court should consider, in particular, the nature of the mischief that the provision was designed to address.

16 Par contre, si l'objectif visé par le législateur dans une disposition donnée est essentiellement compensatoire, sa mise en œuvre ne serait généralement pas contrecarrée par la déduction de la dépense. Lorsque l'objectif est mixte et que les dispositions prévoyant paiement visent un but à la fois pénal et compensatoire, le tribunal devrait rechercher l'objectif premier du paiement. Dans le cadre de cet examen, le tribunal devrait tenir compte en particulier de la nature du méfait que la disposition vise à sanctionner.

I agree with my colleague, Iacobucci J., that public policy determinations are best left to Parlia-

17 Je partage l'avis de mon collègue le juge Iacobucci selon lequel il vaudrait mieux laisser au

ment. However, I am not suggesting that the deduction of penal fines be disallowed for public policy reasons, but instead because their deduction, not specifically authorized by the Act, would frustrate the expressed intentions of Parliament in other statutes if they were held to come under s. 18(1)(*a*) of the Act. In my view, penal fines are not expenditures incurred for the purpose of gaining or producing income in the legal sense. This concern is not so much one of public policy, morality or legitimacy, but one consistent with a realistic understanding of the accretion of wealth concept and the court's duty to uphold the integrity of the legal system in interpreting the *Income Tax Act*. As explained by McLachlin J. in *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, at p. 169, in finding that a court could bar recovery in tort on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct:

> The basis of this power, as I see it, lies in duty of the courts to preserve the integrity of the legal system, and is exercisable only where this concern is in issue. This concern is in issue where a damage award in a civil suit would, in effect, allow a person to profit from illegal or wrongful conduct, or would permit an evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law. The idea common to these instances is that the law refuses to give by its right hand what it takes away by its left hand. [Emphasis added.]

3. *Application to the Facts*

18 The impugned levy in the case at bar was imposed under s. 6 of the *British Columbia Egg Marketing Board Standing Order* (Rev. January 1989), which derives its authority from s. 13(1)(k) of the *Natural Products Marketing (BC) Act*, R.S.B.C. 1979, c. 296 (the "*Marketing Act*"), permitting the Lieutenant Governor in Council to vest in a marketing board or commission the power to:

> . . . fix and collect levies or charges from designated persons engaged in the production or marketing of the

législateur le soin de prendre les décisions relatives à l'ordre public. Cependant, je ne dis pas que la déduction des amendes pénales devrait être refusée pour des motifs d'ordre public mais plutôt que leur déduction, qui n'est pas spécifiquement autorisée par la Loi, serait contraire à l'intention du Parlement exprimée dans d'autres lois, si nous décidions qu'elles relèvent de l'al. 18(1)*a*) de la Loi. À mon avis, les amendes pénales ne sont pas des dépenses engagées aux fins de tirer un revenu, au sens juridique de l'expression. Mes préoccupations ne relèvent pas tant d'une question d'ordre public, de moralité ou de légitimité, que d'une compréhension réaliste du concept d'accumulation de la richesse et de l'obligation de la cour de préserver l'intégrité du système juridique dans son interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme l'a expliqué le juge McLachlin dans *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, à la p. 169, avant de conclure qu'un tribunal pourrait refuser l'indemnisation en matière délictuelle en raison de la conduite immorale ou illégale des demandeurs:

> Selon moi, ce pouvoir est fondé sur le devoir qu'ont les tribunaux de préserver l'intégrité du système juridique, et il ne peut être exercé que lorsque cette préoccupation est en cause. Elle est en cause lorsque l'attribution de dommages-intérêts dans une poursuite civile aurait pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou de faire en sorte qu'elle échappe à une sanction pénale ou qu'elle bénéficie d'une réduction de cette sanction. Le principe commun à tous ces cas est que le droit refuse de donner d'une main ce qu'il retire de l'autre. [Je souligne.]

3. *L'application aux faits*

La redevance contestée en l'espèce a été imposée en application de l'art. 6 de la *British Columbia Egg Marketing Board Standing Order* (rév. janvier 1989), qui tire son autorité de l'al. 13(1)k) de la *Natural Products Marketing (BC) Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 296 (la «*Marketing Act*»), qui habilite le lieutenant-gouverneur en conseil à conférer à un office ou à une commission de commercialisation le pouvoir:

> [TRADUCTION]. . . de fixer des taxes ou des prélèvements et de les percevoir de personnes désignées se livrant à la

whole or part of a regulated product and for that purpose to classify those persons into groups and fix the levies or charges payable by the members of the different groups in different amounts, and to use those levies or charges and other money and licence fees received by the commission

(i) to carry out the purposes of the scheme;

(ii) to pay the expenses of the marketing board or commission;

(iii) to pay costs and losses incurred in marketing a regulated product;

(iv) to equalize or adjust returns received by producers of regulated products during the periods the marketing board or commission may determine; and

(v) to set aside reserves for the purposes referred to in this paragraph;

In contrast, penalties are authorized by s. 20 of the *Marketing Act* which contemplates both fines and imprisonment as punishment for failing to comply with the Act or subordinate legislation:

(1) Every person who fails to comply with this Act or the regulations or an order, rule, regulation, determination or decision made by the Provincial board or a marketing board or commission or made by virtue of a power exercisable under the federal Act, is liable on conviction, to a fine of not less than $100 and not more than $500 or to imprisonment not exceeding 6 months or to both a fine and imprisonment.

The comparison of these two provisions confirms that the over-quota levy assessed by the board pursuant to s. 13 of the *Marketing Act* was primarily compensatory and not penal. I would thus accept the trial judge's determination that this type of levy was akin to a "fee for service" incurred for the purpose of producing income:

. . . I do not view the levy imposed by the Board under the authority of paragraph 6(e) of the Standing Order, as a penalty. Indeed, there is a specific section in the B.C. Act dealing with penalties (section 20), and I do not see that these levies are assessed as a punishment imposed by statute as a consequence of the commission of an

production ou à la commercialisation de la totalité ou d'une partie d'un produit réglementé et, à cette fin, de classer ces personnes en groupes et de fixer les montants des taxes ou prélèvements payables par les membres de chaque groupe et d'utiliser ces taxes ou prélèvements ainsi que les autres sommes ou droits de licence reçus

(i) pour appliquer le régime;

(ii) pour acquitter ses dépenses;

(iii) pour acquitter les frais et pertes résultant de la commercialisation d'un produit réglementé;

(iv) pour assurer une meilleure répartition ou la péréquation des revenus tirés par les producteurs de produits réglementés pendant les périodes qui peuvent être déterminées;

(v) pour créer des réserves aux fins mentionnées dans le présent alinéa.

Par contraste, l'art. 20 de la *Marketing Act*, prévoit des pénalités, sous forme d'amendes et d'emprisonnement comme sanction pour le défaut de se conformer à la Loi ou à ses règlements d'application: 19

[TRADUCTION] (1) Toute personne qui ne se conforme pas à la présente loi, au règlement ou à une ordonnance, règle, détermination ou décision prise par l'office provincial ou par un office ou une commission de commercialisation ou prise en vertu d'un pouvoir qui peut être exercé sous le régime de la loi fédérale, est passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende minimale de 100 $ et maximale de 500 $ ou d'un emprisonnement maximal de 6 mois, ou d'une amende et d'un emprisonnement.

Un examen comparatif de ces deux dispositions confirme que la taxe sur le dépassement de quota perçue par l'office en vertu de l'art. 13 de la *Marketing Act* était de nature principalement compensatoire et non pénale. Je partage donc l'opinion du juge de première instance selon laquelle ce type de taxe est comparable à des «honoraires pour services rendus» engagés en vue de tirer un revenu: 20

. . . je ne tiens pas la taxe imposée par l'Office en vertu de l'alinéa 6e) de l'ordonnance [la *British Columbia Egg Marketing Board Standing Order*] pour une pénalité. En réalité, il y a un article particulier de la Loi de la C.-B. qui porte sur les pénalités (article 20) et, selon moi, une telle taxe est imposée non pas à titre de puni-

offence, but rather as an additional cost to the producer in the carrying on of his business.

([1995] 2 C.T.C. 2294, at p. 2304)

The deduction of such a levy does not operate to frustrate or undermine the purposes of the *Marketing Act* or of the *British Columbia Egg Marketing Board Standing Order* because such levies are not primarily geared towards punishment or deterrence, but instead to the efficient operation of the regulatory scheme.

21 Thus, as the over-quota levy was a compensatory fee charged primarily to defray the costs of over-production and incurred for the purpose of gaining or producing income, I would allow its deduction for the purposes of the computation of profit.

III. Disposition

22 I would accordingly allow the appeal with costs in this Court and the court below.

The judgment of Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

23 At issue in the present appeal is whether levies, fines and penalties may be deducted as business expenses from a taxpayer's income. The resolution of this issue involves questions of statutory interpretation and the extent to which public policy considerations may enter into this interpretation. It is my opinion that as a general principle, it is Parliament, and not the courts, who should decide which expenses incurred for the purpose of earning business income should not be deductible. Parliament has made such decisions on many occasions; this is simply not one of them. As such, levies, fines and penalties which are incurred for

tion prévue par une loi comme conséquence de la perpétration d'une infraction, mais plutôt comme un coût additionnel pour le producteur dans l'exploitation de son entreprise.

([1995] A.C.I. nº 81 (QL), au par. 19)

La déductibilité d'une telle taxe n'a pas pour effet de contrecarrer ou d'amoindrir les objectifs poursuivis par la *Marketing Act* ou par la *British Columbia Egg Marketing Board Standing Order* parce qu'elle n'est pas principalement axée sur la sanction ou la dissuasion, mais bien sur la gestion efficace du régime réglementaire.

Par conséquent, puisque la taxe sur le dépassement de quota représentait des frais compensatoires imposés principalement en vue de défrayer les coûts liés à la surproduction et engagés en vue de tirer un revenu, je suis d'avis d'autoriser sa déduction aux fins du calcul du bénéfice.

III. Dispositif

Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans notre Cour et en Cour d'appel.

Version française du jugement des juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi pose la question de savoir si des redevances, des amendes et des pénalités peuvent être déduites du revenu du contribuable comme dépenses d'entreprise. Pour y répondre, il faut examiner des questions d'interprétation des lois et déterminer dans quelle mesure des considérations relatives à l'ordre public peuvent entrer en ligne de compte dans cette interprétation. Je suis d'avis qu'en règle générale, c'est au législateur, et non aux tribunaux, qu'il appartient de décider de la non-déductibilité de certains types de dépenses engagées en vue de produire un revenu d'entreprise. Le Parlement l'a fait à plusieurs reprises, mais pas dans le cas présent. Par conséquent les redevances, les amendes et les pénalités payées en

the purpose of earning income are deductible business expenses.

II. Facts

The appellant, 65302 British Columbia Ltd. (formerly Veekens Poultry Farms Ltd.), carries on a poultry farm business near Prince George, British Columbia. The farm produces both meat production chickens and egg-laying chickens that produce eggs for the table market. At the relevant times, the appellant was a registered producer under British Columbia Regulation 173/67, otherwise known as the *British Columbia Egg Marketing Scheme, 1967* (the "Scheme"). The Scheme was enacted under the *Natural Products Marketing (BC) Act*, R.S.B.C. 1979, c. 296, previously R.S.B.C. 1960, c. 263, and established the British Columbia Egg Marketing Board (the "Board") to administer the Scheme.

Pursuant to its authority under the Scheme, the Board established a quota system whereby egg producers in the province are assigned quotas for egg production. The quota determines the number of layer hens that may be kept by each producer. Because of local market conditions, the appellant made a decision to operate over his allocated quota for the years 1984 to 1988. The appellant was concerned that if it did not produce over quota, it would lose its major customer, Overwaitea Foods, which was expanding in the area. Additional quota was not available for purchase in the Prince George area during these years, but quota was available in the Lower Mainland. However, the price was $50 per bird compared to $30 per bird in the Prince George area.

The appellant did not inform the Board of its over-quota production. In 1988 an inspector from the Board, acting under a new policy requiring him to check all the barns on the appellant's property, discovered an estimated 6,700 more layers than permitted under the appellant's quota. The Board imposed an over-quota levy on the appellant pursuant to its authority under s. 6(e) of the *British Columbia Egg Marketing Board Standing Order.*

vue de tirer un revenu sont des dépenses d'entreprise déductibles.

II. Les faits

L'appelante, 65302 British Columbia Ltd. (auparavant Veekens Poultry Farms Ltd.), exploite une entreprise avicole près de Prince George, en Colombie-Britannique. L'entreprise produit à la fois du poulet de chair et des poules pondeuses dont les œufs sont destinés au marché alimentaire. Au cours de la période en cause, l'appelante était une productrice enregistrée en vertu du British Columbia Regulation 173/67, aussi connu sous le nom de *British Columbia Egg Marketing Scheme, 1967* (le «régime»). Le régime a été adopté en vertu de la *Natural Products Marketing (BC) Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 296, auparavant R.S.B.C. 1960, ch. 263, et il établit l'Office de commercialisation des œufs de la Colombie-Britannique («l'Office») chargé de le gérer. 24

En vertu des pouvoirs conférés par le régime, l'Office a établi un système de contingentement dans lequel des quotas sont attribués aux producteurs d'œufs de la province. Un quota détermine le nombre de pondeuses que peut garder chaque producteur. Pour répondre aux besoins du marché local, l'appelante a décidé d'exploiter plus que les quotas qui lui avaient été attribués pour les années 1984 à 1988. L'appelante estimait devoir dépasser les quotas pour ne pas perdre son client principal, Overwaitea Foods, qui s'agrandissait dans la région. Au cours de ces années, il était impossible d'acheter des quotas supplémentaires dans la région de Prince George, mais on pouvait en obtenir dans la vallée du bas Fraser. Le prix par tête s'y élevait toutefois à 50 $, comparativement à 30 $ dans la région de Prince George. 25

L'appelante n'a pas avisé l'Office de sa production excédentaire. En 1988, un inspecteur de l'Office, en vérifiant tous les bâtiments se trouvant sur la propriété de l'appelante, ainsi que l'exigeait une nouvelle politique, a découvert la présence d'environ 6 700 pondeuses de plus que ce que permettaient les quotas de l'appelante. L'Office a imposé à l'appelante une taxe sur dépassement de quota en vertu du pouvoir que lui conférait l'al. 6e) de la 26

After negotiations with the Board, the appellant agreed to pay an over-quota levy of $269,629.69 and to dispose of its excess layers. In 1989 the appellant purchased additional quota.

27 When filing its returns under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (the "Act"), the appellant included in its income the profit from its over-quota production. In 1988, the appellant deducted the over-quota levy as a business expense pursuant to ss. 9(1) and 18(1)(*a*) of the Act. This deduction resulted in a non-capital loss of $61,876 that was carried back, pursuant to s. 111 of the Act, to its 1985 taxation year. Subsequently, in its 1989 taxation year, the appellant deducted $9,704.50 for interest paid on the unpaid balance of the levy and legal expenses of $3,766 incurred for representation in respect of the over-quota levy.

28 The appellant was reassessed in respect of its 1985, 1988, and 1989 taxation years by Notices of Reassessment, dated November 14, 1991, which disallowed the deduction of the over-quota levy, loss carry back, interest and legal expenses. The appellant appealed to the Tax Court of Canada, where the parties agreed that the deductibility of the loss carry back, interest, and legal expenses depended upon the deductibility of the over-quota levy. The Tax Court held that the over-quota levy was deductible as a business expense and that this deduction was not prohibited by s. 18(1)(*b*) of the Act, which prevents taxpayers from deducting payments made on account of capital. The Minister of National Revenue (the "Minister") appealed this decision to the Federal Court of Appeal, which allowed the appeal and held that the over-quota levy was not deductible. The appellant now appeals from that decision to this Court.

British Columbia Egg Marketing Board Standing Order (l'«ordonnance»). Après des négociations avec l'Office, l'appelante a accepté de verser une taxe sur dépassement de quota de 269 629,69 $ et de se défaire de ses pondeuses excédentaires. En 1989, l'appelante a acheté des quotas supplémentaires.

Dans sa déclaration sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.) (la «Loi»), l'appelante a inclus dans son revenu le bénéfice tiré de sa production excédentaire. En 1988, l'appelante a déduit la taxe sur dépassement de quota à titre de dépense d'entreprise en vertu du par. 9(1) et de l'al. 18(1)*a*) de la Loi. Cette déduction a donné lieu à une perte autre qu'une perte en capital de 61 876 $, que l'appelante a reportée à son année d'imposition 1985 en vertu de l'art. 111 de la Loi. L'appelante a par la suite, dans son année d'imposition 1989, déduit la somme de 9 704,50 $ à titre d'intérêt versé sur le solde impayé de la taxe et la somme de 3 766 $ à titre de frais judiciaires aux fins de représentation touchant la taxe sur dépassement de quota.

L'appelante a fait l'objet, à l'égard des années d'imposition 1985, 1988 et 1989, de nouvelles cotisations qui lui ont été signifiées par avis datés du 14 novembre 1991 et qui lui refusaient la déduction de la taxe sur dépassement de quota, le report de la perte sur les années antérieures et la déduction des frais d'intérêts et des frais judiciaires. L'appelante a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt, où les parties ont convenu que la déductibilité du report de la perte, des frais d'intérêts et des frais judiciaires dépendait de la déductibilité de la taxe sur dépassement de quota. La Cour de l'impôt a conclu que la taxe sur dépassement de quota était déductible à titre de dépense d'entreprise et que cette déduction n'était pas interdite par l'al. 18(1)*b*) de la Loi qui empêche les contribuables de déduire des paiements à titre de capital. Le ministre du Revenu national a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, qui a accueilli l'appel et conclu que la taxe sur dépassement de quota n'était pas déductible. L'appelante se pourvoit contre cette décision devant notre Cour.

III. Relevant Statutory Provisions

Natural Products Marketing (BC) Act, R.S.B.C. 1979, c. 296

12. (1) The Lieutenant Governor in Council may, in accordance with section 2, provide for the establishment of a marketing board to administer, under the supervision of the Provincial board, regulations for the marketing of a regulated product.

. . .

13. (1) Without limiting the generality of other provisions of this Act, the Lieutenant Governor in Council may vest in a marketing board or commission any or all of the following powers:

. . .

(k) to fix and collect levies or charges from designated persons engaged in the production or marketing of the whole or part of a regulated product and for that purpose to classify those persons into groups and fix the levies or charges payable by the members of the different groups in different amounts, and to use those levies or charges and other money and licence fees received by the commission

(i) to carry out the purposes of the scheme;

(ii) to pay the expenses of the marketing board or commission;

(iii) to pay costs and losses incurred in marketing a regulated product;

(iv) to equalize or adjust returns received by producers of regulated products during the periods the marketing board or commission may determine; and

(v) to set aside reserves for the purposes referred to in this paragraph;

. . .

20. (1) Every person who fails to comply with this Act or the regulations or an order, rule, determination or decision made by the Provincial board or a marketing board or commission or made by virtue of a power exercisable under the federal Act, is liable on conviction, to a fine of not less than $100 and not more than $500 or

III. Les textes législatifs pertinents

Natural Products Marketing (BC) Act, R.S.B.C. 1979, ch. 296 29

[TRADUCTION]

12. (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, conformément à l'article 2, prévoir l'établissement d'un office de commercialisation chargé d'administrer, sous la surveillance du comité provincial, la réglementation de la commercialisation d'un produit réglementé.

. . .

13. (1) Sans que soit limitée la portée générale des autres dispositions de la présente loi, le lieutenant-gouverneur en conseil peut investir un office ou une commission des pouvoirs:

. . .

k) de fixer des taxes ou des prélèvements et de les percevoir de personnes désignées se livrant à la production ou à la commercialisation de la totalité ou d'une partie d'un produit réglementé et, à cette fin, de classer ces personnes en groupes et de fixer les montants des taxes ou prélèvements payables par les membres de chaque groupe et d'utiliser ces taxes ou prélèvements ainsi que les autres sommes ou droits de licence reçus

(i) pour appliquer le régime;

(ii) pour acquitter ses dépenses;

(iii) pour acquitter les frais et pertes résultant de la commercialisation d'un produit réglementé;

(iv) pour assurer une meilleure répartition ou la péréquation des revenus tirés par les producteurs de produits réglementés pendant les périodes qui peuvent être déterminées;

(v) pour créer des réserves aux fins mentionnées dans le présent alinéa;

. . .

20. (1) Toute personne qui ne se conforme pas à la présente loi, au règlement ou à une ordonnance, règle, détermination ou décision prise par l'office provincial ou par un office ou une commission de commercialisation ou prise en vertu d'un pouvoir qui peut être exercé sous le régime de la loi fédérale, est passible, sur décla-

to imprisonment not exceeding 6 months or to both a fine and imprisonment.

British Columbia Egg Marketing Scheme, 1967, B.C. Reg. 173/67

37 The board shall have authority within the Province to promote, regulate and control the production, transportation, packing, storing and marketing, or any of them, of the regulated product, including the prohibition of such production, transportation, packing, storing and marketing, or any of them, in whole or in part, and without limiting the generality of the foregoing shall have the following authority:

. . .

(v) to make orders fixing, imposing and collecting levies or charges from registered producers engaged in the marketing of any category of the regulated product, and for such purposes to classify registered producers into groups and to fix the levies or charges payable by the members of the different groups in different amounts, and to use such levies or charges for the board's purposes, including the creation of reserves and the payment of expenses and losses resulting from the sale or disposal of regulated product and the equalization or adjustment among registered producers of moneys realized from the sale thereof during such period or periods of time as the board may determine.

British Columbia Egg Marketing Board Standing Order (Rev. Jan. 1989)

SECTION 6

LEVIES AND FEES

(a) Levy — A levy (the provincial levy) is hereby imposed on each Registered Producer of an amount per dozen from time to time fixed by the Board, on the number of dozens of eggs marketed by him excluding any eggs, if any, marketed by him in interprovincial and export trade.

(b) Levy-Layers — A levy is hereby imposed on each Registered Producer of an amount from time to time fixed by the Board for each layer which may be kept

ration de culpabilité, d'une amende minimale de 100 $ et maximale de 500 $ ou d'un emprisonnement maximal de 6 mois, ou d'une amende et d'un emprisonnement.

British Columbia Egg Marketing Scheme, 1967, B.C. Reg. 173/67

[TRADUCTION]

37 L'office a le pouvoir, dans les limites de la province, de promouvoir, de réglementer et de contrôler la production, le transport, le conditionnement, l'entreposage et la commercialisation du produit réglementé, y compris le pouvoir d'en décréter en tout ou en partie l'interdiction, et notamment le pouvoir:

. . .

v) de prendre des ordonnances touchant la fixation et l'imposition de taxes ou prélèvements et leur perception de producteurs enregistrés se livrant à la commercialisation de toute catégorie du produit réglementé et, à ces fins, de classer ces personnes en groupes et de fixer les divers montants des taxes ou prélèvements payables par les membres des différents groupes et d'employer ces taxes ou prélèvements à son profit, y compris la création de réserves et le paiement des frais et pertes résultant de la vente ou de l'aliénation du produit réglementé ainsi que la meilleure répartition ou péréquation, entre les producteurs enregistrés, des sommes tirées de la vente du produit durant toute période qu'elle peut déterminer.

British Columbia Egg Marketing Board Standing Order (rév. janvier 1989)

[TRADUCTION]

ARTICLE 6

TAXES ET DROITS

a) Taxe — Il est par les présentes imposé à chaque producteur enregistré une taxe (taxe provinciale) d'un certain montant par douzaine, que fixera de temps à autre l'Office, sur le nombre de douzaines d'œufs commercialisés par lui, à l'exception des œufs, s'il en est, destinés au marché interprovincial ou international.

b) Taxe sur les pondeuses — Il est par les présentes imposé à chaque producteur enregistré une taxe d'un certain montant que fixera de temps à autre l'Office

or maintained by the Registered Producer for a period less:

(i) The aggregate amount for that period fixed by the Board as the levy payable per dozen in respect of eggs marketed by him in intraprovincial trade, and:

(ii) If applicable, the amount for that period fixed by the Canadian Egg Marketing Agency as the federal levy payable per dozen in respect of eggs marketed by him in interprovincial and export trade.

. . .

(e) Over-Quota Levy — A levy is hereby imposed in the amount of $0.08 (eight cents) per day in respect of each layer kept or maintained by a Registered Producer or Commercial Hatching Egg Producer at any time in excess of the number of layers which may be kept or maintained by that Registered Producer or Commercial Hatching Egg Producer for the period in question. The levy shall be calculated and payable for the entire period for which excess layers are kept or maintained until such date as it is established to the Board's satisfaction that the excess layers have been disposed of by the Registered Producer or Commercial Hatching Egg Producer.

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is the taxpayer's profit from that business or property for that year.

. . .

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(*a*) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

(*b*) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

. . .

pour chaque pondeuse que garde un producteur enregistré pendant une période, moins:

(i) le montant total que fixera l'Office comme taxe payable pour cette période par douzaine d'œufs commercialisés par lui sur le marché interprovincial et:

(ii) le cas échéant, le montant que l'Office canadien de commercialisation des œufs fixera comme taxe fédérale payable pour cette période par douzaine d'œufs commercialisés par lui sur le marché interprovincial ou international.

. . .

e) Taxe sur dépassement de quota — Il est par les présentes imposé une taxe d'un montant de 8 (huit) cents par jour à l'égard de chaque pondeuse que garde un producteur enregistré ou producteur commercial d'œufs destinés à l'incubation et qui soit à n'importe quel moment en sus du nombre de pondeuses qu'il est autorisé à avoir pendant la période en question. La taxe est calculée et payable pour toute période pendant laquelle les pondeuses excédentaires sont gardées jusqu'à la date où il est établi à la satisfaction de l'Office que le producteur enregistré ou le producteur commercial d'œufs destinés à l'incubation s'en est défait.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.)

9. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

. . .

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien;

b) une dépense en capital, une perte en capital ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente partie;

. . .

67. In computing income, no deduction shall be made in respect of an outlay or expense in respect of which any amount is otherwise deductible under this Act, except to the extent that the outlay or expense was reasonable in the circumstances.

IV. Judicial History

A. *Tax Court of Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2294

30 Lamarre J.T.C.C. noted that the *Natural Products Marketing (BC) Act* drew a distinction between the Board's powers to fix and collect levies and charges (s. 13) and the power to impose a penalty (s. 20). Further, when dealing with similar legislation in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, the Supreme Court of Canada mentioned that the purpose of the levies was to fund the boards and to provide for surplus removal of over-quota production. Laskin C.J. said the levies could be regarded as a "fee for services". In light of these considerations, Lamarre J.T.C.C. concluded that the levy imposed by the Board under s. 6(e) of the Standing Order was not a penalty. Such levies are not assessed as a punishment imposed by statute as a consequence of the commission of an offence, but are instead an additional cost to a producer of carrying on his or her business. In Lamarre J.T.C.C.'s view, both the regular and the over-quota levies can be characterized as "fees for services". Simply because the levy resulted in a loss to the appellant in 1988 is not proof that the Standing Order was penalizing in the legal sense.

31 Even if the levy could be described as a penalty, Lamarre J.T.C.C. concluded that it could still be deductible as a business expense pursuant to s. 18(1)(*a*) of the Act. In *Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] Ex. C.R. 527, a payment of damages and legal costs by the taxpayer company to the owners of a vessel sunk in a collision with one of the taxpayer company's vessels was held to be deductible on the grounds that

67. Dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances.

IV. Les décisions antérieures

A. *La Cour canadienne de l'impôt*, [1995] A.C.I. nº 81 (QL)

Le juge Lamarre note que la *Natural Products Marketing (BC) Act* établit une distinction entre les pouvoirs de l'Office de fixer et d'imposer des taxes (art. 13) et le pouvoir d'infliger une pénalité (art. 20). Elle souligne que la Cour suprême du Canada, se prononçant sur une loi similaire dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, a mentionné que les redevances avaient pour objet de financer les offices et d'assurer l'écoulement de la production excédentaire. Le juge en chef Laskin a dit que les contributions aux dépenses peuvent être considérées comme des «honoraires pour services rendus». Compte tenu de ces considérations, le juge Lamarre conclut que la taxe imposée en vertu de l'al. 6e) de l'ordonnance n'est pas une pénalité, car elle est imposée non pas à titre de punition prévue par une loi comme conséquence de la perpétration d'une infraction, mais plutôt comme un coût additionnel pour le producteur dans l'exploitation de son entreprise. Selon le juge Lamarre, tant la taxe ordinaire que la taxe sur dépassement de quota peuvent être qualifiées d'«honoraires pour services rendus». Le simple fait que l'imposition de la taxe ait causé une perte à l'appelante en 1988 n'est pas la preuve que l'ordonnance est, au sens juridique de l'expression, pénalisante.

Même si la taxe pouvait être considérée comme une pénalité, le juge Lamarre conclut qu'elle pourrait encore être déductible à titre de dépense d'entreprise en vertu de l'al. 18(1)*a*) de la Loi. Dans *Imperial Oil Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1947] R.C. de l'É. 527, la Cour de l'Échiquier a conclu que le montant payé en dommages-intérêts et en frais juridiques par la compagnie contribuable aux propriétaires d'un bateau coulé par suite

collisions were an "ordinary risk of the marine operations part of the appellant's business and really incidental to it" (p. 539). Likewise, in *TNT Canada Inc. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 91 (F.C.T.D.), and *Day & Ross Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 780 (T.D.), fines relating to trucking regulations were held to be deductible according to a two-part test. The first part of the test asks whether the payment of the fines was an outlay for the purpose of producing income, pursuant to s. 18(1)(*a*). The second part of the test asks whether public policy considerations preclude deductibility.

d'une collision avec un des bateaux de la compagnie contribuable était déductible parce que les collisions étaient [TRADUCTION] «un risque normal et ordinaire du volet des opérations maritimes de l'entreprise de l'appelante et y était en fait accessoire» (p. 539). De même, dans les affaires *TNT Canada Inc. c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 91 (C.F. 1re inst.), et *Day & Ross Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 780 (1re inst.), la cour a conclu que des amendes imposées sous le régime de règlements de camionnage étaient déductibles en vertu d'un critère à deux volets. Le premier volet pose la question de savoir si le paiement des amendes constituait une somme déboursée en vue de produire un revenu, conformément à l'al. 18(1)*a*). Le deuxième volet, celle de savoir si des considérations d'ordre public excluent la déductibilité.

Lamarre J.T.C.C. concluded that the over-quota levy at issue "resulted from the day-to-day operation of egg production business and was incurred as a risky but necessary expense" (p. 2306). In her view, over-quota egg production was no more an outrageous violation of public policy than the statutory infractions at issue in *Day & Ross*, *supra*, and *TNT*, *supra*. The fact that the outlay did not result in income but rather caused a loss in the year it was assessed did not prevent it from being deductible, as it is the purpose of the expenditure that must be assessed: *Royal Trust Co. v. M.N.R.*, 57 D.T.C. 1055 (Ex. Ct.).

32 Le juge Lamarre conclut que la taxe sur dépassement de quota «résultait des opérations journalières de l'entreprise de production d'œufs et constituait une dépense risquée mais nécessaire» (par. 22). À son avis, la production excédentaire d'œufs n'est pas plus un outrage à l'intérêt public que la violation des lois en cause dans les affaires *Day & Ross* et *TNT*, précitées. Le fait que la dépense n'a pas donné lieu à un revenu mais a plutôt occasionné une perte dans l'année où elle a été imposée ne l'empêche pas d'être déductible, puisque c'est le but de la dépense qui doit être évalué: *Royal Trust Co. c. M.N.R.*, 57 D.T.C. 1055 (C. de l'É.).

Lamarre J.T.C.C. also dismissed the argument that the over-quota levy was in fact an outlay on account of capital, the deduction of which would be prohibited by s. 18(1)(*b*) of the Act. It did not bring into existence an advantage of enduring benefit or provide an enduring advantage for the trade. It was a recurrent expense likely to happen occasionally in the egg production business. Nor was the over-quota levy an expenditure to preserve a capital asset, i.e., the quota. There is only a possibility that a registered producer might lose its licence if the levy was not paid and in fact only once in the past was a producer's quota suspended by the Board.

33 Le juge Lamarre rejette aussi l'argument selon lequel la taxe sur dépassement de quota est en fait une dépense à titre de capital dont la déduction serait interdite par l'al. 18(1)*b*) de la Loi. La taxe n'a pas donné lieu à l'avantage d'un bénéfice durable ni procuré un avantage durable au commerce. Il s'agissait d'une dépense récurrente qui est susceptible de se répéter de temps à autre dans l'exploitation d'une entreprise de production d'œufs. La taxe sur dépassement de quota n'était pas non plus un paiement destiné à protéger un élément d'actif, c'est-à-dire le quota. Le producteur enregistré ne peut perdre sa licence que s'il n'acquitte pas la taxe, et en fait, l'Office a suspendu une seule fois le quota d'un producteur.

34 Lamarre J.T.C.C. allowed the appeal with costs.

B. *Federal Court of Appeal*, [1998] 1 C.T.C. 131

35 Desjardins J.A., for the court, held that regardless of whether the levy is characterized as a penalty or not, it is imposed in order to carry out the purpose of the Scheme, which is the orderly production of eggs in British Columbia. Further, Desjardins J.A. noted that the Federal Court of Appeal had previously held that business is to be carried on without any infraction of the law: *Amway of Canada Ltd. v. M.N.R.* (1996), 193 N.R. 381. In the instant case, the appellant could have carried on his business in such a way as to avoid the over-quota production it intentionally pursued.

36 Desjardins J.A. also held that there is a strong public policy argument precluding the appellant from claiming the levy as a business expense. She stated, at p. 132:

> It is clearly inconsistent with the purpose of such a marketing scheme if producers are able to take action similar to that of the respondent and successfully claim as business expenses levies encountered in excess of permissible allotments.

37 Desjardins J.A. allowed the appeal with costs, set aside the Tax Court's decision, and dismissed the appellant's appeal of the Minister's assessments for the taxation years 1985, 1988 and 1989.

V. Issues

38 1. What is the proper approach to the deduction of fines, penalties and statutory levies from income under the Act?

2. If statutory levies are deductible under s. 18(1)(*a*) of the Act, is the levy here more properly characterized as a capital outlay or loss, the deduction of which is prohibited by s. 18(1)(*b*) of the Act?

