Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2001 Vol. 2

1er cahier, 2001 Vol. 2

Cited as [2001] 2 S.C.R. 3-206

Renvoi [2001] 2 R.C.S. 3-206

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

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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, 2001.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

CONTENTS

Canada (Deputy Minister of National Revenue) *v.* Mattel Canada Inc. **100**

Customs and excise — Determination of value of goods — Sale for export to Canada — Whether sale between two foreign companies constitutes "sale for export to Canada" — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 48(4).

Customs and excise — Determination of value of goods — Adjustment of price paid — Licence fees — Royalties — Whether periodic payments of licence fees made through an intermediary should be included in value for duty of imported products — Whether royalties paid to a third-party licensor should be included in value for duty of imported products — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 48(5)(a)(iv), (v).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian International Trade Tribunal — Standard of review of Tribunal's decision respecting value for duty of imported goods and other Customs Act matters.

Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders *v.* Ontario (Securities Commission) **132**

Securities — Ontario Securities Commission — Public interest jurisdiction — Nature and scope of Commission's public interest jurisdiction to intervene in activities related to Ontario capital markets — Whether Commission's decision not to exercise its public interest jurisdiction in this case reasonable — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127(1), para. 3.

Administrative law — Judicial review — Securities commissions — Standard of review — Standard of review for Ontario Securities Commission's decisions involving application of its public interest jurisdiction.

McKinley *v.* BC Tel **161**

Employment law — Wrongful dismissal — Dishonest conduct — Whether employee's dishonesty, in and of itself, necessarily gives rise to just cause for summary dismissal — Whether nature and context of such dishonesty must be considered — Whether trial judge erred in instructing jury that employee's dishonesty would merit termination only if it was of "a degree that was incompatible with the employment relationship" — Applicable standard for assessing whether and in what circumstances dishonesty provides just cause.

Employment law — Wrongful dismissal — Jury's verdict — Dishonest conduct — Jury finding that just cause for summary dismissal did not exist — Whether jury's verdict reasonable.

Damages — Wrongful dismissal — Extended period of notice — Whether trial judge erred by putting issue of extended notice period before jury — Whether jury award for damages representing extended notice period reasonable.

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Sous-ministre du Revenu national) *c.* Mattel Canada Inc. **100**

Douanes et accise — Détermination de la valeur de marchandises — Vente pour exportation au Canada — Une vente entre deux sociétés étrangères constitue-t-elle une « vente pour exportation au Canada »? — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 48(4).

Douanes et accise — Détermination de la valeur de marchandises — Ajustement du prix payé — Droits de licence — Redevances — Les versements périodiques de droits de licence effectués par l'entremise d'un intermédiaire doivent-ils être inclus dans la valeur en douane de produits importés? — Les redevances versées à un tiers concédant de licence doivent-elles être incluses dans la valeur en douane de produits importés? — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 48(5)a)(iv), (v).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal canadien du commerce extérieur — Norme de contrôle applicable à la décision du tribunal portant sur la valeur en douane de marchandises importées et sur d'autres questions visées par la Loi sur les douanes.

Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée *c.* Ontario (Commission des valeurs mobilières) **132**

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières de l'Ontario — Compétence relative à l'intérêt public — Nature et portée de la compétence de la Commission pour intervenir en matière d'intérêt public dans les activités liées aux marchés financiers en Ontario — La décision de la Commission de ne pas exercer en l'espèce sa compétence relative à l'intérêt public était-elle raisonnable? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 127(1), disposition 3.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Commissions des valeurs mobilières — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario portant sur l'exercice de sa compétence relative à l'intérêt public.

McKinley *c.* BC Tel **161**

Employeur et employé — Congédiement injustifié — Comportement malhonnête — La malhonnêteté d'un employé constitue-t-elle nécessairement, en soi, un motif valable de congédiement sommaire? — La nature et le contexte du comportement malhonnête doivent-ils être pris en considération? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en affirmant au jury que la malhonnêteté de l'employé ne justifierait son congédiement que si elle était « grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé »? — Norme applicable pour déterminer si et dans quelles circonstances la malhonnêteté constitue un motif valable de congédiement.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Damages — Wrongful dismissal — Aggravated damages — Whether criteria for allowing issue of aggravated damages to go to jury met.

Damages — Wrongful dismissal — Punitive damages — Whether issue of punitive damages should have been put to jury.

Therrien (Re) 3

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Report of inquiry panel of Quebec Court of Appeal — Judicial ethics — Report of Court of Appeal recommending removal of Judge of Court of Québec — Whether Supreme Court has jurisdiction to hear appeal from report of Court of Appeal — Whether report a "judgment" within meaning of Supreme Court Act — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1) — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

Courts — Jurisdiction — Quebec Court of Appeal — Superior Court — Legal ethics — Court of Appeal hearing request by Minister of Justice concerning removal of Judge of Court of Québec — Judge concerned applying to Superior Court to have report of committee of inquiry of Conseil de la magistrature quashed and challenge constitutionality of provision of provincial statute — Whether Superior Court has jurisdiction to hear application and motion — Whether Court of Appeal has exclusive jurisdiction to decide questions of law and jurisdiction in course of inquiry — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

Courts — Judges — Legal ethics — Conseil de la magistrature — Jurisdiction — Whether Conseil de la magistrature may examine conduct of judge even if breach of ethics occurred prior to appointment.

Constitutional law — Independence of judiciary — Security of tenure of judges — Provincial statute providing for removal of judge of provincial court without address of legislature — Whether provincial statute satisfies requirements of judicial independence — Constitution Act, 1867, preamble — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

Constitutional law — Independence of judiciary — Security of tenure of judges — Provincial statute providing that government may remove judge only on report of Court of Appeal at request of Minister of Justice — Whether judicial office is secure against discretionary interference by Executive — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

Administrative law — Natural justice — Duty to act fairly — Right to be heard — Complaint made to Conseil de la magistrature against Judge of Court of Québec — Committee of inquiry of Conseil recommending judge be removed — Whether judge had sufficient notice of findings that might be made by committee of inquiry — Whether judge had right to separate hearing on question of sanctions.

Administrative law — Natural justice — Duty to act fairly — Right to impartial hearing — Complaint made to Conseil de la

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Employeur et employé — Congédiement injustifié — Verdict du jury — Comportement malhonnête — Jury concluant à l'absence de motif valable de congédiement sommaire — Le verdict du jury est-il raisonnable?

Dommages-intérêts — Congédiement injustifié — Période prolongée de préavis — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en soumettant la question de la période prolongée de préavis à l'appréciation du jury? — Les dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis, que le jury a accordés, sont-ils raisonnables?

Dommages-intérêts — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts majorés — Les conditions requises pour que la question des dommages-intérêts majorés soit soumise à l'appréciation du jury sont-elles remplies?

Dommages-intérêts — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts punitifs — La question des dommages-intérêts punitifs aurait-elle dû être soumise à l'appréciation du jury?

Therrien (Re) 3

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel du Québec — Déontologie judiciaire — Rapport de la Cour d'appel recommandant la destitution d'un juge de la Cour du Québec — La Cour suprême a-t-elle compétence pour se saisir de l'appel du rapport de la Cour d'appel? — Ce rapport constitue-t-il un « jugement » au sens de la Loi sur la Cour suprême? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2(1), 40(1) — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

Tribunaux — Compétence — Cour d'appel du Québec — Cour supérieure — Déontologie judiciaire — Cour d'appel saisie d'une requête du ministre de la Justice concernant la destitution d'un juge de la Cour du Québec — Juge concerné présentant en Cour supérieure des requêtes pour faire annuler le rapport du comité d'enquête du Conseil de la magistrature et contester la constitutionnalité d'une disposition d'une loi provinciale — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre ces requêtes? — La Cour d'appel a-t-elle compétence exclusive pour décider de questions de droit et de compétence dans le cadre de l'enquête? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

Tribunaux — Juges — Déontologie judiciaire — Conseil de la magistrature — Compétence — Le Conseil de la magistrature peut-il examiner la conduite d'un juge même si le manquement déontologique est antérieur à sa nomination?

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale prévoyant la destitution d'un juge d'une cour provinciale sans adresse parlementaire — La loi provinciale est-elle conforme aux exigences de l'indépendance judiciaire? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale prévoyant que le gouverne-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

magistrature against Judge of Court of Québec — Conseil bound to follow recommendations of committee of inquiry — Committee of inquiry recommending judge be removed — Whether decision-making structure of Conseil and committee of inquiry violates maxim delegatus non potest delegare — Whether presence of persons not members of judiciary at preliminary stage of disciplinary process violates institutional dimension of structural principle of judicial independence — Whether functioning of committee of inquiry, in particular role of committee counsel, raises reasonable fear of institutional bias.

Civil rights — Equality rights — Information relating to employment — Criminal record — Candidate for judicial office — Whether selection committee may question candidate regarding criminal record — Whether question infringes Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 18.1, 18.2, 20.

Constitutional law — Equality rights — Information relating to employment — Criminal record — Candidate for judicial office — Whether procedure initiated against judge concerned infringes equality rights guaranteed by Canadian Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

Courts — Judges — Judicial ethics — Sanctions — Removal of judge of provincial court — Failure by judge to disclose criminal record when candidate for office of judge — Report of Court of Appeal recommending revocation of commission of judge — Whether sanction appropriate.

Criminal law — Effect of granting pardon — Meaning and effect of pardon granted under Criminal Records Act — Whether pardon expunges conviction retroactively — Criminal Records Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 12, s. 5.

SOMMAIRE (Fin)

ment ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel à la suite d'une requête du ministre de la Justice — La fonction judiciaire est-elle à l'abri de toute intervention discrétionnaire de la part de l'exécutif? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

Droit administratif — Justice naturelle — Obligation d'agir équitablement — Droit d'être entendu — Dépôt d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec auprès du Conseil de la magistrature — Comité d'enquête du Conseil recommandant la destitution du juge — Le juge a-t-il bénéficié d'un préavis suffisant quant aux conclusions susceptibles d'être tirées par le comité d'enquête? — Le juge avait-il droit à une audition distincte sur la question des sanctions?

Droit administratif — Justice naturelle — Obligation d'agir équitablement — Droit à une audition impartiale — Dépôt d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec auprès du Conseil de la magistrature — Conseil contraint de suivre les recommandations de son comité d'enquête — Comité d'enquête recommandant la destitution du juge — La structure décisionnelle du Conseil et de son comité d'enquête viole-t-elle la maxime delegatus non potest delegare? — La présence de personnes non membres de la magistrature au stade préliminaire du processus disciplinaire porte-t-elle atteinte à la dimension institutionnelle du principe structurel de l'indépendance judiciaire? — Le fonctionnement du comité d'enquête, en particulier le rôle de son procureur, soulève-t-il une crainte raisonnable de partialité institutionnelle?

Libertés publiques — Droits à l'égalité — Renseignements relatifs à l'emploi — Antécédents judiciaires — Candidat à la magistrature — Le comité de sélection peut-il questionner un candidat sur ses antécédents judiciaires? — Cette question porte-t-elle atteinte aux dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 18.1, 18.2, 20.

Droit constitutionnel — Droits à l'égalité — Renseignements relatifs à l'emploi — Antécédents judiciaires — Candidat à la magistrature — La procédure intentée contre le juge concerné porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité garantis par la Charte canadienne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

Tribunaux — Juges — Déontologie judiciaire — Sanctions — Destitution d'un juge d'une cour provinciale — Omission d'un juge de révéler ses antécédents judiciaires alors qu'il était candidat au poste de juge — Rapport de la Cour d'appel recommandant la révocation de la commission d'un juge — Cette sanction est-elle appropriée?

Droit criminel — Effet de l'octroi d'un pardon — Sens et portée du pardon obtenu en vertu de la Loi sur le casier judiciaire — Un pardon anéantit-il rétroactivement une condamnation? — Loi sur le casier judiciaire, S.R.C. 1970 (1er suppl.), ch. 12, art. 5.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 2, 2001

2e volume, 2001

Judge Richard Therrien, Q.C.J. *Appellant*

v.

The Minister of Justice *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, Office des droits des détenus and Association des services de réhabilitation sociale du Québec *Interveners*

INDEXED AS: THERRIEN (RE)

Neutral citation: 2001 SCC 35.

File No.: 27004.

2000: October 2; 2001: June 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Report of inquiry panel of Quebec Court of Appeal — Judicial ethics — Report of Court of Appeal recommending removal of Judge of Court of Québec — Whether Supreme Court has jurisdiction to hear appeal from report of Court of Appeal — Whether report a "judgment" within meaning of Supreme Court Act — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1) — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

Courts — Jurisdiction — Quebec Court of Appeal — Superior Court — Legal ethics — Court of Appeal hearing request by Minister of Justice concerning removal of Judge of Court of Québec — Judge concerned applying to Superior Court to have report of committee of inquiry

Le juge Richard Therrien, j.c.q. *Appelant*

c.

La ministre de la Justice *Intimée*

et

La procureure générale du Québec *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, l'Office des droits des détenus et l'Association des services de réhabilitation sociale du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : THERRIEN (RE)

Référence neutre : 2001 CSC 35.

N° du greffe : 27004.

2000 : 2 octobre; 2001 : 7 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel du Québec — Déontologie judiciaire — Rapport de la Cour d'appel recommandant la destitution d'un juge de la Cour du Québec — La Cour suprême a-t-elle compétence pour se saisir de l'appel du rapport de la Cour d'appel? — Ce rapport constitue-t-il un « jugement » au sens de la Loi sur la Cour suprême? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2(1), 40(1) — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

Tribunaux — Compétence — Cour d'appel du Québec — Cour supérieure — Déontologie judiciaire — Cour d'appel saisie d'une requête du ministre de la Justice concernant la destitution d'un juge de la Cour du Québec — Juge concerné présentant en Cour supérieure

of Conseil de la magistrature quashed and challenge constitutionality of provision of provincial statute — Whether Superior Court has jurisdiction to hear application and motion — Whether Court of Appeal has exclusive jurisdiction to decide questions of law and jurisdiction in course of inquiry — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

Courts — Judges — Legal ethics — Conseil de la magistrature — Jurisdiction — Whether Conseil de la magistrature may examine conduct of judge even if breach of ethics occurred prior to appointment.

Constitutional law — Independence of judiciary — Security of tenure of judges — Provincial statute providing for removal of judge of provincial court without address of legislature — Whether provincial statute satisfies requirements of judicial independence — Constitution Act, 1867, preamble — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

Constitutional law — Independence of judiciary — Security of tenure of judges — Provincial statute providing that government may remove judge only on report of Court of Appeal at request of Minister of Justice — Whether judicial office is secure against discretionary interference by Executive — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

Administrative law — Natural justice — Duty to act fairly — Right to be heard — Complaint made to Conseil de la magistrature against Judge of Court of Québec — Committee of inquiry of Conseil recommending judge be removed — Whether judge had sufficient notice of findings that might be made by committee of inquiry — Whether judge had right to separate hearing on question of sanctions.