Le juge Lamarre a accueilli l'appel avec dépens.

B. *La Cour d'appel fédérale*, [1997] A.C.F. nº 1544 (QL)

Selon le juge Desjardins au nom de la Cour d'appel, peu importe que le prélèvement soit ou non qualifié de pénalité, il a été imposé pour réaliser l'objectif du régime, qui est la production régulière d'œufs en Colombie-Britannique. Le juge Desjardins note en outre que la Cour d'appel fédérale a déjà statué qu'une entreprise doit être exploitée sans enfreindre la loi: *Amway of Canada Ltd. c. M.R.N.* (1996), 193 N.R. 381. En l'espèce, l'appelante aurait pu exploiter son entreprise de façon à éviter la production excédentaire à laquelle elle s'est livrée intentionnellement.

Le juge Desjardins conclut aussi qu'un argument d'ordre public très convaincant empêche l'appelante de réclamer le prélèvement comme dépense d'exploitation. Elle dit au par. 5:

> Il est manifestement contraire à l'objectif du plan de commercialisation de permettre aux producteurs de se livrer à des activités semblables à celles de l'intimée et les autoriser ensuite à réclamer comme dépenses d'exploitation les prélèvements qui leur sont imposés sur les dépassements de contingents admissibles.

Le juge Desjardins a accueilli l'appel avec dépens, infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt et rejeté l'appel de l'appelante concernant les cotisations du ministre pour les années d'imposition 1985, 1988 et 1989.

V. Les questions en litige

1. Comment faut-il aborder la déduction d'amendes, de pénalités et de redevances d'origine législative dans le calcul du revenu en vertu de la Loi?

2. Si des redevances d'origine législative sont déductibles en vertu de l'al. 18(1)*a*) de la Loi, la redevance imposée en l'espèce peut-elle être qualifiée de dépense ou de perte en capital, dont la déduction est interdite par l'al. 18(1)*b*) de la Loi?

VI. Analysis

A. *Section 18(1)(a) of the Income Tax Act*

(1) The Concept of Profit in Section 18(1)(*a*)

The central question in this appeal is whether an over-quota levy may be deducted as a business expense from a taxpayer's business income. It has been argued that the levy was non-deductible because it was an "avoidable" fine or penalty. For the reasons I give below, the characterization of the levy as a "fine or penalty" is of no consequence, because in my view, the income tax system does not distinguish among levies, fines and penalties. If the expense is incurred for the purpose of earning business income, it is deductible. Section 9(1) of the Act provides that a taxpayer's business income for the tax year is the profit from that business. It is well established that the concept of profit found in s. 9(1) authorizes the deduction of business expenses, as profit is inherently a net concept, and such deductions are allowed under s. 9(1) to the extent that they are consistent with "well accepted principles of business (or accounting) practice" or "well accepted principles of commercial trading": *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 723. These expenses may nonetheless be prohibited by the limiting provisions found in s. 18(1), although many of these provisions are also consistent with well accepted principles of business practice. The present appeal concerns the language of s. 18(1)(*a*), which provides that, in computing taxable business income, no deduction may be made in respect of

an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property.

The majority of this Court in *Symes*, *supra*, at p. 736, stated:

. . . no test has been proposed which improves upon or which substantially modifies a test derived directly from

VI. L'analyse

A. *L'alinéa 18(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu*

(1) La notion de bénéfice à l'al. 18(1)*a*)

39 La question centrale dans le présent pourvoi est de savoir si une redevance imposée pour dépassement de quota peut être déduite du revenu d'entreprise du contribuable à titre de dépenses d'entreprise. On a soutenu que la redevance n'était pas déductible parce qu'il s'agissait d'une amende ou pénalité «évitable». Pour les motifs exposés ci-dessous, la caractérisation de la redevance comme «amende ou pénalité» n'a pas d'importance puisque, à mon avis, le régime fiscal ne fait pas de distinction entre les redevances, les amendes et les pénalités. Si la dépense est faite en vue de tirer un revenu de l'entreprise, elle est déductible. Le paragraphe 9(1) de la Loi dispose que le revenu d'entreprise d'un contribuable pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il tire de cette entreprise. Il est bien établi que la notion de bénéfice visée au par. 9(1) autorise la déduction de dépenses d'entreprise, puisque le bénéfice est en soi un résultat net, et que de telles déductions sont autorisées en vertu du par. 9(1) dans la mesure où elles sont conformes aux «principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)» ou aux «principes bien reconnus des affaires commerciales»: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 723. La déduction de ces dépenses peut néanmoins être interdite par les dispositions limitatives du par. 18(1), même si bon nombre de ces dispositions correspondent-elles aussi aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires. Le présent pourvoi porte sur le libellé de l'al. 18(1)*a*), qui prévoit que, dans le calcul du revenu d'entreprise imposable, ne sont pas déductibles

les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien.

Dans l'arrêt *Symes*, précité, à la p. 736, la majorité dit:

. . . on n'a proposé aucun critère qui améliorerait ou modifierait sensiblement un critère reposant directement

the language of s. 18(1)(*a*). The analytical trail leads back to its source, and I simply ask the following: did the appellant incur [the impugned] expenses for the purpose of gaining or producing income from a business?

To rephrase this language in the context of the present appeal, the question to ask is: did the appellant incur the over-quota levy for the purpose of gaining or producing income from its business?

40 On its face, I would answer this question in the affirmative. I agree with Lamarre J.T.C.C., in the Tax Court, that the levy was incurred as part of the appellant's day-to-day operations. The decision to produce over-quota was a business decision made in order to realize income. The appellant deliberately produced over-quota in order to maintain its major customer, who was then expanding in the area, until it could purchase additional quota at what it thought was an affordable price.

41 However, the respondent urges this Court to follow Lord Sterndale's distinction between "a loss connected with the business" and "a fine imposed upon the company personally": *Commissioners of Inland Revenue v. Alexander von Glehn & Co.*, [1920] 2 K.B. 553 (C.A.). The argument is that the nature of the sanction is such that it is more properly viewed as attaching to the business entity itself rather than to the business of the entity. *Alexander von Glehn* has been followed in other common law jurisdictions: see *Robinson v. Commissioner of Inland Revenue*, [1965] N.Z.L.R. 246 (S.C.); *Herald and Weekly Times v. Federal Commissioner of Taxation* (1932), 2 A.T.D. 169 (H.C. Austl.); *Mayne Nickless Ltd v. Federal Commissioner of Taxation* (1984), 71 F.L.R. 168 (Vic. Sup. Ct.).

42 I do not find these cases helpful to the present appeal given the differences in the applicable taxation statutes. According to Lord Sterndale in *Alexander von Glehn*, *supra*, three rules of the *Income Tax Act, 1842*, governed the deductibility of the

sur le libellé de l'al. 18(1)*a*). L'analyse nous ramène à la source, et je peux simplement me poser la question suivante: l'appelante a-t-elle engagé [les frais en cause] en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise?

Reformulée dans le contexte de la présente espèce, la question à se poser est la suivante: l'appelante a-t-elle encouru la taxe sur dépassement de quota en vue de tirer un revenu de son entreprise?

À première vue, je répondrais à cette question par l'affirmative. Je suis d'accord avec le juge Lamarre de la Cour canadienne de l'impôt pour reconnaître que la taxe résultait des opérations journalières de l'entreprise de l'appelante. La décision de produire au-delà des quotas était une décision commerciale prise dans le but de tirer un revenu. L'appelante a intentionnellement produit plus que ce lui permettait son quota afin de conserver son principal client, qui s'agrandissait dans la région, en attendant de pouvoir acheter des quotas supplémentaires à un prix qu'elle jugeait abordable.

L'intimée invite toutefois notre Cour à suivre la distinction établie par Lord Sterndale entre [TRADUCTION] «une perte ayant un rapport avec l'entreprise» et «une amende imposée à la société personnellement»: *Commissioners of Inland Revenue c. Alexander von Glehn & Co.*, [1920] 2 K.B. 553 (C.A.). Selon cet argument, la nature de la sanction est telle qu'on peut la percevoir comme visant davantage la société commerciale elle-même que le commerce de la société. L'arrêt *Alexander von Glehn* a été suivi dans d'autres ressorts de common law: voir *Robinson c. Commissioner of Inland Revenue*, [1965] N.Z.L.R. 246 (S.C.); *Herald and Weekly Times c. Federal Commissioner of Taxation* (1932), 2 A.T.D. 169 (H.C. Austl.); *Mayne Nickless Ltd c. Federal Commissioner of Taxation* (1984), 71 F.L.R. 168 (C.S. Vict.).

Ces décisions ne me paraissent pas utiles à la résolution du présent pourvoi en raison des différences entre les lois fiscales applicables. Selon Lord Sterndale dans l'arrêt *Alexander von Glehn*, précité, trois règles de l'*Income Tax Act, 1842*

fine at issue in that case. The third rule that he cited provided (at p. 563):

> In estimating the balance of the profits or gains to be charged . . . no sum shall be set against or deducted from . . . such profits or gains, for any disbursements or expenses whatever, not being money wholly and exclusively laid out or expended for the purposes of such trade, manufacture, adventure, or concern, or of such profession, employment, or vocation. [Emphasis added.]

All three members of the Court of Appeal agreed that the penalty at issue was not wholly and exclusively laid out or expended for the purposes of trade or, what amounts to the same thing, that the penalties were not expenditures necessary to earn the profits (at pp. 565-66, 569 and 573).

I note that the New Zealand and Australian cases cited by the respondent dealt with similarly worded taxation statutes to that at issue in *Alexander von Glehn*. Canada's *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, s. 6(*a*), also prohibited the deduction of expenses not "wholly, exclusively and necessarily laid out or expended for the purpose of earning the income". However, in 1948 this section was replaced with the precursor to our current s. 18(1)(*a*) of the Act, dropping the language of "wholly, exclusively and necessarily laid out or expended". As this Court affirmed in *Symes*, at p. 732,

> the current wording of s. 18(1)(*a*) is sufficient justification for the view that Parliament acted to amend its predecessor section in such a way as to broaden the scope for business expense deductibility.

In my view, following case law interpreting statutes that employed similarly restrictive language as our *Income War Tax Act* would be to ignore the clear intention exhibited by Parliament since 1948 to broaden the scope of deductible business expenses. Indeed, in *Mayne Nickless*, *supra*, the Supreme Court of Victoria declined to consider Canadian case law, stating at p. 183 that it was not

régissaient la déductibilité de l'amende en cause. La troisième règle citée par lui disait ceci (à la p. 563):

> [TRADUCTION] Pour l'estimation du solde des bénéfices ou des gains assujettis [. . .] ne peut être prise ou déduite de ces bénéfices ou de ces gains, pour quelque débours ou dépense que ce soit, aucune somme qui ne soit totalement et exclusivement déboursée ou dépensée aux fins de ce commerce, de cet établissement, de cette entreprise ou de ce projet, ou de cette profession, de cet emploi ou de ce métier. [Je souligne.]

Les trois juges de la Cour d'appel ont estimé que la pénalité en cause n'avait pas été totalement et exclusivement déboursée ou dépensée aux fins du commerce ou, ce qui revient au même, que les pénalités n'étaient pas des dépenses nécessaires à l'obtention de bénéfices (aux pp. 565, 566, 569 et 573).

Je note que les décisions néo-zélandaises et australiennes citées par l'intimée portent sur des lois fiscales dont la formulation s'apparente à celle qui a été examinée dans l'arrêt *Alexander von Glehn*. Au Canada, la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, al. 6*a*), interdisait elle aussi la déduction de dépenses qui n'avaient pas été «totalement, exclusivement et nécessairement faites en vue de la production du revenu». Toutefois, en 1948, cette disposition a été remplacée par une version antérieure à l'actuel al. 18(1)*a*) de la Loi, qui ne comportait plus les mots «totalement, exclusivement et nécessairement faites». Comme l'affirme notre Cour dans *Symes*, à la p. 732, 43

> le libellé actuel de l'al. 18(1)*a*) suffit à justifier le point de vue que le Parlement a procédé à la modification de l'ancien article pour élargir les déductions au titre des dépenses d'entreprise.

À mon avis, suivre la jurisprudence qui a interprété des lois libellées de façon aussi restrictive que notre *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, ce serait ignorer l'intention claire manifestée par le Parlement depuis 1948 d'élargir la portée des dépenses d'entreprise déductibles. En fait, dans l'arrêt *Mayne Nickless*, précité, la Cour suprême de Victoria a refusé d'examiner la jurisprudence cana-

of any great assistance given the different legislation involved.

44 The respondent also asks this Court to follow the Federal Court of Appeal's decision in *Amway*, *supra*. The central issue in *Amway* was also the deductibility of fines and penalties pursuant to s. 18(1)(*a*) of the Act. Strayer J.A. held, for the court, that "one legitimate test of whether fines should be deductible as a business expense is that of avoidability of the offences" (p. 389). In support of this proposition, Strayer J.A. cited *Alexander von Glehn*, *supra*, *Imperial Oil*, *supra*, *Day & Ross*, *supra*, and *TNT*, *supra*.

45 I have already mentioned why I do not find *Alexander von Glehn*, helpful in the context of our current Act. For similar reasons, I would decline to follow *Imperial Oil*. In that case, Thorson P. held that the damages and costs associated with a negligence action against the taxpayer were properly deducted as business expenses where "the nature of the operations is such that the risk of negligence on the part of the taxpayer's servants in the course of their duties or employment is really incidental to such operations" (p. 546 (emphasis added)). However, *Imperial Oil* concerned the application of the *Income War Tax Act* which, as I have already outlined, required that an expense be "wholly, exclusively and necessarily" made for the purpose of earning income. Thorson P.'s statement, at p. 546, must therefore be understood in context:

> Where income is earned from certain operations, as it was by the appellant from its marine operations, all the expenses wholly, exclusively and necessarily incidental to such operations must be deducted as the total cost thereof in order that the amount of the profits or gains from such operations that are to be assessed may be computed. Such cost includes not only all the ordinary operations costs but also all moneys paid in discharge of the liabilities normally incurred in the operations. When the nature of the operations is such that the risk of negligence on the part of the taxpayer's servants in the course of their duties or employment is really incidental to such

dienne disant à la p. 183 qu'elle n'était pas très utile en raison des différences entre les textes législatifs.

L'intimée demande aussi à notre Cour de suivre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Amway*, précité. Dans cet arrêt concernant la déductibilité d'amendes et de pénalités sous le régime de l'al. 18(1)*a*) de la Loi, le juge Strayer dit, au nom de la cour, que «pour déterminer si des amendes devraient être déductibles à titre de dépenses d'entreprise, il faut se demander si les infractions étaient évitables» (p. 389). À l'appui de ce principe, il cite les décisions *Alexander von Glehn*, *Imperial Oil*, *Day & Ross* et *TNT*, précitées.

J'ai déjà indiqué pourquoi j'estime que l'arrêt *Alexander von Glehn* n'est pas utile dans le contexte de notre loi actuelle. Des motifs similaires me portent à ne pas tenir compte de l'arrêt *Imperial Oil*. Dans cette affaire, le président Thorson a conclu que les dommages-intérêts et les frais relatifs à une action en négligence avaient été déduits à bon droit comme dépenses d'entreprise parce que [TRADUCTION] «la nature des opérations est telle que le risque de négligence de la part des employés du contribuable dans le cours de leurs fonctions ou de leur emploi est réellement accessoire à de telles opérations» (p. 546 (je souligne)). L'arrêt *Imperial Oil* portait toutefois sur l'application de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* qui, comme je le dis plus haut, exigeait que la dépense soit «totalement, exclusivement et nécessairement» faite en vue de produire un revenu. L'observation du président Thorson, à la p. 546, doit par conséquent être comprise dans son contexte:

> [TRADUCTION] Lorsque le revenu est tiré de certaines opérations, comme cela s'est produit dans le cas des opérations maritimes de l'appelante, toutes les dépenses totalement, exclusivement et nécessairement accessoires à ces opérations doivent être déduites à titre de coût total de ces opérations pour que le montant des bénéfices ou des gains tirés de ces opérations qui feront l'objet d'une cotisation puisse être calculé. De tels coûts comprennent non seulement tous les coûts d'exploitation ordinaires, mais aussi les sommes versées pour s'acquitter de la responsabilité normalement engagée au cours des opérations. Dans ces cas, la nature des opérations est telle que

operations, as was the fact in the present case, with its consequential liability to pay damages and costs, then the amount of such damages and costs is properly included as one of the items of the total cost of such operations. It may, therefore, properly be described as a disbursement or expense that is wholly, exclusively and necessarily laid out as part of the process of earning the income from such operations. [Emphasis added.]

le risque de négligence de la part des employés du contribuable dans le cours de leurs fonctions ou de leur emploi est réellement accessoire à de telles opérations, comme ce fut le cas dans la présente espèce, avec la responsabilité qui en découle de payer les dommages-intérêts et les frais, et le montant de ces dommages-intérêts et de ces frais est de bon droit inclus comme l'un des éléments du coût total de ces opérations. Il peut par conséquent être proprement décrit comme une dépense qui est totalement, exclusivement et nécessairement faite à titre de partie intégrante du processus de production du revenu. [Je souligne.]

In the absence of similar language in the current Act, I find it difficult to endorse the requirement that expenses need be incidental, in the sense that they were unavoidable, in order to be deductible under s. 18(1)(*a*).

En l'absence de libellé semblable dans la loi actuelle, il m'est difficile d'appuyer l'exigence que les dépenses soient accessoires, au sens d'inévitables, pour être déductibles sous le régime de l'al. 18(1)*a*).

Day & Ross, *supra*, is a more recent case, but at best I find it ambiguous on the issue. While Dubé J. held (at pp. 794-95) that the fines at issue, levied for violations of provincial highway weight restriction laws, were in fact "necessary expense[s]" and "inevitable", it is not clear whether these considerations went to establish that the fines fell within the wording of s. 12(1)(*a*) (now s. 18(1)(*a*)) of the Act or that the fines were not "outrageous transgressions of public policy". 46

La décision *Day & Ross*, précitée, est plus récente, mais je la trouve au mieux ambiguë sur ce point. Même si le juge Dubé a conclu (aux pp. 794 et 795) que les amendes en cause, imposées pour infraction aux limites légales de poids sur les routes provinciales, étaient en fait des «dépenses indispensables» et «inévitables», il ne ressort pas clairement que ces considérations établissent que les amendes relevaient du libellé de l'al. 12(1)*a*) (maintenant al. 18(1)*a*)) de la Loi, ou que les amendes ne «viol[ai]ent pas outrageusement l'intérêt public».

Indeed, in *TNT*, *supra*, Cullen J. purports to follow *Day & Ross* and yet appears not to follow the avoidability test. At issue in *TNT* were two types of fines. The first type was held to fall clearly within the *ratio* of *Day & Ross*, as they were unavoidable. With respect to the second type of fine, levied because a "foreign carrier [was] used in Canada and made more than one stop which conduct is prohibited by law" (p. 100), the Minister argued that the fines were avoidable and that the taxpayer was deliberately flouting the law. In response, Cullen J. stated, at p. 100: 47

Dans la décision *TNT*, précitée, le juge Cullen entend suivre l'arrêt *Day & Ross*, mais semble ne pas retenir le critère de l'inévitabilité. Deux catégories d'amendes étaient en cause dans *TNT*. La première a été jugée correspondre clairement au raisonnement de l'arrêt *Day & Ross*, puisqu'elles étaient inévitables. En ce qui a trait à la deuxième catégorie d'amendes, imposées à la demanderesse pour «avoir utilisé des transporteurs étrangers [. . .] qui ont effectué plus d'un arrêt, ce qui est interdit par la loi» (p. 100), le ministre soutenait que la pénalité était évitable et que le contribuable défiait intentionnellement la loi. En réponse, le juge Cullen dit, à la p. 100:

Counsel also made this comment: "*it may have been good economics and more expeditious* but it was against public policy" (emphasis added). That comment buttresses my own view that these actions were taken to

Le procureur a également fait le commentaire suivant: «*c'était peut-être économiquement rentable et plus rapide*, mais c'était contre l'intérêt public» (l'emphase est de moi). Ce commentaire soutient ma conclusion que

earn income and therefore were a legitimate expense under paragraph 18(1)(a) of the Act. The taxpayer has certainly met the "purpose test" *vis-à-vis* this penalty.

48 With respect, I differ from Strayer J.A.'s interpretation of *TNT* in *Amway*, *supra*, as I do not read Cullen J.'s statement as a finding that the second type of fine was an unavoidable expense. Rather, I interpret his statement to mean that so long as the fines were incurred in order to earn income, they fell within the meaning of s. 18(1)(*a*) of the Act. Cullen J. then held that the deduction of the fines should not be disallowed on the basis of public policy, since the amount of the second type of fine at issue was lumped together with the first type and could not easily be separated, and since the underlying offences were small in number (at p. 101).

49 Even if these cases clearly established a test of avoidability, I would decline to endorse it. As Strayer J.A. indicated in *Amway*, *supra*, this test would only apply to fines and penalties and not the deductibility of other types of expenses (at p. 390). With respect, I do not see how the language of s. 18(1)(*a*) can support a requirement of avoidability, let alone one that only attaches to fines and penalties.

(2) Statutory Interpretation and Public Policy

50 This Court has on many occasions endorsed Driedger's statement of the modern principle of statutory construction: "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". See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. This rule is no different for tax statutes: *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578.

51 However, this Court has also often been cautious in utilizing tools of statutory interpretation in

ces actes ont été posés pour produire un revenu et, par conséquent, constituent une dépense légitime en vertu de l'alinéa 18(1)*a*) de la Loi. Le contribuable a assurément satisfait pour cette pénalité au «test du but visé».

Avec égards, je ne partage pas l'interprétation donnée à la décision *TNT* par le juge Strayer dans l'arrêt *Amway*, précité, puisque je ne perçois pas la remarque du juge Cullen comme la conclusion que la deuxième catégorie d'amendes était une dépense inévitable. Selon mon interprétation, cette remarque signifie que dans la mesure où les amendes ont été engagées pour tirer un revenu, elles relèvent des dispositions de l'al. 18(1)*a*) de la Loi. Le juge Cullen conclut ensuite que la déduction des amendes ne peut être refusée sur la base de l'intérêt public parce que le montant de la deuxième catégorie d'amendes est amalgamé avec celui de la première catégorie en une somme globale difficile à séparer et qu'il s'agit d'un nombre peu élevé d'infractions (à la p. 101).

Même si ces décisions établissent clairement un critère d'inévitabilité, je refuserais de l'appuyer. Comme le juge Strayer le dit dans l'arrêt *Amway*, précité, ce critère ne s'appliquerait qu'aux amendes et aux pénalités, et non à la déductibilité d'autres types de dépenses (à la p. 390). Avec égards, je ne peux voir comment le libellé de l'al. 18(1)*a*) pourrait appuyer une exigence d'inévitabilité, encore moins une telle exigence ne s'appliquant qu'aux amendes et aux pénalités.

(2) Interprétation des lois et ordre public

Notre Cour a approuvé en plusieurs occasions l'énoncé de Driedger sur le principe moderne de l'interprétation des lois: [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». Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21. La règle est la même pour les lois fiscales: *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578.

Toutefois, notre Cour a aussi souvent fait preuve de circonspection dans l'emploi de moyens d'inter-

order to stray from clear and unambiguous statutory language. In *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at pp. 326-27, this Court held:

> While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed.

In discussing this case, P. W. Hogg and J. E. Magee, while correctly acknowledging that the context and purpose of a statutory provision must always be considered, comment that "[i]t would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision": *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 475-76. This is not an endorsement of a literalist approach to statutory interpretation, but a recognition that in applying the principles of interpretation to the Act, attention must be paid to the fact that the Act is one of the most detailed, complex, and comprehensive statutes in our legislative inventory and courts should be reluctant to embrace unexpressed notions of policy or principle in the guise of statutory interpretation.

The most compelling argument put to this Court in the present appeal is that Parliament could not have intended s. 18(1)(*a*) to permit the deduction of fines and penalties as such a result violates public policy. Therefore, even if fines and penalties are allowable expenses within the ordinary meaning of s. 18(1)(*a*), this meaning must be modified in order to conform to a broader appreciation of Parliament's intent, and thereby avoid a repugnant disharmony or absurdity. In *Amway*, *supra*, the Federal Court of Appeal also took this approach, holding, at p. 390, that even if the fine or penalty in question is unavoidable, its deduction should be disallowed where "that fine or penalty is imposed

prétation des lois permettant de s'écarter d'un libellé clair et non ambigu. Dans *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pp. 326 et 327, notre Cour dit:

> Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l'effet juridique et pratique de l'opération est incontesté.

Dans leur examen de cette décision, P. W. Hogg et J. E. Magee, tout en reconnaissant, avec justesse, qu'il faut toujours prendre en considération le contexte et l'objectif de la disposition, mentionnent que [TRADUCTION] «[l]a Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions qui n'y sont pas exprimées, provenant de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition»: *Principles of Canadian Income Tax Law* (2e éd. 1997), aux pp. 475 et 476. Il ne s'agit pas là de l'approbation d'une approche littérale à l'interprétation législative, mais de la reconnaissance que, dans l'application des principes d'interprétation de la Loi, il faut porter attention au fait qu'elle est une des lois les plus détaillées, complexes et exhaustives de notre législation, et que les tribunaux devraient être réticents à adopter, sous le couvert d'interprétation législative, des notions de politique ou de principe qui ne sont pas exprimées.

52 L'argument le plus convaincant adressé à notre Cour dans le présent pourvoi est que le Parlement ne peut avoir voulu que l'al. 18(1)*a*) permette la déduction d'amendes et de pénalités puisque cela irait à l'encontre de l'ordre public. Par conséquent, même si les amendes et pénalités sont des dépenses déductibles selon le sens ordinaire de l'al. 18(1)*a*), il faut modifier ce sens pour respecter une interprétation plus large de l'intention du législateur et éviter ainsi une dissonance ou une absurdité qui répugne à la raison. Dans l'arrêt *Amway*, précité, la Cour d'appel fédérale a adopté elle aussi cette attitude, en concluant à la p. 390 que même si l'amende ou la pénalité en cause est inévitable, il

by law for the purpose of punishing and deterring those who through intention or a lack of reasonable care violate the laws". Similarly, Professor Neil Brooks argues that this consideration is legitimate for courts to invoke even in the absence of statutory language to that effect, because of "the broad interpretative principle that in discharging their function they [courts] should not construe one statute in such a way that the objectives of another statute are frustrated": "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses" in B. G. Hansen, V. Krishna and J. A. Rendall, eds., *Canadian Taxation* (1981), 189, at p. 242.

53 The United States Supreme Court took this position in *Tank Truck Rentals, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, 356 U.S. 30 (1958). At issue was whether fines imposed for the operation of trucks in violation of state maximum weight laws were "ordinary and necessary" business expenses under § 23(a)(1)(A) of the *Internal Revenue Code* of 1939. The court held at pp. 33-35 that:

> A finding of "necessity" cannot be made . . . if allowance of the deduction would frustrate sharply defined national or state policies proscribing particular types of conduct, evidenced by some governmental declaration thereof. . . .
>
> . . . It is clear that assessment of the fines was punitive action and not a mere toll for use of the highways: the fines occurred only in the exceptional instance when the overweight run was detected by the police. Petitioner's failure to comply with the state laws obviously was based on a balancing of the cost of compliance against the chance of detection. Such a course cannot be sanctioned, for judicial deference to state action requires, whenever possible, that a State not be thwarted in its policy. We will not presume that the Congress, in allowing deductions for income tax purposes, intended to encourage a business enterprise to violate the declared policy of a State. To allow the deduction sought here would but encourage continued violations of state law by increasing the odds in favor of noncom-

faut en refuser la déduction lorsque «cette amende ou cette pénalité est infligée en vertu de la loi aux fins de punir et de dissuader les personnes qui, volontairement ou parce qu'elles n'ont pas pris des mesures raisonnables, enfreignent les lois». De même, le professeur Neil Brooks prétend que les tribunaux peuvent légitimement invoquer ce principe, même en l'absence de disposition législative en ce sens, en raison du [TRADUCTION] «principe d'interprétation général selon lequel, dans l'accomplissement de leur fonction [les tribunaux] ne devraient pas interpréter une loi d'une façon qui contrecarre l'objet d'une autre loi»: «The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses» dans B. G. Hansen, V. Krishna et J. Rendall, dir., *Canadian Taxation* (1981), 189, à la p. 242.

La Cour suprême des États-Unis a adopté cette position dans *Tank Truck Rentals, Inc. c. Commissioner of Internal Revenue*, 356 U.S. 30 (1958). Il s'agissait de déterminer si des amendes infligées pour l'exploitation de camions en violation de lois d'État sur les limites de poids étaient des dépenses d'entreprise [TRADUCTION] «ordinaires et nécessaires» sous le régime du § 23(a)(1)(A) de l'*Internal Revenue Code* de 1939. La cour a conclu (aux pp. 33 à 35):

> [TRADUCTION] Le tribunal ne peut conclure au caractère «nécessaire» [. . .] si le fait d'admettre la déduction porterait atteinte à des politiques nationales ou d'État expresses interdisant des types particuliers de comportement, établies par certaines déclarations gouvernementales . . .
>
> . . . Il ressort clairement que l'imposition des amendes était un acte punitif et non le simple prélèvement d'un péage pour l'utilisation des autoroutes: les amendes n'ont été imposées que dans le cas exceptionnel de détection d'un poids excédentaire par la police. L'inobservation des lois de l'État par le requérant était manifestement fondée sur une évaluation comparative du coût de la conformité et du risque de détection. Une telle attitude ne peut être sanctionnée puisque la retenue judiciaire à l'endroit des actions de l'État exige que, aussi souvent que possible, l'État ne soit pas contrarié dans sa politique. Nous ne présumerons pas que le Congrès, en permettant des déductions à des fins fiscales, avait l'intention d'encourager une entreprise à violer la politique établie d'un État. Accorder la déduction demandée en

pliance. This could only tend to destroy the effectiveness of the State's maximum weight laws.

However, the court recognized that this presumption against congressional intent to encourage the violation of declared public policy had to be balanced against the congressional intent to tax only net income. The test for non-deductibility therefore turns on "the severity and immediacy of the frustration resulting from allowance of the deduction" (p. 35). I note that in 1969 Congress amended § 162 of the *Internal Revenue Code* to disallow, *inter alia*, the deduction of "any fine or similar penalty paid to a government for the violation of any law".

Invoking public policy concerns raises the question, as put by R. Krever, of whose public policy should be furthered by courts in disallowing the deduction of fines and penalties ("The Deductibility of Fines: Considerations From Law and Policy Perspectives" (1984), 13 *Austl. Tax Rev.* 168, at p. 185). As he notes, "[a] taxpayer may incur a fine in one jurisdiction as a result of activities producing assessable income that are undertaken on a nation-wide basis and allowed in all other States" (p. 185). Further, Krever points out on the same page:

> A more difficult problem arises with fines incurred in foreign jurisdictions where the illegal activity was carried out to earn assessable income that is taxed in Australia. Does comity require our courts to give effect to the public policy of other jurisdictions? If so, would this policy extend to situations where the fine was levied for actions not considered illegal in Australia or considered to be contrary to our public policy?

To my mind, this difficulty, is highlighted by the United States Supreme Court's decision in *Commissioner of Internal Revenue v. Sullivan*, 356 U.S. 27 (1958), decided at the same time as *Tank Truck*, *supra*. The issue in that case was the amount paid

l'espèce serait encourager les violations de la loi de l'État en augmentant les probabilités de manquements. Cela aurait pour effet de détruire l'efficacité des lois de l'État en matière de limites de poids.

La cour a toutefois reconnu que cette présomption contre une intention du Congrès d'encourager la violation d'une politique publique établie devait être confrontée à l'intention du Congrès de n'imposer que le revenu net. Le critère de la non-déductibilité dépend par conséquent de la [TRADUCTION] «gravité et de l'imminence de l'atteinte qui résulterait de la décision d'admettre la déduction» (p. 35). Je note qu'en 1969, le Congrès a modifié l'art. 162 de l'*Internal Revenue Code* afin d'interdire notamment la déduction de [TRADUCTION] «toute amende ou pénalité similaire payée à un gouvernement pour la violation de toute loi».

54 Invoquer des considérations d'ordre public, c'est aussi, pour reprendre les termes de R. Krever, soulever la question de déterminer la politique de qui devrait être favorisée par les tribunaux en refusant la déduction d'amendes et de pénalités («The Deductibility of Fines: Considerations From Law and Policy Perspectives» (1984), 13 *Austl. Tax Rev.* 168, à la p. 185). Il note aussi [TRADUCTION] «[qu'un contribuable peut être passible d'une amende dans un État par suite d'activités produisant un revenu imposable qui sont entreprises à l'échelle de la nation et qui sont admissibles dans tous les autres États» (p. 185). Krever souligne ensuite ce qui suit:

> [TRADUCTION] C'est un problème plus difficile qui se pose lorsqu'il s'agit d'amendes imposées dans un ressort étranger où l'activité illégale a été pratiquée afin de tirer un revenu imposable qui est assujetti à l'impôt en Australie. La courtoisie exige-t-elle que nos tribunaux appliquent l'ordre public d'autres ressorts? Le cas échéant, cette politique devrait-elle s'étendre aux situations où l'amende a été imposée pour des actes qui ne sont pas considérés illégaux ou contraires à l'ordre public en Australie?

55 À mon avis, cette difficulté est illustrée par l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Commissioner of Internal Revenue c. Sullivan*, 356 U.S. 27 (1958), rendu en même temps que l'arrêt *Tank Truck*, précité. Cette affaire portait sur le montant

for wages and rent in the course of operating illegal bookmaking establishments. Under Illinois law, the payment of rent and wages under such circumstances was illegal and so the case would appear to be similar in principle to *Tank Truck*. However, the court allowed the deduction of rent and wages, stating, *inter alia*, at pp. 28-29:

> At times the policy to disallow expenses in connection with certain condemned activities is clear. . . . Any inference of disapproval of these expenses as deductions is absent here. The Regulations, indeed, point the other way, for they make the federal excise tax on wagers deductible as an ordinary and necessary business expense. This seems to us to be recognition of a gambling enterprise as a business for federal tax purposes. The policy that allows as a deduction the tax paid to conduct the business seems sufficiently hospitable to allow the normal deductions of the rent and wages necessary to operate it.