Administrative law — Natural justice — Duty to act fairly — Right to impartial hearing — Complaint made to Conseil de la magistrature against Judge of Court of Québec — Conseil bound to follow recommendations of committee of inquiry — Committee of inquiry recommending judge be removed — Whether decision-making structure of Conseil and committee of inquiry violates maxim delegatus non potest delegare — Whether presence of persons not members of judiciary at preliminary stage of disciplinary process violates institutional dimension of structural principle of judicial independence — Whether functioning of committee of inquiry,

des requêtes pour faire annuler le rapport du comité d'enquête du Conseil de la magistrature et contester la constitutionnalité d'une disposition d'une loi provinciale — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre ces requêtes? — La Cour d'appel a-t-elle compétence exclusive pour décider de questions de droit et de compétence dans le cadre de l'enquête? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

Tribunaux — Juges — Déontologie judiciaire — Conseil de la magistrature — Compétence — Le Conseil de la magistrature peut-il examiner la conduite d'un juge même si le manquement déontologique est antérieur à sa nomination?

Droit constitutionnel – Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale prévoyant la destitution d'un juge d'une cour provinciale sans adresse parlementaire — La loi provinciale est-elle conforme aux exigences de l'indépendance judiciaire? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale prévoyant que le gouvernement ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel à la suite d'une requête du ministre de la Justice — La fonction judiciaire est-elle à l'abri de toute intervention discrétionnaire de la part de l'exécutif? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

Droit administratif — Justice naturelle — Obligation d'agir équitablement — Droit d'être entendu — Dépôt d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec auprès du Conseil de la magistrature — Comité d'enquête du Conseil recommandant la destitution du juge — Le juge a-t-il bénéficié d'un préavis suffisant quant aux conclusions susceptibles d'être tirées par le comité d'enquête? — Le juge avait-il droit à une audition distincte sur la question des sanctions?

Droit administratif — Justice naturelle — Obligation d'agir équitablement — Droit à une audition impartiale — Dépôt d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec auprès du Conseil de la magistrature — Conseil contraint de suivre les recommandations de son comité d'enquête — Comité d'enquête recommandant la destitution du juge — La structure décisionnelle du Conseil et de son comité d'enquête viole-t-elle la maxime delegatus non potest delegare? — La présence de personnes non membres de la magistrature au stade préliminaire du processus disciplinaire porte-t-elle atteinte à la dimension institutionnelle du principe structurel de

in particular role of committee counsel, raises reasonable fear of institutional bias.

Civil rights — Equality rights — Information relating to employment — Criminal record — Candidate for judicial office — Whether selection committee may question candidate regarding criminal record — Whether question infringes Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 18.1, 18.2, 20.

Constitutional law — Equality rights — Information relating to employment — Criminal record — Candidate for judicial office — Whether procedure initiated against judge concerned infringes equality rights guaranteed by Canadian Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

Courts — Judges — Judicial ethics — Sanctions — Removal of judge of provincial court — Failure by judge to disclose criminal record when candidate for office of judge — Report of Court of Appeal recommending revocation of commission of judge — Whether sanction appropriate.

Criminal law — Effect of granting pardon — Meaning and effect of pardon granted under Criminal Records Act — Whether pardon expunges conviction retroactively — Criminal Records Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 12, s. 5.

In 1970, the appellant was sentenced to imprisonment for one year for unlawfully giving assistance to four members of the Front de libération du Québec. After serving his sentence, he continued his legal studies. From 1976 to 1996, the appellant practised law, and in 1987, on his application, the Governor in Council granted him a pardon under s. 5(*b*) of the *Criminal Records Act*. Between 1989 and 1996, the appellant submitted his candidacy in five selection procedures for judicial appointments. In 1991 and 1993, he revealed his previous convictions and stated that he had been pardoned and his candidacy was rejected because of his criminal record. In the last selection procedures, he did not disclose his criminal record, or even that he had been pardoned. In September 1996, as a result of the favourable recommendation of the selection committee, the Minister of Justice recommended that he be appointed as a Judge of the Court of Québec. In late October, the Associate Chief Judge of the Court of

l'indépendance judiciaire? — Le fonctionnement du comité d'enquête, en particulier le rôle de son procureur, soulève-t-il une crainte raisonnable de partialité institutionnelle?

Libertés publiques — Droits à l'égalité — Renseignements relatifs à l'emploi — Antécédents judiciaires — Candidat à la magistrature — Le comité de sélection peut-il questionner un candidat sur ses antécédents judiciaires? — Cette question porte-t-elle atteinte aux dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 18.1, 18.2, 20.

Droit constitutionnel — Droits à l'égalité — Renseignements relatifs à l'emploi — Antécédents judiciaires — Candidat à la magistrature — La procédure intentée contre le juge concerné porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité garantis par la Charte canadienne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

Tribunaux — Juges — Déontologie judiciaire — Sanctions — Destitution d'un juge d'une cour provinciale — Omission d'un juge de révéler ses antécédents judiciaires alors qu'il était candidat au poste de juge — Rapport de la Cour d'appel recommandant la révocation de la commission d'un juge — Cette sanction est-elle appropriée?

Droit criminel — Effet de l'octroi d'un pardon — Sens et portée du pardon obtenu en vertu de la Loi sur le casier judiciaire — Un pardon anéantit-il rétroactivement une condamnation? — Loi sur le casier judiciaire, S.R.C. 1970 (1er suppl.), ch. 12, art. 5.

En 1970, l'appelant est condamné à un an d'emprisonnement pour avoir illégalement fourni une aide quelconque à quatre membres du Front de libération du Québec. Après avoir purgé sa peine, il poursuit ses études de droit. De 1976 à 1996, l'appelant pratique le droit et, en 1987, à sa demande, le gouverneur général en conseil lui accorde un pardon en vertu de l'al. 5*b*) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Entre 1989 et 1996, l'appelant soumet sa candidature à cinq concours pour l'obtention d'un poste de juge. En 1991 et 1993, il révèle ses condamnations antérieures et mentionne qu'il a fait l'objet d'un pardon et sa candidature n'est pas retenue à cause de ses antécédents judiciaires. Lors du dernier concours, il ne révèle pas ses antécédents judiciaires ni même l'existence d'un pardon. En septembre 1996, suivant la recommandation favorable du comité de sélection, le ministre de la Justice recommande la nomination de l'appelant comme juge à la Cour du Québec. À la fin d'octobre, le juge en chef adjoint de la Cour du Québec

Québec and chairman of the selection committee which had recommended the appellant's candidacy learned that he had been in trouble with the law. She advised the Minister of Justice of the situation and stated that the appellant had failed to disclose this information to the committee. The Minister lodged a complaint with the Quebec Conseil de la magistrature. A committee of inquiry of the Conseil found that the complaint was justified and recommended that removal procedures be initiated. The Conseil then recommended that the Minister of Justice initiate the process to remove the appellant by making a request to the Court of Appeal in accordance with s. 95 of the *Courts of Justice Act* ("*C.J.A.*").

Concurrently with that proceeding, the appellant challenged the removal process and filed an application for judicial review in the Superior Court seeking to have the committee's inquiry report, the recommendation and the order of the Conseil de la magistrature suspending him declared void and of no effect, and seeking to have the request to the Court of Appeal dismissed. At the same time, he filed a motion for declaratory judgment challenging the constitutionality of s. 95. In response to the application and motion, the Minister of Justice filed two motions to dismiss in which he claimed that the Court of Appeal had jurisdiction to dispose of the issues in conducting the inquiry referred to it pursuant to s. 95. The Superior Court dismissed the motions to dismiss. The Minister appealed the decisions. The Court of Appeal allowed the two appeals and dismissed the application for judicial review and motion for declaratory judgment filed by the appellant. In 1998, five judges of the Court of Appeal submitted a report to the Minister of Justice following their inquiry, in which they recommended that the Government revoke the appellant's commission.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Jurisdictional Questions*

Because the requirements of s. 40(1) of the *Supreme Court Act* ("*S.C.A.*") have been met, the appellant can appeal to this Court from a report of the inquiry panel of the Court of Appeal made pursuant to s. 95 *C.J.A.*, recommending to the government that he be removed. Specifically, the report of the Court of Appeal is a final or other judgment within the meaning of ss. 2(1) and 40(1) *S.C.A.* The expressions "judgment" and "final judgment" in s. 2(1) both contrast the concept of a decision with the concept of mere opinion or advice. The jurisdiction of this Court under that provision is therefore

et présidente du comité de sélection ayant recommandé la candidature de l'appelant apprend que celui-ci a eu des démêlés avec la justice. Elle informe le ministre de la Justice de la situation et indique que l'appelant a omis de révéler ces informations au comité. Le ministre dépose une plainte auprès du Conseil de la magistrature du Québec. Un comité d'enquête du Conseil conclut au bien-fondé de la plainte et recommande d'engager des procédures de destitution. Le Conseil recommande alors au ministre de la Justice d'engager des procédures de destitution à l'endroit de l'appelant en présentant une requête en ce sens à la Cour d'appel, conformément à l'art. 95 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (« *L.T.J.* »).

Parallèlement, l'appelant conteste la procédure de destitution et présente en Cour supérieure une requête en révision judiciaire demandant de déclarer nuls et sans effet le rapport d'enquête du comité, la recommandation et l'ordonnance de suspension prononcées par le Conseil de la magistrature et demandant de déclarer irrecevable la requête présentée à la Cour d'appel. À la même occasion, il dépose une requête en jugement déclaratoire contestant la constitutionnalité de l'art. 95. Le ministre de la Justice présente à l'encontre de ces deux requêtes des requêtes en irrecevabilité alléguant que la Cour d'appel est compétente pour trancher ces questions dans le cadre de l'enquête dont elle est saisie en vertu de l'art. 95. La Cour supérieure rejette les requêtes en irrecevabilité. Le ministre en appelle des décisions. La Cour d'appel accueille les deux pourvois et déclare irrecevables les requêtes en révision judiciaire et en jugement déclaratoire présentées par l'appelant. En 1998, cinq juges de la Cour d'appel remettent un rapport fait après enquête au ministre de la Justice dans lequel ils recommandent au gouvernement de révoquer la commission de l'appelant.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

(1) *Les questions de compétence*

Puisque les conditions prévues au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* (« *L.C.S.* ») sont remplies, l'appelant peut interjeter appel devant notre Cour d'un rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel, fait en vertu de l'art. 95 *L.T.J.*, qui recommande au gouvernement sa destitution. En particulier, le rapport de la Cour d'appel constitue un jugement, définitif ou autre, au sens des par. 2(1) et 40(1) *L.C.S.* Les termes « jugement » et « jugement définitif » au par. 2(1) opposent tous deux la notion de décision à celle de la simple opinion ou consultation. La compétence de notre Cour en

connected to the fact that the subject matter of the appeal is in the nature of a decision. In these circumstances, it depends on the nature and effect of the jurisdiction exercised by the Court of Appeal in respect of judicial ethics when it conducts the proceeding set out in s. 95 *C.J.A.* A careful study of the law and its context and purpose leads to the conclusion that the report of the Court of Appeal is in the nature of a decision. Section 95 does not require that the Court of Appeal make a report of an inquiry, but a report made after inquiry. The report is a judicial report and, moreover, one made by the highest court in the province. Its purpose is not simply to assist the Minister in making a decision; rather, it is an essential condition of the proceeding that may lead to the removal of a provincially appointed judge. The aim of the report is legally to determine a situation, and the wording of s. 95 does not restrict the Court of Appeal to making recommendations. The fact that the report is judicial and in the nature of a decision is fundamental to the constitutionality of the proceeding as a whole. Having regard to the fact that the report of the Court of Appeal is substantially in the nature of a decision, this is sufficient to satisfy the definitions of "judgment" or "final judgment" in s. 40(1) *S.C.A.* and to enable this Court to review it.

The Superior Court did not have jurisdiction to consider the application for judicial review and motion for declaratory judgment made by the appellant. Under art. 31 of the *Code of Civil Procedure*, the Superior Court hears in first instance every suit not assigned to another court by a specific provision of law. Where a request is properly made to the Court of Appeal under s. 95 *C.J.A.*, it is precisely the intent of the legislature that it determine the matter to the exclusion of any other court. This interpretation is consistent with the legislature's intention of complying with the constitutional requirements regarding tenure of provincial court judges by assigning responsibility to the Court of Appeal, exclusively and in the first instance, for conducting an inquiry and making a report on the conduct of a judge. Any other conclusion would be inimical to the proper administration of justice, since it would encourage a multiplicity of proceedings before various tribunals. In the case at bar, because the Court of Appeal had before it the request made by the Minister under s. 95 *C.J.A.* before the appellant filed his application and motion in the Superior Court, the appellant's case had been properly referred to the Court of Appeal to the exclusion of any other court. The Superior Court therefore had no jurisdiction to act in the circumstances.

vertu de cette disposition est donc liée au caractère décisionnel de ce qui fait l'objet de l'appel. Dans le présent contexte, elle dépend de la nature et de la portée de la compétence exercée par la Cour d'appel en matière de déontologie judiciaire dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 95 *L.T.J.* Une étude attentive de la loi, du cadre dans lequel elle s'inscrit et de la finalité qu'elle poursuit amène à la conclusion que le rapport de la Cour d'appel a un caractère décisionnel. L'article 95 n'exige pas que la Cour d'appel remette un rapport d'enquête, mais un rapport fait après enquête. Le rapport relève du domaine judiciaire, et de surcroît, du plus haut tribunal de la province. Il n'existe pas simplement pour assister le ministre dans sa prise de décision, mais constitue une condition essentielle de la procédure pouvant mener à la destitution d'un juge de nomination provinciale. Le rapport vise la détermination juridique d'une situation et le texte de l'art. 95 ne restreint pas la Cour d'appel à la formulation de recommandations. Le caractère décisionnel et judiciaire du rapport est un élément fondamental de la constitutionnalité de l'ensemble de la procédure. Vu le caractère décisionnel important du rapport de la Cour d'appel, cela suffit pour répondre aux définitions de « jugement » ou de « jugement définitif » prévues au par. 40(1) *L.C.S.* et pour permettre à notre Cour de siéger en révision.

La Cour supérieure n'avait pas compétence pour examiner les requêtes en révision judiciaire et en jugement déclaratoire présentées par l'appelant. En vertu de l'art. 31 du *Code de procédure civile*, la Cour supérieure connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal. Or, lorsque la Cour d'appel est régulièrement saisie d'une requête en vertu de l'art. 95 *L.T.J.*, il est précisément de l'intention du législateur qu'elle le soit à l'exclusion de tout autre tribunal. Cette interprétation est conforme à la volonté du législateur de respecter les exigences constitutionnelles en matière d'inamovibilité des juges de cours provinciales en confiant à la Cour d'appel, exclusivement et en première instance, la responsabilité de faire enquête et d'émettre un rapport sur la conduite d'un juge. Conclure autrement irait à l'encontre d'une saine administration de la justice, puisque cela favoriserait la multiplication des recours devant différentes instances. En l'espèce, puisque la Cour d'appel a été saisie de la requête déposée par le ministre conformément à l'art. 95 *L.T.J.* avant que l'appelant ne dépose ses deux requêtes en Cour supérieure, la Cour d'appel était régulièrement saisie du dossier de l'appelant à l'exclusion de tout autre tribunal. La Cour supérieure était donc incompétente pour agir dans ces circonstances.

The Conseil de la magistrature had jurisdiction to review the appellant's conduct even though the ethical breach occurred before he was appointed. The Conseil had jurisdiction over the person who was the subject of the complaint and over the subject matter of the complaint. Whether or not the appellant's actions were prior to his appointment is not relevant under the *C.J.A.* In the interests of judicial independence, it is also important that discipline be dealt with in the first place by peers. The committee of inquiry of the Conseil is responsible for preserving the integrity of the whole of the judiciary. Accordingly, it must be able to examine the past conduct of a judge if, as in this case, it is relevant to the assessment of his candidacy, having regard to his capacity to carry out his judicial functions, and to determine, based on that, whether it may reasonably undermine public confidence in the incumbent of the office. In conclusion on this point, the process of selecting persons for appointment as judges is so closely related to the exercise of the judicial function that it cannot be dissociated from it.

Le Conseil de la magistrature avait compétence pour examiner la conduite de l'appelant même si le manquement déontologique est survenu avant sa nomination. Le Conseil avait compétence sur la personne visée par la plainte et sur l'objet de la plainte. Que les gestes de l'appelant soient antérieurs à sa nomination n'est pas un critère pertinent au sens de la *L.T.J.* Au nom de l'indépendance judiciaire, il importe aussi que la discipline relève au premier chef des pairs. Le comité d'enquête du Conseil a la responsabilité de veiller à l'intégrité de l'ensemble de la magistrature. En ce sens, il doit pouvoir examiner la conduite passée d'un juge si, comme en l'espèce, celle-ci est pertinente à l'appréciation de sa candidature eu égard à sa capacité d'exercer ses fonctions judiciaires et pour décider si, en conséquence, elle peut raisonnablement porter atteinte à la confiance du public envers le titulaire de la charge. Enfin, le processus de sélection des personnes aptes à être nommées juges est si intimement lié à l'exercice même de la fonction judiciaire qu'il ne saurait en être dissocié.

(2) *Constitutional Questions*

Section 95 *C.J.A.* is constitutional. The removal of a judge of a provincial court without an address of the legislature is not contrary to the principle of judicial independence embodied in the preamble to the *Constitution Act, 1867*. Regarding security of tenure, it does not afford greater protection to judges of the Provincial Court than s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in criminal matters. The functions of the judge are essentially the same whether or not the judge is hearing criminal matters. Requiring that the removal of a provincial court judge follow the procedure of an address of the legislature, as provided by s. 99 of the *Constitution Act, 1867* for superior court judges, may indeed be an ideal, but that procedure is not necessary in order to comply with the Constitution. Furthermore, the jurisdiction of provincial legislatures over provincial courts derives expressly from s. 92(14) and (4) of the *Constitution Act, 1867*. In exercising their jurisdiction, and within the limitations of the constitutional requirements, provincial legislatures are authorized to establish separate rules for the functioning of the various judicial councils they establish. Lastly, although the government makes the final decision regarding removal, it "may remove a judge only upon a report of the Court of Appeal" (s. 95 *C.J.A.*). The use of that wording indicates a real intention on the part of the legislature that the Executive be bound by a finding of the Court of Appeal exonerating a judge. Because the Executive is bound by a finding exonerating a judge, the judges of

(2) *Les questions constitutionnelles*

L'article 95 *L.T.J.* est constitutionnel. La destitution d'un juge d'une cour provinciale sans adresse parlementaire n'est pas contraire au principe de l'indépendance judiciaire enchâssé dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En matière d'inamovibilité dans un contexte autre que pénal, le préambule n'offre pas une protection supérieure aux juges de la Cour provinciale que l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en matière pénale. Les fonctions du juge sont essentiellement les mêmes qu'il siège en matière pénale ou non. L'assujettissement de la destitution d'un juge d'une cour provinciale à la procédure d'une adresse parlementaire, comme le prévoit l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour les juges des cours supérieures, peut certes constituer un idéal, mais cette procédure n'est pas nécessaire pour se conformer à la Constitution. Par ailleurs, la compétence des législatures provinciales sur les cours provinciales découle expressément des par. 92(14) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans l'exercice de leurs compétences et dans les limites des exigences constitutionnelles, les législatures provinciales sont autorisées à établir des règles de fonctionnement distinctes pour les différents conseils de la magistrature qu'elles mettent sur pied. Enfin, bien que le gouvernement soit le titulaire de la décision finale en matière de destitution, il « ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel » (art. 95 *L.T.J.*). L'emploi d'une telle formulation indique une volonté réelle du législateur que le pouvoir exécutif soit lié par

the Provincial Court are secure against any discretionary interference by the Executive. Section 95 is consistent with the requirements of judicial independence.

une conclusion d'exonération prononcée par la Cour d'appel. Puisque le pouvoir exécutif est lié par une conclusion d'exonération, les juges de la Cour provinciale sont à l'abri de toute intervention discrétionnaire de la part de l'exécutif. L'article 95 est conforme aux exigences de l'indépendance judiciaire.

(3) *Substantive Issues*

The Conseil de la magistrature and its committee of inquiry are subject to the rules of procedural fairness. Essentially, the duty to act fairly has two components: the right to be heard and the right to an impartial hearing. The nature and extent of the duty may vary with the specific context and the various fact situations dealt with by the administrative body, as well as the nature of the disputes it must resolve. In this case, the right to be heard was respected. First, the appellant had sufficient notice. The committee of inquiry of the Conseil de la magistrature did not hold a general inquiry; it examined a specific complaint made against a particular judge. That judge was therefore a party to the proceedings from the outset and was informed of the allegations made against him. In this case, the appellant received a copy of the complaint in accordance with s. 266 *C.J.A.* and the respondents filed a further pleading in which they detailed the subject matter of the complaint. In the circumstances, the appellant was well aware of all of the findings of misconduct that might be made against him in the final report. Second, having regard to s. 275 *C.J.A.*, which authorizes the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature to make rules of procedure or practice that are necessary for the carrying out of its duties, the committee was fully justified, out of concern for efficiency, in refusing to hold a separate hearing on the question of sanctions. The committee made a genuine effort to allow the appellant to make representations by twice giving him an opportunity to be heard on the question of the various applicable sanctions.

(3) *Les questions de fond*

Le Conseil de la magistrature et son comité d'enquête sont assujettis aux règles de l'équité procédurale. L'obligation d'agir équitablement comporte essentiellement deux volets, soit le droit d'être entendu et le droit à une audition impartiale. La nature et la portée de cette obligation peuvent varier en fonction du contexte particulier et des différentes réalités auxquelles l'organisme administratif est confronté, ainsi que de la nature des litiges qu'il est appelé à trancher. En l'espèce, le droit d'être entendu a été respecté. Premièrement, l'appelant a bénéficié d'un préavis suffisant. Le comité d'enquête du Conseil de la magistrature ne tient pas une enquête en général, mais il étudie une plainte précise portée à l'encontre d'un juge en particulier. Ce juge est donc partie prenante dès le début des procédures et est informé de ce qui lui est reproché. Dans la présente affaire, l'appelant a reçu une copie de la plainte conformément à l'art. 266 *L.T.J.* et les intimées ont déposé une procédure supplémentaire qui en précisait l'objet. Dans ce contexte, l'appelant connaissait très bien l'ensemble des conclusions d'inconduite susceptibles d'être tirées contre lui dans le rapport final. Deuxièmement, vu l'art. 275 *L.T.J.*, qui permet au comité d'enquête du Conseil de la magistrature d'adopter les règles de procédure ou de pratique qu'il juge convenir aux circonstances de son enquête, le comité était pleinement justifié, dans un souci d'efficacité, de refuser la tenue d'une audience supplémentaire et distincte pour les sanctions. Le comité a fait un effort réel pour permettre à l'appelant de présenter son point de vue en lui fournissant, et ce, à deux reprises, l'occasion de se faire entendre sur les différentes sanctions applicables.

The right to an impartial hearing was also respected. Although the Conseil de la magistrature does not exercise its decision-making authority itself since it is bound by the conclusions drawn by the committee, decision-making structures of the Conseil and its committee do not violate the maxim *delegatus non potest delegare*. The terms used in the *C.J.A.* are mandatory and reflect a clear intent on the part of the legislature to authorize delegation of the powers of inquiry and decision regarding the justification for a complaint to a committee consisting of five persons chosen from among the members

Le droit à une audition impartiale a également été respecté. Bien que le Conseil de la magistrature n'exerce pas lui-même son pouvoir décisionnel puisqu'il est lié par les conclusions tirées par le comité, la structure décisionnelle du Conseil et de son comité ne viole pas la maxime *delegatus non potest delegare*. Les termes utilisés par la *L.T.J.* sont impératifs et reflètent une intention claire du législateur d'autoriser la délégation des pouvoirs d'enquête et de décision sur le bien-fondé d'une plainte à un comité formé de cinq personnes choisies parmi les membres du Conseil (art. 268, 278 et 279).

of the Conseil (ss. 268, 278 and 279). Even though 4 of the 15 members of the Conseil de la magistrature are not judges, the presence of persons who are not members of the judiciary at a preliminary stage of the disciplinary process does not violate the collective or institutional dimension of the structural principle of judicial independence in that only a body composed of judges may recommend the removal of a judge. The report and recommendations made by a committee of inquiry of the Conseil are merely the first stage of the process put in place by the *C.J.A.* The final recommendation to remove a provincial court judge is within the exclusive jurisdiction of the highest court in the province. In these circumstances, the composition of the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature complies with the structural principle of judicial independence and the rules of procedural fairness. Lastly, the functioning of the committee of inquiry does not raise a reasonable apprehension of institutional bias. Counsel for the committee does not play the role of judge and party. The committee's purpose is to gather the facts and evidence in order, ultimately, to make a recommendation to the Conseil de la magistrature. When he examined and cross-examined witnesses, counsel was not acting as a prosecutor, but rather was providing the committee with assistance in carrying out the mandate assigned to it by the statute. Where there are no judge or parties, counsel for the committee cannot be in a conflict of interest. Because the committee's recommendation is not final with respect to the outcome of the disciplinary process, the role played by the independent counsel neither violates procedural fairness nor raises a reasonable apprehension of bias in a large number of cases in the mind of an informed person viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through.

Même si 4 des 15 membres du Conseil de la magistrature ne sont pas des juges, la présence de personnes non membres de la magistrature au stade préliminaire du processus disciplinaire ne porte pas atteinte à la dimension collective ou institutionnelle du principe structurel de l'indépendance judiciaire en ce que seul un organisme composé de juges peut recommander la révocation d'un juge. Le rapport ainsi que les recommandations formulées par le comité d'enquête du Conseil ne constituent que la première étape du processus mis en place par la *L.T.J.* La recommandation définitive de destitution d'un juge d'une cour provinciale est exclusivement réservée au plus haut tribunal de la province. Dans ce contexte, la composition du comité d'enquête du Conseil de la magistrature est conforme au principe structurel de l'indépendance judiciaire et aux règles de l'équité procédurale. Enfin, le fonctionnement du comité d'enquête ne soulève pas une crainte raisonnable de partialité institutionnelle. Le procureur du comité ne joue pas le rôle de juge et partie. Le but recherché par le comité est de recueillir les faits et les éléments de preuve afin de formuler ultimement une recommandation au Conseil de la magistrature. En interrogeant et contre-interrogeant les témoins, le procureur n'agit pas comme un poursuivant, mais fournit une aide au comité dans l'accomplissement du mandat qui lui est confié par la loi. En l'absence de juge et de parties, le procureur du comité ne peut être en conflit d'intérêts. Puisque la recommandation du comité n'est pas définitive quant à l'issue du processus disciplinaire, le rôle joué par le procureur indépendant ne saurait porter atteinte à l'équité procédurale, ni soulever une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas chez une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur de façon réaliste et pratique.

The pardon granted to the appellant under the *Criminal Records Act* did not mean that he could deny his criminal record and answer "no" to the question regarding his "trouble with the law", which the selection committee asks people qualified for appointment as judges. An objective analysis of the Act does not support the argument that the pardon retroactively wipes out his conviction. While a pardon does not make the past go away, it expunges consequences for the future. The integrity of the pardoned person is restored and he or she need not suffer the effects associated with the conviction in an arbitrary or discriminatory manner. Even if the opinion subjectively formed by the appellant had to be considered, the Court of Appeal held that the appellant's record contained sufficient evidence tending to

Le pardon obtenu par l'appelant conformément à la *Loi sur le casier judiciaire* ne l'autorisait pas à nier son dossier judiciaire et à répondre négativement à la question portant sur ses « démêlés avec la justice » posée par le comité de sélection des personnes aptes à être nommées juges. Une analyse objective de cette loi ne permet pas de soutenir que le pardon anéantit rétroactivement sa condamnation. Sans faire disparaître le passé, le pardon en efface les conséquences pour l'avenir. L'intégrité de la personne réhabilitée est rétablie et elle ne doit pas subir les effets liés à sa condamnation de façon arbitraire ou discriminatoire. Même si l'on devait considérer l'opinion que s'est subjectivement formée l'appelant, la Cour d'appel a jugé que le dossier de l'appelant contenait suffisamment d'éléments de preuve tendant à démontrer

establish that he was aware of the meaning and effect of the Act and that he deliberately subjectively ignored them.

The decision by the Minister of Justice to lodge an ethics complaint against the appellant was based primarily, perhaps exclusively, on the appellant's failure to disclose to the members of the selection committee that he had been in trouble with the law. Even though that decision was based in part on the existence of a criminal record, it did not infringe the appellant's equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter*. Although there was differential treatment between the appellant and others who did not have a criminal history, and assuming, but without deciding the issue, that a criminal record is an analogous ground of discrimination for the purposes of s. 15(1), the Minister's decision cannot be regarded as discriminatory when we consider the relevant contextual factors. The Minister took into account the appellant's situation as a whole, as well as the situation of people who come before the court and are entitled to the highest degree of integrity, impartiality and independence on the part of the members of the judiciary in whom they place their confidence.

The appellant could have been asked the question about being in trouble with the law by the members of the selection committee without infringing the provisions of the *Quebec Charter*. Section 18.1 provides that no one may, in an employment interview, require a person to give information regarding any ground mentioned in s. 10 unless the information is useful for the application of s. 20. It is uncertain whether judicial office is included in the expression "employment" in s. 18.1 and a criminal record, even one for which a pardon has been granted, is not included in the grounds listed in s. 10. Even if the information related to one of the grounds listed in s. 10, the question would still be permitted in the selection process for persons qualified for appointment as judges since the distinction is based on the aptitudes or qualifications required for judicial office, which is deemed non-discriminatory by s. 20 of the *Quebec Charter*. The existence of a police file containing information relating to the appellant's criminal record is a supplementary source of information, but it cannot replace the selection committee and did not justify the appellant in not answering the question asked by the committee.

qu'il connaissait le sens et la portée de la loi et qu'il les a subjectivement ignorés.