Therefore, federal policy was held to be sufficiently amenable to the deduction despite the possible frustration of state policy.

56 In this connection, I note that in calculating income, it is well established that the deduction of expenses incurred to earn income generated from illegal acts is allowed. For example, not only is the income of a person living from the avails of prostitution liable to tax, but the expenses incurred to earn this income are also deductible: *M.N.R. v. Eldridge*, [1964] C.T.C. 545 (Ex. Ct.). See also *Espie Printing Co. v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 422. Allowing a taxpayer to deduct expenses for a crime would appear to frustrate the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46; however, tax authorities are not concerned with the legal nature of an activity. Thus, in my opinion, the same principles should apply to the deduction of fines incurred for the purpose of gaining income because prohibiting the deductibility of fines and penalties is inconsistent with the practice of allowing the deduction of expenses incurred to earn illegal income.

payé en salaires et en loyer pour l'exploitation d'établissements de paris illégaux. En vertu de la loi de l'Illinois, le paiement d'un loyer et de salaires dans de telles circonstances était illégal, de sorte que l'affaire semble être identique, en principe, à l'affaire *Tank Truck*. Pourtant, la cour a permis la déduction du loyer et des salaires, en déclarant notamment aux pp. 28 et 29:

> [TRADUCTION] Parfois la politique prescrivant le rejet des dépenses relatives à certaines activités condamnées est claire. [. . .] Il n'existe en l'espèce aucune inférence de désapprobation de ces dépenses à titre de déductions. En fait, les règlements indiquent le contraire, car ils permettent la déduction de la taxe d'accise fédérale sur les paris à titre de dépense d'entreprise ordinaire et nécessaire. Cela nous apparaît comme une reconnaissance d'une entreprise de paris comme une activité commerciale aux fins de l'impôt fédéral. La politique qui permet de déduire la taxe payée pour exploiter l'entreprise semble suffisamment large pour permettre les déductions normales du loyer et des salaires nécessaires à son exploitation.

La politique fédérale a donc été jugée suffisamment ouverte à la déduction malgré la possibilité d'atteinte à la politique de l'État.

À cet égard, je note qu'il est bien établi, pour le calcul du revenu, que la déduction des dépenses engagées en vue de tirer un revenu provenant d'actes illégaux est permise. Par exemple, non seulement le revenu d'une personne qui vit des fruits de la prostitution est-il imposable, mais les dépenses engagées en vue de tirer ce revenu sont également déductibles: *M.N.R. c. Eldridge*, [1964] C.T.C. 545 (C. de l'É.). Voir aussi *Espie Printing Co. c. Minister of National Revenue*, [1960] R.C. de l'É. 422. Permettre à un contribuable de déduire des dépenses engagées pour commettre un acte criminel semble aller à l'encontre du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46; cependant, les autorités fiscales ne tiennent pas compte de la légalité d'une activité. Par conséquent, je suis d'avis que les mêmes principes doivent s'appliquer à la déduction des amendes encourues en vue de tirer un revenu, puisque l'interdiction de déduire des amendes et des pénalités est incompatible avec la pratique de permettre la déduction des dépenses engagées en vue de tirer un revenu illégal.

This brings us to the crux of the issue. While fully alive to the need in general to harmonize the interpretation of different statutes, the question here arises in the specific context of a tax collection system based on self-assessment. Parliament designed the system and it is open to Parliament, as part of that design, to choose for itself to resolve any apparent conflicts between policies underlying tax provisions and other enactments. Parliament has indicated its intention to perform this role, not only in the design of the self-assessment system, which requires individuals without legal training to work through a complex series of provisions to calculate net income, for which maximum explicit guidance is necessary, but more specifically in its identification in the Act itself of certain outlays which the taxpayer is not permitted to deduct, as discussed below. Having recognized the problem of potentially conflicting legislative policies, Parliament has provided the solution, which is that in the absence of Parliamentary direction in the *Income Tax Act* itself, outlays and expenses are deductible if made for the purpose of gaining or producing income.

Cela nous amène au cœur de la question. Bien que l'on soit pleinement conscient de la nécessité en général d'harmoniser l'interprétation des différentes lois, la question en l'espèce se pose dans le cadre particulier d'un système fiscal qui est fondé sur le principe de l'autocotisation. Le Parlement a conçu ce système et il lui est loisible, au chapitre de la conception du système, de choisir lui-même de résoudre toute incompatibilité apparente entre les politiques qui sous-tendent les dispositions fiscales et celles d'autres lois. Le Parlement a indiqué son intention d'assumer cette fonction non seulement en élaborant un système d'autocotisation, qui oblige des contribuables sans formation juridique à examiner un ensemble complexe de dispositions pour calculer leur revenu net, démarche qui nécessite le maximum de directives explicites, mais aussi et plus particulièrement en identifiant, dans la Loi même, certaines dépenses que le contribuable n'est pas autorisé à déduire, comme nous le verrons ci-dessous. Ayant pris conscience du problème de l'incompatibilité potentielle de diverses politiques législatives, le Parlement a fourni une solution, à savoir qu'en l'absence de directives du Parlement dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les dépenses sont déductibles si elles ont été engagées en vue de tirer un revenu.

57

The argument is also put to this Court that Parliament did not intend to dilute the deterrent effect of a fine or penalty. If this Court is to accept this argument, then it would have to determine whether any particular fine or penalty was in fact meant to be deterrent in nature. If a fine was instead meant to be compensatory then there is no public policy frustrated by allowing its deduction: see Brooks, *supra*, at pp. 244-45. Furthermore, this argument requires a court to establish that the deduction of the fine or penalty would decrease its intended effect. As Professor Vern Krishna has noted, although concluding that certain fines and penalties should not be deductible, the dilution argument may be

On a également soutenu devant notre Cour que le Parlement n'avait pas l'intention de réduire l'effet de dissuasion d'une amende ou d'une pénalité. Si la Cour acceptait cet argument, il lui faudrait alors déterminer si une amende ou une pénalité donnée était effectivement de nature dissuasive. Si une amende avait plutôt un but compensatoire, il n'y a alors aucune atteinte à l'ordre public d'en permettre la déduction: voir Brooks, *loc. cit.*, aux pp. 244 et 245. De plus, cet argument oblige le tribunal à établir que la déduction de l'amende ou de la pénalité réduirait l'effet visé. Le professeur Vern Krishna, concluant toutefois que certaines amendes et pénalités ne devraient pas être déductibles, fait remarquer que l'argument de la dilution peut être inversé:

58

> turned around to ask whether the denial of a deduction may have the ultimate effect of increasing a civil or criminal penalty, which may or may not have been intended by the legislative policy behind the statute vio-

> [TRADUCTION] pour demander si le refus de la déduction pourrait finalement avoir pour effet d'augmenter une pénalité civile ou criminelle, ce qui pourrait ou non avoir été voulu par la politique législative qui sous-tend

lated. Thus, it is conceivable that indiscriminate judicial application of a public policy limitation to all situations may cause the legislative policy behind an enactment to be varied in an unintended manner.

("Public Policy Limitations on the Deductibility of Fines and Penalties: Judicial Inertia" (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 19, at pp. 32-33.)

59 These difficulties outlined above demonstrate that the public policy arguments ask courts to make difficult determinations with questionable authority. Moreover, they place a high burden on the taxpayer who is to engage in this analysis in filling out his or her income tax return and would appear to undermine the objective of self-assessment underlying our tax system: see Hogg and Magee, *supra*, at p. 243. In addition, it is my opinion that the fundamental principles and provisions of the Act in the final analysis dictate that the rule be deductibility.

60 Tax neutrality and equity are key objectives of our tax system. Tax neutrality is violated by tax concessions, since the purpose of such concessions is to influence people's behaviour through the tax system by providing incentives for engaging in certain types of behaviour. For example, a deduction for an RRSP or a charitable contribution is a tax concession. This is to be distinguished from deductions allowed for the purpose of gaining an accurate picture of a taxpayer's net income. One of the underlying premises of our tax system is that the state taxes only net, rather than gross, income because it is net income that measures a taxpayer's ability to pay. As has been pointed out, this results in business-related fines being deductible: see Hogg and Magee, *supra,* at p. 243. Moreover, Hogg and Magee note, at p. 40, "in a system that is generally related to ability to pay, the provisions that violate neutrality (tax concessions) tend also to violate equity by abandoning the criterion of ability to pay in favour of other policy objectives".

la loi enfreinte. Par conséquent, il est concevable que l'application uniforme par les tribunaux d'une limite d'ordre public à toutes les situations entraîne une modification non voulue de la politique législative qui sous-tend la disposition.

(«Public Policy Limitations on the Deductibility of Fines and Penalties: Judicial Inertia» (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 19, aux pp. 32 et 33.)

Ces difficultés démontrent que les arguments fondés sur l'ordre public demandent aux tribunaux de rendre des décisions difficiles sur des fondements discutables. Ils imposent en outre un lourd fardeau au contribuable qui doit procéder à cette analyse pour remplir sa déclaration de revenu, et ils semblent contredire l'objectif de l'autocotisation qui est à la base de notre système fiscal: voir Hogg et Magee, *op. cit.*, à la p. 243. De plus, j'estime qu'en dernière analyse, les dispositions et les principes fondamentaux de la Loi exigent que la règle soit celle de la déductibilité.

La neutralité et l'équité fiscales sont des objectifs clés de notre système fiscal. La neutralité fiscale est enfreinte par les allégements fiscaux, dont le but est d'influencer le comportement des gens par des mesures fiscales les incitant à adopter certains types de conduite. Par exemple, une déduction pour un RÉER ou un don de charité est un allégement fiscal. Ces mesures se distinguent des déductions accordées pour obtenir une image fidèle du revenu net du contribuable. L'un des principes de base de notre système fiscal est que l'État taxe uniquement le revenu net, et non le revenu brut, parce que c'est le revenu net qui mesure la capacité de payer du contribuable. Comme cela a été indiqué, il en résulte que les amendes relatives aux activités commerciales sont déductibles: voir Hogg et Magee, *op. cit.*, à la p. 243. Ces auteurs notent aussi à la p. 40, que [TRADUCTION] «dans un système qui est généralement lié à la capacité de payer, les dispositions qui violent la neutralité (les allégements fiscaux) ont aussi tendance à porter atteinte à l'équité en abandonnant le critère de la capacité de payer pour d'autres objectifs de politique».

Business expenses allowed under s. 18(1)(*a*) are deductible because of the concern to tax only net income, not in order to provide tax concessions to businesses. Such deductions are therefore consistent with the principles of tax neutrality and equity. The argument to disallow fines and penalties is thus an argument that the court should violate these principles in the name of public policy.

Les dépenses d'entreprise sont déductibles sous le régime de l'al. 18(1)*a*) en raison de l'intention de n'assujettir à l'impôt que le revenu net, et non par quelque volonté d'offrir des allégements fiscaux aux entreprises. Ces déductions sont par conséquent conformes aux principes de la neutralité et de l'équité fiscales. Soutenir qu'il faut refuser la déduction des amendes et des pénalités reviendrait donc à inviter la Cour à violer ces principes au nom de l'ordre public. 61

While various policy objectives are pursued through our tax system, and do violate the principles of neutrality and equity, it is my view that such public policy determinations are better left to Parliament. Particularly apposite is this Court's statement in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 112, that "a legislative mandate is apt to be clearer than a rule whose precise bounds will become fixed only as a result of expensive and lengthy litigation". This statement was approved of by the Court in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 41, adding that "[t]he law of income tax is sufficiently complicated without unhelpful judicial incursions into the realm of lawmaking. As a matter of policy, and out of respect for the proper role of the legislature, it is trite to say that the promulgation of new rules of tax law must be left to Parliament".

Même si divers objectifs de politique sont mis en œuvre par la voie de notre système fiscal et violent les principes de la neutralité et de l'équité, j'estime que c'est au Parlement qu'il revient de prendre ces décisions de politique publique. L'observation suivante faite par notre Cour dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, au par. 112, est très à propos: «une prescription du législateur est plus susceptible d'être claire qu'une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d'une longue et coûteuse série de poursuites». Notre Cour a approuvé cette observation dans *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, au par. 41, et ajouté qu'«[e]n matière d'impôt sur le revenu, le droit est suffisamment compliqué sans que les tribunaux fassent inutilement des incursions dans le domaine de la création des lois. En tant que ligne de conduite et par respect pour le rôle même du législateur, c'est un lieu commun que de dire que la promulgation de nouvelles règles de droit fiscal doit être laissée au législateur». 62

This approach and conclusion are supported by the fact that Parliament has expressly disallowed the deduction of certain expenses on what appear to be public policy grounds. For example, s. 67.5 (added by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 46(1)) prohibits the deduction of any outlay or expense made

Cette approche et cette conclusion trouvent appui dans le fait que le Parlement a expressément interdit la déduction de certaines dépenses pour des motifs qui semblent relever de l'ordre public. Par exemple, l'art. 67.5 (ajouté par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, par. 46(1)) interdit la déduction de toute dépense faite 63

for the purpose of doing anything that is an offence under any of sections 119 to 121, 123 to 125, 393 and 426 of the *Criminal Code* or an offence under section 465 of that Act as it relates to an offence described in any of those sections.

en vue d'accomplir une chose qui constitue une infraction prévue à l'un des articles 119 à 121, 123 à 125, 393 et 426 du *Code criminel* ou une infraction prévue à l'article 465 de cette loi qui est liée à une infraction visée à l'un de ces articles.

In the absence of s. 67.5, bribes to public officials would be deductible (and taxable in the hands of the "bribee"). This is a situation where Parliament, specifically chose to prohibit a deduction which would otherwise have been allowed. In addition, taxpayers are prohibited from deducting payments of interest and penalties levied under the Act itself (s. 18(1)(*t*) (added by S.C. 1990, c. 39, s. 8)), statutory royalties (s. 18(1)(*m*)), and payments required under the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act* (s. 18(1)(*l*.1)).

64 These provisions in the Act also reduce the force of the argument that allowing the deduction of fines and penalties permits the taxpayer to profit from his or her own wrongdoing. This line of reasoning is often traced to the statement of Lord Atkin in *Beresford v. Royal Insurance Co.*, [1938] 2 All E.R. 602 (H.L.), at p. 607: "the absolute rule is that the courts will not recognise a benefit accruing to a criminal from his crime". However, as several commentators note, *Beresford* involved a payment under an insurance policy where the insured had committed suicide, at a time when suicide was characterized as a heinous crime. See E. M. Krasa, "The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments" (1990), 38 *Can. Tax J.* 1399, at p. 1417, and Krishna, *supra*, at pp. 31-32. There is therefore little authority to extend Lord Atkin's statement more generally, especially when one considers the clear authority, as mentioned above, to the effect that expenses incurred in the pursuit of illegal activities are deductible expenses.

65 Moreover, given that Parliament has expressly turned its mind to the deduction of expenses associated with certain activities that are offences under the *Criminal Code*, outlined in s. 67.5 of the Act, I do not find a legitimate role for judicial amendment on the general question of deductibility of fines and penalties. Since the Act is not silent on the issue of restricting the deduction of some expenses incurred for the purpose of gaining income, this is a strong indication that Parliament did direct its attention to the question and that

Sans l'art. 67.5, un pot-de-vin à un fonctionnaire serait déductible (et imposable entre les mains de celui qui le reçoit). C'est un cas où le Parlement a spécifiquement choisi d'interdire une déduction qui, autrement aurait été autorisée. De plus, il est interdit aux contribuables de déduire l'intérêt et les pénalités payés en vertu de la Loi elle-même (al. 18(1)*t*) (ajouté par L.C. 1990, ch. 39, art. 8)) les redevances prescrites par une loi (al. 18(1)*m*)) et les paiements prescrits en vertu de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers* (al. 18(1)*l*.1)).

Ces dispositions de la Loi enlèvent aussi du poids à l'argument selon lequel la déduction d'amendes et de pénalités permettrait au contribuable de tirer profit de ses propres méfaits. On a souvent fait remonter ce type de raisonnement à une déclaration de Lord Atkin dans *Beresford c. Royal Insurance Co.*, [1938] 2 All E.R. 602 (H.L.), à la p. 607: [TRADUCTION] «la règle absolue est que les tribunaux ne reconnaîtront pas au criminel quelque bénéfice découlant de son crime». Toutefois, comme le notent plusieurs commentateurs, l'affaire *Beresford* visait le paiement d'une indemnité d'assurance à la suite du suicide de la personne assurée, à une époque où le suicide était qualifié de crime odieux. Voir E. M. Krasa, «The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments» (1990), 38 *Can. Tax J.* 1399, à la p. 1417, et Krishna, aux pp. 31 et 32. On ne peut donc donner une portée plus générale à l'observation de Lord Atkin compte tenu particulièrement du fait qu'il est clairement autorisé, comme je l'indique plus haut, de considérer des dépenses engagées dans le cadre d'activités illégales comme des dépenses déductibles.

De plus, puisque le Parlement a spécifiquement envisagé la déduction de dépenses liées à certaines activités énumérées à l'art. 67.5 de la Loi qui constituent des infractions en vertu du *Code criminel*, il n'y a pas lieu, selon moi, d'apporter judiciairement quelque modification à la question générale de la déductibilité des amendes et des pénalités. Le fait que la Loi n'est pas muette sur la question de la restriction des déductions de dépenses engagées dans le but de produire un revenu indiquent fortement que le Parlement y a effectivement prêté

where it wished to limit the deduction of expenses or payments of fines and penalties, it did so expressly. I am also sceptical that the deduction of fines and penalties provides the taxpayer with a "benefit" or "profit" — indeed, their purpose is to calculate the taxpayer's profit, which is then taxed.

(3) Conclusion Regarding Section 18(1)(*a*)

I therefore cannot agree with the argument that the deduction of fines and penalties should be disallowed as being contrary to public policy. First and foremost, on its face, fines and penalties are capable of falling within the broad and clear language of s. 18(1)(*a*). For courts to intervene in the name of public policy would only introduce uncertainty, as it would be unclear what public policy was to be followed, whether a particular fine or penalty was to be characterized as deterrent in nature, and whether the body imposing the fine intended it to be deductible. Moreover, allowing the deduction of fines and penalties is consistent with the tax policy goals of neutrality and equity. Although it may be said that the deduction of such fines and penalties "dilutes" the impact of the sanction, I do not view this effect as introducing a sufficient degree of disharmony so as to lead this Court to disregard the ordinary meaning of s. 18(1)(*a*) when that ordinary meaning is harmonious with the scheme and object of the Act. When Parliament has chosen to prohibit the deduction of otherwise allowable expenses on the grounds of public policy, then it has done so explicitly.

Although there are many points in my colleague Bastarache J.'s reasons with which I agree, there are others on which I would like to comment.

My colleague proposes a test in which the distinction between deductible and non-deductible levies must be determined on a case-by-case basis. In my view, such an approach would be quite onerous for the taxpayer who would be forced to undertake the difficult task of determining the object or purpose of the statute under which the payment was demanded whenever he or she filled

attention et que, dans les cas où il le souhaitait, il a expressément limité la déduction de dépenses ou de paiements d'amendes et de pénalités. Je suis aussi sceptique sur la possibilité que la déduction d'amendes et de pénalités entraîne un bénéfice ou un avantage pour le contribuable — en fait, elles ont pour objet de permettre le calcul du bénéfice du contribuable qui est alors assujetti à l'impôt.

(3) Conclusion au sujet de l'al. 18(1)*a*)

66 Je ne puis donc retenir l'argument selon lequel la déduction d'amendes et de pénalités devrait être refusée parce qu'elle serait contraire à l'ordre public. Tout d'abord et surtout, les amendes et les pénalités peuvent, à première vue, relever du libellé large et clair de l'al. 18(1)*a*). S'ils intervenaient au nom de l'ordre public, les tribunaux ne feraient que créer de l'incertitude quant à savoir quels principes suivre, ou s'il y a lieu de qualifier de dissuasive une amende ou une pénalité, ou encore si l'intention de l'organisme imposant l'amende était de la rendre déductible. De plus, la déduction d'amendes et de pénalités est compatible avec les objectifs de neutralité et d'équité de la politique fiscale. Même s'il est possible de dire que la déduction des amendes et des pénalités «dilue» l'impact de la sanction, selon moi cette conséquence ne crée pas une dissonance telle que notre Cour doive ignorer le sens ordinaire de l'al. 18(1)*a*) lorsque ce sens ordinaire s'harmonise avec le régime et l'objet de la Loi. Lorsque le Parlement a décidé d'interdire la déduction de dépenses qui seraient par ailleurs déductibles pour des motifs d'ordre public, il l'a fait de façon explicite.

67 Bien que je sois d'accord avec plusieurs éléments des motifs rédigés par mon collègue le juge Bastarache, j'aimerais formuler des commentaires sur certains autres.

68 Mon collègue propose un critère suivant lequel la distinction entre les paiements déductibles et ceux qui ne le sont pas doit se faire au cas par cas. Je suis d'avis qu'une telle méthode représenterait un fardeau très lourd pour le contribuable qui, chaque fois qu'il remplirait une formule de déclaration d'impôt, serait dans l'obligation d'entreprendre la tâche ardue de déterminer le but ou

out a tax return. Indeed, he or she would have to ascertain whether the specific purpose of the section was meant to be deterrence, punishment or compensation. Moreover, difficulties and uncertainties would undoubtedly arise where the purpose of the statutory provision is mixed. While a taxpayer must inevitably make various determinations in filing a return in order to report all relevant income and expenses and estimate the amount of tax payable, the statutory interpretation inquiry into the purpose of a statute is one which even courts often find particularly challenging. Consequently, it is inevitable that disputes will often require courts to determine whether a particular levy can be deducted from his or her income. Undoubtedly, this would introduce a significant element of uncertainty into our self-reporting tax system. On the other hand, Parliament could expressly prohibit the deduction of fines and penalties in a way compatible with the objectives of self-assessment and ease of administration.

69 Finally, at para. 17, my colleague states that penal fines are not, in the legal sense, incurred for the purpose of gaining income. It is true that s. 18(1)(*a*) expressly authorizes the deduction of expenses incurred for the purpose of gaining or producing income from that business. But it is equally true that if the taxpayer cannot establish that the fine was in fact incurred for the purpose of gaining or producing income, then the fine or penalty cannot be deducted and the analysis stops here. It is conceivable that a breach could be so egregious or repulsive that the fine subsequently imposed could not be justified as being incurred for the purpose of producing income. However, such a situation would likely be rare and requires no further consideration in the context of this case, especially given that Parliament itself may choose to delineate such fines and penalties, as it has with fines imposed by the *Income Tax Act*. To repeat, Parliament may well be motivated to respond promptly and comprehensively to prohibit clearly

l'objectif visé par la loi prescrivant le paiement. En fait, le contribuable devrait déterminer si l'objet précis visé par la disposition était la dissuasion, la punition ou la compensation. De plus, il est certain que des difficultés et des incertitudes surgiraient dans les cas où l'objet visé serait mixte. Bien que le contribuable doive inévitablement faire certaines analyses lorsqu'il remplit sa déclaration d'impôt afin de déclarer tous les revenus et dépenses pertinents et de faire une estimation de l'impôt payable, l'exercice d'interprétation consistant à déterminer le but visé par la loi est un processus que même les tribunaux estiment particulièrement exigeant. Par conséquent, il est inévitable que des différends obligeraient souvent les tribunaux à déterminer si une redevance en particulier peut être déduite du revenu du contribuable. Cela introduirait sans aucun doute un élément considérable d'incertitude dans notre régime fiscal d'autodéclaration. Par contre, le Parlement pourrait expressément interdire la déduction d'amendes et de pénalités d'une manière qui serait compatible avec les objectifs d'autocotisation et d'allégement du fardeau administratif.

Finalement, au par. 17, mon collègue fait observer que les amendes pénales ne sont pas, au sens juridique du terme, engagées en vue de tirer un revenu. Il est vrai que l'al. 18(1)*a*) permet expressément la déduction de dépenses engagées en vue de tirer un revenu de l'entreprise. Cependant, il est tout aussi vrai que si le contribuable ne peut démontrer que l'amende a en fait été encourue en vue de tirer un revenu, l'amende ou la pénalité ne peut alors être déduite et l'analyse s'arrête là. Il est envisageable qu'une infraction puisse être à ce point flagrante ou répugnante que l'amende imposée par la suite ne puisse se justifier comme ayant été encourue en vue de tirer un revenu. Cependant, une telle situation ne surviendrait que rarement et n'a pas besoin d'être examinée plus en détail dans le contexte du présent pourvoi, compte tenu plus particulièrement du fait que le Parlement pourrait lui-même choisir de délimiter ce type d'amendes ou pénalités comme il l'a fait pour les amendes prévues à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Une fois de plus, le Parlement pourrait fort bien vouloir réagir promptement et de façon générale afin d'inter-

and directly the deduction of all such fines and penalties, if Parliament so chooses.

B. *Section 18(1)(b) of the Income Tax Act*

The respondent also submits that the over-quota levy was in fact an outlay of capital prohibited by s. 18(1)(*b*) of the Act because its payment allowed the taxpayer to retain its quota. With respect, I do not find much merit to this argument. Under s. 17(g) of the *British Columbia Egg Marketing Board Standing Order*, the Board has the discretion to cancel or suspend a producer's licence and quota when any provision of a standing order has been violated. Therefore the taxpayer would face the same threat of the loss of its quota if it failed to pay the within-quota levy imposed for each layer kept by a producer. At trial the respondent conceded that this within-quota levy is deductible as a current expense. Given this, I do not see how the characterization of the over-quota levy as a capital outlay can rely upon the consequences of not paying the levy.

Even without the respondent's concession regarding the within-quota levy, I would not characterize the over-quota levy as a capital outlay. As this Court stated in *Canderel*, *supra*, at para. 45:

> Rather than trying to discern into which pigeonhole a particular income expenditure falls, the taxpayer's focus should be on attempting to portray his or her income in the manner which best reflects his or her true financial position for the year, that is, which gives an "accurate picture" of profit.

The fine at issue in the present appeal is assessed on a per-day basis and is meant to remove the profit of over-quota production from the producer. These considerations all point to characterizing the levy as a current expense. The fact that there was a risk that the quota could be revoked upon failure to pay the fine is no more relevant to this analysis than the fact that if a factory's electricity bill is not paid, there is a risk that the utility company will

dire clairement et directement la déduction de toutes ces amendes et pénalités s'il le désirait.

B. *L'alinéa 18(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu*

70 L'intimée fait aussi valoir que la taxe sur dépassement de quota était en fait une dépense en capital dont la déduction est interdite par l'al. 18(1)*b*) parce que son paiement a permis au contribuable de conserver son quota. Avec égards, je ne trouve pas cet argument bien fondé. En vertu de l'al. 17g) de la *British Columbia Egg Marketing Board Standing Order*, l'Office a le pouvoir discrétionnaire d'annuler ou de suspendre la licence et le quota d'un producteur lorsqu'il y a violation de toute disposition de l'ordonnance. Par conséquent, le contribuable courrait le même risque de perdre son quota s'il omettait de payer la taxe de quota ordinaire imposée pour chaque pondeuse gardée par un producteur. Au procès, l'intimée a admis que la taxe de quota ordinaire est déductible à titre de dépense courante. Cela étant, je ne puis comprendre comment la qualification de la taxe sur dépassement de quota comme dépense en capital peut être fondée sur les conséquences de son non-paiement.

71 Même sans la concession de l'intimée au sujet de la taxe de quota ordinaire, je ne qualifierais pas la taxe sur dépassement de quota comme une dépense en capital. Comme le dit notre Cour dans l'arrêt *Canderel*, précité, au par. 45:

> Au lieu de tenter de déterminer dans quelle case entre une dépense donnée, le contribuable devrait présenter son revenu de la manière qui reflète le mieux sa véritable situation financière pour l'année, c'est-à-dire qui donne une «image fidèle» du bénéfice.

L'amende en cause dans le présent pourvoi est établie sur une base journalière et elle vise à éliminer le bénéfice que le producteur a pu tirer de la production excédentaire. Ces considérations convergent toutes vers la qualification de la taxe comme une dépense courante. Dans la présente analyse, le fait qu'il y ait eu un risque de révocation du quota en cas de défaut de paiement de l'amende n'est pas plus pertinent que l'existence d'un risque de cou-

eventually cut off the power to the factory, thereby putting the existence of the business in jeopardy. To declare the cost of electricity as a capital outlay on this basis would not provide an accurate picture of the taxpayer's income for the year.

72 For these reasons, the appellant's expenditures for the over-quota levy are best characterized as a current expense, the deduction of which is permitted by ss. 9(1) and 18(1)(*a*) of the Act.

VII. Disposition

73 The over-quota levy is an allowable deduction pursuant to s. 18(1)(*a*) of the Act. I would therefore allow the appeal, with costs in this Court and the court below, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the order of Lamarre J.T.C.C.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Thorsteinssons Tax Lawyers, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Ottawa.

pure du courant électrique à l'usine si le compte d'électricité n'est pas payé au fournisseur, avec ses conséquences sur la viabilité de l'entreprise. Le fait de déclarer le coût de l'électricité comme une dépense en capital dans ce contexte ne donnerait pas une image fidèle du revenu du contribuable pour l'année.

Pour ces motifs, les dépenses engagées par l'appelante à l'égard de la taxe sur dépassement de quota sont mieux qualifiées comme des dépenses courantes, dont la déduction est permise en vertu du par. 9(1) et de l'al. 18(1)*a*) de la Loi.

VII. Dispositif

La taxe sur dépassement de quota est déductible en vertu de l'al. 18(1)*a*) de la Loi. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans notre Cour et en Cour d'appel, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir l'ordonnance du juge Lamarre.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Thorsteinssons Tax Lawyers, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish *Appellants*

and

Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 and Margaret Ward Lounds *Appellants*

v.

Her Majesty the Queen in right of Alberta, the Attorney General for Alberta and the Minister of Education *Respondents*

and

Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando *Respondents*

INDEXED AS: PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA *v.* ALBERTA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 26701.

1999: November 18.

Present: Binnie J.

MOTION TO STRIKE

Practice – Supreme Court of Canada — Motion to strike — Fresh evidence — Legislative and adjudicative facts — Motion to strike portions of appellants' factum, record book and book of authorities partially successful — Extracts of appellants' factum in Court of Appeal included in book of authorities forming part of proceedings to which reference can be made — Material constituting fresh evidence inappropriately included in book of authorities — No application to introduce fresh evidence filed — New material to be struck out from book of authorities — Affidavit included in leave application not forming part of record in court below and to be struck out from record book — References to new material and affidavit in appellants' factum to be struck out — Appel-

Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish *Appelants*

et

Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 et Margaret Ward Lounds *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le procureur général de l'Alberta et le ministre de l'Éducation *Intimés*

et

Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando *Intimés*

RÉPERTORIÉ: PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA *c.* ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 26701.

1999: 18 novembre.

Présent: Le juge Binnie.

REQUÊTE EN RADIATION

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Preuves nouvelles — Faits législatifs et faits en litige — Requête en radiation de certaines parties du mémoire, du dossier et du recueil de jurisprudence et de doctrine des appelants accueillie en partie — Extraits du mémoire des appelants en Cour d'appel inclus dans le recueil de jurisprudence et de doctrine faisant partie du dossier auquel il est possible de faire référence — Documents constituant des preuves nouvelles inclus irrégulièrement dans le recueil de jurisprudence et de doctrine — Absence de demande de production de ces nouveaux éléments de preuve — Retrait des nouveaux documents du recueil de jurisprudence et de doctrine — Affidavit accompagnant la demande d'auto-

lants' contention that challenged material, except Court of Appeal factum extract, constituting "legislative" rather than "adjudicative" facts rejected.

Cases Cited

Considered: *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; **referred to:** *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, [1987] 3 F.C. 593.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17.
Constitution Act, 1867.

MOTION to strike portions of appellants' factum, record book and book of authorities. Motion allowed in part.

Written submissions by *Robert Maybank* and *Margaret Unsworth*, for the respondents/applicants Her Majesty the Queen in right of Alberta, the Attorney General for Alberta and the Minister of Education.

Written submissions by *Dale Gibson* and *Rangi J. Jeerakathil*, for the appellants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish, respondents on the motion.

The following is the order delivered by

1 BINNIE J. — The appeal in this case will require this Court to examine the appellants' contention that the *Constitution Act, 1867* guarantees "reasonable autonomy" to municipal institutions from provincial legislative action, and a claim that the "mirror equality" of public and separate schools said to be guaranteed by the *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, s. 17, was violated in the legislative

risation d'appel retiré du dossier parce que ne figurant pas dans le dossier de la Cour d'appel — Radiation des renvois aux nouveaux documents et à l'affidavit dans le mémoire des appelants — Rejet de l'argument des appelants que, à l'exception des extraits du mémoire de la Cour d'appel, les documents contestés portent sur des «faits législatifs» et non sur des «faits en litige».

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; **arrêt mentionné:** *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor*, [1987] 3 C.F. 593.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17.

REQUÊTE en radiation de certaines parties du mémoire, du dossier et du recueil de jurisprudence et de doctrine des appelants. Requête accueillie en partie.

Argumentation écrite par *Robert Maybank* et *Margaret Unsworth*, pour les intimés/requérants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le procureur général de l'Alberta et le ministre de l'Éducation.

Argumentation écrite par *Dale Gibson* et *Rangi J. Jeerakathil*, pour les appelants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish, intimés à la requête.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, notre Cour doit examiner, d'une part, l'argument des appelants voulant que la *Loi constitutionnelle de 1867* garantisse aux institutions municipales une [TRADUCTION] «autonomie raisonnable» à l'égard des interventions législatives provinciales, et, d'autre part, leur prétention que, lors de la restructuration législative du système d'éducation de l'Alberta en 1994, il y a eu atteinte à l'«égalité spéculaire» des écoles publiques et des écoles

restructuring of the education system in Alberta in 1994.

The respondents, represented by the Attorney General for Alberta, apply for an order striking out portions of the factum and book of authorities of the appellants, the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish. In large part, the appellants justify inclusion of the challenged material on the basis that it addresses "legislative fact" as distinguished from "adjudicative fact", and therefore need not be proven in the ordinary way, but is subject to judicial notice. The relevant distinction is explained by Sopinka J. in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099:

These terms derive from Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, p. 353. (See also Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation", in Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Adjudicative facts are those that concern the immediate parties: in Davis' words, "who did what, where, when, how, and with what motive or intent . . . ." Such facts are specific, and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements: see e.g., *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, *per* Laskin C.J., at p. 391; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 723; and *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, *per* McIntyre J., at p. 318.