La décision du ministre de la Justice de déposer une plainte déontologique contre l'appelant repose principalement, voire exclusivement, sur son omission de révéler l'existence de ses démêlés avec la justice aux membres du comité de sélection. Même si cette décision était fondée en partie sur la présence d'antécédents judiciaires, elle ne porterait pas atteinte au droit à l'égalité de l'appelant garanti par le par. 15(1) de la *Charte canadienne*. Bien qu'il ait subi une différence de traitement par rapport à d'autres personnes qui n'ont pas de passé pénal, et en tenant pour acquis, sans toutefois en décider, que les antécédents judiciaires constituent un motif de discrimination analogue au sens du par. 15(1), la décision du ministre ne peut être considérée discriminatoire à la lumière des facteurs contextuels pertinents. Le ministre a pris en considération l'ensemble de la situation de l'appelant ainsi que celle des justiciables qui sont en droit d'obtenir la plus grande intégrité, impartialité et indépendance de la part des membres de la magistrature envers lesquels ils accordent leur confiance.

La question des démêlés avec la justice pouvait être posée à l'appelant par les membres du comité de sélection et ce, sans porter atteinte aux dispositions de la *Charte québécoise*. L'article 18.1 prévoit que nul ne peut, lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'art. 10, sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'art. 20. Il n'est pas certain que la fonction judiciaire soit visée par le terme « emploi » prévu à l'art. 18.1 et les antécédents judiciaires, même pardonnés, ne font pas partie des motifs énumérés à l'art. 10. Même si l'information portait sur l'un des motifs prévus à l'art. 10, la question serait toujours permise dans le cadre d'un processus de sélection des personnes aptes à être nommées juges puisqu'il s'agit d'une distinction fondée sur les aptitudes ou les qualités requises par la fonction judiciaire laquelle est réputée non discriminatoire en vertu de l'art. 20 de la *Charte québécoise*. L'existence d'un dossier des forces policières contenant des renseignements relatifs aux antécédents judiciaires de l'appelant constitue un moyen d'information complémentaire, mais il ne saurait remplacer le comité de sélection et ne permettait pas à l'appelant de ne pas répondre à la question posée par le comité.

Section 18.2 of the *Quebec Charter*, which provides that no one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence, cannot prevent the appellant from being removed. A careful examination of the conditions that must be met if that section is to apply clearly indicates that this provision does not apply to members of the judiciary. Judicial office is not an employment within the meaning of s. 18.2, by reason of the history of the judiciary and the nature, characteristics and requirements of the office. As well, the recommendations made by the Conseil de la magistrature and the Court of Appeal were not made owing to the mere fact that the appellant had been convicted of a criminal offence; rather, they were made solely because he had failed to disclose his criminal record to the selection committee. Lastly, the legislature, which was concerned about preserving the independence, impartiality and integrity of the judiciary, cannot have intended to deprive the government of its discretion to refuse to vest judicial authority in candidates whose past would be likely to undermine public confidence in its justice system.

Revocation of the appellant's commission is the appropriate sanction. The public's confidence in its justice system, which every judge must strive to preserve, is at the very heart of this case. The Court of Appeal made a thorough study and a balanced assessment of the appellant's situation and focused its decision on upholding the integrity of the judicial office. In the circumstances, and since it is the judicial forum appointed by the legislature to make determinations concerning the conduct of a judge, and a recommendation for removal in this case would not amount to arbitrary interference by the Executive in the exercise of the judicial function, the sanction that the Court of Appeal chose to impose should not be reviewed. The appellant's failure to be candid and to disclose relevant information when he was a candidate for the office of judge sufficiently undermined public confidence that he was incapable of performing the duties of his office.

Cases Cited

Applied: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; **distinguished:** *Thomson v. Canada (Deputy Minister of*

Quant à l'art. 18.2 de la *Charte québécoise* qui prévoit que nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon, il ne peut empêcher la révocation de l'appelant. Un examen attentif des conditions d'application de cet article indique clairement que cette disposition est inapplicable aux membres de la magistrature. La fonction de juge ne constitue pas un emploi au sens de l'art. 18.2 et ce, en raison de l'histoire de la magistrature, la nature, les caractéristiques et les exigences de la fonction. De plus, les recommandations formulées par le Conseil de la magistrature et la Cour d'appel ne l'ont pas été du seul fait que l'appelant a été déclaré coupable d'une infraction criminelle, mais exclusivement parce que celui-ci a omis de révéler ses antécédents judiciaires au comité de sélection. Enfin, le législateur, ayant le souci de préserver l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité des membres de la magistrature, ne peut avoir voulu priver le gouvernement du pouvoir discrétionnaire de refuser de confier des pouvoirs judiciaires à certains candidats dont le passé serait susceptible d'ébranler la confiance que porte le public dans son système de justice.

La révocation de la commission de l'appelant est la sanction appropriée. La confiance que porte le public envers son système de justice et que chaque juge doit s'efforcer de préserver est au cœur du présent litige. La Cour d'appel a fait une étude approfondie et une appréciation nuancée de la situation de l'appelant et elle a centré sa décision sur le maintien de l'intégrité de la fonction judiciaire. Dans ces circonstances, et eu égard aux faits qu'elle constitue le forum judiciaire désigné par le législateur pour se prononcer sur la conduite d'un juge et qu'une recommandation de destitution ne saurait équivaloir à une intervention arbitraire de l'exécutif dans l'exercice de la fonction judiciaire, il n'y a pas lieu de revenir sur le choix de la sanction imposée par la Cour d'appel. Le manque de transparence et l'omission de l'appelant à révéler des informations pertinentes alors qu'il était candidat au poste de juge a suffisamment ébranlé la confiance de la population pour le rendre incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; **distinction d'avec les arrêts :** *Thomson c. Canada*

Agriculture), [1992] 1 S.C.R. 385; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Kelly*, [2001] 1 S.C.R. 741, 2001 SCC 25; *Thomas v. The Queen*, [1980] A.C. 125; **considered:** *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; **referred to:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *Lady Davis v. Royal Trust Co.*, [1932] S.C.R. 203; *Wartime Housing Ltd. v. Madden*, [1945] S.C.R. 169; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597; *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Maurice v. Priel*, [1989] 1 S.C.R. 1023; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Peralta v. Ontario*, [1988] 2 S.C.R. 1045, aff'g (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269; *Reference re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Commission des droits de la personne du Québec v. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292.

Statutes and Regulations Cited

Act of Settlement, 12 & 13 Will. 3, c. 2.
An Act to amend the Courts of Justice Act, S.Q. 1941, c. 50, s. 2.
An Act to amend the Criminal Records Act and to amend another Act in consequence, S.C. 2000, c. 1, s. 4.

(Sous-ministre de l'Agriculture), [1992] 1 R.C.S. 385; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Kelly*, [2001] 1 R.C.S. 741, 2001 CSC 25; *Thomas c. The Queen*, [1980] A.C. 125; **arrêts examinés :** *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; **arrêts mentionnés :** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *Lady Davis c. Royal Trust Co.*, [1932] R.C.S. 203; *Wartime Housing Ltd. c. Madden*, [1945] R.C.S. 169; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Maurice c. Priel*, [1989] 1 R.C.S. 1023; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045, conf. (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292.

Lois et règlements cités

Act of Settlement, 12 & 13 Will. 3, ch. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11, 15.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 4, 5, 10 [mod. 1982, ch. 61, art. 3], 18.1 [*idem*, art. 5], 18.2 [*idem*; mod. 1990, ch. 4, art. 133],

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11,15.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 4, 5, 10 [am. 1982, c. 61, s. 3], 18.1 [*idem*, s. 5], 18.2 [*idem*; am. 1990, c. 4, s. 133], 20 [am. 1982, c. 61, s. 6; am. 1996, c. 10, s. 1].
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, ss. 25, 31, 33 [am. 1992, c. 57, s. 179], 46.
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 92(4), (14), 96 to 100, 99.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 51.8.
Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 9 [am. 1988, c. 21, s. 12], 10, 86, 95 [am. 1988, c. 21, s. 30], 96, 248, 256 [am. 1988, c. 21, s. 56], 260, 262 [am. 1980, c. 11, s. 99; am. 1988, c. 21, s. 57; am. 1988, c. 74, s. 8; am. 1989, c. 52, s. 138], 263 [am. 1988, c. 21, s. 58], 266, 268 [*idem*, s. 60; am. 1990, c. 44, s. 24], 269, 272, 275, 277, 278, 279 [am. 1980, c. 11, s. 101; am. 1988, c. 21, s. 62; c. 74, s. 9], 281.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 690, 748, 748.1, 749.
Criminal Records Act, R.S.C. 1970, c. 12 (1st Supp.), s. 5.
Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47, ss. 5, 6, 7, 8.
Inquiries Act, R.S.C. 1985, c. I-11, s. 6.
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 57.
Judges of the Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238, s. 6(4).
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, ss. 32.6(2)(*h*), 32.7(2), 32.91.
Judicial Code of Ethics, R.R.Q. 1981, c. T-16, r. 4.1, ss. 2, 4, 5, 10.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26, ss. 45 [am. 1994, c. 40, s. 40], 116 [*idem*, s. 103].
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 379, ss. 28(1), 29.
Provincial Court Act, R.S.M. 1987, c. C275, ss. 39.1(1)(*h*), 39.4.
Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21, ss. 6.11(4)(*d*), 6.11(8).
Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 10(7).
Provincial Court Act, 1991, S.N. 1991, c. 15, ss. 22, 23.
Provincial Court Act, 1998, S.S. 1998, c. P-30.11, ss. 62(2)(*a*), 62(7).
Public Order Regulations, 1970, SOR/70-444, ss. 3, 4(*c*), 5.
Regulation respecting the procedure for the selection of persons apt for appointment as judges, R.R.Q. 1981, c. T-16, r. 5, ss. 7, 18.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 2(1) "judgment", "final judgment", 40(1) [am. 1990, c. 8, s. 37], 53.
Territorial Court Act, R.S.N.W.T. 1988, c. T-2, s. 31.8.
20 [mod. 1982, ch. 61, art. 6; mod. 1996, ch. 10, art. 1].
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 690, 748, 748.1, 749.
Code de déontologie de la magistrature, R.R.Q. 1981, ch. T-16, r. 4.1, art. 2, 4, 5, 10.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 25, 31, 33 [mod. 1992, ch. 57, art. 179], 46 [*idem*, art. 422].
Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 45 [mod. 1994, ch. 40, art. 40], 116 [*idem*, art. 103].
Judges of the Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, ch. 238, art. 6(4).
Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 32.6(2)*h*), 32.7(2), 32.91.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 92(4), (14), 96 à 100, 99.
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 57.
Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires, S.Q. 1941, ch. 50, art. 2.
Loi modifiant la Loi sur le casier judiciaire et une autre loi en conséquence, L.C. 2000, ch. 1, art. 4.
Loi sur la Cour provinciale, L.R.M. 1987, ch. C275, art. 39.1(1)*h*), 39.4.
Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, art. 6.11(4)*d*), 6.11(8).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2(1) « jugement », « jugement définitif », 40(1) [mod. 1990, ch. 8, art. 37], 53.
Loi sur la Cour territoriale, L.R.T.N.-O. 1988, ch. T-2, art. 31.8.
Loi sur la Cour territoriale, L.Y. 1998, ch. 26, art. 49(3)*d*), 50(2).
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, ch. C-47, art. 5, 6, 7, 8.
Loi sur le casier judiciaire, S.R.C. 1970, ch. 12 (1er suppl.), art. 5.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. 1985, ch. I-11, art. 6.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1, art. 36(1).
Loi sur les mesures de guerre, S.R.C. 1952, ch. 288.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 51.8.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16 art. 9 [mod. 1988, ch. 21, art. 12; mod. 1995, ch. 42, art. 3, 46], 10 [mod. 1995, ch. 42, art. 4], 86, 95 [mod. 1988, ch. 21, art. 30], 96, 248, 256 [mod. 1988, ch. 21, art. 56], 260, 262 [mod. 1980, ch. 11, art. 99; mod. 1988, ch. 21, art. 57; mod. 1988, ch. 74, art. 8; mod. 1989, ch. 52, art. 138], 263 [mod. 1988, ch. 21, art. 58], 266, 268 [*idem*, art. 60; mod. 1990, ch. 44, art. 24], 269, 272, 275, 277, 278, 279 [mod. 1980, ch. 11, art. 101; mod. 1988, ch. 21, art. 62; ch. 74, art. 9], 281.

Territorial Court Act, S.Y. 1998, c. 26, ss. 49(3)(*d*), 50(2).
War Measures Act, R.S.C. 1952, c. 288.
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 36(1).

Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, ch. 379, art. 28(1), 29.
Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 10(7).
Provincial Court Act, 1991, S.N. 1991, ch. 15, art. 22, 23.
Provincial Court Act, 1998, S.S. 1998, ch. P-30.11, art. 62(2)*a*), 62(7).
Règlement de 1970 concernant l'ordre public, DORS/70-444, art. 3, 4*c*), 5.
Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges, R.R.Q. 1981, ch. T-16, r. 5, art. 7, 18.

Authors Cited

Beetz, Jean. Présentation du premier conférencier de la Conférence du 10e anniversaire de l'Institut canadien d'administration de la justice, propos recueillis dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal: Thémis, 1995.

Brunelle, Christian. "La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif" (1995), 29 *R.J.T.* 313.

Canada. *Proposal for Reform of the Criminal Records Act* — Explanatory document by the Solicitor General of Canada, Recommendation No. 7. Ottawa: Solicitor General of Canada, July 20, 1991.

Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1998.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Dumont, Hélène. "Le casier judiciaire: criminel un jour, criminel toujours?", in Les Journées Maximilien-Caron 1995, *Le respect de la vie privée dans l'entreprise: de l'affirmation à l'exercice d'un droit*. Montréal: Université de Montréal, 1996.

Dumont, Hélène. *Pénologie — Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*. Montréal: Thémis, 1993.

Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Report prepared for the Canadian Judicial Council, 1995.

Gall, Gerald L. *The Canadian Legal System*. Toronto: Carswell, 1977.

Glenn, H. Patrick. "Indépendance et déontologie judiciaires" (1995), 55 *R. du B.* 295.

Morissette, Yves-Marie. "Figure actuelle du juge dans la cité" (1999), 30 *R.D.U.S.* 1.

Nadin-Davis, R. Paul. "Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How Not to Expunge Criminal Convictions" (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221.

Doctrine citée

Beetz, Jean. Présentation du premier conférencier de la Conférence du 10e anniversaire de l'Institut canadien d'administration de la justice, propos recueillis dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal : Thémis, 1995.

Brunelle, Christian. « La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif » (1995), 29 *R.J.T.* 313.

Canada. *Proposition de réforme de la Loi sur le casier judiciaire* — Document explicatif du Solliciteur général du Canada, Recommandation nº 7. Ottawa : Solliciteur général du Canada, 20 juillet 1991.

Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1998.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.

Dumont, Hélène. « Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours? », dans Les Journées Maximilien-Caron 1995, *Le respect de la vie privée dans l'entreprise : de l'affirmation à l'exercice d'un droit*. Montréal : Université de Montréal, 1996.

Dumont, Hélène. *Pénologie — Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*. Montréal : Thémis, 1993.

Friedland, Martin L. *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa : Rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, 1995.

Gall, Gerald L. *The Canadian Legal System*. Toronto : Carswell, 1977.

Glenn, H. Patrick. « Indépendance et déontologie judiciaires » (1995), 55 *R. du B.* 295.

Morissette, Yves-Marie. « Figure actuelle du juge dans la cité » (1999), 30 *R.D.U.S.* 1.

Ouellette, Yves. *Les tribunaux administratifs au Canada: Procédure et preuve.* Montréal: Thémis, 1997.

Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. XIX. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Quebec. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Lignes directrices pour l'application de l'article 18.2*, 12 mai 1988.

Russell, Peter H. *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government.* Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987.

Singleton, Thomas J. "La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 456.

Nadin-Davis, R. Paul. « Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How Not to Expunge Criminal Convictions » (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221.

Ouellette, Yves. *Les tribunaux administratifs au Canada : Procédure et preuve.* Montréal : Thémis, 1997.

Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. XIX. Oxford : Clarendon Press, 1989.

Québec. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Lignes directrices pour l'application de l'article 18.2*, 12 mai 1988.

Russell, Peter H. *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government.* Toronto : McGraw-Hill Ryerson, 1987.

Singleton, Thomas J. « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens » (1993), 72 *R. du B. can.* 456.

APPEAL from a report of the inquiry panel of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 2956, 21 C.R. (5th) 296, [1998] Q.J. No. 3105 (QL), recommending the removal of a judge of the Court of Québec, and from a decision of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 1392, [1998] Q.J. No. 1666 (QL), setting aside judgments of the Superior Court, [1998] Q.J. No. 180 (QL), J.E. 98-433, dismissing motions to dismiss applications for judicial review and for declaratory judgment. Appeal dismissed.

POURVOI contre un rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 2956, 21 C.R. (5th) 296, [1998] A.Q. nº 3105 (QL), recommandant la révocation de la commission d'un juge de la Cour du Québec, et contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 1392, [1998] A.Q. nº 1666 (QL), infirmant les jugements de la Cour supérieure, [1998] A.Q. nº 180 (QL), J.E. 98-433, qui ont rejeté des requêtes en irrecevabilité à l'encontre de requêtes en révision judiciaire et en jugement déclaratoire. Pourvoi rejeté.

Jean-Claude Hébert, *Sophie Bourque* and *Christian Brunelle*, for the appellant.

Jean-Claude Hébert, *Sophie Bourque* et *Christian Brunelle*, pour l'appelant.

Benoît Belleau, *Robert Mongeon* and *Monique Rousseau*, for the respondents.

Benoît Belleau, *Robert Mongeon* et *Monique Rousseau*, pour les intimées.

Lori Sterling and *Sean Hanley*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Lori Sterling et *Sean Hanley*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Cedric L. Haines, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Cedric L. Haines, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Julius H. Grey and *Elisabeth Goodwin*, for the interveners the Office des droits des détenus and the Association des services de réhabilitation sociale du Québec.

Julius H. Grey et *Elisabeth Goodwin*, pour les intervenants l'Office des droits des détenus et l'Association des services de réhabilitation sociale du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

This appeal raises very important and for the most part novel questions. They are essentially of three types. First, it addresses questions concerning the jurisdiction of this Court and the courts below in relation to the disciplinary procedure for provincially appointed judges put in place by the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16 ("*C.J.A.*"). Second, it challenges the constitutionality of s. 95 *C.J.A.* as regards the principle of the independence of the judiciary. Finally, it raises three sets of allegations relating to compliance with the rules of procedural fairness by the Conseil de la magistrature of Quebec and its committee of inquiry, the application of certain provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*") and the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*") that protect a person who has been pardoned, and the fitness of the sanction imposed on the appellant in the present proceedings.

II. Facts

In October 1970, Quebec was shaken by a serious political crisis. Richard Therrien was then a minor and a first-year law student in the Université de Montréal law faculty. He lived close to the faculty in his sister Colette's apartment on Queen Mary Road. Neither the brother nor the sister was at that time formally a member of the Front de libération du Québec ("F.L.Q."), an association declared to be unlawful by s. 3 of the *Public Order Regulations, 1970*, SOR/70-444, enacted under the *War Measures Act*, R.S.C. 1952, c. 288. Richard Therrien's sister was, however, a friend of Jacques Rose. From October 17 to November 6, 1970, Paul Rose, Jacques Rose, Francis Simard and Bernard Lortie, the four F.L.Q. members associated with the kidnapping of the minister Pierre Laporte, hid in that apartment. Richard Therrien's involvement

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève des questions fort importantes et, pour la plupart, inédites. Elles sont essentiellement de trois ordres. D'abord, il pose des questions de compétence de notre Cour et des cours inférieures dans le cadre de la procédure disciplinaire des juges de nomination provinciale, mise en place par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16 (« *L.T.J.* »). Ensuite, il met à l'épreuve la constitutionnalité de l'art. 95 *L.T.J.* en regard du principe de l'indépendance de la magistrature. Finalement, il soulève trois séries de moyens d'appel concernant le respect des règles de l'équité procédurale par le Conseil de la magistrature du Québec et son comité d'enquête, l'application de certaines dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») et de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* ») conférant une protection à une personne ayant fait l'objet d'un pardon, et le caractère approprié de la sanction imposée à l'appelant dans le cadre des présentes procédures. 1

II. Les faits

Octobre 1970, le Québec est secoué par une importante crise politique. À cette époque, Richard Therrien est mineur et étudiant en première année de droit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il réside à proximité de la Faculté dans l'appartement de sa sœur Colette, rue Queen Mary. Ni l'un ni l'autre n'est alors membre en règle du Front de libération du Québec (« F.L.Q. »), une association déclarée illégale par l'art. 3 du *Règlement de 1970 concernant l'ordre public*, DORS/70-444, adopté sous l'empire de la *Loi sur les mesures de guerre*, S.R.C. 1952, ch. 288. La sœur de Richard Therrien est toutefois une amie de Jacques Rose. Entre le 17 octobre et le 6 novembre 1970, Paul Rose, Jacques Rose, Francis Simard et Bernard Lortie, les quatre membres du F.L.Q. associés à l'enlèvement du ministre Pierre Laporte, 2

in these events was quite minor: he stayed in the apartment with them for only a few nights, preferring to keep his distance. At one point, he went to get materials so that they could build a hideout, and at another time he mailed three letters at the request of one of these persons.

3 On November 26, 1970, Richard Therrien was charged with illegally and unlawfully giving assistance to these four individuals with intent thereby to prevent, hinder and interfere with their apprehension, trial or punishment, knowing or having reasonable cause to believe that they were members of the unlawful association, contrary to s. 5 of the *Public Order Regulations, 1970*. He was also charged with communicating statements on behalf of the said association, contrary to s. 4(*c*) of the Regulations. On April 14, 1971, he pleaded guilty and on the following day Judge Antonio Lamer, then of the Superior Court (Criminal Division), sentenced him to imprisonment for one year.

4 After serving his sentence, Richard Therrien continued his legal studies and received his licence. In the spring of 1974, the examining committee of the Barreau du Québec, which was established to consider the appellant's candidacy in view of the fact that he had a criminal record, recommended that he be admitted to the professional school of the Barreau. His name was first entered on the Roll of the order on January 26, 1976. From 1976 to 1996, he practised law in various provincial legal aid offices in a competent and dignified manner, thus winning the respect of his colleagues and members of the bench.

5 On August 20, 1987, on the appellant's application, the Governor in Council granted him a pardon pursuant to s. 5(*b*) of the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1970, c. 12 (1st Supp.). The document he received stated that it is evidence that he was of good behaviour and that the conviction in respect of which it is granted should no longer reflect adversely on his character. It also stated that the pardon granted vacates the conviction and removes any disqualification to which the person so con-

se réfugient dans cet appartement. La participation de Richard Therrien à ces événements n'est que bien secondaire : il demeure seulement quelques nuits avec eux dans le logement préférant se tenir à l'écart. À un moment, il va chercher des matériaux pour leur permettre de se construire une cachette et, à un autre moment, il met trois lettres à la poste à la demande de l'un d'entre eux.

Le 26 novembre 1970, Richard Therrien est accusé d'avoir illégalement et sans droit fourni une aide quelconque à ces quatre individus dans l'intention d'empêcher leur arrestation, leur jugement ou leur châtiment, sachant ou ayant des motifs raisonnables de croire que ces personnes étaient membres de l'association illégale, le tout contrairement à l'art. 5 du *Règlement de 1970 concernant l'ordre public*. Il est également accusé d'avoir communiqué des déclarations pour le compte de ladite association contrairement à l'al. 4*c*) du même règlement. Le 14 avril 1971, il plaide coupable et le lendemain, le juge Antonio Lamer, alors juge à la Cour supérieure (chambre criminelle), le condamne à une peine d'emprisonnement d'un an.

Après avoir purgé sa peine, Richard Therrien poursuit ses études de droit et obtient sa licence. Au printemps 1974, le comité de vérification du Barreau du Québec, institué pour étudier la candidature de l'appelant eu égard au fait qu'il avait eu des antécédents judiciaires, recommande son admission à l'École professionnelle du Barreau. Il est inscrit au Tableau de l'Ordre pour la première fois le 26 janvier 1976. De 1976 à 1996, il pratique le droit dans différents bureaux d'aide juridique de la province avec compétence et dignité et gagne ainsi le respect de ses collègues et des membres de la magistrature.

Le 20 août 1987, à la demande de l'appelant, le gouverneur général en conseil lui accorde un pardon en vertu de l'al. 5*b*) de la *Loi sur le casier judiciaire*, S.R.C. 1970, ch. 12 (1er suppl.). Le document qu'il reçoit précise qu'il constitue une preuve de bonne conduite et du fait que la condamnation à l'égard de laquelle il est accordé ne devrait plus nuire à sa réputation. Il indique aussi que le pardon obtenu annule cette condamnation et élimine toute déchéance que celle-ci entraîne pour

victed is subject by virtue of any Act of the Parliament of Canada or a regulation made thereunder.

Between 1989 and 1996, Mr. Therrien submitted his candidacy in five selection procedures for judicial appointments. He was interviewed on four occasions by the committee for the selection of persons qualified for appointment as judges, and on each occasion committee members raised the issue of trouble with the law. In 1991 and 1993, he revealed his previous conviction and stated that he had been pardoned. His candidacy for the first two appointments was unsuccessful, and it appears clearly from the evidence of persons who were selection committee members at that time that his criminal record was a determining factor in the decision to reject his candidacy. It is not clear whether the issue was directly addressed at the third interview, but there is no doubt that during the last selection process he did not disclose his criminal record or the fact that he had been pardoned, when he was asked the following series of questions: [TRANSLATION] "Have you ever been in trouble with the law or with the Barreau? Has any disciplinary action ever been taken against you? Are there any outstanding complaints against you?" Judge Therrien testified to the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature that he felt he was justified in answering "no" to these questions for two reasons. First, he understood, at the time, that the pardon had vacated his conviction and that this was precisely what the law meant. Second, his answer meant that he would be assessed on his personal qualities and merits, although he was convinced that the Minister of Justice would be informed about his record.

On September 18, 1996, as a result of the favourable recommendation of the committee for the selection of persons qualified for appointment as judges, and after running checks with the Barreau du Québec and the Sûreté du Québec and confirming that his record was clear, the Minister of Justice recommended that Richard Therrien be appointed as a Judge of the Court of Québec. In late October 1996, the Associate Chief Judge of the Court of Québec and chairman of the selection

la personne en vertu de toute loi du Parlement du Canada ou d'un règlement établi sous son régime.

Entre 1989 et 1996, Me Therrien soumet sa candidature à cinq concours pour l'obtention d'un poste de juge. Il est reçu en entrevue par le comité de sélection des personnes aptes à être nommées juges à quatre occasions et les membres de ce comité abordent la question des démêlés avec la justice lors de chacune de ces rencontres. En 1991 et 1993, il révèle sa condamnation et mentionne qu'il a fait l'objet d'un pardon. Sa candidature n'est pas retenue pour les deux premiers postes et il ressort clairement des témoignages de membres du comité de sélection de l'époque que l'existence d'antécédents judiciaires est déterminante dans la décision de rejeter sa candidature. Il n'est pas clair que la question ait été directement abordée lors de la troisième entrevue, mais il est certain que lors du dernier concours, il ne révèle pas ses antécédents judiciaires ni même l'existence d'un pardon, alors qu'on lui pose, en un bloc, la série de questions suivantes : « Est-ce que vous avez déjà eu des démêlés avec la justice ou avec le Barreau? Est-ce que vous avez déjà fait l'objet de sanctions disciplinaires? Est-ce que vous avez des plaintes disciplinaires pendantes? » Devant le comité d'enquête du Conseil de la magistrature, le juge Therrien témoigne s'être senti justifié de répondre « non » à ces questions pour deux raisons. D'abord, il comprend alors que le pardon obtenu a annulé sa condamnation et que l'esprit de la loi est justement à cet effet-là. Ensuite, une telle réponse lui permettait d'être jugé sur ses qualités et mérites personnels tout en étant, par ailleurs, convaincu que le ministre de la Justice serait informé de ses antécédents.

Le 18 septembre 1996, suivant la recommandation favorable du comité de sélection des personnes aptes à être nommées juges et après vérifications auprès du Barreau du Québec et de la Sûreté du Québec témoignant d'un dossier sans tache, le ministre de la Justice recommande la nomination de Richard Therrien comme juge à la Cour du Québec. À la fin d'octobre 1996, la juge en chef adjointe de la Cour du Québec et présidente du comité de sélection ayant recommandé la

committee which had recommended Judge Therrien for appointment, Louise Provost, learned that he had been in trouble with the law in the early 1970s. She advised the Minister of the situation and stated that the appellant had failed to disclose this information to the committee. On November 11, 1996, the Minister lodged a complaint with the Quebec Conseil de la magistrature pursuant to s. 263 *C.J.A.*, requesting that the Conseil [TRANSLATION] "determine whether Judge Richard Therrien is capable, in the circumstances, of fulfilling his role with dignity, honour and impartiality". He also lodged a complaint with the Barreau du Québec; however, that complaint was stayed pending a decision by the Conseil.