Counsel for the appellants simply included most of the challenged material in their book of authorities, thereby bringing to mind the protest of Mahoney J.A. in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, [1987] 3 F.C. 593 (C.A.), at p. 608, against "bootlegging evidence in the guise of authorities".

séparées, qui, affirme-t-on, est garantie par la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3, art. 17.

Les intimés, qui sont représentés par le procureur général de l'Alberta, demandent une ordonnance portant radiation de certaines parties du mémoire et du recueil de jurisprudence et de doctrine des appelants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish. Pour justifier l'inclusion des documents contestés, les appelants plaident principalement que les documents portent sur un «fait législatif» plutôt que sur un «fait en litige» et que, pour cette raison, ils n'ont pas à être prouvés de la manière ordinaire mais doivent plutôt être admis d'office. Le juge Sopinka a expliqué la distinction pertinente à cet égard dans l'arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099: 2

Ces expressions proviennent de l'ouvrage de Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, par. 15.03, à la p. 353. (Voir également Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation», dans Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les parties au litige: pour reprendre les termes de Davis [TRADUCTION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention . . .» Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères: par exemple, voir *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge en chef Laskin, à la p. 391; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 723; et *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S 297, le juge McIntyre, à la p. 318.

Les avocats des appelants ont tout simplement inclus la plupart des documents contestés dans le recueil de jurisprudence et de doctrine de leurs clients, geste qui rappelle la protestation que le juge Mahoney a élevée, dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor*, [1987] 3 C.F. 593 (C.A.), à la p. 608, contre «la réception irrégulière d'éléments de preuve sous le couvert de sources juridiques». 3

4 I will deal in turn with each category of material objected to.

5 Firstly, the Attorney General for Alberta seeks to strike out extracts from the appellants' Alberta Court of Appeal factum summarizing the historical evidence adduced at trial included at Tab 71 of the appellants' book of authorities, and a portion of para. 27 of the appellants' factum referring to such material. This aspect of the application is dismissed. The appellants' factum in the court below is part of the record of the hearing of the appeal in that court and is therefore part of the proceedings to which reference can be made in the course of an appeal in this Court.

6 Secondly, the Attorney General for Alberta seeks to strike out the affidavit of John Sewell sworn May 26, 1998, which was included in the appellants' leave application, but is not part of the record in the court below. No application was made to have the affidavit entered as fresh evidence. The Sewell affidavit purports to review some "[t]hreats to the relative autonomy of local decision-making . . . particularly the forced restructuring of local institutions by provincial governments, and the downloading of costs by provincial governments onto local institutions". Mr. Sewell discusses what he regards as examples of these practices in New Brunswick, Nova Scotia, Quebec, Ontario and Alberta. Mr. Sewell refers to conversations with unnamed officials and planners and "various Nova Scotians" and mentions undisclosed press clippings and the fears of "many [unidentified] municipal decision-makers" to support his thesis. In para. 13 of its factum, the appellants say the affidavit demonstrates that the "'reasonable autonomy' of municipal institutions is now threatened". While this affidavit, despite its vagueness, was arguably relevant to the leave application where the issue was the importance of the issues raised by the proposed appeal, it is of no help on the appeal itself. Opinions based on conversations and undisclosed newspaper reports are not matters of which judicial notice can be taken.

Je vais examiner à tour de rôle chacune des catégories de documents contestés.

Premièrement, le procureur général de l'Alberta demande la radiation de certains extraits du mémoire des appelants en Cour d'appel de l'Alberta qui résument la preuve historique présentée au procès et qui sont reproduits à l'onglet 71 du recueil de jurisprudence et de doctrine des appelants. Il sollicite également la radiation de la partie du par. 27 du mémoire des appelants qui renvoie à ces documents. Cet aspect de la demande est rejeté. Le mémoire déposé par les appelants en Cour d'appel fait partie du dossier de l'audition de l'appel interjeté devant cette cour et il fait donc partie du dossier auquel il est possible de faire référence dans le cadre du pourvoi devant notre Cour.

Deuxièmement, le procureur général de l'Alberta demande la radiation de l'affidavit souscrit par John Sewell le 26 mai 1998, qui a été joint à la demande d'autorisation d'appel des appelants, mais ne faisait pas partie du dossier en Cour d'appel. Il n'a été présenté aucune demande sollicitant la production de l'affidavit en tant que preuve nouvelle. Dans son affidavit, Sewell parle de certaines [TRADUCTION] «menaces à l'autonomie relative du processus décisionnel local [. . .] en particulier, la restructuration des institutions locales imposée par les gouvernements provinciaux et les coûts qui leur sont refilés par ces mêmes gouvernements». M. Sewell traite de situations qu'il considère comme étant des exemples de ces pratiques dans les provinces suivantes: Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Québec, Ontario et Alberta. Au soutien de sa thèse, M. Sewell fait état de conversations avec des fonctionnaires, des planificateurs et [TRADUCTION] «plusieurs Néo-Écossais» qu'il ne nomme pas, de coupures de presse qu'il ne produit pas et de craintes exprimées par de «nombreux décideurs municipaux [non identifiés]». Au paragraphe 13 de leur mémoire, les appelants affirment que cet affidavit démontre que [TRADUCTION] «'l'autonomie raisonnable' des institutions municipales est maintenant menacée». Quoiqu'il soit possible de soutenir que, malgré son caractère vague, cet affidavit était pertinent dans le cadre de la

The Sewell affidavit is not properly part of the appeal case. Both the affidavit and references to the affidavit in para. 13 of the appellants' factum should be struck out. With respect to para. 2 of the appellants' factum, judicial notice may, of course, be taken of the various pieces of legislation referred to in the Sewell affidavit without resort to the affidavit itself.

demande d'autorisation d'appel pour ce qui est de l'importance des questions soulevées dans le pourvoi projeté, il n'est d'aucune utilité dans le pourvoi lui-même. En effet, les opinions fondées sur des conversations et sur des articles de journaux non produits ne peuvent être admises d'office. L'affidavit de Sewell ne fait pas dûment partie du dossier d'appel. L'affidavit et les renvois à celui-ci au par. 13 du mémoire des appelants doivent être radiés. En ce qui concerne le par. 2 du mémoire des appelants, il est bien entendu possible de prendre connaissance d'office des différents textes de loi auxquels Sewell fait référence dans son affidavit, sans recourir à l'affidavit lui-même.

Thirdly, the Attorney General for Alberta seeks to strike out a letter dated August 10, 1999 with accompanying media release from the Calgary Roman Catholic Separate School District No. 1 and related statistics contained at Tabs 68 and 69 of the appellants' book of authorities. This material constitutes fresh evidence and is not appropriately included in a book of authorities. If the appellants wish to adduce up-to-date statistical evidence on the appeal, then an appropriate "fresh evidence" application will have to be made. In default of a successful application, the material at Tabs 68 and 69 should be removed from the book of authorities, and the reference complained of in para. 105 of the appellants' factum should be struck out.

7 Troisièmement, le procureur général de l'Alberta sollicite la radiation d'une lettre émanant du Calgary Roman Catholic Separate School District No. 1 datée du 10 août 1999, du communiqué de presse qui l'accompagnait et de statistiques s'y rapportant (onglets 68 et 69 du recueil de jurisprudence et de doctrine des appelants). Ces documents constituent des preuves nouvelles qui, de ce fait, n'ont pas été régulièrement incluses dans ce recueil. Si les appelants désirent présenter des éléments de preuve statistiques à jour dans le cadre du présent pourvoi, ils devront demander, de la manière appropriée, l'autorisation de produire «des éléments de preuve nouveaux». Si cette demande n'était pas accueillie, les documents reproduits aux onglets 68 et 69 devraient être enlevés du recueil de jurisprudence et de doctrine, et la mention contestée qui figure au par. 105 du mémoire des appelants devrait être retranchée.

Fourthly, the Attorney General for Alberta objects to newspaper clippings contained at Tabs 64 and 65 of the book of authorities. The article at Tab 64 headed "Ballot box the remedy for school board ailments" by Barry Cooper and David Bercuson, published in the *Calgary Herald* on August 25, 1999, is an account of the dismissal of the Calgary Public School Board. The authors argue that the dismissal is a "blow against democracy" and sets "a dangerous precedent for Alberta and for the rest of the country". The story and commentary do not constitute "legislative fact". Tab 65, an article by Catherine Ford, dated August

8 Quatrièmement, le procureur général de l'Alberta conteste l'inclusion dans le recueil de jurisprudence et de doctrine des coupures de journaux qui y sont reproduites aux onglets 64 et 65. Dans l'article intitulé «Ballot box the remedy for school board ailments» (onglet 64), qui a paru dans le *Calgary Herald* du 25 août 1999, Barry Cooper et David Bercuson font état du congédiement des membres du Calgary Public School Board. Les auteurs prétendent que ce congédiement constitue une [TRADUCTION] «atteinte à la démocratie» et établit [TRADUCTION] «un précédent dangereux pour l'Alberta et le reste du pays». Le récit de

25, 1999, in the *Edmonton Journal*, headed "People, not gov't, should have dealt with school board" is to the same effect. In the absence of a fresh evidence application, the material at Tabs 64 and 65 should be removed from the book of authorities and reference thereto in para. 50 of the appellants' factum should be struck out.

Motion allowed in part.

Solicitor for the respondents/applicants Her Majesty the Queen in right of Alberta, the Attorney General for Alberta and the Minister of Education: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the appellants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish, respondents on the motion: Dale Gibson Associates, Edmonton.

l'événement et les commentaires ne constituent pas un «fait législatif». L'article de Catherine Ford, paru dans le *Edmonton Journal* du 25 août 1999 et intitulé «People, not gov't, should have dealt with school board» (onglet 65) va dans le même sens. En l'absence de demande de production d'éléments de preuve nouveaux, les documents figurant aux onglets 64 et 65 devront être enlevés du recueil de jurisprudence et de doctrine et les mentions de ceux-ci au par. 50 du mémoire des appelants devront être retranchées.

Requête accueillie en partie.

Procureur des intimés/requérants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le procureur général de l'Alberta et le ministre de l'Éducation: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs des appelants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish, intimés à la requête: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Noëlla Arsenault-Cameron, Madeleine Costa-Petitpas and the Fédération des Parents de l'Île-du-Prince-Édouard Inc. *Appellants*

v.

The Government of Prince Edward Island *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba, the Commission scolaire de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard, the Commission nationale des parents francophones, the Société St-Thomas d'Aquin — Société acadienne de l'Île-du-Prince-Édouard, and the Commissioner of Official Languages of Canada *Interveners*

INDEXED AS: ARSENAULT-CAMERON *v.* PRINCE EDWARD ISLAND

File No.: 26682.

1999: November 4.

Present: Bastarache J.

MOTION FOR RECUSAL

Practice — Supreme Court of Canada — Motion for recusal — Apprehension of bias — No evidence adduced demonstrating that beliefs or opinions expressed by judge as counsel, law professor or otherwise would prevent him from coming to decision on basis of evidence — Real likelihood or probability of bias not shown — Motion dismissed.

Cases Cited

Applied: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *South Africa (President) v. South African Rugby Football Union*, [1999] S.A.J. No. 22 (QL); **referred to:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

Noëlla Arsenault-Cameron, Madeleine Costa-Petitpas et la Fédération des Parents de l'Île-du-Prince-Édouard Inc. *Appelantes*

c.

Le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba, la Commission scolaire de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard, la Commission nationale des parents francophones, la Société St-Thomas d'Aquin — Société acadienne de l'Île-du-Prince-Édouard et le Commissaire aux langues officielles du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ARSENAULT-CAMERON *c.* ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

N° du greffe: 26682.

1999: 4 novembre.

Présent: Le juge Bastarache.

REQUÊTE EN RÉCUSATION

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en récusation — Crainte de partialité — Absence d'élément de preuve établissant que les croyances ou les opinions exprimées par le juge en qualité d'avocat, de professeur de droit ou à un autre titre l'empêcheraient de rendre une décision fondée sur la preuve — Probabilité réelle de partialité non démontrée — Requête rejetée.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *South Africa (President) c. South African Rugby Football Union*, [1999] S.A.J. No. 22 (QL); **arrêt mentionné:** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

APPLICATION for recusal on the basis of apprehension of bias. Motion dismissed.

Written submissions by *Roger B. Langille, Q.C.*, for the respondent/applicant.

The following is the order delivered by

1 BASTARACHE J. — I have considered the notice of motion of the applicant as if it was addressed to me in the form of an application for recusal on the basis of apprehension of bias. I deny the motion.

2 The test for apprehension of bias takes into account the presumption of impartiality. A real likelihood or probability of bias must be demonstrated (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paras. 112 and 113). I find nothing in the material submitted by the applicant that would cause a reasonable person who understands the complex and contextual issues to believe that I would not entertain the various points of view with an open mind.

3 Given the nature of the aforesaid material, it is fitting to quote Cory J. in *S. (R.D.)*, at para. 119, on the relevance of past experience to the question of apprehension of bias:

> The requirement for neutrality does not require judges to discount the very life experiences that may so well qualify them to preside over disputes. It has been observed that the duty to be impartial
>
> > does not mean that a judge does not, or cannot bring to the bench many existing sympathies, antipathies or attitudes. There is no human being who is not the product of every social experience, every process of education, and every human contact with those with whom we share the planet. Indeed, even if it were possible, a judge free of this heritage of past experience would probably lack the very qualities of humanity required of a judge. Rather, the wisdom required of a judge is to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies that fellow citizens are free to carry, untested, to the grave.

REQUÊTE en récusation pour crainte de partialité. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Roger B. Langille, c.r.*, pour l'intimé/requérant.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai examiné l'avis de requête présenté par le requérant comme s'il m'était adressé sous la forme d'une demande de récusation pour crainte de partialité. Je rejette la requête.

Le critère applicable à la crainte de partialité tient compte de la présomption d'impartialité. Une réelle probabilité de partialité doit être établie (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, aux par. 112 et 113). Je conclus qu'aucune des pièces soumises par le requérant ne conduirait une personne raisonnable, qui comprend les questions complexes et contextuelles qui sont soulevées, à croire que je n'examinerais pas les divers points de vue présentés avec un esprit ouvert.

Étant donné la nature des pièces susmentionnées, il convient de citer les propos du juge Cory dans l'arrêt *S. (R.D.)*, au par. 119, au sujet de la pertinence de l'expérience en ce qui concerne la crainte de partialité:

> Rester neutre pour le juge ce n'est pas faire abstraction de toute l'expérience de la vie à laquelle il doit peut-être son aptitude à arbitrer les litiges. On a fait observer que l'obligation d'impartialité
>
> > ne veut pas dire qu'un juge n'amène pas ou ne peut pas amener avec lui sur le banc de nombreuses sympathies, antipathies ou attitudes. Tout être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous. Un juge qui n'aurait pas connu ces expériences passées — à supposer que cela soit possible — manquerait probablement des qualités humaines dont a besoin un juge. La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.

> True impartiality does not require that the judge have no sympathies or opinions; it requires that the judge nevertheless be free to entertain and act upon different points of view with an open mind.
>
> (Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), at p. 12.)

> La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert.
>
> (Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991), à la p. 15.)

It is obvious that good judges will have a wealth of personal and professional experience, that they will apply with sensitivity and compassion to the cases that they must hear. The sound belief behind the encouragement of greater diversity in judicial appointments was that women and visible minorities would bring an important perspective to the difficult task of judging. See for example the discussion by the Honourable Maryka Omatsu, "The Fiction of Judicial Impartiality" (1997), 9 *C.J.W.L.* 1. See also Devlin, *supra*, at pp. 408-9.

De toute évidence, le bon juge a une vaste expérience personnelle et professionnelle, qu'il met à profit pour trancher les litiges avec sensibilité et compassion. Si l'on a décidé d'encourager la nomination de juges appartenant à des groupes plus variés, c'est qu'on a estimé à juste titre que les femmes et les minorités visibles apporteraient une perspective importante à la tâche difficile de rendre justice. Voir par exemple l'analyse de l'honorable Maryka Omatsu, «The Fiction of Judicial Impartiality» (1997), 9 *R.F.D.* 1. Voir aussi Devlin, précité, aux pp. 408 et 409.

The same reasoning was adopted by the Constitutional Court of South Africa in a decision delivered on June 4, 1999 (*South Africa (President) v. South African Rugby Football Union*, [1999] S.A.J. No. 22 (QL)). That court noted in particular that no recusal application could be founded on a relationship of advocate unless the advocacy was regarding the case to be heard (see para. 79). It reviewed the similarity of the tests in the United Kingdom, the United States, Australia and Canada (see paras. 35 to 44). 4

Le même raisonnement a été suivi par la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud dans une décision rendue le 4 juin 1999 (*South Africa (President) c. South African Rugby Football Union*, [1999] S.A.J. No. 22 (QL)). Cette cour a noté en particulier qu'aucune demande de récusation ne pouvait être fondée sur le lien qui unit l'avocat à son client, à moins que l'avocat n'ait conseillé une partie au litige devant être tranché (voir le par. 79). Elle a examiné la similarité des critères appliqués au Royaume-Uni, aux États-Unis, en Australie et au Canada (voir les par. 35 à 44).

The writings referred to by the applicant do not reveal any prejudgment of the issues in this case. As formulated by Le Dain J. in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685, partiality is "a state of mind or attitude . . . in relation to the issues and the parties in a particular case", a real predisposition to a particular result. The applicant would have to show wrongful or inappropriate declarations showing a state of mind that sways judgment in order to succeed. 5

Les documents mentionnés par le requérant ne font ressortir aucun jugement préconçu à l'égard des questions soulevées dans la présente affaire. Comme l'a dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 685, la partialité est un «un état d'esprit ou une attitude [. . .] vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée», une véritable prédisposition à privilégier un résultat particulier. Pour réussir, il faudrait que le requérant prouve que des déclarations fautives ou inappropriées permettent d'établir l'existence d'un état d'esprit qui influe sur le jugement.

In conclusion, I find that no evidence was adduced demonstrating that my beliefs or opinions expressed as counsel, law professor or otherwise 6

Je conclus qu'aucun des éléments de preuve présentés n'établit que mes croyances ou les opinions que j'ai exprimées, que ce soit comme avocat,

would prevent me from coming to a decision on the basis of the evidence.

7 For these reasons, I would deny the motion.

Motion dismissed.

Solicitor for the respondent/applicant: The Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

professeur de droit ou à un autre titre, m'empêcheraient de rendre une décision fondée sur la preuve.

Pour ces motifs, je rejette la requête.

Requête rejetée.

Procureur de l'intimé/requérant: Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Sylvie Renaud *Appellant*

v.

The Commission des affaires sociales, the Société de l'assurance automobile du Québec and the Administrative Tribunal of Québec *Respondents*

INDEXED AS: RENAUD *v.* QUEBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES)

File No.: 26677.

1999: December 8.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Judicial review — Patently unreasonable error — Definition of "spouses" — Applicant's claim for compensation refused by Société de l'assurance automobile du Québec — Commission des affaires sociales dismissing applicant's appeal and application for review — Decisions found to be patently unreasonable since on the evidence applicant met requirements of definition of "spouses" in s. 1(7)(b) of Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25.

Statutes and Regulations Cited

Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 1(7)(*b*) "spouses".
Civil Code of Lower Canada, art. 1078.1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 98-882, [1998] Q.J. No. 941 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1997] Q.J. No. 102 (QL). Appeal allowed.

Jérôme Choquette, Q.C., and *Camille Bolte*, for the appellant.

Manon Touchette, for the respondent the Société de l'assurance automobile du Québec.

Luce Therrien, for the respondent the Administrative Tribunal of Québec.

Sylvie Renaud *Appelante*

c.

La Commission des affaires sociales, la Société de l'assurance automobile du Québec et le Tribunal administratif du Québec *Intimés*

RÉPERTORIÉ: RENAUD *c.* QUÉBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES)

N° du greffe: 26677.

1999: 8 décembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Erreur manifestement déraisonnable — Définition de «conjoints» — Demande d'indemnité de la requérante refusée par la Société de l'assurance automobile du Québec — Commission des affaires sociales rejetant l'appel et la demande de révision de la requérante — Décisions jugées manifestement déraisonnables puisque selon la preuve la requérante répondait aux exigences de la définition de «conjoints» à l'art. 1(7)b) de la Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1078.1.
Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 1(7)*b*) «conjoints».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 98-882, [1998] A.Q. n° 941 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1997] A.Q. n° 102 (QL). Pourvoi accueilli.

Jérôme Choquette, c.r., et *Camille Bolte*, pour l'appelante.

Manon Touchette, pour l'intimée la Société de l'assurance automobile du Québec.

Luce Therrien, pour l'intimé le Tribunal administratif du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

1 BASTARACHE J. — We are of the view that the evidence in the record as a whole makes it impossible to arrive at any other conclusion than that the appellant meets the requirements of the definition of "spouses" in s. 1(7)(*b*) of the Quebec *Automobile Insurance Act*. The appeal is therefore allowed on the ground that the decisions of the Commission des affaires sociales of February 16, 1993 and February 14, 1996 are patently unreasonable.

2 Consequently, the decision of the Quebec Court of Appeal is set aside and the above-mentioned decisions of the Commission des affaires sociales are quashed.

3 In view of the exceptional circumstances of this case, the Court is rendering the decision that should have been rendered by the Commission des affaires sociales and orders the Société de l'assurance automobile du Québec to pay the compensation provided for in the *Automobile Insurance Act* and the additional indemnity provided for in art. 1078.1 of the *Civil Code of Lower Canada*, with interest from July 22, 1989, the whole with costs against the respondents.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Choquette Beaupré Rhéaume, Montréal.

Solicitors for the respondent the Société de l'assurance automobile du Québec: Gélinas & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent the Administrative Tribunal of Québec: Lemieux, Chrétien, Lahaye & Corriveau, Montréal.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE BASTARACHE — Nous sommes d'avis que l'ensemble de la preuve au dossier ne permet d'arriver à aucune autre conclusion que l'appelante répond aux exigences de la définition de «conjoints» au sous-par. 1(7)*b*) de la *Loi sur l'assurance automobile* du Québec. L'appel est donc accueilli au motif que les décisions de la Commission des affaires sociales des 16 février 1993 et 14 février 1996 sont manifestement déraisonnables.

Par conséquent, la décision de la Cour d'appel du Québec est infirmée et les décisions de la Commission des affaires sociales ci-devant sont cassées.

Vu les circonstances exceptionnelles de cette cause, la Cour rend la décision qui aurait dû être rendue par la Commission des affaires sociales et ordonne à la Société de l'assurance automobile du Québec de payer les indemnités prévues à la *Loi sur l'assurance automobile* et les indemnités additionnelles prévues à l'art. 1078.1 du *Code civil du Bas Canada*, avec intérêts à compter du 22 juillet 1989, le tout avec dépens contre les intimés.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Choquette Beaupré Rhéaume, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Société de l'assurance automobile du Québec: Gélinas & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé le Tribunal administratif du Québec: Lemieux, Chrétien, Lahaye & Corriveau, Montréal.

Apotex Inc. *Applicant*

v.

Bayer Aktiengesellschaft and Miles Canada Inc. *Respondents*

INDEXED AS: APOTEX INC. *v.* BAYER AKTIENGESELLSCHAFT

File No.: 26979.

1999: December 7.

Present: Gonthier J.

MOTION TO REVIEW TAXATION OF COSTS

Practice — Supreme Court of Canada — Taxation of costs — Review of Registrar's decision — Expenses incurred to retain services of experts on application for leave to appeal not qualifying as "disbursements" under Part II of Schedule B of Rules of Court — Expenses not specifically authorized by Rules — Court's authorization required under Rule 58 for expenses to be approved as disbursements in bill of costs — Motion to review taxation of costs dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 58, 62, Schedule B.

Cases Cited

Followed: *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 303; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 S.C.R. 317; **referred to:** *Coopérative de commerce "Des Mille-Îles" v. Société des alcools du Québec*, S.C.C., No. 25703, October 27, 1997; *Jaremko v. Metropolitan Toronto Condominium Corp. No. 875*, S.C.C., No. 26714, June 8, 1999.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Tariff A, s. 3(2), Tariff B, s. 1(3).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Tariff A, item 28.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 58, 62, Schedule B [am. SOR/97-476, s. 12].
Tariff of judicial fees of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 12.

Apotex Inc. *Requérante*

c.

Bayer Aktiengesellschaft et Miles Canada Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: APOTEX INC. *c.* BAYER AKTIENGESELLSCHAFT

N° du greffe: 26979.

1999: 7 décembre.

Présent: Le juge Gonthier.

REQUÊTE EN RÉVISION DE LA TAXATION DES DÉPENS

Pratique — Cour suprême du Canada — Taxation des dépens — Révision de la décision du registraire — Dépenses engagées pour retenir les services d'experts non admissibles au titre de «débours» visés par la partie II de l'annexe B des Règles de la Cour — Dépenses non autorisées expressément par les Règles — Obligation d'obtenir l'autorisation de la Cour conformément à l'art. 58 des Règles pour que de telles dépenses soient approuvées à titre de débours dans un mémoire de frais — Requête en révision de la taxation des dépens rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 58, 62, annexe B.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 303; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 R.C.S. 317; **arrêts mentionnés:** *Coopérative de commerce "Des Mille-Îles" c. Société des alcools du Québec*, C.S.C., n° 25703, 27 octobre 1997; *Jaremko c. Metropolitan Toronto Condominium Corp. No. 875*, C.S.C., n° 26714, 8 juin 1999.

Lois et règlements cités

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif A, art. 3(2), tarif B, art. 1(3).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 58, 62, annexe B [mod. DORS/97-476, art. 12].
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, tarif A, poste 28.
Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 12.

MOTION to review taxation of costs by the Registrar. Motion dismissed.

Written submissions by *Henry S. Brown, Q.C.*, for the respondents/applicants.

Written submissions by *Richard Naiberg* and *Daniela F. Bassan*, for the applicant in the leave application/respondent on the motion.

The following is the order delivered by

1 GONTHIER J. — This is a motion pursuant to Rule 62 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74 ("Rules"), for a review of a taxation of a bill of costs ordered by the Registrar on August 25, 1999. The central question in this motion is whether expenses incurred by a party to retain the services of experts are "disbursements" which are payable by the unsuccessful party on an application for leave to appeal. For the reasons I set out below, it is my opinion that such expenses are not specifically authorized by the Rules, and can only be authorized as extraordinary expenses pursuant to Rule 58.

2 In the application for leave to appeal, the applicant, Apotex Inc., sought to demonstrate that the appeal had sufficient national importance to warrant leave by introducing affidavits by three experts. The respondent, Bayer Aktiengesellschaft ("Bayer") countered with their own affidavits, deposed by two other experts. The applicant was unsuccessful in its application for leave, which was dismissed by a panel of this Court with costs, on April 1, 1999, [1999] 1 S.C.R. v.

3 Bayer sought to include the costs of the expert evidence in their bill of costs. The cost of the "expert evidence" was listed at $6,844.40; the cost of travel expenses to meet with the experts was listed as $550 (the latter type of expense has been disallowed in other courts: *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 303 (F.C.T.D.)). Both of these items were listed under "Disbursements". Apotex objected to the bill of

REQUÊTE en révision de la taxation des dépens établie par le registraire. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Henry S. Brown, c.r.*, pour les intimées/requérantes.

Argumentation écrite par *Richard Naiberg* et *Daniela F. Bassan*, pour la requérante à la demande d'autorisation d'appel/intimée à la requête.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE GONTHIER — Il s'agit d'une requête fondée sur l'art. 62 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74 («Règles»), en vue de la révision de la taxation d'un mémoire de frais établie par le registraire le 25 août 1999. La question au cœur de la présente requête est de savoir si les dépenses engagées par une partie pour retenir les services d'experts constituent des «débours» qui sont payables par la partie qui échoue lors d'une demande d'autorisation d'appel. Pour les motifs exposés plus bas, je suis d'avis que de telles dépenses ne sont pas expressément autorisées par les Règles, et qu'elles ne peuvent être autorisées qu'à titre de dépenses extraordinaires conformément à l'art. 58 des Règles.

Dans la demande d'autorisation d'appel, la requérante, Apotex Inc., a tenté de démontrer, au moyen des affidavits de trois experts, que l'appel revêtait une importance nationale suffisante pour en justifier l'autorisation. L'intimée, Bayer Aktiengesellschaft («Bayer»), a répondu en déposant ses propres affidavits signés par deux autres experts. Le 1er avril 1999, une formation de notre Cour a rejeté, avec dépens, la demande d'autorisation d'appel de la requérante: [1999] 1 R.C.S. v.

Bayer a cherché à inclure les coûts de la preuve d'expert dans son mémoire de frais. Elle a inscrit au titre de la «preuve d'expert» le montant de 6 844,40 $, et au titre des frais de déplacement engagés pour rencontrer les experts, le montant de 550 $ (ce dernier type de dépense a été refusé par d'autres tribunaux: *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 303 (C.F. 1re inst.)). Ces deux postes figuraient sous la

costs, claiming that they were impermissible expenditures, unauthorized by the Rules, and unreasonably high in any event.

The Registrar held that these are not the types of expenses which are covered by Part II of Schedule B of the Rules. Upon further objection by Bayer, the Registrar confirmed her decision on October 8, 1999. Pursuant to Rule 62 of the Rules, Bayer asks for a review of the Registrar's decision.

The Registrar's decision is entitled to a degree of deference. In *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 S.C.R. 317, at p. 318, Sopinka J. explained that this Court "should not generally interfere with the decision of the Registrar simply on the basis of a difference of opinion as to the proper amount to be allowed. Rather, there must be an error in principle or the Registrar must be shown to be clearly wrong in the amount allowed". The Registrar is entitled to this deference because of her expertise in the area, and the nature of the questions raised in this motion.

The Registrar reviewed Rule 58 of the Rules, which states that "Unless otherwise ordered by the Court, costs in appeals or applications for leave or motions shall be taxed party and party pursuant to the tariff of fees contained in Schedule B." Schedule B contains a list of fees in Part I, including the counsel's fees, and a list of disbursements payable in Part II. The relevant sections are as follows:

The following will be allowed by the Registrar for disbursements:

1. Fees paid to the Registrar under Schedule A.

2. A reasonable amount for reproducing documents required to be filed with the Court, including application books, motion books, case on appeal, factums and books of authorities.

rubrique «Débours». Apotex s'est opposée au mémoire de frais en faisant valoir qu'il s'agissait de dépenses inacceptables qui n'étaient pas autorisées par les Règles et qui, de toute façon, étaient déraisonnablement élevées.

Le registraire a conclu qu'elles ne correspondaient pas aux types de dépense visés par la partie II de l'annexe B des Règles. À la suite d'une objection de Bayer, le registraire a confirmé sa décision le 8 octobre 1999. Conformément à l'art. 62 des Règles, Bayer demande la révision de la décision du registraire. 4

La décision du registraire mérite de faire l'objet d'une certaine retenue. Dans l'arrêt *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 R.C.S. 317, à la p. 318, le juge Sopinka a expliqué que notre Cour «ne devrait pas en général intervenir dans la décision du registraire uniquement en raison d'une divergence d'opinions quant au montant exact à accorder. Il doit y avoir une erreur de principe ou l'on doit prouver que le registraire s'est manifestement trompée au sujet du montant accordé». Le registraire a droit à cette retenue en raison de sa compétence en la matière et de la nature des questions soulevées dans la présente requête. 5

Le registraire a examiné l'art. 58 des Règles qui prévoit qu'«[à] moins d'une ordonnance contraire de la Cour, les dépens des appels, des demandes d'autorisation ou des autres requêtes sont taxés entre parties conformément au tarif des honoraires établi à l'annexe B.» On trouve une liste d'honoraires, dont ceux du procureur, et une liste de débours payables dans les parties I et II, respectivement, de l'annexe B. Les dispositions pertinentes sont les suivantes: 6

Le registraire accorde les débours suivants:

1. Honoraires versés au registraire en application de l'annexe A.

2. Somme raisonnable pour la reproduction de documents qui doivent être déposés à la Cour, dont les demandes d'autorisation d'appel, les requêtes, les dossiers, les mémoires et les recueils de jurisprudence et de doctrine.

3. Reasonable amounts for other disbursements necessarily incurred in proceedings before the Court, including travel expenses.

7 The Registrar held that expert evidence does not constitute a "reasonable amoun[t] for other disbursements necessarily incurred in proceedings before the Court". She drew a distinction between those types of expenses which are related to "counsel's preparation of arguments" and those expenses which related to "preparation of the application". Whether this distinction is borne out by the governing regulations or not, in my view these expenses cannot be claimed in a bill of costs for a leave application before this Court.

8 In other courts, rules of court expressly provide that such expenditures may form part of a bill of costs, so long as they were reasonable: see, e.g., *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, Tariff A, s. 3(2); Tariff B, s. 1(3); Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Tariff A, item 28; *Tariff of judicial fees of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 12. The notable absence from the Rules of this Court simply reflects the fact that this Court infrequently receives new evidence of this kind, either in the conduct of appeals or on applications for leave. It also reflects the fact that this Court does not normally issue reasons on applications for leave to appeal, and the Registrar would therefore be ill-equipped to determine whether expert evidence was actually "reasonably necessary" for deciding the application.

9 As there is no specific provision contained in the Rules granting jurisdiction to the Registrar to award costs for expert evidence, it is necessary to look to the residual category. In my view, the words "other disbursements" must be read in their entire context. This provision in the Rules dictates that the disbursements be "necessarily incurred" in the proceeding. The preceding section refers to disbursements relating to photocopying charges. In my view, read in its context, the words "other

3. Somme raisonnable pour autres débours nécessairement engagés aux fins de l'instance devant la Cour, dont les frais de déplacement.

Le registraire a conclu que la preuve d'expert ne constitue pas une «[s]omme raisonnable pour autres débours nécessairement engagés aux fins de l'instance devant la Cour». Elle a établi une distinction entre les dépenses liées à la «rédaction de l'argumentation du procureur» et celles liées à la «rédaction de la demande». Que cette distinction soit confirmée ou non par la réglementation applicable, j'estime que ces dépenses ne peuvent pas être réclamées dans un mémoire de frais relatif à une demande d'autorisation d'appel devant notre Cour.