8 In accordance with ss. 268 and 269 *C.J.A.*, the Conseil de la magistrature established a committee of inquiry to consider the matter, and the committee submitted its report on July 11, 1997. A majority of the committee, Judge Rivet dissenting, found that the complaint was justified and recommended that procedures for the removal of Judge Therrien be initiated in accordance with ss. 279(*b*) and 95 *C.J.A.*

9 On July 22, 1997, pursuant to the majority recommendation of the committee of inquiry, the Conseil de la magistrature recommended to the Minister of Justice that he initiate the process to remove Judge Therrien by making a request to the Court of Appeal in accordance with s. 95 *C.J.A.* The request was made on August 11, 1997. Concurrently with that proceeding, on October 2, 1997, Judge Therrien filed an application for judicial review in the Superior Court, seeking to have the committee's inquiry report and the recommendation and the order of the Conseil de la magistrature suspending him declared void and of no effect, and seeking to have the request to the Court of Appeal dismissed. At the same time, he filed a motion for declaratory judgment challenging the constitutionality of s. 95 *C.J.A.* In response to the application and motion, the Minister of Justice filed two motions to dismiss in which he claimed that the Court of Appeal had jurisdiction to dispose of the issues in conducting the inquiry referred to it pursuant to s. 95 *C.J.A.* On January 26, 1998,

candidature du juge Therrien, Louise Provost, apprend que celui-ci a eu des démêlés avec la justice au début des années 1970. Elle informe le ministre de la situation et indique que l'appelant a omis de révéler ces informations au comité. Le 11 novembre 1996, le ministre dépose une plainte auprès du Conseil de la magistrature du Québec en vertu de l'art. 263 *L.T.J.* demandant à ce dernier de « déterminer si monsieur le juge Richard Therrien peut, dans les circonstances, accomplir son rôle avec dignité, honneur et impartialité ». Il dépose aussi une plainte auprès du Barreau du Québec qui sera toutefois suspendue dans l'attente de la décision du Conseil.

Conformément aux art. 268 et 269 *L.T.J.*, le Conseil de la magistrature nomme un comité d'enquête pour étudier la question lequel dépose son rapport le 11 juillet 1997. Le comité conclut, à la majorité, au bien-fondé de la plainte et recommande d'engager des procédures de destitution à l'encontre du juge Therrien conformément à l'al. 279*b*) et à l'art. 95 *L.T.J.*; la juge Rivet est dissidente.

Le 22 juillet 1997, suivant la recommandation majoritaire du comité d'enquête, le Conseil de la magistrature recommande au ministre de la Justice d'engager des procédures de destitution à l'endroit du juge Therrien en présentant une requête à la Cour d'appel conformément à l'art. 95 *L.T.J.*, laquelle est déposée le 11 août 1997. Parallèlement, le 2 octobre 1997, le juge Therrien présente en Cour supérieure une requête en révision judiciaire demandant de déclarer nuls et sans effet le rapport d'enquête du comité ainsi que la recommandation et l'ordonnance de suspension prononcées par le Conseil de la magistrature et demandant de déclarer irrecevable la requête présentée à la Cour d'appel. À la même occasion, il dépose une requête en jugement déclaratoire contestant la constitutionnalité de l'art. 95 *L.T.J.* Le ministre de la Justice présente à l'encontre de ces deux requêtes des requêtes en irrecevabilité alléguant que la Cour d'appel est compétente pour trancher ces questions dans le cadre de l'enquête dont elle est saisie en vertu de l'art. 95 *L.T.J.* Le 26 janvier

Cliche J. of the Quebec Superior Court dismissed the motions to dismiss.

The Minister of Justice appealed the decisions of the Superior Court to the Court of Appeal. On May 14, 1998, a majority of that Court, Beauregard J.A. dissenting, allowed the first appeal and dismissed the application for judicial review filed by Judge Therrien. The Court of Appeal unanimously allowed the second appeal, and dismissed the motion for declaratory judgment filed by Judge Therrien.

On October 28, 1998, the five judges of the Court of Appeal submitted a report to the Minister of Justice following their inquiry, in which they recommended that the Government revoke Judge Therrien's commission.

III. Judgments Below

A. *Committee of Inquiry of the Conseil de la magistrature*

1. Preliminary Question

At the outset, the appellant challenged the jurisdiction of the Conseil and its committee to investigate his conduct, since the complaint was based on facts prior to his appointment as a judge. On this preliminary question, the committee of inquiry unanimously found that it had jurisdiction to review a judge's past conduct where that conduct could affect his capacity to perform his judicial functions, and to determine whether it undermines public confidence in the incumbent of the office.

2. Judges Lachapelle, Lalande, and Quesnel and Mr. Michel Caron (majority)

The four majority members took the view that while the pardon granted to the appellant restored his reputation, it did not erase the past and did not mean that he could deny his criminal record and answer "no" to the question asked by the selection committee regarding his convictions. In addition,

1998, le juge Cliche de la Cour supérieure du Québec rejette les requêtes en irrecevabilité.

10 Le ministre de la Justice appelle des décisions de la Cour supérieure devant la Cour d'appel. Le 14 mai 1998, cette dernière accueille à la majorité le premier pourvoi et déclare irrecevable la requête en révision judiciaire présentée par le juge Therrien; le juge Beauregard est dissident. La Cour d'appel accueille également le deuxième pourvoi, cette fois à l'unanimité, et déclare irrecevable la requête en jugement déclaratoire présentée par le juge Therrien.

11 Le 28 octobre 1998, les cinq juges de la Cour d'appel remettent au ministre de la Justice un rapport fait après enquête dans lequel ils recommandent au gouvernement de révoquer la commission du juge Therrien.

III. Les décisions dont appel

A. *Le comité d'enquête du Conseil de la magistrature*

1. Question préliminaire

12 Dès le début de l'enquête, l'appelant conteste la compétence du Conseil et de son comité pour enquêter sur sa conduite puisque la plainte repose sur des faits antérieurs à sa nomination en tant que juge. Sur cette question préliminaire, le comité d'enquête conclut, à l'unanimité, qu'il est compétent pour examiner la conduite passée d'un juge lorsque celle-ci risque d'avoir des effets sur sa capacité à exercer ses fonctions judiciaires et pour décider si elle porte atteinte à la confiance du public envers le titulaire de la charge.

2. Les juges Lachapelle, Lalande et Quesnel et Me Michel Caron (majoritaires)

13 Les quatre membres majoritaires estiment que le pardon obtenu par l'appelant, bien qu'il réhabilite sa réputation, n'efface pas le passé et ne l'autorisait pas à nier son dossier judiciaire et à répondre négativement à la question posée par le comité de sélection sur ses condamnations. De plus, même en

even if it were assumed that having a criminal record may be regarded as an analogous ground for the purposes of s. 15 of the *Canadian Charter*, it is in the best interests of justice and justified in a free and democratic society for candidates for judicial office to be questioned regarding their criminal past. Nor can Judge Therrien rely on ss. 18.1 and 18.2 of the *Quebec Charter*. Although three of the four majority members were of the view that the office of judge is an employment within the meaning of s. 18.2, they all agreed this provision did not prohibit questioning of a candidate regarding his criminal record. In addition, he was not justified in denying that he had a record, and in so doing he undermined public confidence in his integrity, rectitude and honesty and in the justice system.

prenant pour acquis que le motif des antécédents judiciaires peut être considéré comme un motif analogue aux fins de l'art. 15 de la *Charte canadienne*, il est dans l'intérêt supérieur de la justice et justifié dans une société libre et démocratique de questionner les candidats aspirants à un poste de juge sur leur passé judiciaire. Le juge Therrien ne peut pas non plus s'appuyer sur les art. 18.1 et 18.2 de la *Charte québécoise*. Bien que trois des quatre juges majoritaires considèrent que la fonction de juge constitue un emploi au sens de l'art. 18.2, ils sont tous d'avis que cette disposition n'interdit pas de questionner un candidat sur ses antécédents judiciaires. De plus, il n'était pas justifié de nier l'existence de son dossier et, ce faisant, il a miné la confiance de la population en son intégrité, sa droiture et son honnêteté, et envers le système de justice.

14 Finally, the four majority members made a decision regarding Judge Therrien's conduct. The applicable criterion in that regard was related to the confidence of a reasonably informed person appearing before the court, and of the general public, in his honesty, integrity and impartiality. Since the pardon did not erase the past, an impartial observer would have some doubt as to whether a person sentenced to a year of imprisonment could fulfil his role in accordance with all the provisions of the Code of Ethics. The public would also have some doubt as to whether he had the capacity to be a judge. It was therefore important that as a candidate, Judge Therrien act completely transparently and answer "yes" to the questions asked by the committee. The Committee had the mandate to inform the Minister, and Judge Therrien could not assume that the Minister of Justice alone could find out about his record. Instead, he opted to construe the law in his own interest, and failed to disclose information of which the committee ought to have been informed, substituting his judgment for theirs. The entire judicial system depends on truth. In their view, therefore, a reprimand was not an appropriate sanction; it could not restore public confidence in the judge in question and in the judi-

Les quatre membres majoritaires se prononcent finalement sur la conduite du juge Therrien. Le critère applicable à cet égard est lié à la confiance de la personne raisonnablement informée qui se présente devant le tribunal et du public en général en son honnêteté, son intégrité et son impartialité. Puisque le pardon n'efface pas le passé, un observateur impartial pourrait douter qu'une personne condamnée à une année d'incarcération puisse remplir son rôle selon toutes les prescriptions du Code de déontologie. Le public pourrait également douter de sa capacité à être juge. D'où l'importance pour le candidat Therrien d'agir en toute transparence et de répondre affirmativement aux questions posées par le comité. Celui-ci avait le mandat d'éclairer le ministre et le juge Therrien ne pouvait présumer que seul le ministre de la Justice pouvait prendre connaissance de son dossier. Il a plutôt choisi d'interpréter la loi à ses fins et a omis de dévoiler un renseignement dont le comité devait être informé en substituant son jugement au leur. Or, tout le système judiciaire repose sur la vérité. Ils estiment donc qu'une réprimande n'est pas une sanction appropriée; elle ne saurait rétablir la confiance du public à l'endroit du juge concerné et de la magistrature. En raison de la gravité du manque-

ciary. Given the gravity and the continuing nature of the offence, a recommendation for removal was appropriate.

3. Judge Rivet (dissenting)

Judge Rivet, the President of the Human Rights Tribunal, would have dismissed the complaint. In her view, the effect of the pardon granted under s. 5(*b*) of the *Criminal Records Act* was to vacate the conviction in question, which then became part of the sphere of privacy protected by the charters. In this regard, Judge Therrien must be given the protection of s. 18.2 of the *Quebec Charter*, the purpose of which is to combat potential prejudice and discrimination against persons with a criminal past. The office of judge is an employment within the meaning of that section. In addition, the complaint lodged by the Minister would "otherwise penalize" the judge "owing to the mere fact" of his criminal record. It is necessary to look beyond the failure to disclose and to consider instead what he had failed to disclose and who was being discriminated against. She added that Judge Therrien also enjoyed the protection of s. 15 of the *Canadian Charter*, since the status of pardoned person is an analogous ground to those set out in s. 15, and an infringement of this nature cannot be justified under s. 1, which requires that the limit in question be prescribed by law.

In conclusion, she stated that she could not criticize him for how he answered the selection committee, since he did so with the goal of having his candidacy judged in a manner that was consistent with his rights, without discrimination. In doing so, he had not lied. The fact that he had a criminal record, even though he had been granted a pardon, had been a major factor in the rejection of his candidacy in previous selection processes and Judge Therrien, being aware of this situation, was justified in withholding the information and requiring that his candidacy be considered on its true merits. Thus, an informed person viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, would not lose confidence in the impartiality or integrity of the judicial system and of Judge Therrien, but rather would consider him to be an example of rehabilitation.

ment et des effets qu'il continue d'avoir, il y a lieu de recommander sa destitution.

3. La juge Rivet (dissidente)

La juge Rivet, présidente du Tribunal des droits de la personne, est d'avis de rejeter la plainte. Elle estime que le pardon obtenu en vertu de l'al. 5*b*) de la *Loi sur le casier judiciaire* a pour effet d'annuler la condamnation visée, laquelle entre alors dans la sphère de vie privée protégée par les chartes. En ce sens, le juge Therrien doit bénéficier de la protection de l'art. 18.2 de la *Charte québécoise* dont l'objectif est de lutter contre les préjugés et la discrimination à l'endroit des personnes ayant un passé criminel. La fonction de juge constitue un emploi au sens de cet article. De plus, la plainte déposée par le ministre va « autrement pénaliser » le juge « du seul fait » de l'existence de son casier judiciaire. Il s'agit d'aller au-delà de l'omission de révéler et de considérer plutôt ce qu'il a omis de révéler et qui fut l'objet de discrimination. Elle ajoute que le juge Therrien bénéficie aussi de la protection de l'art. 15 de la *Charte canadienne* puisque l'état de personne pardonnée constitue un motif analogue à ceux énumérés à l'art. 15 et qu'une telle violation ne saurait être justifiée par l'article premier qui exige l'existence d'une règle de droit. 15

En conclusion, elle affirme qu'elle ne peut lui reprocher sa façon de répondre au comité de sélection, car il l'a fait dans le but de faire juger sa candidature dans le respect de ses droits, sans discrimination. Ce faisant, il n'a pas menti. La présence d'antécédents judiciaires, même pardonnés, avait eu un impact majeur sur le rejet de sa candidature lors des concours précédents et, conscient de cette situation, le juge Therrien était justifié de retenir ces informations et d'exiger que sa candidature soit considérée sur son mérite réel. Ainsi, une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur et de façon réaliste et pratique ne perdrait pas confiance dans l'impartialité ou l'intégrité du système de justice et du juge Therrien, mais considérerait plutôt qu'il est un exemple de réhabilitation. 16

B. *Quebec Superior Court*, [1998] Q.J. No. 180 (QL)

17 Assuming the veracity of all the allegations in the application for judicial review and the motion for declaratory judgment, and without ruling as to the merits, Cliche J. took the view that the application and motion contained sufficient grounds to be referred to a judge of the Superior Court. A refusal to allow judicial review of the decision by the Conseil de la magistrature would deprive the appellant of his right to review and his right of appeal such as could be exercised by any other person. There were therefore no grounds to decline to exercise his discretion.

C. *Quebec Court of Appeal*

1. Motions to Dismiss, [1998] R.J.Q. 1392

(a) *LeBel J.A. (majority)*

18 LeBel J.A. was of the view that the jurisdiction assigned to the Court of Appeal in s. 95 *C.J.A.* precluded the exercise of the ordinary jurisdiction of the Superior Court in respect of judicial review and consideration of motions for declaratory judgment. The Superior Court should have declined to exercise its discretion, and dismissed the application and motion. In his opinion, the Court of Appeal had the required jurisdiction to consider all issues of fact and law in connection with the request by the Minister of Justice for an inquiry. This was the case because, among other things, there is a close and necessary connection among the various steps in the process of removing a judge, which involves review by the Court of Appeal of the validity of the initial step. In addition, this is a matter involving the public interest where diligence is essential, the review of which is assigned entirely to the Court of Appeal.