Les règles de pratique d'autres tribunaux prévoient expressément que ces dépenses peuvent faire partie d'un mémoire de frais, pourvu qu'elles soient raisonnables: voir, par exemple, les *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, tarif A, par. 3(2); tarif B, par. 1(3); les *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, règl. 194, tarif A, poste 28; le *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 12. L'absence remarquable de dispositions semblables dans les Règles de notre Cour reflète simplement le fait que notre Cour reçoit rarement de nouveaux éléments de preuve de cette nature, que ce soit pendant l'audition d'un appel ou pendant celle d'une demande d'autorisation. Elle traduit aussi le fait que notre Cour ne motive pas normalement sa décision relative à une demande d'autorisation d'appel, de sorte que le registraire ne serait pas en mesure de déterminer si la preuve d'expert était effectivement «raisonnablement nécessaire» pour trancher la demande en cause.

Puisque les Règles ne comportent aucune disposition expresse qui habilite le registraire à accorder des dépens pour une preuve d'expert, il faut se reporter à la catégorie résiduelle. À mon avis, les mots «autres débours» doivent être interprétés dans leur contexte global. Cette disposition des Règles prévoit qu'il doit s'agir de débours «nécessairement engagés» aux fins de l'instance. La disposition précédente parle de débours relatifs à des frais de photocopie. À mon avis, si on les interprète

disbursements" do not suggest that fees for expert evidence can be included in Part II of a bill of costs. Rather, the types of expenses permitted by this section are those expenses which are demonstrably necessary in order to present written and oral submissions to the Court.

This approach to allowable expenses has been consistently applied. The Registrar has, in the past, been vigilant to allow only those expenses absolutely necessary to conduct the proceeding in this Court. For example, when parties file excessive material in an application record which are not subsequently referred to, they cannot claim those excess photocopying costs: *Coopérative de commerce "Des Mille-Îles" v. Société des alcools du Québec*, S.C.C., No. 25703, October 27, 1997. See also *Jaremko v. Metropolitan Toronto Condominium Corp. No. 875*, S.C.C., No. 26714, June 8, 1999 (published in the *Bulletin of Proceedings* of the Supreme Court of Canada, 1999, at p. 995). Where the actual expenditure cannot be demonstrated to the Registrar that it is necessary for the presentation of the case, it cannot be claimed in a bill of costs.

In my view, because of the special nature of new evidence before this Court, expenses relating to this type of evidence cannot be approved by the Registrar unless expressly authorized. For this type of expenditure to be approved as a disbursement in a bill of costs, they must be authorized by the Court under Rule 58 pursuant to a request for costs. Such expenditures may be appropriate in certain circumstances, such as where the issues are particularly complex and the information provided by the experts requires particularized skill and knowledge and is important for the Court's decision.

For these reasons, it is my view that the Registrar was neither clearly wrong, nor did she make any error in principle, when she ruled that in this case the evidence relating to experts could not be included in the disbursements section of a bill of

dans leur contexte, les mots «autres débours» ne laissent pas entendre qu'il est possible d'inclure des honoraires pour une preuve d'expert dans la partie II d'un mémoire de frais. Les dépenses autorisées par cette disposition sont plutôt celles qui sont manifestement nécessaires à la présentation d'une argumentation écrite et orale à la Cour.

Cette façon d'aborder les dépenses admissibles a été appliquée de façon uniforme. Le registraire a, dans le passé, pris soin de n'admettre que les dépenses absolument nécessaires au déroulement de l'instance devant notre Cour. Par exemple, lorsque des parties déposent trop de documents dans un dossier relatif à une demande, sans s'y référer par la suite, elles ne peuvent pas réclamer ces frais de photocopie excédentaires: *Coopérative de commerce «Des Mille-Îles» c. Société des alcools du Québec*, C.S.C., nº 25703, 27 octobre 1997. Voir également *Jaremko c. Metropolitan Toronto Condominium Corp. No. 875*, C.S.C., nº 26714, 8 juin 1999 (publié dans le *Bulletin des procédures* de la Cour suprême du Canada,1999, à la p. 995). Lorsqu'on ne peut pas démontrer au registraire que la dépense engagée était nécessaire à la présentation de la cause, cette dépense ne peut pas être réclamée dans un mémoire de frais. 10

À mon avis, en raison de la nature particulière de la nouvelle preuve dont est saisie notre Cour, les dépenses liées à ce genre de preuve ne sauraient être approuvées par le registraire que si elles ont été expressément autorisées. Pour que ce type de dépense puisse être approuvé à titre de débours dans un mémoire de frais, il doit être autorisé par la Cour conformément à l'art. 58 des Règles à la suite d'une demande en ce sens. Ces dépenses peuvent être appropriées dans certains cas, comme celui où les questions en litige sont particulièrement complexes et où les renseignements fournis par les experts exigent des compétences et des connaissances particulières et sont importants aux fins de la décision de la Cour. 11

Pour ces motifs, j'estime que le registraire ne s'est pas trompée de façon manifeste et qu'elle n'a commis aucune erreur de principe en concluant qu'en l'espèce la preuve d'expert ne pouvait pas figurer dans la section des débours d'un mémoire 12

costs under the Tariff of Fees and Disbursements, Schedule B.

13 Accordingly, the motion for a review of a taxation of a bill of costs ordered by the Registrar on August 25, 1999 and confirmed by her on October 8, 1999 is dismissed with costs.

Motion dismissed with costs.

Solicitors for the respondents/applicants: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the applicant on the leave application/respondent on the motion: Goodman Phillips & Vineberg, Toronto.

de frais, selon le tarif d'honoraires et de débours établi à l'annexe B.

Par conséquent, la requête en révision de la taxation d'un mémoire de frais que le registraire a établie le 25 août 1999 et confirmée le 8 octobre 1999 est rejetée avec dépens.

Requête rejetée avec dépens.

Procureurs des intimées/requérantes: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de la requérante à la demande d'autorisation d'appel/intimée à la requête: Goodman Phillips & Vineberg, Toronto.

Thérèse Blais Pelletier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PELLETIER

File No.: 26928.

1999: December 13.

Present: McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Indecent acts — Common bawdy-house — Public place — Lap dancing — Co-owner of bar charged with keeping a common bawdy-house — Lap dancing occurring in cubicle with curtains partly open — Nude dancers allowing patrons to touch their breasts and buttocks — Trial judge finding that such acts could not be characterized as indecent — Acquittal of accused set aside by Court of Appeal but restored by Supreme Court.

Cases Cited

By Arbour J.

Referred to: *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

By Iacobucci J. (dissenting)

R. v. Mara, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 210(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] Q.J. No. 4316 (QL), allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused by Judge Beaulieu of the Court of Québec, [1993] Q.J. No. 107 (QL). Appeal allowed, Iacobucci and Bastarache JJ. dissenting.

Thérèse Blais Pelletier *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* PELLETIER

N° du greffe: 26928.

1999: 13 décembre.

Présents: Les juges McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Actes indécents — Maison de débauche — Endroit public — Danse-contact — Copropriétaire d'un bar accusée d'avoir tenu une maison de débauche — Danse-contact à l'intérieur d'isoloirs dont les rideaux sont partiellement ouverts — Danseuses nues permettant aux clients de leur toucher les seins et les fesses — Juge du procès concluant que ces actes ne pouvaient être qualifiés d'indécents — Acquittement de l'accusée annulé par la Cour d'appel mais rétabli par la Cour suprême.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts mentionnés: *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

R. c. Mara, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 210(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] J.Q. n° 4316 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'accusée prononcé par le juge Beaulieu de la Cour du Québec, [1993] J.Q. n° 107 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci et Bastarache sont dissidents.

Josée Ferrari and *Robert La Haye*, for the appellant.

Robert Rouleau and *Randall Richmond*, pour the respondent.

English version of the judgment of McLachlin, Major and Arbour JJ. delivered orally by

1 ARBOUR J. — Although he did not have the benefit of *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630, and *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, the trial judge carefully considered all relevant factors in analyzing the standard of tolerance, which he properly assessed. More particularly, he was concerned with the nature and character of the touching that took place between the dancers and the police, and with the circumstances prevailing in the cubicle.

2 In the present case it does not appear that the judge committed an error of law in his assessment of the standard of tolerance subsequently developed by the Supreme Court.

3 In the circumstances the appeal is allowed and the acquittal is restored, Iacobucci and Bastarache JJ. dissenting.

English version of the reasons of Iacobucci and Bastarache JJ. delivered orally by

4 IACOBUCCI J. (dissenting) — On examining all the circumstances of this case in light of the tests in *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630, and *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, we find the behaviour indecent and consequently contrary to s. 210(1) of the *Criminal Code* particularly on account of the sexual contact between dancer and patron and the fact that the acts were not private in nature.

5 For these reasons this appeal as of right should be dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: La Haye, De Gage, Linetsky & Slimovitch, Montréal.

Josée Ferrari et *Robert La Haye*, pour l'appelante.

Robert Rouleau et *Randall Richmond*, pour l'intimée.

Le jugement des juges McLachlin, Major et Arbour a été rendu oralement par

LE JUGE ARBOUR — Bien que n'ayant pas eu le bénéfice des arrêts *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, et *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, le juge de première instance a examiné attentivement tous les facteurs pertinents à l'analyse du standard de tolérance, qu'il a bien apprécié. Plus particulièrement, il s'est préoccupé de la nature et du caractère des attouchements qui ont eu lieu entre les danseuses et les policiers, et des circonstances qui prévalaient dans l'isoloir.

Dans ce cas d'espèce, il n'apparaît pas que le juge ait commis une erreur de droit dans son appréciation du standard de tolérance élaboré par la suite par la Cour suprême.

Dans les circonstances, le pourvoi est accueilli et l'acquittement est rétabli. Les juges Iacobucci et Bastarache sont dissidents.

Les motifs des juges Iacobucci et Bastarache ont été rendus oralement par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — En examinant toutes les circonstances dans l'espèce à la lumière des critères de *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, et *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, nous trouvons le comportement indécent et conséquemment contraire au par. 210(1) du *Code criminel* particulièrement en raison du contact sexuel entre la danseuse et son client et le fait que les actes n'avaient pas un caractère privé.

Pour ces motifs, cet appel de plein droit devrait être rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: La Haye, De Gage, Linetsky & Slimovitch, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le substitut du Procureur général, Montréal.

John Carlos Terceira *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* TERCEIRA

File No.: 26546.

1999: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — DNA evidence — Admissibility of DNA evidence — Accused convicted of first degree murder — No error found in trial judge's approach to dealing with DNA evidence — Voir dire and charge to jury fair and balanced — Court of Appeal's reasons substantially confirmed — Accused's conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 175, 107 O.A.C. 15, 123 C.C.C. (3d) 1, 15 C.R. (5th) 359, [1998] O.J. No. 428 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Russell S. Silverstein and *David M. Tanovich*, for the appellant.

Shawn D. Porter, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 IACOBUCCI J. — We find no error in the careful approach taken by Campbell J. in dealing with the DNA evidence in this case. In our view, his conduct of the *voir dire* and his charge to the jury were particularly fair and balanced. We also agree substantially with the reasons of Finlayson J.A. in the Ontario Court of Appeal.

2 Accordingly, this appeal is dismissed.

John Carlos Terceira *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* TERCEIRA

N° du greffe: 26546.

1999: 16 décembre.

Présents: Les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Preuve — Preuve d'ADN — Admissibilité de la preuve d'ADN — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Aucune erreur commise par le juge du procès dans la façon d'aborder la preuve d'ADN — Voir-dire et exposé au jury justes et équilibrés — Accord substantiel avec les motifs de la Cour d'appel — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 175, 107 O.A.C. 15, 123 C.C.C. (3d) 1, 15 C.R. (5th) 359, [1998] O.J. No. 428 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Russell S. Silverstein et *David M. Tanovich*, pour l'appelant.

Shawn D. Porter, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous estimons que le juge Campbell n'a commis aucune erreur dans la façon consciencieuse dont il a abordé la preuve d'ADN en l'espèce. À notre avis, le voir-dire qu'il a tenu et son exposé au jury étaient particulièrement justes et équilibrés. Nous souscrivons également, pour l'essentiel, aux motifs du juge Finlayson de la Cour d'appel de l'Ontario.

En conséquence, le présent pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

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

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

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

Terry Grismer (Estate) *Appellant*

v.

The British Columbia Council of Human Rights (Member Designate Tom Patch) *Respondent*

and

The British Columbia Superintendent of Motor Vehicles and the Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General for Alberta, the British Columbia Human Rights Commission and the Council of Canadians with Disabilities *Interveners*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES) *v.* BRITISH COLUMBIA (COUNCIL OF HUMAN RIGHTS)

File No.: 26481.

1999: October 13; 1999: December 16.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil rights — Discrimination — Bona fide and reasonable justification — Physical disability — Superintendent of Motor Vehicles refusing to issue driver's licences to persons with homonymous hemianopia — No individual assessments carried out — Whether blanket refusal without possibility of individual assessment constituted discrimination — Application of Meiorin test to public service provider — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 8.

The claimant suffered from a condition called homonymous hemianopia (H.H.) which eliminated most of his left-side peripheral vision in both eyes. The B.C. Super-

Terry Grismer (Succession) *Appelante*

c.

Le British Columbia Council of Human Rights (membre désigné Tom Patch) *Intimé*

et

Le Superintendent of Motor Vehicles de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de l'Alberta, la British Columbia Human Rights Commission et le Conseil des Canadiens avec déficiences *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: COLOMBIE-BRITANNIQUE (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES) *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (COUNCIL OF HUMAN RIGHTS)

N° du greffe: 26481.

1999: 13 octobre; 1999: 16 décembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Libertés publiques — Discrimination — Justification réelle et raisonnable — Déficience physique — Refus du Surintendant des véhicules automobiles de délivrer un permis de conduire aux personnes atteintes d'hémianopsie homonyme — Absence d'évaluation individuelle — Le refus général sans possibilité d'évaluation individuelle constitue-t-il de la discrimination? — Application du critère de l'arrêt Meiorin à un fournisseur de services publics — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8.

Le demandeur souffrait d'un trouble connu sous le nom d'hémianopsie homonyme (H.H.) caractérisée par une perte de presque toute sa vision périphérique du

intendent of Motor Vehicles cancelled his driver's licence on the ground that his vision no longer met the standard of a minimum field of vision of 120 degrees. While exceptions to this standard were permitted in other cases, people with H.H. are not permitted to hold a driver's licence in B.C. After repeatedly being denied a licence despite passing the requisite tests, the claimant filed a complaint with the B.C. Council of Human Rights. The Council found that the standard was *prima facie* direct discrimination and that the Superintendent had failed to show that applying the visual field standards inflexibly, without individual assessments, was reasonably necessary. The Superintendent was ordered to assess the claimant and to place restrictions on his licence if necessary. A judge of the Supreme Court of British Columbia dismissed the Superintendent's petition for judicial review but the Court of Appeal set aside that decision. Since the Court of Appeal's judgment, this Court has set out a modified test for discrimination under the B.C. *Human Rights Code* — the *Meiorin* test.

Held: The appeal should be allowed.

The *Meiorin* test applies to all claims for discrimination under the B.C. *Human Rights Code*. It requires those governed by human rights legislation to accommodate the characteristics of affected groups within their standards. Once a plaintiff establishes that the standard is *prima facie* discriminatory, the onus shifts to the defendant to prove on a balance of probabilities that the discriminatory standard is a *bona fide* occupational requirement or has a *bona fide* and reasonable justification. The defendant must prove that: (1) it adopted the standard for a purpose or goal rationally connected to the function being performed; (2) it adopted the standard in good faith, in the belief that it is necessary for the fulfilment of the purpose or goal; and (3) the standard is reasonably necessary to accomplish its purpose or goal, because the defendant cannot accommodate persons with the characteristics of the claimant without incurring undue hardship, whether that hardship takes the form of impossibility, serious risk or excessive cost. Accommodation ensures that each person is assessed according to his or her own personal abilities rather than presumed group characteristics. Failure to accommodate may be shown by evidence that the standard was set arbitrarily, or that individual assessment was unreasonably refused, or in some other way. If the policy or practice is reasonably necessary to an appropriate purpose or

côté gauche des deux yeux. Le Superintendent of Motor Vehicles de la Colombie-Britannique («Surintendant») a annulé son permis de conduire pour le motif que sa vision ne respectait plus la norme du champ visuel minimal de 120 degrés. Bien que des exceptions à cette norme soient permises dans d'autres cas, les gens atteints de H.H. ne sont pas autorisés à détenir un permis de conduire en Colombie-Britannique. Après s'être vu refuser un permis à maintes reprises même s'il avait réussi les tests requis, le demandeur a porté plainte devant le British Columbia Council of Human Rights, qui a conclu que la norme constituait de la discrimination directe à première vue et que le Surintendant n'avait pas démontré que l'application rigide des normes de champ visuel, en l'absence de toute évaluation individuelle, était raisonnablement nécessaire. Le Surintendant a reçu l'ordre d'évaluer le demandeur et d'assujettir son permis à des restrictions, si nécessaire. Un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la requête du Surintendant visant à obtenir un contrôle judiciaire, mais la Cour d'appel a annulé cette décision. Depuis que cet arrêt de la Cour d'appel a été rendu, notre Cour a modifié, dans l'arrêt *Meiorin*, le critère applicable en matière de discrimination, selon le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le critère de l'arrêt *Meiorin* s'applique à toutes les demandes fondées sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée. Il oblige les personnes régies par une loi concernant les droits de la personne à tenir compte, dans leurs normes, des caractéristiques des groupes touchés. Dès qu'un demandeur établit que la norme est discriminatoire à première vue, il incombe alors au défendeur de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que cette norme discriminatoire est une exigence professionnelle justifiée ou a une justification réelle et raisonnable. Le défendeur doit prouver, premièrement, qu'il a adopté la norme dans un but ou objectif rationnellement lié aux fonctions exercées, deuxièmement, qu'il a adopté la norme de bonne foi, en croyant qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ou cet objectif, et troisièmement, que la norme est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif, du fait que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte excessive, que cette contrainte revête la forme d'une impossibilité, d'un risque grave ou d'un coût exorbitant. L'accommodement assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles plutôt qu'en fonction de présumées caractéristiques de groupe. L'omission

goal, and accommodation short of undue hardship is incorporated into the standard, the fact that the standard excludes some people does not amount to discrimination.

The claimant established *prima facie* discrimination by showing that he was denied a licence on the basis of his physical disability. The Superintendent was then required to prove on a balance of probabilities that the discriminatory standard had a *bona fide* reasonable justification. The Superintendent's goal was reasonable highway safety, balancing the need for people to be licensed and the need for public safety. While this goal was legitimate and rationally connected to the general function of issuing driver's licences, and the standard of a minimum field of vision of 120 degrees was adopted in good faith, the standard was not reasonably necessary to accomplish the goal. First, the Superintendent did not show that no one with this condition could ever achieve reasonable highway safety. The evidence indicated that the Superintendent's aim was not absolute safety, but rather reasonable safety. People with less than full peripheral vision can drive safely and the claimant compensated for his disability. Second, the Superintendent did not show that the risk or cost associated with providing individual assessment constituted undue hardship. The evidence revealed that at least two tests for road safety of people with H.H. had been developed, and that laboratory testing might also assist. While simulating the emergency situations which are the focus of concern for people with H.H. may be dangerous, many driving tests involve danger and ways are found to reduce it. With respect to the cost of assessing people with H.H., the Superintendent offered no precise figures. Excessive cost may justify a refusal to accommodate those with disabilities, but one must be wary of putting too low a value on accommodating the disabled. Impressionistic evidence of increased expense will not generally suffice, and there may be ways to reduce costs. Since the Superintendent failed to prove that incorporating aspects of individual accommodation within the standard was impossible short of undue hardship, he was obliged to

d'accommoder peut être démontrée en prouvant notamment que la norme a été fixée arbitrairement ou que l'évaluation individuelle a été refusée de manière déraisonnable. Le fait que la norme imposée exclue certaines personnes ne constitue pas de la discrimination si la politique ou la pratique en cause est raisonnablement nécessaire à la réalisation d'un but ou objectif approprié et si l'accommodement sans qu'il en résulte une contrainte excessive est incorporé dans la norme.

Le demandeur a établi l'existence de discrimination à première vue en démontrant qu'on lui a refusé un permis en raison de la déficience physique dont il est atteint. Le Surintendant devait alors prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la norme discriminatoire avait une justification réelle et raisonnable. L'objectif du Surintendant était d'assurer une sécurité routière raisonnable, en établissant un équilibre entre le besoin des gens d'obtenir un permis et la nécessité d'assurer la sécurité du public. Bien que cet objectif fût légitime et rationnellement lié aux fonctions générales consistant à délivrer des permis de conduire, et que la norme du champ visuel minimal de 120 degrés ait été adoptée de bonne foi, cette norme n'était pas raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif visé. En premier lieu, le Surintendant n'a pas démontré qu'il était absolument impossible à une personne atteinte de la déficience en cause de répondre à l'objectif de sécurité routière raisonnable. La preuve indiquait que le Surintendant visait non pas la sécurité absolue, mais plutôt une sécurité raisonnable. Les gens qui n'ont qu'une vision périphérique partielle peuvent conduire de façon sécuritaire et le demandeur surmontait sa déficience. En deuxième lieu, le Surintendant n'a pas démontré que le risque ou le coût qui se rattachait à l'évaluation individuelle constituait une contrainte excessive. La preuve a révélé qu'au moins deux tests de sécurité routière avaient été conçus pour les personnes atteintes de H.H. et que des tests en laboratoire pourraient également être utiles. Quoiqu'il puisse être dangereux de simuler les situations d'urgence qui sont au cœur des préoccupations relatives aux personnes atteintes de H.H., on trouve des moyens de réduire les dangers que comportent de nombreux tests de conduite automobile. Le Surintendant n'a pas donné de chiffres précis au sujet du coût lié à l'évaluation des personnes atteintes de H.H. Le coût excessif peut justifier le refus de composer avec les personnes atteintes de déficiences, mais il faut se garder de ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée. La preuve, constituée d'impressions, d'une augmentation des dépenses ne suffit pas généralement et il peut y avoir des moyens de réduire les coûts. Étant donné que

give the claimant an opportunity to prove whether or not he could drive safely, through individual assessment.

The discrimination in this case lies not in the refusal to issue a licence, but in the refusal to give the claimant a chance to prove through an individual assessment that he could be licensed without jeopardizing the goal of reasonable road safety. The Superintendent fell into error because he abandoned his reasonable approach to licensing and adopted an absolute standard which was not supported by the evidence. Those who provide services subject to the *Human Rights Code* must adopt standards that accommodate people with disabilities where this can be done without sacrificing their legitimate objectives and without incurring undue hardship. This does not suggest that safety standards must be lowered. Nor should this decision be taken as predetermining the result in other cases.

Cases Cited

Applied: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

Statutes and Regulations Cited

Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3 [rep. & sub. 1992, c. 43, s. 2].
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 8.

Authors Cited

Lövsund, Per, Anders Hedin and Jan Törnros. "Effects on Driving Performance of Visual Field Defects: A Driving Simulator Study", *Accid. Anal. & Prev.*, vol. 23, No. 4 (August 1991), pp. 331-42.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 301, 100 B.C.A.C. 129, 163 W.A.C. 129, 155 D.L.R. (4th) 137, 5 Admin. L.R. (3d) 145, 30 C.H.R.R. D/446, allowing an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1996), 25

le Surintendant n'a pas prouvé qu'il était impossible d'incorporer dans la norme des aspects d'accommodement individuel sans qu'il en résulte une contrainte excessive, il était tenu de donner au demandeur la possibilité de prouver, au moyen d'une évaluation individuelle, qu'il pouvait conduire de façon sécuritaire.

La discrimination en l'espèce découle non pas du refus de délivrer un permis, mais du refus d'offrir au demandeur la possibilité de prouver, au moyen d'une évaluation individuelle, qu'il était en mesure d'obtenir un permis sans compromettre l'objectif de sécurité routière raisonnable. L'erreur du Surintendant résulte du fait qu'il a abandonné sa démarche raisonnable en matière de délivrance de permis pour adopter une norme absolue qui n'était pas étayée par la preuve. Ceux qui fournissent des services visés par le *Human Rights Code* doivent adopter des normes qui tiennent compte de la situation des personnes atteintes de déficiences lorsque cela peut être fait sans sacrifier leurs objectifs légitimes et sans qu'il en résulte pour eux une contrainte excessive. Cela ne signifie pas que les normes de sécurité doivent êtres abaissées. Le présent arrêt ne doit pas non plus être interprété comme prédéterminant l'issue d'autres affaires.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; **arrêt mentionné:** *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

Lois et règlements cités

Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3 [abr. & rempl. 1992, ch. 43, art. 2].
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8.

Doctrine citée

Lövsund, Per, Anders Hedin and Jan Törnros. «Effects on Driving Performance of Visual Field Defects: A Driving Simulator Study», *Accid. Anal. & Prev.*, vol. 23, No. 4 (August 1991), pp. 331-42.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 301, 100 B.C.A.C. 129, 163 W.A.C. 129, 155 D.L.R. (4th) 137, 5 Admin. L.R. (3d) 145, 30 C.H.R.R. D/446, qui a accueilli l'appel d'une décision de la Cour suprême de la Colombie-

C.H.R.R. D/309, dismissing a petition for judicial review of a decision of the British Columbia Council of Human Rights (1994), 25 C.H.R.R. D/296. Appeal allowed.

Frances M. Kelly, for the appellant.

Deborah K. Lovett, Q.C., and *J. Douglas Eastwood*, for the respondents the British Columbia Superintendent of Motor Vehicles and the Attorney General of British Columbia.

Hart Schwartz and *David Milner*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Cameron Gunn and *Bruce Judah, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

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

Deirdre A. Rice, for the intervener the British Columbia Human Rights Commission.

David Baker, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

1 Driving automobiles is a privilege most adult Canadians take for granted. It is important to their lives and work. While the privilege can be removed because of risk, it must not be removed on the basis of discriminatory assumptions founded on stereotypes of disability, rather than actual capacity to drive safely. This case concerns a blanket refusal of a licence to drive on the basis of lack of peripheral vision associated with a condition known as homonymous hemianopia ("H.H."). The issue is whether the member designated by the British Columbia Council of Human Rights ("Member") erred in holding that a blanket refusal in Mr. Grismer's case, without the

Britannique (1996), 25 C.H.R.R. D/309, qui avait rejeté une requête visant à obtenir le contrôle judiciaire d'une décision du British Columbia Council of Human Rights (1994), 25 C.H.R.R. D/296. Pourvoi accueilli.

Frances M. Kelly, pour l'appelante.

Deborah K. Lovett, c.r., et *J. Douglas Eastwood*, pour les intimés le Superintendent of Motor Vehicles de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Colombie-Britannique.

Hart Schwartz et *David Milner*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Cameron Gunn et *Bruce Judah, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

Deirdre A. Rice, pour l'intervenante la British Columbia Human Rights Commission.

David Baker, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

La conduite automobile est un privilège que la plupart des Canadiens adultes tiennent pour acquis. Elle est importante dans leur vie et pour leur travail. Bien que ce privilège puisse être retiré pour cause de risque, il doit l'être non pas sur la foi d'hypothèses discriminatoires fondées sur des stéréotypes liés à des déficiences, mais plutôt en fonction de la capacité réelle de conduire de façon sécuritaire. La présente affaire porte sur le refus général d'accorder un permis de conduire à toute personne atteinte d'une absence de vision périphérique due à un trouble connu sous le nom d'hémianopsie homonyme («H.H.»). La question est de savoir si le membre désigné («membre») par le

possibility of individual assessment, constituted discrimination contrary to the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22 (now the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210).

This case is not about whether unsafe drivers must be allowed to drive. There is no suggestion that a visually impaired driver should be licensed unless she or he can compensate for the impairment and drive safely. Rather, this case is about whether, on the evidence before the Member, Mr. Grismer should have been given a chance to prove through an individual assessment that he could drive. It is also about combatting false assumptions regarding the effects of disabilities on individual capacities. All too often, persons with disabilities are assumed to be unable to accomplish certain tasks based on the experience of able-bodied individuals. The thrust of human rights legislation is to eliminate such assumptions and break down the barriers that stand in the way of equality for all.

I conclude that the Member did not err in concluding that the blanket refusal was unjustified and that Mr. Grismer should have been given the opportunity to show in an individualized evaluation that he could drive without undue risk.

II. Facts

Terry Grismer was a mining truck driver who lived and worked in the interior of British Columbia. In 1984, at the age of 40, he suffered a stroke. As a result of the stroke, he suffered from H.H., which eliminated almost all of his left-side peripheral vision in both eyes. The B.C. Motor Vehicle Branch cancelled Mr. Grismer's licence on the ground that his vision no longer met the standards set by the British Columbia Superintendent of Motor Vehicles for safe driving. The Superintendent

British Columbia Council of Human Rights («Conseil») a commis une erreur en concluant qu'un refus général sans possibilité d'évaluation individuelle constituait, dans le cas de M. Grismer, de la discrimination au sens de la *Human Rights Act* de cette province, S.B.C. 1984, ch. 22 (désormais le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210).

2 En l'espèce, il ne s'agit pas de savoir s'il faut permettre aux conducteurs à risque de conduire. On ne laisse aucunement entendre qu'un conducteur dont la vue est réduite devrait obtenir un permis s'il ne peut pas surmonter ce handicap de manière à pouvoir conduire de façon sécuritaire. Il s'agit plutôt de savoir si, d'après la preuve déposée devant le membre, on aurait dû offrir à M. Grismer la possibilité de prouver, au moyen d'une évaluation individuelle, qu'il était en mesure de conduire. Il s'agit également de combattre les fausses hypothèses concernant les effets de déficiences sur les capacités individuelles. Trop souvent, hélas, on suppose que les personnes atteintes de déficiences sont incapables d'accomplir certaines tâches, compte tenu de l'expérience de personnes non invalides. Les lois en matière de droits de la personne visent essentiellement à éliminer de telles hypothèses et à renverser les obstacles à l'égalité de tous.

3 Je conclus que le membre n'a commis aucune erreur en décidant que le refus général était injustifié et qu'on aurait dû donner à M. Grismer la possibilité de démontrer, au moyen d'une évaluation individualisée, qu'il était en mesure de conduire sans risque excessif.

II. Les faits

4 Terry Grismer était un conducteur de camion minier qui vivait et travaillait à l'intérieur des terres en Colombie-Britannique. En 1984, à l'âge de 40 ans, il a eu un accident cérébrovasculaire qui a provoqué une H.H. caractérisée par une perte de presque toute sa vision périphérique du côté gauche des deux yeux. La Motor Vehicle Branch de la Colombie-Britannique («Direction des véhicules automobiles») a annulé le permis de M. Grismer pour le motif que sa vision ne respec-

ent's standards require a minimum of a 120 degree field of vision, as compared to the 200 to 220 degree field of vision possessed by the average person. While exceptions are permitted to the 120 degree standard in other cases, people with H.H. always have less than a 120 degree field of vision and are never permitted to drive in British Columbia. These standards were developed by the B.C. Medical Association for the Superintendent and were subsequently adopted by the Canadian Medical Association. The Motor Vehicle Branch applied the H.H. restriction absolutely, permitting no exceptions or individual assessments.

tait plus les normes en matière de sécurité au volant établies par le Superintendent of Motor Vehicles de la Colombie-Britannique («Surintendant des véhicules automobiles» ou «Surintendant»). Ces normes prescrivent un champ visuel minimal de 120 degrés, comparativement au champ visuel de 200 à 220 degrés que possède la personne ordinaire. Bien que des exceptions à la norme de 120 degrés soient permises dans d'autres cas, les gens atteints de H.H. ont toujours un champ visuel inférieur à 120 degrés et ne sont jamais autorisés à conduire en Colombie-Britannique. Ces normes ont été établies à l'intention du Surintendant par la British Columbia Medical Association et ont été ultérieurement adoptées par l'Association médicale canadienne. La Direction des véhicules automobiles appliquait de manière absolue la restriction relative à la H.H., ne permettant ni exceptions ni évaluations individuelles.

5 Over a seven-year period, Mr. Grismer tried four times to be reconsidered for a licence. He passed the standard visual test and the 30-minute driving test, and was found by the driving examiner to compensate well for his loss of peripheral vision. However, he was denied a licence on each occasion because he had H.H. and could not meet the absolute 120 degree standard.

Au cours d'une période de sept ans, M. Grismer a tenté à quatre reprises d'obtenir un nouveau permis. Il a réussi l'examen normal de la vue ainsi que le test de conduite de 30 minutes, et la personne qui lui a fait subir son test de conduite a constaté qu'il surmontait bien sa perte de vision périphérique. On a cependant refusé de lui délivrer un permis à chaque occasion parce qu'il était atteint de H.H. et qu'il ne pouvait pas respecter la norme absolue de 120 degrés.

6 Throughout this period, Mr. Grismer continued to drive on private roads at work (where no licence was required) and on public roads. He informed the Motor Vehicle Branch that he would continue to drive on public roads without a licence. Although Mr. Grismer's licence was cancelled, he was not actually prohibited from driving, so neither the Motor Vehicle Branch nor the police made any serious effort to prevent him from driving. He had two minor accidents, neither of which was caused by his visual impairment. One accident occurred at the mine, when he backed his vehicle into a truck at night, and the other happened in the town of Merritt, when he struck a cyclist who ran a

Pendant cette période, M. Grismer a continué de conduire sur des chemins privés au travail (où aucun permis n'était requis) et sur des voies publiques. Il a informé la Direction des véhicules automobiles qu'il continuerait à conduire sur des voies publiques sans permis. Malgré l'annulation de son permis, M. Grismer ne s'est pas vraiment vu interdire de conduire, de sorte que ni la Direction des véhicules automobiles ni la police n'ont tenté sérieusement de l'empêcher de le faire. Il a eu deux accidents mineurs, dont aucun n'était dû à sa vue réduite. Un accident est survenu pendant la nuit à la mine lorsque son véhicule a heurté un camion en faisant marche arrière, et l'autre, dans la

red light and came from the left. The cyclist was found to be at fault.

After his fourth licence refusal, Mr. Grismer filed a complaint with the British Columbia Council of Human Rights, which designated a member to hear his claim. The Member found in his favour, ordered that the discrimination cease, and awarded Mr. Grismer $500: (1994), 25 C.H.R.R. D/296. Unfortunately, Mr. Grismer died shortly after the case was heard. Nevertheless, the Superintendent brought a petition for judicial review of the Member's decision, and Mr. Grismer's estate was given standing for appeal purposes. The reviewing judge at the British Columbia Supreme Court dismissed the Superintendent's petition: (1996), 25 C.H.R.R. D/309. The British Columbia Court of Appeal allowed it and overturned the decision of the Member: (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 301. The matter now comes before this Court for final review.

Since the decisions in the tribunals below, this Court has reviewed and modified the test for discrimination in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"). The issue on this appeal is whether the Superintendent's absolute prohibition against driving with H.H. has been shown to be a valid standard under the test set out in *Meiorin*, negating the charge of discrimination.

III. Decisions

The Member reviewed the provisions of the B.C. *Human Rights Act* and the case law. He found that:

- the standard should be classified as *prima facie* direct discrimination;

- the onus was on the Superintendent to provide reasonable justification for the stan-

ville de Merritt lorsqu'il a heurté un cycliste qui avait brûlé un feu rouge et qui venait de la gauche. Le cycliste a été jugé fautif.

Après s'être vu refuser un permis pour la quatrième fois, M. Grismer a porté plainte devant le British Columbia Council of Human Rights, qui a désigné un membre pour entendre sa plainte. Le membre lui a donné raison, a ordonné la cessation de la discrimination et lui a accordé un montant de 500 $: (1994), 25 C.H.R.R. D/296. Malheureusement, M. Grismer est décédé peu après l'audition de l'affaire. Le Surintendant a néanmoins déposé une requête visant à obtenir le contrôle judiciaire de la décision du membre, et la succession de M. Grismer s'est vu accorder la qualité pour agir à des fins d'appel. Le juge qui a procédé à l'examen en Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la requête du Surintendant: (1996), 25 C.H.R.R. D/309. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel et infirmé la décision du membre: (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 301. L'affaire est maintenant soumise à notre Cour en dernier ressort. 7

Depuis que les décisions des tribunaux d'instance inférieure ont été rendues, notre Cour a examiné et modifié le critère applicable en matière de discrimination dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (l'«arrêt *Meiorin*»). Il s'agit en l'espèce de savoir s'il a été démontré que l'interdiction absolue de conduire que le Surintendant impose à toute personne atteinte de H.H. est une norme valide selon le critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*, ce qui aurait pour effet d'annuler l'accusation de discrimination. 8

III. Les décisions

Le membre a examiné les dispositions de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique et la jurisprudence applicable. Il a conclu: 9

- que la norme devait être considérée comme constituant de la discrimination directe à première vue;

- qu'il incombait au Surintendant de fournir une justification raisonnable de la norme

dard (i.e. to establish that there was no reasonable or practical alternative to the absolute rule);

- "something more than merely a 'real' or 'minimal' risk must be established to justify limiting the equality rights of people with disabilities" (p. D/300) and that impressionistic evidence will not suffice;

- the standard was based on knowledge of visual field defects, was up to date, had a logical foundation, and was not impressionistic. However, it was not based on hard evidence of the relationship between H.H. and driving accidents;

- there is lack of agreement on standards among different jurisdictions outside Canada, with a number of countries permitting people with H.H. to obtain driver's licences in some circumstances;

- based on the lack of empirical evidence linking Mr. Grismer's disability with road safety and the lack of consensus between jurisdictions, and noting the difficulty in getting better evidence of risk, the Superintendent's standard should not be applied absolutely, but must be applied "in a manner that ensure[s] individual assessment" (p. D/307);

- in the result, the Superintendent had not met the burden of justifying the visual field standards as reasonably necessary "as they are applied [inflexibly] by the M.V.B." (p. D/308 (emphasis in original)), and discrimination was established.

- since Mr. Grismer had not undergone a recent individual assessment, it would be inappropriate to order the Superintendent to reinstate Mr. Grismer's licence. Instead,

(c'est-à-dire d'établir qu'il n'y avait aucune solution de rechange raisonnable ou pratique à la règle absolue);

- [TRADUCTION] «qu'il faut démontrer plus que la seule existence d'un risque «réel» ou «minime» pour justifier une restriction des droits à l'égalité des gens atteints de déficiences» (p. D/300) et qu'une preuve constituée d'impressions ne suffit pas;

- que la norme était fondée sur les connaissances en matière de déficiences du champ visuel, qu'elle était à jour, qu'elle avait un fondement logique et qu'elle ne reposait pas sur des impressions. Elle n'était cependant pas fondée sur une preuve tangible d'un lien entre la H.H. et des accidents de la route;

- que les normes ne faisaient l'objet d'aucune entente entre différents ressorts étrangers, alors qu'un certain nombre de pays permettent aux gens atteints de H.H. d'obtenir un permis de conduire dans certains cas;

- qu'en raison de l'absence de preuve empirique établissant un lien entre la déficience de M. Grismer et la sécurité routière et de l'absence de consensus entre ressorts, et compte tenu de la difficulté d'obtenir de meilleurs éléments de preuve quant au risque couru, la norme établie par le Surintendant devait être appliquée non pas de façon absolue, mais [TRADUCTION] «de manière à garantir une évaluation individuelle» (p. D/307);

- qu'en définitive le Surintendant ne s'était pas acquitté de l'obligation de justifier comme étant raisonnablement nécessaires les normes de champ visuel [TRADUCTION] «qui sont appliquées [de façon rigide] par la D.V.A.» (p. D/308 (souligné dans l'original)), et que l'existence de discrimination était établie;

- qu'étant donné que M. Grismer n'avait subi aucune évaluation individuelle récente, il ne conviendrait pas d'ordonner au Surintendant de lui restituer son per-

the Member ordered the Superintendent to assess Mr. Grismer and consider the possibility of restrictions on his licence if necessary; and finally

- Mr. Grismer was entitled to only $500 nominal compensation since he had not established damage, hurt or humiliation.

The reviewing judge, Williamson J., dismissed the petition for judicial review on the grounds that the Member had made no error in interpreting and applying the *bona fide* and reasonable justification defence, and that his "finding of fact" that individualized testing was possible was entitled to deference.

The Court of Appeal, *per* Donald J.A., unanimously allowed the appeal on the ground that the Member had erred by:

- blending the analyses for direct and indirect discrimination, leading to the application of the wrong approach; since this was not an allegation of indirect discrimination, the question of individual accommodation arose only in setting the standard, beyond which there was no reason to make individual accommodation;

- suggesting that the standard could not be justified absent more empirical data from experimental studies;

- finding an insufficient link between the risk and the licensing standard, given the endorsement of medical associations across Canada and the "intuitive connection" between the absence of peripheral vision and the risk of accidents; and

- concluding that individual testing should be considered absent evidence that such assessment was a practical alternative, and considering whether individual testing was possible, as opposed to practical.

mis. Le membre a plutôt ordonné au Surintendant d'évaluer M. Grismer et d'examiner la possibilité d'assujettir, au besoin, son permis à des restrictions; et enfin

- que M. Grismer n'avait droit qu'à une indemnité nominale de 500 $ puisqu'il n'avait pas établi l'existence de dommages, de blessures ou d'humiliation.

10 Le juge Williamson qui a procédé à l'examen de la requête visant à obtenir un contrôle judiciaire l'a rejetée pour le motif que le membre n'avait commis aucune erreur en interprétant et en appliquant le moyen de défense fondé sur la justification réelle et raisonnable, et que sa «conclusion de fait» que la tenue d'une évaluation individualisée était possible pouvait faire l'objet de retenue.

11 La Cour d'appel, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Donald, a accueilli l'appel à l'unanimité pour le motif que le membre avait erré:

- en amalgamant les analyses de la discrimination directe et de la discrimination indirecte, d'où l'application de la mauvaise méthode; puisqu'il ne s'agissait pas d'une allégation de discrimination indirecte, la question de l'accommodement individuel ne se posait que lors de l'établissement de la norme, après quoi rien ne justifiait de prendre des mesures d'accommodement individuel;

- en indiquant que la norme n'était pas justifiable en l'absence de données empiriques supplémentaires provenant d'études expérimentales;

- en concluant à l'absence de lien suffisant entre le risque et la norme de délivrance des permis, étant donné l'appui d'associations médicales partout au Canada et l'existence d'un [TRADUCTION] «lien intuitif» entre l'absence de vision périphérique et le risque d'accident;

- en concluant qu'il fallait examiner la possibilité de faire subir des tests individuels en l'absence de preuve que ces tests constituaient une solution de rechange pratique, et en se demandant s'il était possible

There was no evidence of a "safe or reliable form of testing that can measure the ability to deal with unexpected or exceptional traffic situations" (p. 321).

de faire subir des tests individuels, au lieu de se demander s'il était pratique de le faire. Il n'y avait aucune preuve de l'existence d'une [TRADUCTION] «forme d'évaluation sûre ou fiable qui puisse mesurer la capacité de faire face à des situations imprévues ou exceptionnelles en matière de circulation routière» (p. 321).

IV. The Issue

12 The test for discrimination under the B.C. human rights legislation was recently modified in *Meiorin*, *supra*. Neither the Member nor the reviewing courts had the benefit of that test. The question before us is whether, applying the new test to the findings of fact of the Member, an absolute prohibition on licensing people with H.H. and a less than 120 degree field of vision, without the possibility of individual assessment, constituted discrimination.

IV. La question en litige

Le critère applicable en matière de discrimination, selon les dispositions législatives en matière de droits de la personne en Colombie-Britannique, a récemment été modifié dans l'arrêt *Meiorin*, précité. Ni le membre ni les tribunaux d'examen ne bénéficiaient de ce critère. La question dont nous sommes saisis est de savoir si, en appliquant ce nouveau critère aux conclusions de fait du membre, il est discriminatoire d'interdire de façon absolue la délivrance d'un permis de conduire aux personnes qui sont atteintes de H.H. et dont le champ visuel est inférieur à 120 degrés, sans leur offrir la possibilité de subir une évaluation individuelle.

V. Legislation

13 The relevant statutory provision is s. 3 of the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, which was in force at the time Mr. Grismer's licence was cancelled. Section 3 read:

3. No person shall

(a) deny to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public, or

(b) discriminate against a person or class of persons with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the public,

because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, physical or mental disability. . . .

V. Les dispositions législatives

La disposition législative pertinente est l'art. 3 de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, qui était en vigueur à l'époque où le permis de M. Grismer a été annulé. Cet article se lit ainsi:

[TRADUCTION]

3. Nul ne doit

a) priver une personne ou une catégorie de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public, ni

b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une catégorie de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public,

à cause de la race, de la couleur, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la religion, de l'état matrimonial, de la déficience physique ou mentale . . .

14 That section has been repealed and replaced, and is now s. 8(1) of the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210. Section 8 of the new Code is identi-

Cette disposition a été abrogée et remplacée, et est désormais le par. 8(1) du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210. L'article 8 du nouveau

cal to s. 3 of the old Act in most respects, but the introductory sentence now reads: "A person must not, without a bona fide and reasonable justification, (a) . . ." (emphasis added). Both parties to this appeal agreed that s. 8 of the Code applies to this case.

Code est en majeure partie identique à l'art. 3 de l'ancienne loi, mais la phrase introductive se lit désormais ainsi: [TRADUCTION] «Nul ne doit, sans justification réelle et raisonnable, a) . . .» (je souligne). Les deux parties au présent pourvoi ont convenu que l'art. 8 du Code s'applique en l'espèce.

VI. Analysis

VI. Analyse

A. *The Meiorin Test*

A. *Le critère de l'arrêt Meiorin*

Prior to *Meiorin*, the legal test for discrimination distinguished between "direct" and "adverse effect" discrimination. Direct discrimination in the workplace arose from standards which were discriminatory on their face. Adverse effect discrimination arose from standards which were neutral on their face, apparently applying to everyone equally, but which had an adverse effect on some groups of people.

Avant l'arrêt *Meiorin*, le critère juridique applicable en matière de discrimination établissait une distinction entre la discrimination «directe» et la discrimination «par suite d'un effet préjudiciable». La discrimination directe en milieu de travail découlait de normes qui étaient discriminatoires à première vue. La discrimination par suite d'un effet préjudiciable découlait de normes neutres à première vue, qui semblaient s'appliquer également à tous, mais qui avaient un effet préjudiciable sur certains groupes de personnes. 15

The distinction between the two classes of discrimination was important because different defences and remedies applied to each class. If direct discrimination was found, the defendant could justify the discriminatory standard on the basis that it was a *bona fide* occupational requirement ("BFOR"). A standard was held to be a BFOR if the defendant proved that: (1) it was imposed honestly and in good faith; and (2) it was reasonably necessary for the safe and efficient performance of the work and did not impose an unreasonable burden on those to whom it applied. Absent these two elements, the standard was struck down, and the defendant was obliged to change the discriminatory standard. It could not escape by making exceptions for, or "accommodating", particular groups.

La distinction entre ces deux catégories de discrimination était importante en raison des différents moyens de défense et des différentes réparations qui s'appliquaient à chacune d'elles. Si on concluait à l'existence de discrimination directe, le défendeur pouvait justifier la norme discriminatoire en faisant valoir qu'elle constituait une exigence professionnelle justifiée («EPJ»). Une norme était considérée comme une EPJ si le défendeur établissait, premièrement, qu'elle avait été imposée honnêtement et de bonne foi, et deuxièmement, qu'elle était raisonnablement nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail et n'imposait aucune obligation déraisonnable aux gens auxquels elle s'appliquait. En l'absence de ces deux éléments, la norme discriminatoire était annulée et le défendeur était tenu de la modifier. Il ne pouvait pas échapper à cette obligation en établissant des exceptions pour des groupes particuliers ou en «composant» avec eux. 16

Very few standards discriminated directly, however. Most fell into the second category of indirect discrimination, or discrimination by effect. Here the test was less stringent. The defendant could

Cependant, très peu de normes étaient directement discriminatoires. Elles relevaient, pour la plupart, de la deuxième catégorie qui est celle de la discrimination indirecte ou discrimination par suite 17

justify the discrimination by establishing that: (1) there was a rational connection between the defendant's goal and the standard in question, and (2) the defendant could not further accommodate the plaintiff without incurring undue hardship. This allowed employers and service providers to continue to apply standards which in effect caused discrimination, as long as they took steps, short of undue hardship, to accommodate individuals affected by the discrimination.

d'un effet préjudiciable. En l'espèce, le critère était moins strict. Le défendeur pouvait justifier la discrimination en établissant, premièrement, qu'il y avait un lien rationnel entre l'objectif qu'il visait et la norme en cause, et deuxièmement, qu'il ne pouvait pas composer davantage avec le demandeur sans subir une contrainte excessive. Cela permettait aux employeurs et aux fournisseurs de services de continuer d'appliquer des normes qui, en fait, étaient discriminatoires, pourvu qu'ils aient pris des mesures pour composer avec les personnes touchées par la discrimination, sans qu'il en ait résulté pour eux une contrainte excessive.

18 In *Meiorin*, the Court rejected this dual approach to discrimination for a number of reasons. Among them was the observation that characterizing a standard as either directly or indirectly discriminatory was artificial, since their effect is the same, yet the outcome of the case might turn on the distinction. Moreover, the distinction between direct and adverse effect discrimination legitimized employment procedures where the employer did not intend to discriminate, but nevertheless adopted standards and practices that had the effect of unjustifiably excluding people falling into certain groups from employment or services. In such cases, the standard remained in place and continued to exclude those not prepared to challenge it or demand accommodation. For those who did demand it, the accommodation was limited by what the defendant could afford.

Dans l'arrêt *Meiorin*, notre Cour a rejeté pour un certain nombre de motifs cette double façon d'aborder la discrimination. Elle a notamment fait observer que qualifier une norme de directement discriminatoire ou d'indirectement discriminatoire était factice puisque son effet était le même, quoique l'issue de l'affaire ait pu dépendre de la distinction. De plus, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable légitimait des procédures en matière d'emploi dans le cas où, sans avoir aucune intention discriminatoire, l'employeur avait néanmoins adopté des normes et des pratiques ayant pour effet d'empêcher, de manière injustifiable, des personnes appartenant à certains groupes d'obtenir un emploi ou de fournir des services. En pareils cas, la norme demeurait en vigueur et continuait d'exclure ceux qui n'étaient pas disposés à la contester ou à exiger des mesures d'accommodement. Dans le cas où il était exigé, l'accommodement se limitait à ce que le défendeur pouvait se permettre.

19 *Meiorin* announced a unified approach to adjudicating discrimination claims under human rights legislation. The distinction between direct and indirect discrimination has been erased. Employers and others governed by human rights legislation are now required in all cases to accommodate the characteristics of affected groups within their standards, rather than maintaining discriminatory standards supplemented by accommodation for those who cannot meet them. Incorporating accommodation into the standard itself ensures that each per-

L'arrêt *Meiorin* annonçait une méthode unifiée en matière d'examen des demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a été supprimée. Les employeurs et autres personnes régies par une loi concernant les droits de la personne sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discrimi-

son is assessed according to her or his own personal abilities, instead of being judged against presumed group characteristics. Such characteristics are frequently based on bias and historical prejudice and cannot form the basis of reasonably necessary standards. While the *Meiorin* test was developed in the employment context, it applies to all claims for discrimination under the B.C. *Human Rights Code*.

natoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. L'incorporation de l'accommodement dans la norme elle-même assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles, au lieu d'être jugée en fonction de présumées caractéristiques de groupe. Ces caractéristiques sont fréquemment fondées sur un parti pris et des préjugés de longue date, et ne peuvent pas constituer le fondement de normes raisonnablement nécessaires. Bien que le critère de l'arrêt *Meiorin* ait été établi dans le contexte de l'emploi, il s'applique à toutes les demandes fondées sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée.

Once the plaintiff establishes that the standard is *prima facie* discriminatory, the onus shifts to the defendant to prove on a balance of probabilities that the discriminatory standard is a BFOR or has a *bona fide* and reasonable justification. In order to establish this justification, the defendant must prove that:

(1) it adopted the standard for a purpose or goal that is rationally connected to the function being performed;

(2) it adopted the standard in good faith, in the belief that it is necessary for the fulfillment of the purpose or goal; and

(3) the standard is reasonably necessary to accomplish its purpose or goal, in the sense that the defendant cannot accommodate persons with the characteristics of the claimant without incurring undue hardship.

20 Dès que le demandeur établit que la norme est discriminatoire à première vue, il incombe alors au défendeur de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que cette norme discriminatoire est une EPJ ou a une justification réelle et raisonnable. Pour établir cette justification, le défendeur doit prouver:

(1) qu'il a adopté la norme dans un but ou objectif rationnellement lié aux fonctions exercées;

(2) qu'il a adopté la norme de bonne foi, en croyant qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ou cet objectif;

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif, en ce sens que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte excessive.

This test permits the employer or service provider to choose its purpose or goal, as long as that choice is made in good faith, or "legitimately". Having chosen and defined the purpose or goal — be it safety, efficiency, or any other valid object — the focus shifts to the means by which the employer or service provider seeks to achieve the purpose or goal. The means must be tailored to the ends. For example, if an employer's goal is workplace safety, then the employer is entitled to insist on hiring standards reasonably required to provide

21 Ce critère permet à l'employeur ou au fournisseur de services de choisir son but ou objectif, à la condition que ce choix soit effectué de bonne foi ou «d'une manière légitime». Une fois qu'il a choisi et défini son but ou objectif — qu'il s'agisse de sécurité, d'efficacité ou de tout autre objet valide —, l'employeur ou le fournisseur de services se concentre ensuite sur les moyens par lesquels il va tenter de le réaliser. Ces moyens doivent être adaptés aux fins visées. Par exemple, si l'objectif qu'il vise est la sécurité au travail, l'em-

that workplace safety. However, the employer is not entitled to set standards that are either higher than necessary for workplace safety or irrelevant to the work required, and which arbitrarily exclude some classes of workers. On the other hand, if the policy or practice is reasonably necessary to an appropriate purpose or goal, and accommodation short of undue hardship has been incorporated into the standard, the fact that the standard excludes some classes of people does not amount to discrimination. Such a policy or practice has, in the words of s. 8 of the *Human Rights Code*, a "bona fide and reasonable justification". Exclusion is only justifiable where the employer or service provider has made every possible accommodation short of undue hardship.

ployeur a alors le droit de mettre l'accent sur des normes d'embauche qui sont raisonnablement nécessaires pour garantir cette sécurité au travail. Toutefois, l'employeur n'a pas le droit d'établir des normes plus élevées que ce qui est nécessaire à cette fin ou qui n'ont rien à voir avec le travail exigé, et qui excluent arbitrairement certaines catégories de travailleurs. Par contre, le fait que la norme imposée exclue certaines catégories de personnes ne constitue pas de la discrimination si la politique ou la pratique en cause est raisonnablement nécessaire à la réalisation d'un but ou objectif approprié et si l'accommodement sans qu'il en résulte une contrainte excessive a été incorporé dans la norme. Une telle politique ou pratique a, pour reprendre le libellé de l'art. 8 du *Human Rights Code*, une [TRADUCTION] «justification réelle et raisonnable». L'exclusion n'est justifiable que si l'employeur ou le fournisseur de services a pris toutes les mesures d'accommodement possibles tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive.

22 "Accommodation" refers to what is required in the circumstances to avoid discrimination. Standards must be as inclusive as possible. There is more than one way to establish that the necessary level of accommodation has not been provided. In *Meiorin*, the government failed to demonstrate that its standard was sufficiently accommodating, because it failed to adduce evidence linking the standard (a certain aerobic capacity) to the purpose (safety and efficiency in fire fighting). In Mr. Grismer's case, a general connection has been established between the standard (a certain field of peripheral vision) and the purpose or goal of reasonable highway safety. However, the appellant argues that some drivers with less than the stipulated field of peripheral vision can drive safely and that the standard is discriminatory because it does not provide for individualized assessment. Failure to accommodate may be established by evidence of arbitrariness in setting the standard, by an unreasonable refusal to provide individual assessment, or perhaps in some other way. The ultimate issue is whether the employer or service provider

Par «mesure d'accommodement», on entend ce qui, dans les circonstances, est nécessaire pour éviter toute discrimination. Les normes doivent être aussi générales que possible. Il y a plus d'une façon d'établir que les mesures d'accommodement nécessaires n'ont pas été prises. Dans l'arrêt *Meiorin*, le gouvernement n'a pas démontré que sa norme était suffisamment conciliante du fait qu'il n'a présenté aucune preuve établissant un lien entre la norme en cause (une certaine capacité aérobique) et le but visé (la lutte sûre et efficace contre les incendies). Dans le cas de M. Grismer, on a établi l'existence d'un lien général entre la norme en cause (un certain champ de vision périphérique) et le but ou l'objectif de sécurité routière raisonnable. Cependant, l'appelante fait valoir que certains conducteurs dont le champ de vision périphérique est inférieur à celui qui est prescrit peuvent conduire de manière sécuritaire et que la norme est discriminatoire parce qu'elle ne prévoit aucune évaluation individualisée. L'omission d'accommoder peut être établie en prouvant notamment que la norme a été fixée arbitrairement ou que l'évaluation individuelle a été refusée de manière déraisonnable. En fin de compte, il s'agit

has shown that it provides accommodation to the point of undue hardship.

de savoir si l'employeur ou le fournisseur de services a démontré qu'il a pris des mesures d'accommodement tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive.

B. *Application of the Test to this Case*

B. *Application du critère à la présente affaire*

Mr. Grismer established a *prima facie* case of discrimination under the Act by showing that he was denied a licence that was available to others, and that the denial was made on the basis of a physical disability, namely H.H. At this point the onus shifted to the Superintendent of Motor Vehicles to prove, on a balance of probabilities, that the discriminatory standard had a *bona fide* and reasonable justification. To do this, the Superintendent had to show that the purpose of the standard (his goal) was rationally connected to the Superintendent's function, that the standard was adopted in good faith, and that it was reasonably necessary to achieve his goal, in the sense that accommodation of Mr. Grismer was impossible without undue hardship.

23 Monsieur Grismer a établi une preuve *prima facie* de l'existence de discrimination au sens de la Loi en démontrant qu'on lui avait refusé un permis que d'autres personnes pouvaient obtenir et que ce refus était fondé sur une déficience physique, à savoir la H.H. Il incombait alors au Surintendant des véhicules automobiles de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la norme discriminatoire avait une justification réelle et raisonnable. À cette fin, le Surintendant devait démontrer que le but de la norme (son objectif) était rationnellement lié aux fonctions qu'il exerce, que la norme avait été adoptée de bonne foi et qu'elle était raisonnablement nécessaire à la réalisation de son objectif, en ce sens qu'il lui était impossible de composer avec M. Grismer sans subir une contrainte excessive.

Before we can answer these questions, we must define the Superintendent's purpose or goal with more precision. Whether a goal is "rationally connected" to a function, and whether a standard is "made in good faith" and "reasonably necessary" can only be assessed in relation to a defined goal.

24 Pour être en mesure de répondre à ces questions, nous devons définir de manière plus précise le but ou l'objectif du Surintendant. La question de savoir si un objectif est «rationnellement lié» aux fonctions exercées ou si une norme est «adoptée de bonne foi» et «raisonnablement nécessaire» ne peut être examinée que par rapport à un objectif déterminé.

The Superintendent's goal in this case was to maintain highway safety. But what kind of safety? What degree of risk would be tolerated? Where did the Superintendent draw the line between the need to maintain highway safety and the desirability of permitting a broad range of people to drive? The possibilities range from absolute safety, in which case few if any mortals would be allowed to drive, to a total lack of concern for safety, in which case everyone, regardless of their lack of ability, would be allowed to drive. Between these two extremes lies the more moderate view that reasonable safety suffices. The question is: where on this spectrum did the Superintendent set the bar?

25 Dans la présente affaire, l'objectif du Surintendant était d'assurer la sécurité sur les routes. Mais quel genre de sécurité? Quel degré de risque serait toléré? Où le Surintendant a-t-il tracé la ligne entre la nécessité d'assurer la sécurité routière et l'avantage de permettre à une vaste gamme de personnes de conduire? Les possibilités vont de la sécurité absolue, auquel cas peu de gens seraient autorisés à conduire, à l'absence totale de préoccupations en matière de sécurité, auquel cas tous seraient autorisés à conduire, peu importe leur incapacité de le faire. Entre ces deux extrêmes se trouve l'opinion plus modérée qu'une sécurité raisonnable suffit. La question est la suivante: où, sur cette échelle, le Surintendant a-t-il placé la barre?

26 The evidence suggests that the Superintendent set a goal of reasonable safety. It would have been unfeasible for the Superintendent to have set a goal of absolute road safety, as nobody is a perfect driver. Even among drivers with excellent vision, hearing and reflexes, there is a range of driving ability. Moreover, many people are licensed even though their physical characteristics might make them less safe than the average driver. The medical consultants at the Motor Vehicle Branch who assess the risk involved in licensing drivers with various disabilities seemed to be aware of the potential hardship involved in losing one's licence. The consultants balanced the need for people to be licensed with the need for reasonable highway safety. For example, it appears the Superintendent licensed people with severe hearing difficulties, provided that they could pass an individualized test showing that they compensate reasonably well for their lack of hearing. Similarly, the Superintendent licensed people over 80, even though their age made them more susceptible to maladies like heart attacks and strokes and reduced their reaction time, provided again that they could pass an individualized test showing that they compensated reasonably well for any such disabilities that they had. To pass these tests, the hearing impaired or elderly were not required to demonstrate that they were perfectly safe drivers. They were merely required to demonstrate that they could drive reasonably safely. Finally, people with less than a 120 degree field of vision, but who did not have H.H., were licensed if the doctor was convinced that their vision was adequate for safe driving despite being below the 120 degree standard.

La preuve indique que le Surintendant a établi un objectif de sécurité raisonnable. Il lui aurait été impossible de fixer un objectif de sécurité routière absolue étant donné que le conducteur parfait n'existe pas. La capacité de conduire varie même chez les conducteurs dont la vision, l'ouïe et les réflexes sont excellents. De plus, bien des gens obtiennent un permis même si leurs caractéristiques physiques sont susceptibles d'en faire des conducteurs plus à risque que la moyenne. Les consultants médicaux de la Direction des véhicules automobiles, qui évaluent le risque que comporte la délivrance de permis aux conducteurs atteints de diverses déficiences, semblaient conscients des contraintes qui peuvent résulter de la perte du permis de conduire. Ces consultants ont soupesé le besoin des gens d'obtenir un permis en fonction de la nécessité d'assurer une sécurité raisonnable sur les routes. Par exemple, le Surintendant semble avoir délivré des permis à des gens atteints de graves problèmes auditifs, dans la mesure où ils pouvaient réussir un test individualisé montrant qu'ils surmontaient raisonnablement bien leur surdité. De même, le Surintendant a délivré des permis à des personnes âgées de plus de 80 ans même si, en raison de leur âge, elles étaient plus susceptibles d'avoir des problèmes de santé comme la crise cardiaque et l'accident cérébrovasculaire, et avaient de moins bons réflexes, pourvu, encore une fois, qu'elles aient subi avec succès un test individualisé montrant qu'elles surmontaient raisonnablement bien les déficiences dont elles étaient atteintes. Pour réussir ces tests, les personnes malentendantes ou âgées n'étaient pas tenues de démontrer qu'elles étaient des conducteurs qui ne présentaient absolument aucun risque. Elles devaient seulement démontrer qu'elles pouvaient conduire de façon raisonnablement sécuritaire. Enfin, les personnes dont le champ visuel était inférieur à 120 degrés, mais qui n'étaient pas atteintes de H.H., se voyaient délivrer un permis si le médecin était convaincu que leur vision était suffisante pour leur permettre de conduire de façon sécuritaire, même si elle était inférieure à la norme de 120 degrés.

27 The Superintendent thus recognized that removing someone's licence may impose significant

Le Surintendant a donc reconnu que retirer à une personne son permis est susceptible de lui imposer

hardship. Striking a balance between the need for people to be licensed to drive and the need for safety of the public on the roads, he adopted a standard that tolerated a moderate degree of risk. The Superintendent did not aim for perfection, nor for absolute safety. The Superintendent rather accepted that a degree of disability and the associated increased risk to highway safety is a necessary trade-off for the policy objectives of permitting a wide range of people to drive and not discriminating against the disabled. The goal was not absolute safety, but reasonable safety.

une contrainte importante. Établissant un équilibre entre le besoin des gens d'obtenir un permis de conduire et la nécessité d'assurer la sécurité du public sur les routes, il a adopté une norme tolérant un degré de risque modéré. Le Surintendant ne visait ni la perfection ni la sécurité absolue. Il a plutôt accepté qu'un certain degré de déficience et le risque accru que cela comporte pour la sécurité routière sont un compromis nécessaire à la réalisation des objectifs de principe de permettre à une vaste gamme de personnes de conduire et d'éviter de traiter de manière discriminatoire les personnes atteintes de déficiences. L'objectif visé était non pas la sécurité absolue, mais plutôt une sécurité raisonnable.

Having determined the nature of the Superintendent's objective, the next question is whether the Superintendent established on a balance of probabilities that the goal of reasonable road safety was rationally connected to the Superintendent's public function. In *Meiorin*, the question was whether the purpose (safety and efficiency) was rationally connected to the performance of the job (fire fighting). In this case, the question is whether the Superintendent's goal (ensuring a reasonable level of highway safety) was rationally connected to his general function (issuing driver's licences). There can be no question that a rational connection has been shown. Highway safety is indubitably connected to the licensing of drivers. Common sense and experience tell us that driver's licences should only be issued to those who can demonstrate a reasonable degree of ability and safety in driving.

28 Ayant déterminé la nature de l'objectif du Surintendant, il faut ensuite se demander si le Surintendant a établi, selon la prépondérance des probabilités, que cet objectif de sécurité routière raisonnable était rationnellement lié aux fonctions publiques qu'il exerce. Dans l'arrêt *Meiorin*, il s'agissait de savoir si le but visé (sécurité et efficacité) était rationnellement lié à l'exécution du travail en cause (la lutte contre les incendies). En l'espèce, il s'agit de savoir si l'objectif du Surintendant (assurer un niveau de sécurité raisonnable sur les routes) était rationnellement lié à ses fonctions générales (la délivrance de permis de conduire). Il est évident que l'existence d'un lien rationnel a été démontrée. Il existe indubitablement un lien entre la sécurité routière et la délivrance de permis de conduire. Le bon sens et l'expérience nous enseignent que les permis de conduire ne doivent être délivrés qu'aux gens qui peuvent démontrer un degré raisonnable de capacité de conduire et de sécurité au volant.

The second question is whether the Superintendent adopted the standard in good faith. Here again, there can be no doubt that the Superintendent satisfied the requirement. No one suggests that the Superintendent had any motive for the standard he chose other than to maintain highway safety.

29 La deuxième question est de savoir si le Surintendant a adopté de bonne foi la norme. Là encore, il n'y a aucun doute que le Surintendant a satisfait à cette exigence. Personne ne laisse entendre que le Surintendant a choisi la norme en cause dans un autre but que celui d'assurer la sécurité routière.

The third question is whether the standard chosen by the Superintendent was reasonably necessary to accomplish the legitimate purpose. To meet

30 La troisième question est de savoir si la norme choisie par le Surintendant était raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif légitime

this requirement, the Superintendent had to show that he could not meet his goal of maintaining highway safety while accommodating persons like Mr. Grismer, without incurring undue hardship. Risk has a limited role in this analysis. It is clear from *Meiorin* that the old notion that "sufficient risk" could justify a discriminatory standard is no longer applicable. Risk can still be considered under the guise of hardship, but not as an independent justification of discrimination. In this case, risk is used as a measure of the level of safety which was sought by the Superintendent, and as a factor in assessing the lack of accommodation provided by the Superintendent for people with H.H. The critical issue is whether the Superintendent's non-accommodating standard was reasonably necessary to the achievement of reasonable highway safety.

visé. Pour satisfaire à cette exigence, le Surintendant devait démontrer que, pour réaliser son objectif de sécurité routière, il lui était impossible de composer avec des personnes comme M. Grismer sans que cela lui impose une contrainte excessive. Le risque joue un rôle limité dans la présente analyse. Il ressort nettement de l'arrêt *Meiorin* que l'idée de longue date que le «risque suffisant» peut justifier une norme discriminatoire ne s'applique plus. Il est toujours possible d'examiner le risque sous l'angle de la contrainte, mais non comme un élément indépendant qui justifie la discrimination. Dans la présente affaire, le risque ne sert qu'à évaluer le niveau de sécurité recherché par le Surintendant ainsi que l'omission de ce dernier d'accommoder les gens atteints de H.H. La question cruciale est de savoir si la norme non conciliante du Surintendant était raisonnablement nécessaire pour assurer une sécurité routière raisonnable.