(b) *Beauregard J.A. (dissenting in part)*

19 Beauregard J.A. would have allowed the Minister's appeal on the question of the dismissal of the motion for declaratory judgment, on the ground that it was not up to the Superior Court to state an opinion as to whether the Court of Appeal should

B. *La Cour supérieure du Québec*, [1998] A.Q. nº 180 (QL)

Tenant pour avérées toutes les allégations des requêtes en révision judiciaire et en jugement déclaratoire et sans statuer sur le fond, le juge Cliche est d'avis que celles-ci contiennent suffisamment de motifs pour être présentées à un juge de la Cour supérieure. Le refus de soumettre la décision du Conseil de la magistrature à la révision judiciaire priverait l'appelant de son droit de révision et de son droit d'appel qui, par ailleurs, pourrait être exercé par toute autre personne. Il n'existe aucune raison pour refuser d'exercer sa discrétion.

C. *La Cour d'appel du Québec*

1. Les requêtes en irrecevabilité, [1998] R.J.Q. 1392

a) *Le juge LeBel (majorité)*

Le juge LeBel est d'avis que la compétence attribuée à la Cour d'appel en vertu de l'art. 95 *L.T.J.* exclut l'exercice de la compétence normale de la Cour supérieure en matière de contrôle judiciaire et d'examen des requêtes en jugement déclaratoire. Celle-ci aurait dû refuser d'exercer sa discrétion et rejeter les requêtes. Il estime que la Cour d'appel a la compétence nécessaire pour examiner toutes les questions de fait et de droit rattachées à la demande d'enquête du ministre de la Justice. C'est notamment le cas parce qu'il existe un lien étroit et nécessaire entre les différentes étapes du processus de destitution d'un juge qui implique l'examen de la validité de la première étape par la Cour d'appel. De plus, il s'agit d'une matière d'intérêt public où la diligence s'avère indispensable et dont l'examen est confié dans sa plénitude à la Cour d'appel.

b) *Le juge Beauregard (dissident en partie)*

Le juge Beauregard aurait accueilli le pourvoi du ministre portant sur l'irrecevabilité de la requête pour jugement déclaratoire au motif qu'il n'appartient pas à la Cour supérieure de se prononcer sur la possibilité pour la Cour d'appel de don-

or should not grant the request made by the Minister. However, he would have allowed the Minister's appeal on the question of the dismissal of the application for judicial review only in part, finding for the respondent in respect of the fourth conclusion, that the Court of Appeal cannot assume jurisdiction over the application. In his view, the inquiry procedure in the Court of Appeal is not dependent on the legality of the procedure followed by the Conseil de la magistrature. On the other hand, he took the view that the appellant was fully entitled to apply to the Superior Court for judicial review and that he should not be deprived of that remedy. He would therefore have dismissed that aspect of the appeal.

ner suite ou non à la requête du ministre. Il n'aurait cependant accueilli qu'en partie le pourvoi du ministre portant sur l'irrecevabilité de la requête en révision judiciaire faisant droit à la quatrième conclusion selon laquelle la Cour d'appel ne peut se saisir de la requête. Il estime que la procédure d'enquête en Cour d'appel n'est pas tributaire de la légalité de la procédure suivie devant le Conseil de la magistrature. Par ailleurs, il considère que l'appelant avait parfaitement le droit de s'adresser à la Cour supérieure en révision judiciaire et que l'on ne saurait le priver de ce recours. Il aurait donc rejeté cet aspect du pourvoi.

2. Report of the Inquiry Panel, [1998] R.J.Q. 2956

2. Le rapport de la formation d'enquête, [1998] R.J.Q. 2956

The Court of Appeal rejected the appellant's argument that the fact that the legislature was not involved in any way in the procedure for removing judges set out in s. 95 *C.J.A.* compromises their independence, citing the decision of this Court in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673. It took the view that the *Courts of Justice Act* establishes a dual screening mechanism which eliminates the possibility of a judge being removed by the government without a review of his conduct by his peers and without an affirmative recommendation of removal.

20 La Cour d'appel rejette l'argument de l'appelant selon lequel l'absence de toute intervention de la législature dans la procédure de destitution des juges prévue à l'art. 95 *L.T.J.* compromettrait leur indépendance, en s'appuyant sur l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673. Elle estime que la *Loi sur les tribunaux judiciaires* établit un mécanisme de double filtre qui évite qu'un juge puisse être destitué par le gouvernement sans un examen de sa conduite par ses pairs et sans une recommandation positive de destitution.

For the reasons stated by the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature, the Court of Appeal was of the opinion that the committee had jurisdiction to hear the complaint. It added that the procedure for the selection of persons qualified for appointment as judges is so closely connected with the exercise of the judicial function that it cannot be dissociated from it. It also considered the structure and functioning of the Conseil and its committee to be in accordance with the requirements of procedural fairness, having regard to the role played by the committee, the procedure that it followed and the composition of the Conseil. For the reasons set out in his opinion, dissenting as to the motions to dismiss, Beauregard J.A. did not

21 Pour les motifs exposés par le comité d'enquête du Conseil de la magistrature, la Cour d'appel est d'avis que celui-ci avait compétence pour se saisir de la plainte. Elle ajoute que le processus de sélection des personnes aptes à être nommées juges est si intimement lié à l'exercice de la fonction judiciaire qu'il ne saurait en être dissocié. Elle considère également que la structure et le fonctionnement du Conseil et de son comité sont conformes aux exigences de l'équité procédurale et ce, en regard du rôle joué par le comité, de la procédure qu'il a suivie et de la composition du Conseil. Le juge Beauregard ne souscrit pas à cette partie du rapport portant sur la légalité de la recommandation du Conseil de la magistrature pour les motifs

concur in the part of the report relating to the legality of the recommendation made by the Conseil de la magistrature.

22 The Court of Appeal next considered the effect of the pardon granted under s. 5(*b*) of the *Criminal Records Act*. It distinguished it from Royal clemency and the free and conditional pardons granted under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The administrative type of pardon granted to Judge Therrien does not affect his guilt and therefore does not mean that his guilt was expunged retroactively; rather, it results in the total or partial vacation of a conviction and of its legal effects for the future. That pardon therefore does not mean that the person to whom it is granted may deny that he or she has previous convictions when directly asked the question; it merely means that the person may provide an explanation.

23 Sections 18.1 and 18.2 of the *Quebec Charter* do not provide any help to the appellant. The first provision prohibits requiring information regarding any ground of discrimination mentioned in s. 10, which does not include previous convictions. Section 18.2 rather deals with using that information to refuse to hire, dismiss or otherwise penalize a person in his employment. Judicial office is not comparable to employment. In addition, even if it were comparable, the nature and requirements of the office could not mean that questions concerning the criminal record of a person aspiring to that office could not be asked. Finally, the candidate tacitly consents to the selection committee questioning him or her regarding his or her past conduct. These findings do not mean that other provisions of the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter* prohibiting discrimination are not applicable.

24 With that proviso, the selection committee's question was legitimate and called for an honest answer from the appellant. The government might have regarded the events of October 1970 as a youthful indiscretion, but it ought to have been able to do so with full awareness of the circumstances. The appellant knew that he could not be appointed to the bench without disclosing those facts, but he deliberately concealed them, and this

exposés dans son jugement dissident sur les requêtes en irrecevabilité.

La Cour d'appel s'attarde ensuite à l'effet du pardon obtenu en vertu de l'al. 5*b*) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Elle le distingue de la clémence royale et du pardon absolu et conditionnel octroyés en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le pardon de type administratif accordé au juge Therrien ne remet pas en question sa culpabilité et n'emporte donc pas une annulation rétroactive de celle-ci, mais entraîne la remise totale ou partielle d'une condamnation et de ses effets juridiques pour l'avenir. Ainsi, ce pardon ne permet pas à la personne qui l'a reçu de nier l'existence de condamnations antérieures lorsqu'on lui pose directement la question, mais simplement de fournir une explication.

Les articles 18.1 et 18.2 de la *Charte québécoise* ne sont d'aucun secours à l'appelant. La première disposition interdit la demande de renseignements portant sur les motifs de discrimination énumérés à l'art. 10. Or, les condamnations antérieures n'en font pas partie. L'article 18.2 traite plutôt de l'utilisation de ces renseignements pour refuser un emploi, congédier une personne ou autrement la pénaliser dans le cadre de son emploi. La fonction judiciaire ne saurait être assimilée à un emploi. De plus, même si elle l'était, la nature et les exigences de la fonction ne pourraient empêcher les questions sur le passé judiciaire d'une personne qui y aspire. Finalement, le candidat consent implicitement à ce que le comité de sélection l'interroge sur sa conduite passée. Ces conclusions ne signifient pas que d'autres dispositions de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise* interdisant la discrimination ne trouvent pas application.

Sous cette réserve, la question du comité de sélection était légitime et appelait une réponse sincère de la part de l'appelant. Le gouvernement aurait pu considérer les événements d'octobre 1970 comme une erreur de jeunesse, mais il devait avoir la possibilité de le faire en toute connaissance de cause. L'appelant savait qu'il ne pourrait être nommé juge sans révéler ces faits, mais il les a volontairement tus et cette conduite justifie de

conduct justifies a recommendation to the government that his commission be revoked.

IV. Issues

The questions in issue can be broken down into three different categories: jurisdictional questions, constitutional questions and the substantive issues.

A. *Jurisdictional Questions*

1. Under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26 ("*S.C.A.*"), can the appellant appeal to this Court from a report of the inquiry panel of the Quebec Court of Appeal made pursuant to s. 95 *C.J.A.*, recommending to the government that he be removed?

2. Did the Court of Appeal err in law by declaring that it had jurisdiction to determine questions of law and jurisdiction relating to the inquiry requested by the Minister of Justice under s. 95 *C.J.A.*?

3. Did the Conseil de la magistrature have jurisdiction to investigate the appellant's conduct as regards events relating to his candidacy that occurred before he was appointed as a judge?

B. *Constitutional Questions*

On October 1, 1999, Arbour J. stated the following constitutional questions:

1. Is the rule of law — adopted in 1941 (*Act to amend the Courts of Justice Act*, S.Q. 1941, c. 50, s. 2, assented to on May 17, 1941) and now found in s. 95 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16 — allowing the government to remove a judge without an address of the legislature of no force or effect to the extent that it infringes the structural principle of the independence of the judiciary which is guaranteed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*?

2. If the answer to the first question is in the negative, is the rule of law contained in s. 95 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, of no force or effect on the ground of inconsistency with the structural principle of the independence of the judiciary guaranteed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*, to the

recommander la révocation de sa commission au gouvernement.

IV. Les questions en litige

Les questions en litige peuvent être regroupées en trois catégories distinctes : les questions de compétence, les questions constitutionnelles et les questions de fond. 25

A. *Les questions de compétence*

1. En vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26 (« *L.C.S.* »), l'appelant peut-il interjeter appel devant notre Cour d'un rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel du Québec fait en vertu de l'art. 95 *L.T.J.* dans lequel elle recommande au gouvernement sa destitution? 26

2. La Cour d'appel a-t-elle erré en droit en se déclarant compétente pour décider des questions de droit et de compétence relatives à l'enquête demandée par le ministre de la Justice en vertu de l'art. 95 *L.T.J.*

3. Le Conseil de la magistrature était-il compétent pour faire enquête sur la conduite de l'appelant à l'égard d'événements relatifs à sa candidature survenus avant qu'il ne soit nommé juge?

B. *Les questions constitutionnelles*

Le 1er octobre 1999, le juge Arbour a formulé les questions constitutionnelles suivantes : 27

1. La règle de droit — adoptée en 1941 (*Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires*, S.Q. 1941, ch. 50, art. 2, sanctionnée le 17 mai 1941) et actualisée par l'art. 95 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16 — permettant au gouvernement de destituer un juge sans adresse parlementaire est-elle inopérante dans la mesure où elle porterait atteinte au principe structurel de l'indépendance de la magistrature lequel est garanti par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. S'il doit être répondu négativement à la première question, la règle de droit contenue à l'art. 95 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, est-elle inopérante au motif d'incompatibilité avec le principe structurel de l'indépendance de la magistrature garanti par le préambule de la *Loi constitution-*

extent that the government may dismiss a judge without being bound by the conclusions and recommendations of the report of the Court of Appeal?

C. *Substantive Issues*

28 1. Did the inquiry panel of the Court of Appeal err in fact and in law in its report when it determined that the nature and functioning of and the inquiry process followed by the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature met the requirements of procedural fairness?

2. Did the inquiry panel of the Court of Appeal err in fact and in law in its interpretation of the meaning and effect of the pardon obtained by the appellant?

3. Having regard to s. 15(1) of the *Canadian Charter* and the preamble and ss. 4, 5 and 18.2 of the *Quebec Charter*, is the report of the inquiry panel of the Court of Appeal wrong in law and fact?

4. Is the report of the inquiry panel of the Court of Appeal wrong in law and fact having regard to the test for removal of a judge?

V. Analysis

A. *Jurisdictional Questions*

1. Relevant Statutory Provisions

29 *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26

2. (1) In this Act,

. . .

"final judgment" means any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding.

. . .

"judgment", when used with reference to the court appealed from, includes any judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence thereof, and when used with reference to the Supreme Court, includes any judgment or order of that Court.

nelle de 1867, dans la mesure où le gouvernement peut démettre un juge sans être lié par les conclusions et recommandations du rapport de la Cour d'appel?

C. *Les questions de fond*

1. La formation d'enquête de la Cour d'appel a-t-elle erré en fait et en droit dans son rapport en concluant que la nature, le fonctionnement et le processus d'enquête suivi par le comité d'enquête du Conseil de la magistrature respectaient les exigences de l'équité procédurale?

2. La formation d'enquête de la Cour d'appel a-t-elle erré en fait et en droit dans son interprétation du sens de la portée du pardon obtenu par l'appelant?

3. Eu égard au par. 15(1) de la *Charte canadienne*, ainsi qu'au préambule et aux art. 4, 5 et 18.2 de la *Charte québécoise*, le rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel est-il mal fondé en droit et en fait?

4. Le rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel est-il mal fondé en fait et en droit en regard du critère de destitution d'un juge?

V. Analyse

A. *Les questions de compétence*

1. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« jugement » Selon le cas, toute décision d'une juridiction inférieure, ou tout arrêt ou ordonnance de la Cour.

« jugement définitif » Jugement ou toute autre décision qui statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d'une ou plusieurs des parties à une instance.

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

25. The Court of Appeal is the general appeal tribunal for Québec; it hears appeals from any judgment from which an appeal lies, failing an express provision to the contrary.

25. La Cour d'appel est le tribunal général d'appel pour le Québec; elle connaît de l'appel de tout jugement sujet à ce recours, à moins d'une disposition expresse au contraire.