31 Before discussing the ways in which the Superintendent sought to justify the blanket rejection of licensing people with H.H. in this case, two common indicia of unreasonableness mentioned in these proceedings may be noted. First, a standard that excludes members of a particular group on impressionistic assumptions is generally suspect. That is not the case here: the Member found that the Superintendent's prohibition was based on current knowledge and was not impressionistic. Second, evidence that a particular group is being treated more harshly than others without apparent justification may indicate that the standard applied to that group is not reasonably necessary. There is some suggestion that the Superintendent's standard for people with H.H. may have been higher than that applied to people with other visual defects. The Superintendent permitted some people with less than a 120 degree field of vision to undergo tests to see if they could compensate for their disability. However, he insisted on a blanket rejection of people with H.H.

Avant d'analyser les moyens utilisés par le Surintendant pour tenter de justifier le refus général de délivrer un permis aux personnes atteintes de H.H. dans la présente affaire, on peut relever deux indices courants de caractère déraisonnable qui ont été mentionnés dans les présentes procédures. En premier lieu, une norme qui exclut les membres d'un groupe particulier sur la foi d'hypothèses fondées sur des impressions est généralement douteuse. Ce n'est pas le cas en l'espèce: le membre a conclu que l'interdiction du Surintendant reposait sur des connaissances actuelles et non sur des impressions. En deuxième lieu, la preuve qu'un groupe particulier est traité plus durement que les autres sans justification apparente est susceptible d'indiquer que la norme appliquée à ce groupe n'est pas raisonnablement nécessaire. Certains indices portent à croire qu'il se peut que le Surintendant ait appliqué aux personnes atteintes de H.H. une norme plus élevée que celle appliquée aux personnes atteintes d'autres déficiences visuelles. Le Surintendant a permis à des personnes dont le champ visuel était inférieur à 120 degrés de subir des tests pour vérifier si elles pouvaient surmonter leur déficience. Il a cependant insisté sur l'exclusion générale des gens atteints de H.H.

Against this background, I come to the question of whether the Superintendent met the burden of showing that the standard he applied to people with H.H. — an absolute denial of a driver's licence — was reasonably necessary to achieve the goal of moderate highway safety. In order to prove that its standard is "reasonably necessary", the defendant always bears the burden of demonstrating that the standard incorporates every possible accommodation to the point of undue hardship, whether that hardship takes the form of impossibility, serious risk or excessive cost. In this case, there are at least two ways in which the Superintendent could show that a standard that permits no accommodation is reasonably necessary. First, he could show that no one with the particular disability could ever meet the desired objective of reasonable highway safety. For example, using current technology, someone who is totally blind cannot safely operate a motor vehicle on the highway. Since accommodation of such a person is impossible, it need not be further considered. Alternatively, if the Superintendent could not show that accommodation is totally inconsistent with his goal, he could show that accommodation is unreasonable because testing for exceptional individuals who can drive safely despite their disability is impossible short of undue hardship.

Dans ce contexte, j'arrive à la question de savoir si le Surintendant s'est acquitté de l'obligation de démontrer que la norme qu'il appliquait aux personnes atteintes de H.H. — le refus absolu de délivrer un permis de conduire — était raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'assurer une sécurité routière modérée. Afin de prouver que sa norme est «raisonnablement nécessaire», le défendeur doit toujours démontrer qu'elle inclut toute possibilité d'accommoder sans qu'il en résulte une contrainte excessive, que cette contrainte revête la forme d'une impossibilité, d'un risque grave ou d'un coût exorbitant. En l'espèce, le Surintendant pouvait démontrer au moins de deux façons qu'une norme qui ne permet aucun accommodement est raisonnablement nécessaire. D'abord, il pouvait démontrer qu'il était absolument impossible à une personne atteinte de la déficience en cause de répondre à l'objectif souhaité de sécurité routière raisonnable. Par exemple, dans l'état actuel de la technologie, une personne complètement aveugle ne peut pas conduire sans risque un véhicule automobile sur la voie publique. Puisqu'il est impossible de composer avec une telle personne, il est inutile d'examiner la question davantage. Par contre, s'il ne pouvait pas démontrer que l'accommodement était entièrement incompatible avec l'objectif qu'il visait, le Surintendant pouvait démontrer que l'accommodement était déraisonnable pour le motif que l'évaluation de personnes qui constituent des cas d'exception en vue de vérifier si elles peuvent conduire de façon sécuritaire en dépit de leur déficience ne peut pas se faire sans qu'il en résulte une contrainte excessive. 32

Both alternatives are types of accommodation. In the first scenario, the accommodation would be to consider whether a person with H.H. should be permitted to drive at all. The second type of accommodation would be to conduct individual assessments to determine which if any individuals with H.H. should be licensed. The Superintendent was required to show that at least one of these two forms of accommodation would be impossible short of undue hardship in relation to the goal of reasonable highway safety. If the Superintendent in this case could not establish either of these pro-

Les deux possibilités sont des formes d'accommodement. Dans le premier cas, l'accommodement consisterait à examiner s'il y a tout simplement lieu d'autoriser les personnes atteintes de H.H. à conduire. La deuxième forme d'accommodement consisterait à procéder à des évaluations individuelles en vue de décider lesquelles, s'il y a lieu, parmi les personnes atteintes de H.H. devraient se voir délivrer un permis. Le Surintendant devait démontrer qu'au moins une de ces formes d'accommodement ne pourrait pas être accordée sans qu'il en résulte une contrainte exces- 33

positions, then he failed to discharge the onus upon him of establishing that a blanket exclusion of persons with Mr. Grismer's condition is reasonably necessary to meet the goal of reasonable highway safety.

34 The first possibility is that people with Mr. Grismer's condition could not be accommodated because it would be totally incompatible with the Superintendent's standard of highway safety. In other words, no person with his condition could ever drive on highways without creating an unacceptable level of risk to the public. The Court of Appeal reasoned that it is common sense, or "intuitive", that there is a connection between an absence of peripheral vision and a risk of accidents. Intuition tells us, it is true, that lack of peripheral vision may reduce the ability of people to anticipate emergencies and react as quickly as they could otherwise. However, this does not support the conclusion that people with this condition can never meet the standard of reasonable highway safety, for two reasons.

35 First, it assumes a standard of perfection, which is not the general standard that the Motor Vehicle Branch applies to people seeking driver's licences, as discussed above. Many people of varying driving abilities are licensed every day. Second, the suggestion that accommodating people with H.H. could never be possible without undue safety risk is belied by the fact that some drivers with less than full peripheral vision appear to drive safely and are allowed to drive by other state licensing agencies. The "Swedish Study", introduced by the Superintendent, indicated that Britain, Japan, Finland and many states in the U.S. might well allow people with H.H. to drive in some conditions. (P. Lövsund, A. Hedin and J. Törnros, "Effects on Driving Performance of Visual Field Defects: A Driving Simulator Study", *Accid. Anal. & Prev.*, vol. 23, No. 4 (August 1991), pp. 331-42). While

sive sur le plan de l'objectif de sécurité routière raisonnable. Si, dans la présente affaire, le Surintendant a été incapable d'établir l'une ou l'autre de ces propositions, il ne s'est pas alors acquitté de son obligation de prouver que l'exclusion générale des personnes atteintes du même trouble que M. Grismer est raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif de sécurité routière raisonnable.

La première possibilité est que le Surintendant était incapable de composer avec les personnes atteintes du même trouble que M. Grismer parce que cela aurait été entièrement incompatible avec sa norme de sécurité routière. En d'autres termes, une personne atteinte de ce trouble ne pourrait jamais conduire sur la voie publique sans exposer le public à un risque inacceptable. La Cour d'appel était d'avis que l'existence d'un lien entre l'absence de vision périphérique et le risque d'accident est logique et conforme au bon sens. Il est vrai que, logiquement, l'absence de vision périphérique peut réduire la capacité des gens d'anticiper les situations d'urgence et de réagir aussi rapidement qu'ils le pourraient normalement. Cela ne permet toutefois pas de conclure que les personnes atteintes de ce trouble ne peuvent jamais respecter la norme de sécurité routière raisonnable, et ce, pour deux raisons.

En premier lieu, cela présuppose l'existence d'une norme de perfection qui, comme nous l'avons vu, n'est pas la norme générale que la Direction des véhicules automobiles applique aux gens qui tentent d'obtenir un permis de conduire. Chaque jour, des permis sont délivrés à de nombreuses personnes dont la capacité de conduire varie. En deuxième lieu, l'idée qu'il est impossible de composer avec les personnes atteintes de H.H. sans trop compromettre la sécurité est contredit par le fait que certains conducteurs qui n'ont qu'une vision périphérique partielle paraissent conduire de façon sécuritaire et que d'autres organismes étatiques de délivrance de permis les autorisent à conduire. L'«étude suédoise» déposée par le Surintendant indiquait que la Grande-Bretagne, le Japon, la Finlande et de nombreux États américains pourraient bien permettre à des personnes atteintes de

the fact that other jurisdictions have different standards does not mean that Canadian governments should change theirs, the lack of international unanimity undermines the Superintendent's presumption that people with H.H. can never drive safely.

H.H. de conduire dans certaines circonstances. (P. Lövsund, A. Hedin et J. Törnros, «Effects on Driving Performance of Visual Field Defects: A Driving Simulator Study», *Accid. Anal. & Prev.*, vol. 23, nº 4 (août 1991), pp. 331 à 342). Bien que l'application de normes différentes par d'autres ressorts ne signifie pas que les gouvernements au Canada devraient modifier les leurs, l'absence d'unanimité sur le plan international mine la présomption du Surintendant que les gens atteints de H.H. ne peuvent jamais conduire de façon sécuritaire.

The evidence on the effects of the condition contradicted the Superintendent's claim that no person with H.H. could ever meet the standard of reasonable safety he expects of others. For example, the Swedish Study indicated that while most people with visual defects such as H.H. have slower reaction times than those with normal fields of vision, some people are able to compensate for their disability. Other evidence showed that individuals with Mr. Grismer's condition can compensate to some extent for their lack of peripheral vision by using prism lenses and by turning their head from side to side to survey the road. Not everyone with H.H. will succeed in reducing the risk associated with this condition through these means. However, that does not defeat the argument that some may be able to do so, and those exceptional individuals should be accommodated if it is possible short of undue hardship.

36 La preuve concernant les effets de la déficience contredisait la prétention du Surintendant qu'aucune personne atteinte de H.H. ne pourrait jamais respecter la norme de sécurité raisonnable à laquelle, selon lui, les autres sont censés satisfaire. Par exemple, l'étude suédoise indiquait que, même si la plupart des gens atteints de déficiences visuelles comme la H.H. ont des réflexes plus lents que ceux qui ont un champ visuel normal, certaines personnes sont capables de surmonter leur déficience. D'autres éléments de preuve démontraient que les personnes atteintes du même trouble que M. Grismer pouvaient surmonter jusqu'à un certain point leur absence de vision périphérique en utilisant des lentilles à prisme et en tournant la tête d'un côté à l'autre pour surveiller la route. Ce ne sont pas toutes les personnes atteintes de H.H. qui réussiront par ces moyens à réduire le risque lié à cette déficience. Cela ne réfute cependant pas l'argument que certaines personnes peuvent être en mesure de le faire, et il y a lieu de composer avec ces personnes qui sont des cas d'exception, dans la mesure où il est possible de le faire sans qu'il n'en résulte une contrainte excessive.

The evidence suggested that Mr. Grismer was among those who are able to benefit from these compensatory techniques. Mr. Grismer's prism glasses did not actually expand his visual field in a straight-ahead test. However, the glasses did allow him to look outside his normal field without turning his head as much, just as bifocals allow people to focus down without dropping their head. The Superintendent's own ophthalmological expert testified that he was "impressed" by the way

37 La preuve indiquait que M. Grismer faisait partie de ceux qui sont capables de bénéficier de ces techniques de compensation. Les verres à prisme de M. Grismer n'élargissaient pas son champ visuel lors d'un test consistant à regarder droit devant. Cependant, ils lui permettaient de regarder à l'extérieur de son champ visuel normal sans tourner autant la tête, tout comme des verres à double foyer permettent aux gens de fixer le regard vers le bas sans se pencher la tête. L'ophtalmologue

Mr. Grismer used his prism glasses. The evidence also showed that Mr. Grismer had adapted his driving style so that he was in the habit of constantly looking to the left to check the blind spot caused by his condition. This constant head and eye movement increased Mr. Grismer's ability to see the road. Finally, the Member noted that Mr. Grismer seemed to make particularly effective use of the mirrors on his truck, again expanding his visual field beyond the restriction imposed by his condition. In short, the evidence suggested that some people with H.H. may be able to drive safely and that Mr. Grismer may have been among them.

38 Having failed to prove on a balance of probabilities that no one with Mr. Grismer's condition could ever drive with a reasonable level of safety, in order to succeed the Superintendent was required to show that the second type of accommodation — individual assessment — was also not feasible because it would have been impossible short of undue hardship. The Superintendent made two arguments in relation to hardship. First, he argued that individual assessment was not possible because there were no known tests by which to establish whether someone like Mr. Grismer could drive in a reasonably safe manner. Until such tests were developed, he argued, the Motor Vehicle Branch was permitted to categorically exclude everyone with this disability. Second, the Superintendent argued that even if there had been a test, it would have been so expensive and dangerous that its use would have constituted "undue hardship".

39 The evidence revealed that at least two tests for road safety of people with H.H. had been developed: one used by the Swedish researchers; and a Mercedes simulator referred to by the Superintendent's ophthalmologist. The Superintendent, assum-

expert du Surintendant a lui-même témoigné qu'il était «impressionné» par la manière dont M. Grismer utilisait ses verres à prisme. La preuve démontrait également que M. Grismer avait adapté son style de conduite en prenant l'habitude de regarder constamment vers la gauche pour compenser l'angle mort créé par le trouble dont il souffrait. Ce mouvement constant de la tête et des yeux augmentait la capacité de M. Grismer de voir la route. Enfin, le membre a souligné que M. Grismer semblait utiliser de façon particulièrement efficace les miroirs de son camion, ce qui élargissait encore son champ visuel au-delà de la limite créée par le trouble dont il souffrait. Bref, la preuve indiquait que certaines personnes atteintes de H.H. peuvent être capables de conduire de façon sécuritaire et qu'il se pouvait que M. Grismer ait compté parmi celles-ci.

N'ayant pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, qu'une personne atteinte du même trouble que M. Grismer ne pourrait jamais conduire d'une façon raisonnablement sécuritaire, le Surintendant devait, pour avoir gain de cause, démontrer que la deuxième forme d'accommodement — l'évaluation individuelle — n'était pas possible non plus parce qu'elle ne pourrait pas être accordée sans qu'il en résulte une contrainte excessive. Le Surintendant a avancé deux arguments au sujet de la contrainte. Premièrement, il a prétendu que l'évaluation individuelle était impossible parce qu'il n'existait aucun test connu qui permettait de déterminer si une personne comme M. Grismer pouvait conduire d'une manière raisonnablement sécuritaire. Il a fait valoir que, jusqu'à ce que de tels tests soient conçus, la Direction des véhicules automobiles avait le droit d'exclure catégoriquement toute personne atteinte de cette déficience. Deuxièmement, le Surintendant a prétendu que, même si un test avait été administré, il aurait été si coûteux et dangereux qu'il en aurait résulté une «contrainte excessive».

La preuve a révélé qu'au moins deux tests de sécurité routière avaient été conçus pour les personnes atteintes de H.H., à savoir un test utilisé par les chercheurs suédois et un simulateur Mercedes mentionné par l'ophtalmologue du Surintendant.

ing that it was unnecessary to test people with H.H., directed no substantive research into the current availability or cost of such simulators, contenting himself with knowledge of testing gained ten years earlier. The evidence also suggested that some testing for the ability to compensate for loss of peripheral vision could be done in a laboratory. Mr. Grismer's optometrist testified that he allowed Mr. Grismer to use prism glasses and move his eyes around during testing, in order to get a better indication of Mr. Grismer's actual ability to compensate for his disability.

Tenant pour acquis qu'il était inutile de tester les personnes atteintes de H.H., le Surintendant n'a pas vraiment cherché à se renseigner sur la disponibilité actuelle et le coût de tels simulateurs, se contentant de l'état des connaissances en matière de tests acquises dix années auparavant. La preuve indiquait aussi qu'il était possible de procéder en laboratoire à certains tests destinés à évaluer la capacité de surmonter la perte de vision périphérique. L'optométriste de M. Grismer a témoigné qu'il permettait à ce dernier d'utiliser des verres à prisme et de bouger les yeux pendant les tests afin d'obtenir une meilleure idée de sa capacité réelle de surmonter sa déficience.

Road tests, alone or in combination with laboratory testing, also might have assisted in gauging Mr. Grismer's actual driving safety. The Superintendent's witness argued that it would be expensive and dangerous to simulate the emergency situations which are the focus of concern for people with H.H. Yet many driving tests involve danger, and ways are found to reduce it. The evidence did not displace the possibility of road testing in a vehicle equipped with dual controls, permitting the examiner to react to sudden dangers if Mr. Grismer failed to do so. Another possibility that could have been explored, depending on the results of the available tests, was a conditional licence. Most obviously, Mr. Grismer could have been required to wear his prism glasses while driving.

40 Des tests sur la route, à eux seuls ou conjugués à des tests en laboratoire, auraient également pu aider à mesurer le niveau réel de sécurité au volant de M. Grismer. Le témoin du Surintendant a prétendu qu'il serait coûteux et dangereux de simuler les situations d'urgence qui sont au cœur des préoccupations relatives aux personnes atteintes de H.H. Pourtant, on trouve des moyens de réduire les dangers que comportent de nombreux tests de conduite automobile. La preuve n'a pas écarté la possibilité de faire subir des tests sur la route dans un véhicule muni de commandes doubles, ce qui permettrait à celui qui les administre de réagir aux dangers subits si M. Grismer ne le faisait pas. Une autre possibilité qui aurait pu être examinée, selon les résultats des tests disponibles, était celle d'accorder un permis conditionnel. De toute évidence, M. Grismer aurait pu être requis de porter ses verres à prisme en conduisant.

The Superintendent alluded to the cost associated with assessing people with H.H., although he offered no precise figures. While in some circumstances excessive cost may justify a refusal to accommodate those with disabilities, one must be wary of putting too low a value on accommodating the disabled. It is all too easy to cite increased cost as a reason for refusing to accord the disabled equal treatment. This Court rejected cost-based arguments in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paras. 87-94, a case where the cost of accommodation was shown to be modest. I do not assert that cost is

41 Le Surintendant a fait allusion au coût lié à l'évaluation des personnes atteintes de H.H., sans toutefois donner de chiffres précis. Bien que, dans certaines circonstances, le coût excessif puisse justifier le refus de composer avec les personnes atteintes de déficiences, il faut se garder de ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée. Il est beaucoup trop facile d'invoquer l'augmentation des coûts pour justifier un refus d'accorder un traitement égal aux personnes handicapées. Notre Cour a rejeté les arguments fondés sur les coûts dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur*

always irrelevant to accommodation. I do assert, however, that impressionistic evidence of increased expense will not generally suffice. Government agencies perform many expensive services for the public that they serve. Moreover, there may be ways to reduce costs. For example, in this case the Motor Vehicle Branch might have used simulators or tests available elsewhere. The Superintendent's evidence did not establish that the cost of accommodation would be excessive and did not negate the possibility of cost-reduced alternatives. It was therefore open to the Member to reject the Superintendent's argument based on cost.

42 In summary, the Superintendent offered no evidence that he had considered any of the options that might have made an assessment of Mr. Grismer's driving abilities viable and affordable. Content to rely on the general opinion of the medical community, and ignoring the evidence that some people with H.H. can and do drive safely, he offered not so much as a gesture in the direction of accommodation. His position, quite simply, was that no accommodation was necessary. Under the *Meiorin* test, it was incumbent on the Superintendent to show that he had considered and reasonably rejected all viable forms of accommodation. The onus was on the Superintendent, having adopted a *prima facie* discriminatory standard, to prove that incorporating aspects of individual accommodation within the standard was impossible short of undue hardship. The Superintendent did not do so. On the facts of this case, the Superintendent's blanket refusal to issue a driver's licence was not justified. He fell into error in this case not because he refused to lower his safety standards (which would be contrary to the public interest), but because he abandoned his reasonable approach to licensing and adopted an absolute standard which was not supported by convincing evidence. The Superintendent was obliged to give Mr. Grismer the opportunity to prove whether or

général), [1997] 3 R.C.S. 624, aux par. 87 à 94, où il avait été démontré que le coût de l'accommodement était modeste. Je n'affirme pas que le coût n'est jamais pertinent en matière d'accommodement. J'affirme cependant que la preuve, constituée d'impressions, d'une augmentation des dépenses ne suffit pas généralement. Les organismes gouvernementaux fournissent de nombreux services coûteux au public qu'ils desservent. De plus, il peut y avoir des moyens de réduire les coûts. En l'espèce, par exemple, la Direction des véhicules automobiles aurait pu recourir à des simulateurs ou à des tests disponibles ailleurs. La preuve du Surintendant n'a pas établi que le coût de l'accommodement serait excessif et n'a pas écarté la possibilité qu'il y ait des solutions de rechange moins coûteuses. Il était donc loisible au membre de rejeter l'argument fondé sur le coût qui a été avancé par le Surintendant.

En résumé, le Surintendant n'a présenté aucune preuve qu'il avait examiné l'une ou l'autre des options qui auraient pu rendre possible et abordable l'évaluation de la capacité de conduire de M. Grismer. Se contentant de s'en remettre à l'opinion générale du corps médical et faisant abstraction de la preuve que certaines personnes atteintes de H.H. peuvent conduire et conduisent effectivement de façon sécuritaire, il n'a même posé aucun geste susceptible de constituer une mesure d'accommodement. Il était tout simplement d'avis qu'aucun accommodement n'était nécessaire. Selon le critère de l'arrêt *Meiorin*, le Surintendant était tenu de démontrer qu'il avait envisagé et rejeté raisonnablement toute forme possible d'accommodement. Il incombait au Surintendant, qui avait adopté une norme discriminatoire à première vue, de prouver qu'il était impossible d'incorporer dans la norme des aspects d'accommodement individuel sans qu'il en résulte une contrainte excessive. Il ne l'a pas fait. D'après les faits de la présente affaire, le refus général du Surintendant de délivrer un permis de conduire n'était pas justifié. Son erreur en l'espèce résulte non pas du fait qu'il a refusé d'abaisser ses normes de sécurité (ce qui serait contraire à l'intérêt public), mais du fait qu'il a abandonné sa démarche raisonnable en matière de délivrance de permis pour adopter une norme

not he could drive safely, by assessing Mr. Grismer individually. It follows that the charge of discrimination under the *Human Rights Act* was established.

This is the conclusion that the *Meiorin* test requires, on the evidence and findings in this case. The question may be put, however, whether this approach places too high an evidentiary burden on the government, particularly in situations involving public safety. The obvious answer to this question is that it is the Legislature, not the Court, which has placed the evidentiary burden of showing reasonable necessity once *prima facie* discrimination has been made out. More fundamentally, is it really inappropriate to require a governmental body that rejects an application for a driver's licence on the basis of disability to prove on a balance of probabilities that the denial is reasonably necessary to the standard of highway safety it has selected? The government authority knows why it makes the denial and is in the best position to defend it. The government must only establish its justification according to the relaxed standard of proof on a balance of probabilities. Common sense and intuitive reasoning are not excluded, but in a case where accommodation is flatly refused there must be some evidence to link the outright refusal of even the possibility of accommodation with an undue safety risk. If the government agency can show that accommodation is impossible without risking safety or that it imposes some other form of undue hardship, then it can maintain the absolute prohibition. If not, it is under an obligation to accommodate the claimant by allowing the person an opportunity to show that he or she does not present an undue threat to safety.

This case deals with no more than the right to be accommodated. It does not decide that Mr. Grismer had the right to a driver's licence. It merely

absolue qui n'était étayée par aucun élément de preuve convaincant. Le Surintendant était tenu de donner à M. Grismer la possibilité de prouver qu'il pouvait conduire de façon sécuritaire en lui faisant subir une évaluation individuelle. Il s'ensuit que le bien-fondé de l'accusation de discrimination fondée sur la *Human Rights Act* a été établi.

43 À la lumière de la preuve et des conclusions de la présente affaire, tel est le constat requis par le critère de l'arrêt *Meiorin*. On peut toutefois se demander si cette méthode impose une charge de preuve trop lourde au gouvernement, particulièrement dans les cas où il est question de sécurité publique. La réponse évidente à cette question est que c'est le législateur, et non pas la Cour, qui a imposé l'obligation de démontrer la nécessité raisonnable une fois que l'existence de discrimination à première vue est établie. Plus fondamentalement, est-il vraiment inapproprié d'obliger un organisme gouvernemental qui rejette une demande de permis de conduire pour cause de déficience à prouver, selon la prépondérance des probabilités, que ce refus est raisonnablement nécessaire au respect de la norme de sécurité routière qu'il a choisie? L'autorité gouvernementale sait pourquoi elle oppose un refus, et c'est elle qui est la mieux placée pour le défendre. Le gouvernement ne doit en démontrer la justification que selon la norme assouplie de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Le bon sens et le raisonnement logique ne sont pas exclus, mais, dans un cas où on refuse carrément l'accommodement, il doit y avoir certains éléments de preuve qui lient le refus catégorique d'accorder même la possibilité d'accommoder à un risque excessif en matière de sécurité. Si l'organisme gouvernemental peut démontrer que l'accommodement ne peut se faire sans compromettre la sécurité ou qu'il impose quelque autre forme de contrainte excessive, il peut alors maintenir l'interdiction absolue. Sinon, il est tenu de composer avec le demandeur en lui donnant la possibilité de démontrer qu'il ne présente aucun risque excessif en matière de sécurité.

44 Le présent arrêt ne porte que sur le droit à l'accommodement. On n'y conclut pas que M. Grismer avait droit à un permis de conduire. Il

establishes that he had a right to be assessed. That was all the Member found and all that we assert. The discrimination here lies not in the refusal to give Mr. Grismer a driver's licence, but in the refusal to even permit him to attempt to demonstrate that his situation could be accommodated without jeopardizing the Superintendent's goal of reasonable road safety. This decision stands for the proposition that those who provide services subject to the *Human Rights Code* must adopt standards that accommodate people with disabilities where this can be done without sacrificing their legitimate objectives and without incurring undue hardship. It does not suggest that agencies like the Motor Vehicle Branch must lower their safety standards or engage in accommodation efforts that amount to undue hardship.

45 Nor should this decision be taken as predetermining the result in other cases. This appeal is essentially a judicial review of a decision of a human rights tribunal in a particular case. The result flows from the evidence called before and accepted by the Member in this case. The Member found that the Superintendent had not met the burden of proving that a blanket refusal without the possibility of individual accommodation was reasonably necessary under the Act. In another case, on other evidence, that burden might be met.

VII. Conclusion

46 I would allow the appeal and restore the decision of the Member Designate. As Mr. Grismer's estate pursued this case in the public interest, it is appropriate that the respondents, the British Columbia Superintendent of Motor Vehicles and the Attorney General of British Columbia, pay the appellant's costs.

Appeal allowed with costs.

établit seulement que ce dernier avait le droit d'être évalué. C'est tout ce que le membre a conclu, et c'est tout ce que nous affirmons. La discrimination en l'espèce découle non pas du refus de délivrer un permis de conduire à M. Grismer, mais plutôt du refus de lui donner simplement la chance de démontrer qu'il était possible de l'accommoder sans compromettre l'objectif de sécurité routière raisonnable visé par le Surintendant. Le présent arrêt signifie que ceux qui fournissent des services visés par le *Human Rights Code* doivent adopter des normes qui tiennent compte de la situation des personnes atteintes de déficiences lorsque cela peut être fait sans sacrifier leurs objectifs légitimes et sans qu'il en résulte pour eux une contrainte excessive. Il ne laisse pas entendre que des organismes comme la Direction des véhicules automobiles doivent abaisser leurs normes de sécurité ou faire des tentatives d'accommodement qui imposent une contrainte excessive.

Le présent arrêt ne doit pas non plus être interprété comme prédéterminant l'issue d'autres affaires. Le pourvoi dont nous sommes saisis est essentiellement un contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal des droits de la personne dans une affaire particulière. L'issue découle de la preuve qui a été présentée devant le membre en l'espèce et qui a été acceptée par celui-ci. Le membre a conclu que le Surintendant ne s'était pas acquitté de l'obligation de prouver que le refus général sans possibilité d'accommodement individuel était raisonnablement nécessaire en vertu de la Loi. Dans une autre affaire, à la lumière d'autres éléments de preuve, cette obligation pourrait être remplie.

VII. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du membre désigné. Étant donné que la succession de M. Grismer a agi dans l'intérêt public en l'espèce, il convient que ses dépens soient payés par les intimés le Surintendant des véhicules automobiles de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Colombie-Britannique.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitor for the appellant: The Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitors for the respondents the British Columbia Superintendent of Motor Vehicles and the Attorney General of British Columbia: Lovett Westmacott, Victoria.

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

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

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

Solicitor for the intervener the British Columbia Human Rights Commission: The British Columbia Human Rights Commission, Victoria.

Solicitor for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: The Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureur de l'appelante: La Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureurs des intimés le Superintendent of Motor Vehicles de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Colombie-Britannique: Lovett Westmacott, Victoria.

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

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

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

Procureur de l'intervenante la British Columbia Human Rights Commission: La British Columbia Human Rights Commission, Victoria.

Procureur de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences: L'Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Patently unreasonable error — Definition of "spouses" — Applicant's claim for compensation refused by Société de l'assurance automobile du Québec — Commission des affaires sociales dismissing applicant's appeal and application for review — Decisions found to be patently unreasonable since on the evidence applicant met requirements of definition of "spouses" in s. 1(7)(b) of the Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25.

RENAUD V. QUEBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES), 855.

APPEALS

1. Mootness — Legal issues raised in case moot — Whether Supreme Court should exercise its discretion to decide case.

NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) V. G. (J.), 46.

2. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Rehearing — Intervener in appeal applying for rehearing — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain application — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 1 "party".

R. V. MARSHALL, 533.

3. Supreme Court of Canada — Appeals as of right — Kienapple principle — Accused obtaining sexual favours from complainant by threatened exposure of compromising photographs — Supreme Court upholding both extortion and sexual assault convictions — Kienapple issue not raised in dissenting judgment in Court of Appeal — Whether Supreme Court has jurisdiction to address Kienapple issue — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 691(1)(a).

R. V. DAVIS, 759.

ARMED FORCES

Civil offences — Defence of entrapment — Member of Armed Forces charged with trafficking in narcotics — President of Standing Court Martial ordering stay of proceedings — Court Martial Appeal Court quashing stay on basis that President of Standing Court Martial misunderstood test for entrapment and breadth of offence — No reversible error in President of Standing Court Martial's decision — Stay of proceedings restored.

R. V. BROWN, 660.

BANKRUPTCY

1. Property of bankrupt — Exemption from seizure — Registered retirement savings plan — Whether sums contributed by employee to Government and Public Employees Retirement Plan continued to be unseizable after being transferred into RRSP — Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan, R.S.Q., c. R-10, s. 222 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 553(12) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67(1)(b).

POULIN V. SERGE MORENCY ET ASSOCIÉS INC., 351.

2. Property of bankrupt — Life insurance policy — Right to surrender — Policy not exempt from seizure under provincial law — Whether cash surrender value of policy should be excluded from property divisible among creditors in bankruptcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67(1) — Civil Code of Lower Canada, arts. 2547, 2552, 2554.

PERRON-MALENFANT V. MALENFANT (TRUSTEE OF), 375.

CIVIL PROCEDURE

Summary judgment — Test for summary judgment — Motions judge determining that record sufficient to deal with motion for summary judgment — No genuine issue requiring trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with motions judge's determination.

GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA V. GORDON CAPITAL CORP., 423.

CIVIL RIGHTS

1. Sex — Employment — Adverse effect discrimination — Forest firefighters — Women having more difficulty passing fitness test owing to physiological differences — Whether fitness test

CIVIL RIGHTS—Concluded

a bona fide occupational requirement — Test to be applied — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 13(1)(a), (b), (4).

BRITISH COLUMBIA (PUBLIC SERVICE EMPLOYEE RELATIONS COMMISSION) V. BCGSEU, 3.

2. Discrimination — Bona fide and reasonable justification — Physical disability — Superintendent of Motor Vehicles refusing to issue driver's licences to persons with homonymous hemianopia — No individual assessments carried out — Whether blanket refusal without possibility of individual assessment constituted discrimination — Application of Meiorin test to public service provider — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 8.

BRITISH COLUMBIA (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES) V. BRITISH COLUMBIA (COUNCIL OF HUMAN RIGHTS), 868.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether failure to provide parent with legal aid in custody proceedings infringing principles of fundamental justice — If so, whether infringement justified — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).

NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) V. G. (J.), 46.

2. Charter of Rights — Security of person — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Whether parent's right to security of person engaged in custody proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) V. G. (J.), 46.

3. Crown — Immunity — Taxation — Exemption of public lands — Indian band passing assessment and taxation by-laws pursuant to the Indian Act — Whether by-laws impose taxes — Whether by-laws constitutionally inapplicable to provincial utility — Constitution Act, 1867, s. 125.

WESTBANK FIRST NATION V. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 134.

4. Charter of Rights — Right to silence — Elicitation — Accused making inculpatory statements to undercover police officer in cell block — Whether atmosphere of oppression required to ground finding that accused's right to silence was violated —

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Whether statements were actively elicited by police in violation of accused's right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. V. LIEW, 227.

5. Fundamental justice — Right to silence — Admissibility of evidence — First degree murder and conspiracy — Statements made by accused after prolonged detention leading to murder weapon — Murder weapon properly admitted.

R. V. TIMM, 666.

6. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to fair trial — Right to make full answer and defence — Right to privacy — Right to equality — Sexual offences — Production of records to accused — Balancing of rights and interests: privacy, equality and full answer and defence — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings infringing ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether infringement justified — Whether constitutional challenge premature — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

R. V. MILLS, 668.

CONTRACTS

1. Privity of Contract — Insurance policy — Doctrine of principled exception to privity of contract — Insurance policy including waiver of subrogation — Coverage extending to charterers — Charterer negligent in sinking of barge — Barge owner recovering for loss and agreeing to sue charterer — Whether charterer can rely on waiver of subrogation clause to defend against subrogated action initiated by barge owner's insurers on basis of principled exception to the privity of contract doctrine.

FRASER RIVER PILE & DREDGE LTD. V. CAN-DIVE SERVICES LTD., 108.

2. Insurance — Contractual limitation periods — Wrongful rescission — Construction approach to fundamental breach — Whether contractual limitation period in bond survived wrongful rescission of bond.

GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA V. GORDON CAPITAL CORP., 423.

3. Insurance — Misrepresentation — Rescission — Repudiation — Distinction between rescission and repudiation.

GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA V. GORDON CAPITAL CORP., 423.

CONTRACTS—Concluded

4. Notice — Contract with no provision as to notice — Demand for repayment of loan made with no or minimal notice — Whether creditor liable for breach of contract.

ROYAL BANK OF CANADA V. W. GOT & ASSOCIATES ELECTRIC LTD., 408.

CRIMINAL LAW

1. Appeals — Court of Appeal — Jurisdiction — Sentencing — Whether Court of Appeal has inherent jurisdiction to vary sentence where no appeal from sentence has been sought — Whether Court of Appeal can ease its concern over what it feels is an improper sentence by inviting counsel to seek leave to appeal.

R. V. W. (G.), 597.

2. Sexual assault — Trial judge making no error in charge to jury, in admission of evidence and with respect to complainant's emotional state — Conviction affirmed.

R. V. LANCE, 658.

3. Sexual offences — Reasonable doubt — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual offences — Trial judge's charge on reasonable doubt and re-charge on use of similar fact evidence containing errors — Proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code inapplicable — Court of Appeal's judgment quashing convictions and ordering new trial affirmed.

R. V. FLEMING, 662.

4. Assault — Court of Appeal correctly relying on trial judge's finding that accused allowed prisoner's head to come into contact with desk and floor to set aside acquittal and enter conviction for common assault.

R. V. GROOT, 664.

5. Sexual offences — Production of records to accused — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

R. V. MILLS, 668.

6. Extortion — Extortion of sexual favours — Complainants persuaded to pose nude or semi-nude for accused who misrepresented himself as having connections with modelling agencies — Extortion of sexual favours by threatened exposure of compromising photographs — Whether extortion offence in Criminal Code includes extortion of sexual favours — Scope of word "anything" in extortion provision of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305(1).

R. V. DAVIS, 759.

CRIMINAL LAW—Concluded

7. Kienapple principle — Extortion — Sexual assaults — Accused obtaining sexual favours from complainant by threatened exposure of compromising photographs — Whether principle against multiple convictions arising from same delict precluded convictions for both extortion and sexual assault.

R. V. DAVIS, 759.

8. Sexual assaults — Defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial judge failed to consider defence of honest but mistaken belief in consent — If so, whether there was air of reality to defence.

R. V. DAVIS, 759.

9. Sexual assaults — Reasonable doubt — Whether trial judge erred in applying principle of reasonable doubt — Whether trial judge's comment that he was "not convinced" that complainants consented to sexual activity reversed burden of proof.

R. V. DAVIS, 759.

10. Indecent acts — Common bawdy-house — Public place — Lap dancing — Co-owner of bar charged with keeping a common bawdy-house — Lap dancing occurring in cubicle with curtains partly open — Nude dancers allowing patrons to touch their breasts and buttocks — Trial judge finding that such acts could not be characterized as indecent — Acquittal of accused set aside by Court of Appeal but restored by Supreme Court.

R. V. PELLETIER, 863.

11. Evidence — DNA evidence — Admissibility of DNA evidence — Accused convicted of first degree murder — No error found in trial judge's approach to dealing with DNA evidence — Voir dire and charge to jury fair and balanced — Court of Appeal's reasons substantially confirmed — Accused's conviction upheld.

R. V. TERCEIRA, 866.

DAMAGES

Exemplary damages — Master misled in application for order of receivership — Misconduct not on level of fraud, malicious prosecution or abuse of process — Whether exemplary damages warranted.

ROYAL BANK OF CANADA V. W. GOT & ASSOCIATES ELECTRIC LTD., 408.

EMPLOYMENT LAW

Public service — Senior civil servants — Elimination of position by statute — Whether senior civil servants who hold tenure

EMPLOYMENT LAW—Concluded

appointments subject to good behaviour owed compensation in event that their positions were eliminated by legislation in absence of clear statutory language denying compensation — Whether legislatures can escape financial consequences of restructuring public service by eliminating or altering positions without explicitly extinguishing rights they have abrogated — Whether government can rely on doctrine of separation of powers to avoid consequences of its own actions — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322, s. 5(4), (5).

WELLS V. NEWFOUNDLAND, 199.

EVIDENCE

Hearsay — Necessity and reliability exception — Sexual assault of child — Child making statements to relatives but not responding verbally to questions at trial — No reason given for failure to testify — Whether reason for failure to testify required for finding that out-of-court statements admissible as necessary and reliable.

R. V. F. (W.J.), 569.

FAMILY LAW

1. Children in care — Ministerial application for extension of custody order — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether parent has constitutional right to state-funded counsel in circumstances of case — Procedure to be followed when unrepresented parent in custody application seeks state-funded counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) V. G. (J.), 46.

2. Divorce — Maintenance — Federal Child Support Guidelines — Meaning of word "inappropriate" in s. 4(b) of Guidelines — Father with annual income of $945,000 ordered to pay $10,000 per month in child support for his two children — Whether trial judge properly exercised discretion to award Table amount of child support applicable to father's income — Whether downward variation of Table amounts permissible where paying parent has annual income exceeding $150,000 — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, s. 4(b).

FRANCIS V. BAKER, 250.

INCOME TAX

1. Income from business — Deductions — Interest — Taxpayer entering into debenture agreements with foreign lenders to borrow NZ dollars — NZ dollars used by taxpayer to purchase US dollars pursuant to forward exchange contract with foreign bank — Interest on debentures payable semi-annually at market rate — Whether s. 20(1)(c)(i) of Income Tax Act allows taxpayer to deduct from its income all of semi-annual interest payments made to lenders under debenture agreements — If so, whether s. 67 or former s. 245(1) of Income Tax Act applicable to reduce deduction to amount that would have been paid if US dollars had been borrowed directly — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(c)(i), 67 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 245(1).

SHELL CANADA LTD. V. CANADA, 622.

2. Income or capital gain — Net foreign exchange gain — Whether net foreign exchange gain taxable as income or as capital gain.

SHELL CANADA LTD. V. CANADA, 622.

3. Deductions — Levies — Egg producer exceeding its quota from 1984 to 1988 and including profit from over-quota production in declaration of income — Over-quota levy paid by egg producer in 1988 — Whether over-quota levy deductible as business expense — Whether over-quota levy can be characterized as capital outlay — Proper approach to deduction of fines, penalties or statutory levies from income — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 18(1)(a), (b).

65302 BRITISH COLUMBIA LTD. V. CANADA, 804.

INDIANS

1. Taxation — Money by-laws — Indian band passing assessment and taxation by-laws pursuant to Indian Act — Whether by-laws constitutionally inapplicable to provincial utility — Constitution Act, 1867, s. 125 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 83(1)(a).

WESTBANK FIRST NATION V. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 134.

2. Treaty rights — Fishing rights — Accused, a Mi'kmaq Indian, fishing with prohibited net during close period and selling fish caught without a licence in violation of federal fishery regulations — Whether accused possessed treaty right to catch and sell fish that exempted him from compliance with regulations — Mi'kmaq Treaties of 1760-61 — Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, ss. 4(1)(a), 20 — Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).

R. V. MARSHALL, 456.

INDIANS—Concluded

3. Treaty rights — Fishing rights — Accused, a Mi'kmaq Indian, acquitted of charges of fishing in violation of federal fishery regulations — Accused found to possess treaty rights exempting him from compliance with regulations — Whether accused should have been acquitted absent new or further trial to determine justification of regulations — Whether government can regulate treaty right to fish by licensing regulations and closed seasons — Scope of government power to regulate treaty right — Whether judgment should be stayed pending disposition of rehearing if so ordered.

R. v. MARSHALL, 533.

LIMITATION OF ACTIONS

1. Public Authorities — School Board — School Board declaring superintendent's position redundant and transferring him to non-supervisory position — Superintendent commencing action eight months after events giving rise to cause of action — Whether six-month limitation period in s. 7 of Public Authorities Protection Act applicable to bar action — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7.

DES CHAMPS v. CONSEIL DES ÉCOLES SÉPARÉES CATHOLIQUES DE LANGUE FRANÇAISE DE PRESCOTT-RUSSELL, 281.

2. Public Authorities — School Board — School Board declaring superintendent's position redundant and transferring him to non-supervisory position — Superintendent commencing action more than one year after events giving rise to cause of action — Whether six-month limitation period in s. 7 of Public Authorities Protection Act applicable to bar action — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7.

ABOUCHAR v. OTTAWA-CARLETON FRENCH-LANGUAGE SCHOOL BOARD — PUBLIC SECTOR, 343.

PRACTICE

1. Constitutional questions — Reformulation — Constitutional questions slightly modified to reflect prospective rather than retrospective nature of case — No prejudice to parties or potential interveners.

NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) v. G. (J.), 46.

2. Supreme Court of Canada — Cross-appeal — Court of Appeal reversing Tax Court's finding on interest expense deduction but affirming finding that gain realized by taxpayer in currency transaction is capital gain not income — Taxpayer granted leave to appeal to Supreme Court — Respondent wishing to keep capital gain issue alive without seeking leave to cross-appeal — Respondent's argument on capital gain issue would not, if accepted, uphold Court of Appeal's judgment — Respondent required to obtain leave to cross-appeal to raise capital gain issue in Supreme Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 29(1), (3).

SHELL CANADA LTD. v. CANADA, 616.

PRACTICE—Concluded

3. Supreme Court of Canada — Motion to strike — Fresh evidence — Legislative and adjudicative facts — Motion to strike portions of appellants' factum, record book and book of authorities partially successful — Extracts of appellants' factum in Court of Appeal included in book of authorities forming part of proceedings to which reference can be made — Material constituting fresh evidence inappropriately included in book of authorities — No application to introduce fresh evidence filed — New material to be struck out from book of authorities — Affidavit included in leave application not forming part of record in court below and to be struck out from record book — References to new material and affidavit in appellants' factum to be struck out — Appellants' contention that challenged material, except Court of Appeal factum extract, constituting "legislative" rather than "adjudicative" facts rejected.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA v. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 845.

4. Supreme Court of Canada — Motion for recusal — Apprehension of bias — No evidence adduced demonstrating that beliefs or opinions expressed by judge as counsel, law professor or otherwise would prevent him from coming to decision on basis of evidence — Real likelihood or probability of bias not shown — Motion dismissed.

ARSENAULT-CAMERON v. PRINCE EDWARD ISLAND, 851.

5. Supreme Court of Canada — Taxation of costs — Review of Registrar's decision — Expenses incurred to retain services of experts on application for leave to appeal not qualifying as "disbursements" under Part II of Schedule B of Rules of Court — Expenses not specifically authorized by Rules — Court's authorization required under Rule 58 for expenses to be approved as disbursements in bill of costs — Motion to review taxation of costs dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 58, 62, Schedule B.

APOTEX INC. v. BAYER AKTIENGESELLSCHAFT, 857.

PRISONS

Disciplinary hearings — Legal services — Solitary confinement imposed on inmate following alleged assault — Legal Services Society denying inmate legal services for disciplinary hearing — Whether inmate entitled to legal services under s. 3(2) of the Legal Services Society Act — If so, level of services to which he is entitled — Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, c. 227, s. 3(2)(b).

WINTERS V. LEGAL SERVICES SOCIETY, 160.

RECEIVERSHIP

Wrongful appointment of receiver — Bank obtaining order for appointment of receiver — Misleading material placed before Master — Receiver seizing and liquidating debtor's assets — Whether bank liable.

ROYAL BANK OF CANADA V. W. GOT & ASSOCIATES ELECTRIC LTD., 408.

INDEX

APPELS

1. Caractère théorique — Questions juridiques soulevées dans une affaire devenue théorique — La Cour suprême doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire?

NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) C. G. (J.), 46.

2. Cour suprême du Canada — Compétence — Nouvelle audition — Requête en nouvelle audition présentée par une intervenante au pourvoi — La Cour suprême a-t-elle compétence pour connaître de cette requête? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1 «partie».

R. C. MARSHALL, 533.

3. Cour suprême du Canada — Appels de plein droit — Principe énoncé dans l'arrêt Kienapple — Accusé ayant obtenu des faveurs sexuelles de la plaignante en la menaçant de dévoiler des photographies compromettantes — Maintien par la Cour suprême de la déclaration de culpabilité relativement à l'extorsion et à l'agression sexuelle — Arrêt Kienapple non soulevé dans le jugement dissident en Cour d'appel — La Cour suprême a-t-elle compétence pour examiner l'application de l'arrêt Kienapple? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 691(1)a).

R. C. DAVIS, 759.

CONTRATS

1. Lien contractuel — Police d'assurance — Théorie de l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel — Police d'assurance comportant une clause de renonciation à la subrogation — Assurance protégeant les affréteurs — Négligence de la part de l'affréteur dans le naufrage d'une barge — Propriétaire de la barge indemnisé de la perte subie et acceptant de poursuivre l'affréteur — L'affréteur peut-il invoquer une clause de renonciation à la subrogation pour se défendre contre une action subrogatoire intentée par les assureurs du propriétaire de la barge en vertu d'une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel?

FRASER RIVER PILE & DREDGE LTD. C. CAN-DIVE SERVICES LTD., 108.

CONTRATS—Fin

2. Préavis — Contrat silencieux quant au préavis — Demande de remboursement du prêt sans préavis ou avec un délai de préavis minimal — Le créancier est-il responsable de violation de contrat?

BANQUE ROYALE DU CANADA C. W. GOT & ASSOCIATES ELECTRIC LTD., 408.

3. Assurance — Déclaration inexacte — Résiliation — Répudiation — Distinction entre résiliation et répudiation.

GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA C. GORDON CAPITAL CORP., 423.

4. Assurance — Délais de prescription contractuels — Résiliation injustifiée — Façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation — Le délai de prescription prévu dans la police a-t-il continué de s'appliquer après la résiliation injustifiée de cette dernière?

GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA C. GORDON CAPITAL CORP., 423.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Dommages-intérêts exemplaires — Protonotaire induit en erreur par la demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous séquestre — Inconduite non assimilée à de la fraude, à des poursuites abusives ni à un abus de procédure — L'octroi de dommages-intérêts exemplaires est-il justifié?

BANQUE ROYALE DU CANADA C. W. GOT & ASSOCIATES ELECTRIC LTD., 408.

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Erreur manifestement déraisonnable — Définition de «conjoints» — Demande d'indemnité de la requérante refusée par la Société de l'assurance automobile du Québec — Commission des affaires sociales rejetant l'appel et la demande de révision de la requérante — Décisions jugées manifestement déraisonnables puisque selon la preuve la requérante répondait aux

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

exigences de la définition de «conjoints» à l'art. 1(7)b) de la Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25.

RENAUD C. QUÉBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES), 855.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — L'omission de fournir de l'aide juridique au parent à l'instance concernant la garde a-t-elle porté atteinte aux principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte était-elle justifiée? — Réparation appropriée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).

NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) C. G. (J.), 46.

2. Charte des droits — Sécurité de la personne — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Le droit du parent à la sécurité de sa personne entre-t-il en jeu dans une instance concernant la garde d'enfants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) C. G. (J.), 46.

3. Couronne — Immunité — Taxation — Exemption des terres publiques — Règlements d'imposition et de taxation édictés par une bande indienne en vertu de la Loi sur les Indiens — Ces règlements imposent-ils des taxes? — Ces règlements sont-ils constitutionnellement inapplicables à une entreprise de service public provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 125.

PREMIÈRE NATION DE WESTBANK C. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 134.

4. Charte des droits — Droit de garder le silence — Obtention de renseignements de façon irrégulière — Déclarations inculpatoires faites par l'accusé à un policier banalisé dans un bloc cellulaire — Un climat d'oppression est-il nécessaire pour conclure à la violation du droit de l'accusé de garder le silence? — Les déclarations ont-elles été obtenues de façon active par les policiers en violation du droit de l'accusé de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. LIEW, 227.

5. Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Admissibilité de la preuve — Meurtre au premier degré et complot

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

— Déclarations de l'accusé faites à l'issue d'une détention prolongée menant à la découverte de l'arme du crime — Arme du crime admise en preuve à bon droit.

R. C. TIMM, 666.

6. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à un procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Droit à la vie privée — Droit à l'égalité — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Évaluation de droits et d'intérêts en matière de vie privée, d'égalité et de défense pleine et entière — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel portent-elles atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — La contestation constitutionnelle est-elle prématurée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

R. C. MILLS, 668.

DROIT CRIMINEL

1. Appels — Cour d'appel — Compétence — Détermination de la peine — Une cour d'appel possède-t-elle une compétence inhérente lui permettant de modifier la peine infligée en l'absence d'un appel interjeté contre la sentence? — Une cour d'appel peut-elle apaiser ses inquiétudes à l'égard d'une peine qu'elle juge inadéquate en invitant l'avocat à demander l'autorisation d'en appeler?

R. C. W. (G.), 597.

2. Agression sexuelle — Aucune erreur commise par le juge du procès dans son exposé au jury ni en ce qui concerne l'admission de la preuve ou l'état émotif du plaignant — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. LANCE, 658.

3. Infractions d'ordre sexuel — Doute raisonnable — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Erreurs par le juge du procès dans l'exposé sur le doute raisonnable et le nouvel exposé sur l'utilisation de la preuve de faits similaires — Dispositions de l'art. 686(1)b)(iii) du Code criminel inapplicables — Cour d'appel écartant les déclarations de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — Jugement confirmé.

R. C. FLEMING, 662.

4. Voies de fait — Cour d'appel justifiée d'écarter l'acquittement et de déclarer l'accusé coupable de voies de fait simples en se fondant sur la conclusion du juge du procès que

DROIT CRIMINEL—Suite

l'accusé a fait en sorte que la tête du prisonnier vienne en contact avec le pupitre et avec le plancher.

R. c. GROOT, 664.

5. Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel sont-elles inconstitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

R. c. MILLS, 668.

6. Agressions sexuelles — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge du procès a-t-il omis d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Dans l'affirmative, la défense était-elle vraisemblable?

R. c. DAVIS, 759.

7. Agressions sexuelles — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant le principe du doute raisonnable? — Le commentaire du juge du procès selon lequel il «n'était pas convaincu» que les plaignantes aient consenti à l'activité sexuelle a-t-il eu pour effet d'inverser le fardeau de la preuve?

R. c. DAVIS, 759.

8. Extorsion — Extorsion de faveurs sexuelles — Plaignantes amenées à poser totalement ou partiellement nues pour l'accusé qui se faisait passer pour un photographe ayant des relations avec des agences de mannequins — Extorsion de faveurs sexuelles sous la menace de dévoiler des photographies compromettantes — L'infraction d'extorsion prévue par le Code criminel comprend-elle l'extorsion de faveurs sexuelles? — Étendue de l'expression «quelque chose» dans la disposition relative à l'extorsion du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 305(1).

R. c. DAVIS, 759.

9. Principe énoncé dans l'arrêt Kienapple — Extorsion — Agressions sexuelles — Accusé ayant obtenu des faveurs sexuelles de la plaignante en la menaçant de dévoiler des photographies compromettantes — Le principe interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit empêche-t-il qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée à la fois pour extorsion et pour agression sexuelle?

R. c. DAVIS, 759.

10. Actes indécents — Maison de débauche — Endroit public — Danse-contact — Copropriétaire d'un bar accusée d'avoir tenu une maison de débauche — Danse-contact à l'intérieur d'isoloirs dont les rideaux sont partiellement ouverts — Danseuses nues permettant aux clients de leur toucher les seins et les fesses — Juge du procès concluant que ces actes ne pouvaient être qualifiés d'indécents — Acquittement de l'accusée annulé par la Cour d'appel mais rétabli par la Cour suprême.

R. c. PELLETIER, 863.

DROIT CRIMINEL—Fin

11. Preuve — Preuve d'ADN — Admissibilité de la preuve d'ADN — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Aucune erreur commise par le juge du procès dans la façon d'aborder la preuve d'ADN — Voir-dire et exposé au jury justes et équilibrés — Accord substantiel avec les motifs de la Cour d'appel — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. TERCEIRA, 866.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Enfants pris en charge — Demande du ministre visant à obtenir la prorogation d'une ordonnance de garde — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — Le parent a-t-il le droit constitutionnel d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État dans les circonstances de l'espèce? — Procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) c. G. (J.), 46.

2. Divorce — Pension alimentaire — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Sens de l'expression «n'est pas indiqué» à l'art. 4b) des lignes directrices — Père ayant un revenu annuel de 945 000 $ tenu de verser une pension alimentaire mensuelle de 10 000 $ pour ses deux enfants — Le juge de première instance a-t-il bien exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder le montant de pension alimentaire pour enfants prévu dans la table applicable au revenu du père? — Le montant prévu dans la table peut-il être réduit dans le cas où le parent qui doit le verser a un revenu annuel supérieur à 150 000 $? — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 4b).

FRANCIS c. BAKER, 250.

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ

Fonction publique — Hauts fonctionnaires — Abolition d'un poste par la loi — Les hauts fonctionnaires occupant des postes à titre inamovible ont-ils droit à une indemnité si leurs postes sont abolis par une loi en l'absence de texte législatif clair refusant

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ—Fin

l'indemnisation? — Une législature qui restructure sa fonction publique en abolissant ou modifiant des postes peut-elle échapper aux conséquences financières qui en découlent, si elle n'éteint pas explicitement les droits qu'elle a abrogés? — Le gouvernement peut-il invoquer la théorie de la séparation des pouvoirs pour échapper aux conséquences de ses propres actions? — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, ch. 322, art. 5(4), (5).

WELLS C. TERRE-NEUVE, 199.

FAILLITE

1. Biens du failli — Insaisissabilité — Régime enregistré d'épargne-retraite — Les sommes cotisées par l'employé au Régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics ont-elles conservé leur caractère d'insaisissabilité après avoir été transférées dans un REER? — Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., ch. R-10, art. 222 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 553(12) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1)b).

POULIN C. SERGE MORENCY ET ASSOCIÉS INC., 351.

2. Biens du failli — Police d'assurance-vie — Droit à la valeur de rachat — Police saisissable en vertu du droit en vigueur dans la province — La valeur de rachat de la police devrait-elle être exclue des biens constituant le patrimoine attribué aux créanciers d'une faillite? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1) — Code civil du Bas Canada, art. 2547, 2552, 2554.

PERRON-MALENFANT C. MALENFANT (SYNDIC DE), 375.

FORCES ARMÉES

Infractions civiles — Défense de provocation policière — Membre des Forces armées accusé de trafic de stupéfiants — Président de la cour martiale permanente ordonnant l'arrêt des procédures — Cour d'appel de la cour martiale annulant l'ordonnance pour le motif que le président de la cour martiale permanente a mal compris le critère applicable en matière de provocation policière et l'étendue de l'infraction visée — Aucune erreur justifiant l'infirmation de la décision du président de la cour martiale permanente — Ordonnance prononçant l'arrêt des procédures rétablie.

R. C. BROWN, 660.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Revenu ou gain en capital — Gain de change net — Le gain de change net est-il imposable à titre de revenu ou de gain en capital?

SHELL CANADA LTÉE C. CANADA, 622.

2. Revenu tiré d'une entreprise — Déductions — Intérêt — Conclusion par le contribuable de contrats d'achat de débentures avec des prêteurs étrangers pour emprunter des dollars néo-zélandais — Affectation par le contribuable des dollars néo-zélandais à l'achat de dollars américains en application d'un contrat de change à terme intervenu avec une banque étrangère — Paiements semestriels d'intérêts sur les débentures au taux du marché — L'article 20(1)c)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet-il au contribuable de déduire de son revenu la totalité des intérêts versés tous les six mois aux prêteurs conformément aux contrats d'achat de débentures? — Dans l'affirmative, l'art. 67 ou l'ancien art. 245(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu s'appliquent-ils de façon à ramener le montant de la déduction à la somme qui aurait été versée si les dollars américains avaient été empruntés directement? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i), 67 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 245(1).

SHELL CANADA LTÉE C. CANADA, 622.

3. Déductions — Redevances — Entreprise avicole dépassant son quota de 1984 à 1988 et incluant le bénéfice tiré de la production excédentaire dans sa déclaration de revenus — Taxe sur dépassement de quota payée par l'entreprise avicole en 1988 — La taxe sur dépassement de quota est-elle déductible à titre de dépense d'entreprise? — La taxe sur dépassement de quota peut-elle être considérée comme une dépense en capital? — Comment faut-il aborder la déduction d'amendes, de pénalités ou de redevances d'origine législative dans le calcul du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 18(1)a), b).

65302 BRITISH COLUMBIA LTD. C. CANADA, 804.

INDIENS

1. Taxation — Règlements financiers — Règlements d'imposition et de taxation édictés par une bande indienne en vertu de la Loi sur les Indiens — Les règlements sont-ils constitutionnellement inapplicables à une entreprise de service public provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 125 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 83(1)a).

PREMIÈRE NATION DE WESTBANK C. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 134.

2. Droits issus de traités — Droits de pêche — Indien mi'kmaq accusé d'avoir pêché pendant la période de fermeture à l'aide d'un filet prohibé et d'avoir vendu du poisson pêché sans permis en contravention de la réglementation fédérale sur les pêches — L'accusé possédait-il un droit issu de traité l'autorisant à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la

INDIENS—Fin

réglementation? — Traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761 — Règlement de pêche des provinces maritimes, DORS/93-55, art. 4(1)a), 20 — Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 35(2).

R. C. MARSHALL, 456.

3. Droits issus de traités – Droits de pêche — Indien mi'kmaq acquitté d'accusations d'avoir pêché en contravention de règlements fédéraux sur la pêche — Accusé déclaré titulaire de droits issus de traité l'exemptant de l'obligation de se conformer à la réglementation — L'accusé aurait-il dû être acquitté en l'absence d'un nouveau procès ou de la poursuite du litige afin qu'il soit statué sur la justification de la réglementation? — Le gouvernement peut-il réglementer l'exercice d'un droit de pêche issu de traité en imposant par règlement des périodes de pêche et l'obligation de se procurer un permis? — Étendue du pouvoir du gouvernement de réglementer l'exercice d'un droit issu de traité — La prise d'effet du jugement devrait-elle être suspendue jusqu'au prononcé de la décision au terme de la nouvelle audience, si la tenue d'une telle audience est ordonnée?

R. C. MARSHALL, 533.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Sexe — Emploi — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Pompiers forestiers — Femmes ayant plus de difficulté à réussir des tests d'évaluation de la condition physique en raison de différences physiologiques — Un test d'évaluation de la condition physique est-il une exigence professionnelle justifiée? — Critère applicable — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 13(1)a), b), (4).

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PUBLIC SERVICE EMPLOYEE RELATIONS COMMISSION) C. BCGSEU, 3.

2. Discrimination — Justification réelle et raisonnable — Déficience physique — Refus du Surintendant des véhicules automobiles de délivrer un permis de conduire aux personnes atteintes d'hémianopsie homonyme — Absence d'évaluation individuelle — Le refus général sans possibilité d'évaluation individuelle constitue-t-il de la discrimination? — Application du critère de l'arrêt Meiorin à un fournisseur de services publics — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES) C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (COUNCIL OF HUMAN RIGHTS), 868.

MISE SOUS SÉQUESTRE

Nomination préjudiciable d'un séquestre — Ordonnance portant nomination du séquestre obtenue par la banque — Document trompeur présenté au protonotaire — Saisie et liquidation de l'actif du débiteur par le séquestre — La responsabilité de la banque est-elle engagée?

BANQUE ROYALE DU CANADA C. W. GOT & ASSOCIATES ELECTRIC LTD., 408.

PRATIQUE

1. Questions constitutionnelles — Reformulation — Questions constitutionnelles légèrement modifiées pour refléter la nature rétrospective plutôt que prospective de l'affaire — Absence de préjudice causé aux parties ou aux intervenants potentiels.

NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) C. G. (J.), 46.

2. Cour suprême du Canada — Appel incident — Cour d'appel infirmant la décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant la déduction d'intérêts à titre de dépense, mais confirmant la décision qu'un gain réalisé par le contribuable dans le cadre d'une opération en devises est un gain en capital et non pas un revenu — Contribuable autorisé à interjeter appel devant la Cour suprême — Intimée souhaitant garder ouverte la question du gain en capital sans demander l'autorisation d'interjeter un appel incident — Argument de l'intimée sur la question du gain en capital ne mènerait pas, s'il était retenu, à la confirmation du jugement de la Cour d'appel — Nécessité pour l'intimée d'obtenir une autorisation d'appel incident pour soulever une question de gain en capital devant la Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1), (3).

SHELL CANADA LTÉE C. CANADA, 616.

3. Cour suprême du Canada — Requête en radiation — Preuves nouvelles — Faits législatifs et faits en litige — Requête en radiation de certaines parties du mémoire, du dossier et du recueil de jurisprudence et de doctrine des appelants accueillie en partie — Extraits du mémoire des appelants en Cour d'appel inclus dans le recueil de jurisprudence et de doctrine faisant partie du dossier auquel il est possible de faire référence — Documents constituant des preuves nouvelles inclus irrégulièrement dans le recueil de jurisprudence et de doctrine — Absence de demande de production de ces nouveaux éléments de preuve — Retrait des nouveaux documents du recueil de jurisprudence et de doctrine — Affidavit accompagnant la demande d'autorisation d'appel retiré du dossier parce que ne figurant pas dans le dossier de la Cour d'appel — Radiation des renvois aux nouveaux documents et à l'affidavit dans le mémoire des appelants — Rejet de l'argument des appelants que, à l'exception des extraits du mémoire de la Cour d'appel, les documents contestés portent sur des «faits législatifs» et non sur des «faits en litige».

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 845.

PRATIQUE—Fin

4. Cour suprême du Canada — Requête en récusation — Crainte de partialité — Absence d'élément de preuve établissant que les croyances ou les opinions exprimées par le juge en qualité d'avocat, de professeur de droit ou à un autre titre l'empêcheraient de rendre une décision fondée sur la preuve — Probabilité réelle de partialité non démontrée — Requête rejetée.

ARSENAULT-CAMERON C. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, 851.

5. Cour suprême du Canada — Taxation des dépens — Révision de la décision du registraire — Dépenses engagées pour retenir les services d'experts non admissibles au titre de «débours» visés par la partie II de l'annexe B des Règles de la Cour — Dépenses non autorisées expressément par les Règles — Obligation d'obtenir l'autorisation de la Cour conformément à l'art. 58 des Règles pour que de telles dépenses soient approuvées à titre de débours dans un mémoire de frais — Requête en révision de la taxation des dépens rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 58, 62, annexe B.

APOTEX INC. C. BAYER AKTIENGESELLSCHAFT, 857.

PRESCRIPTION

1. Autorités publiques — Conseil scolaire — Poste de surintendant déclaré excédentaire par le Conseil scolaire et mutation de l'employé à un poste ne comportant pas de tâches de supervision — Action intentée par le surintendant huit mois après les événements ayant donné naissance à la cause d'action — Est-ce que le délai de prescription de six mois prévu par l'art. 7 de la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique et rend l'action irrecevable? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7.

DES CHAMPS C. CONSEIL DES ÉCOLES SÉPARÉES CATHOLIQUES DE LANGUE FRANÇAISE DE PRESCOTT-RUSSELL, 281.

2. Autorités publiques — Conseil scolaire — Poste de surintendant déclaré excédentaire par le Conseil scolaire et mutation de l'employé à un poste ne comportant pas de tâches de supervision — Action intentée par le surintendant plus d'un an après les événements ayant donné naissance à la cause d'action — Est-ce que le délai de prescription de six mois prévu par la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique et rend l'action irrecevable? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7.

ABOUCHAR C. CONSEIL SCOLAIRE DE LANGUE FRANÇAISE D'OTTAWA-CARLETON — SECTION PUBLIQUE, 343.

PREUVE

Ouï-dire — Exception fondée sur la nécessité et la fiabilité — Agression sexuelle d'une enfant — Enfant ayant fait des déclarations à des membres de sa famille mais ne répondant pas verbalement aux questions posées lors du procès — Aucune raison donnée pour expliquer l'omission de témoigner — La raison de l'omission de témoigner est-elle requise pour pouvoir conclure à l'admissibilité de déclarations extrajudiciaires pour le motif qu'elles sont nécessaires et fiables?

R. C. F. (W.J.), 569.

PRISONS

Audiences disciplinaires — Services juridiques — Isolement cellulaire infligé à un détenu accusé de s'être livré à des voies de fait — Refus de la Legal Services Society de fournir des services juridiques à l'audience disciplinaire — Le détenu a-t-il droit à des services juridiques en application de l'art. 3(2) de la Legal Services Society Act? — Dans l'affirmative, à quel niveau de services a-t-il droit? — Legal Services Society Act, R.S.B.C. 1979, ch. 227, art. 3(2)b).

WINTERS C. LEGAL SERVICES SOCIETY, 160.

PROCÉDURE CIVILE

Jugements sommaires — Critère applicable aux jugements sommaires — Décision du juge des requêtes que le dossier est suffisant pour trancher une motion visant à obtenir un jugement sommaire — Absence de véritable question requérant la tenue d'un procès — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes?

GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA C. GORDON CAPITAL CORP., 423.