31. The Superior Court is the court of original general jurisdiction; it hears in first instance every suit not assigned exclusively to another court by a specific provision of law.

31. La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal.

33. Excepting the Court of Appeal, the courts within the jurisdiction of the Legislature of Québec, and bodies politic, legal persons established in the public interest or for a private interest within Québec are subject to the superintending and reforming power of the Superior Court in such manner and form as by law provided, save in matters declared by law to be of the exclusive competency of such courts or of any one of the latter, and save in cases where the jurisdiction resulting from this article is excluded by some provision of a general or special law.

33. À l'exception de la Cour d'appel, les tribunaux relevant de la compétence de la Législature du Québec, ainsi que les corps politiques, les personnes morales de droit public ou de droit privé au Québec, sont soumis au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, en la manière et dans la forme prescrites par la loi, sauf dans les matières que la loi déclare être du ressort exclusif de ces tribunaux, ou de l'un quelconque de ceux-ci, et sauf dans les cas où la compétence découlant du présent article est exclue par quelque disposition d'une loi générale ou particulière.

46. The courts and the judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction. They may, in the cases brought before them, even of their own motion, pronounce orders or reprimands, suppress writings or declare them libellous, and make such orders as are appropriate to cover cases where no specific remedy is provided by law.

46. Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. Ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances qu'il appartiendra pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.

Professional Code, R.S.Q., c. C-26

116. A committee on discipline is constituted within each order.

The committee shall be seized of every complaint made against a professional for an offence against this Code, the Act constituting the order of which he is a member or the regulations made under this Code or that Act.

The committee shall also be seized of every complaint made against a former member of an order for an offence referred to in the second paragraph that was committed while he was a member of the order. In such a case, every reference to a professional or a member of the order in the provisions of this Code, the Act constituting the order of which he was a member or a regulation under this Code or the said Act shall be a reference to the former member.

Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16

57. The authority given to do a thing shall carry with it all the powers necessary for that purpose.

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16

9. The court and the judges thereof shall have an appellate jurisdiction throughout Québec, over all causes, matters or things appealed from all courts wherefrom an appeal lies by law, unless such appeal be expressly directed to be to some other court.

Except where otherwise provided by law, appeals shall be heard before three judges; this number may however be increased by the Chief Justice where he sees fit.

10. The jurisdiction in appeal granted to the court by section 9 shall carry with it all powers necessary to its exercise.

95. The Government may remove a judge only upon a report of the Court of Appeal made after inquiry at the request of the Minister of Justice.

256. The functions of the council are:

. . .

(*c*) to receive and examine any complaint lodged against a judge to whom Chapter III of this Part applies;

Code des professions, L.R.Q., ch. C-26

116. Un comité de discipline est constitué au sein de chacun des ordres.

Le comité est saisi de toute plainte formulée contre un professionnel pour une infraction aux dispositions du présent code, de la loi constituant l'ordre dont il est membre ou des règlements adoptés conformément au présent code ou à ladite loi.

Le comité est saisi également de toute plainte formulée contre une personne qui a été membre d'un ordre pour une infraction visée au deuxième alinéa, commise alors qu'elle était membre de l'ordre. Dans ce cas, une référence au professionnel ou au membre de l'ordre, dans les dispositions du présent code, de la loi constituant l'ordre dont elle était membre ou d'un règlement adopté conformément au présent code ou à ladite loi, est une référence à cette personne.

Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16

57. L'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16

9. La cour et les juges qui la composent ont une compétence d'appel dans toute l'étendue du Québec, à l'égard de toutes les causes, matières et choses susceptibles d'appel, venant de tous les tribunaux dont, suivant la loi, il y a appel, à moins que cet appel ne soit affecté à la compétence d'un autre tribunal.

Sauf dans les cas prévus par la loi, ces appels sont entendus par trois juges, mais le juge en chef peut augmenter ce nombre lorsqu'il le juge à propos.

10. La compétence accordée à la cour par l'article 9, comme tribunal d'appel, comporte l'attribution de tous les pouvoirs nécessaires pour lui donner effet.

95. Le gouvernement ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel fait après enquête, sur requête du ministre de la Justice.

256. Le conseil a pour fonctions:

. . .

c) de recevoir et d'examiner toute plainte formulée contre un juge auquel s'applique le chapitre III de la présente partie;

260. This chapter applies to a judge appointed under this act. . . .

263. The council receives and examines a complaint lodged by any person against a judge alleging that he has failed to comply with the code of ethics.

279. If the report of the inquiry establishes that the complaint is justified, the council, according to the recommendations of the report of the inquiry,

(*a*) reprimands the judge; or

(*b*) recommends that the Minister of Justice and Attorney General file a motion with the Court of Appeal in accordance with section 95.

If it makes the recommendation provided for in paragraph *b*, the council suspends the judge for a period of thirty days.

260. Le présent chapitre s'applique à un juge nommé en vertu de la présente loi . . .

263. Le conseil reçoit et examine une plainte portée par toute personne contre un juge et lui reprochant un manquement au code de déontologie.

279. Si le rapport d'enquête établit que la plainte est fondée, le conseil, suivant les recommandations du rapport d'enquête,

a) réprimande le juge; ou

b) recommande au ministre de la Justice et procureur général de présenter une requête à la Cour d'appel conformément à l'article 95.

S'il fait la recommandation prévue par le paragraphe *b*, le conseil suspend le juge pour une période de trente jours.

2. Jurisdiction of the Supreme Court

On June 17, 1999, this Court granted Judge Therrien leave to appeal from two Court of Appeal decisions on the respondents' motions to dismiss and from the report of that Court's inquiry panel, subject to a hearing on the issue of jurisdiction raised by the Attorney General of Quebec. The jurisdiction of the Supreme Court to hear the appeal from the first two decisions is not in dispute. However, the respondents argue that no appeal lies from the Court of Appeal report to this Court since it is not a judgment within the meaning of s. 40(1) *S.C.A.*, but rather an opinion of the Court of Appeal concerning the conduct of a judge resulting only in a recommendation for removal that is not final and not mandatory. For the reasons that follow, I do not share that view and I am rather of the opinion that this Court has jurisdiction to hear this appeal.

Section 40(1) *S.C.A.* confers "comprehensive jurisdiction in federal and provincial laws" on the Supreme Court of Canada: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 859. It provides that an appeal lies to this Court if it meets the following three conditions: (1) it involves a final or other judgment within the

2. La compétence de la Cour suprême

30 Le 17 juin 1999, notre Cour a accordé la permission d'en appeler demandée par le juge Therrien à l'encontre de deux décisions de la Cour d'appel statuant sur les requêtes en irrecevabilité des intimées et à l'encontre du rapport de la formation d'enquête de cette même Cour, sous réserve d'une audition sur la question de la compétence soulevée par la procureure générale du Québec. La compétence de la Cour suprême pour entendre l'appel sur les deux premières décisions n'est pas contestée. Par contre, les intimées prétendent que le rapport de la Cour d'appel n'est pas susceptible d'appel devant notre Cour puisqu'il ne s'agit pas d'un jugement au sens du par. 40(1) *L.C.S.*, mais bien d'une opinion de la Cour d'appel relative à la conduite d'un juge qui n'a donné lieu qu'à une recommandation de révocation sans caractère final et obligatoire. Pour les raisons qui suivent, je ne partage pas cette opinion et je suis plutôt d'avis que notre Cour est compétente pour entendre le présent appel.

31 Le paragraphe 40(1) *L.C.S.* confère à la Cour suprême du Canada « une compétence générale en droit fédéral et provincial » : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 859. Il prévoit qu'un appel peut être interjeté devant notre Cour s'il répond aux trois conditions suivantes : (1) il s'agit d'un jugement définitif ou autre au

meaning of s. 2(1) *S.C.A.*; (2) the judgment was rendered by the Federal Court of Appeal or the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case; (3) the Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it.

32 In this case, it seems to me to be clear that the second and third conditions have been met. Since the dispute relates only to the first condition, it is therefore appropriate to consider it at greater length.

33 The concepts of "judgment" and "final judgment" are respectively defined in s. 2(1) *S.C.A.* as follows: "when used with reference to the court appealed from, includes any judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence thereof" (judgment); "any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding" (final judgment). It is worth mentioning that s. 40(1) *S.C.A.* embraces both of these concepts: *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, at para. 25. Although s. 40(1) *S.C.A.* has frequently been applied by this Court, the Court has seldom considered the interpretation of the expressions "judgment" and "final judgment". In *Lady Davis v. Royal Trust Co.*, [1932] S.C.R. 203, at p. 206, Rinfret J., as he then was, referred to the concept of final judgment in the following terms:

> In that definition, the word on which we desire to lay emphasis is the word "determines". In order that a judgment may come under the definition, it must have, "in whole or in part," determined or put an end to the issue raised and in respect to which the judgment was rendered.

This concept was repeated in *Wartime Housing Ltd. v. Madden*, [1945] S.C.R. 169, at p. 172. The English version of s. 2(1) *S.C.A.* is less laconic than the French version, on the concept of judgment, and can provide additional information

sens du par. 2(1) *L.C.S.*; (2) il a été rendu par la Cour d'appel fédérale ou le plus haut tribunal de dernier ressort habilité dans une province à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures; (3) la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie.

En l'espèce, il m'apparaît clair que les deuxième et troisième conditions sont remplies. D'ailleurs, l'objet de la contestation ne porte que sur la première condition sur laquelle il convient donc de s'attarder.

Les concepts de « jugement » et de « jugement définitif » sont définis au par. 2(1) *L.C.S.* comme étant, « toute décision d'une juridiction inférieure » (dans le cas d'un jugement) et tout « [j]ugement ou toute autre décision qui statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d'une ou plusieurs des parties à une instance » (dans le cas d'un jugement définitif). Il n'est pas inutile de rappeler que le par. 40(1) *L.C.S.* vise l'un ou l'autre de ces concepts : *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 25. Si le par. 40(1) *L.C.S.* a été fréquemment appliqué par notre Cour, celle-ci ne s'est toutefois penchée sur l'interprétation des termes « jugement » et « jugement définitif » qu'en de rares occasions. Dans l'affaire *Lady Davis c. Royal Trust Co.*, [1932] R.C.S. 203, p. 206, le juge Rinfret, alors juge puîné, réfère à la notion de jugement définitif en les termes suivants :

> [TRADUCTION] Dans cette définition, le mot sur lequel nous voulons insister est le mot « détermine ». Pour qu'un jugement corresponde à cette définition, il doit avoir tranché ou réglé « en totalité ou en partie » la question soulevée et faisant l'objet du jugement.

Cette idée fut reprise dans l'affaire *Wartime Housing Ltd. c. Madden*, [1945] R.C.S. 169, p. 172. Quant à la notion de jugement, la version anglaise du par. 2(1) *L.C.S.* est moins laconique et peut fournir des indications supplémentaires sur la

regarding the nature of that concept. It uses the expressions "judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence". In my view, therefore, the expressions "judgment" and "final judgment" both contrast the concept of a decision, whether final or not, with the concept of mere opinion or advice. In this regard, the jurisdiction of this Court under that provision is closely connected to the fact that the subject matter of the appeal is in the nature of a decision. In this case, that jurisdiction necessarily depends on the nature and effect of the jurisdiction exercised by the Quebec Court of Appeal when it conducts the proceeding set out in s. 95 *C.J.A.*

3. Jurisdiction of the Court of Appeal under s. 95 *C.J.A.*

Appellate courts are creatures of statute and their authority is conferred solely by legislation: *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597, at para. 8. We must therefore begin by considering the instruments by which jurisdiction is assigned. The general jurisdiction of the Quebec Court of Appeal is set out in s. 9 *C.J.A.* and art. 25 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"). It has jurisdiction over all causes, matters or things appealed from. In addition, it is given special jurisdiction by certain specific provisions: this is precisely the situation in the case of s. 95 *C.J.A.* in respect of judicial ethics. What is the extent of the authority thus conferred on it? Is it in the nature of a purely advisory opinion, or of a decision? From a careful study of the law and of its context and purpose, I conclude that the report of the Quebec Court of Appeal pursuant to s. 95 *C.J.A.* is in the nature of a decision. There are several factors that support this conclusion.

It is appropriate, first, to consider the ethical context of s. 95 *C.J.A.* The disciplinary process for provincial court judges established by the *Courts of Justice Act* consists of three stages. First, it is the function of the Conseil de la magistrature to receive and examine any complaint lodged against a provincially appointed judge (ss. 256*c*) and 263 *C.J.A.*). If the Conseil establishes that the com-

nature de ce concept. Elle réfère aux termes « *judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence* ». Ainsi, à mon avis, les termes « jugement » et « jugement définitif » opposent tous deux la notion de décision, qu'elle soit définitive ou non, à celle de la simple opinion ou consultation. En ce sens, la compétence de notre Cour en vertu de cette disposition est intimement liée au caractère décisionnel de ce qui fait l'objet de l'appel. En l'espèce, elle dépend donc nécessairement de la nature et de la portée de la compétence exercée par la Cour d'appel du Québec dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 95 *L.T.J.*

3. La compétence de la Cour d'appel en vertu de l'art. 95 *L.T.J.*

34 De création législative, les cours d'appel détiennent exclusivement leurs pouvoirs de la loi : *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, par. 8. Il s'agit donc d'abord de se pencher sur les textes attributifs de compétence. La compétence générale de la Cour d'appel du Québec figure à l'art. 9 *L.T.J.* et à l'art. 25 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »). Elle s'exerce à l'égard de toutes les causes, matières et choses susceptibles d'appel. En outre, certaines dispositions spécifiques lui accordent une compétence particulière : c'est précisément le cas de l'art. 95 *L.T.J.* en matière de déontologie judiciaire. Quelle est la portée des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés? Sont-ils de nature purement consultative ou décisionnelle? Une étude attentive de la loi, du cadre dans lequel elle s'inscrit et de la finalité qu'elle poursuit m'amène à conclure que le rapport de la Cour d'appel du Québec, fait conformément à l'art. 95 *L.T.J.*, a un caractère décisionnel. Plusieurs facteurs militent en faveur de cette conclusion.

35 Il convient d'abord d'examiner le contexte déontologique dans lequel s'inscrit l'art. 95 *L.T.J.* Le processus disciplinaire réservé aux juges des cours provinciales et mis en place par la *Loi sur les tribunaux judiciaires* comporte trois étapes. Il appartient au Conseil de la magistrature au tout premier chef de recevoir et d'examiner toute plainte formulée contre un juge de nomination pro-

plaint is justified following its preliminary inquiry, or if the complaint is lodged by the Minister of Justice, as in the case at bar, the Conseil establishes a committee of five persons chosen from among its members to conduct an inquiry (ss. 268 and 269 *C.J.A.*). If the report of inquiry establishes that the complaint is justified, then following the recommendations of the report of inquiry, the Conseil reprimands the judge, or recommends that the Minister of Justice and Attorney General file a motion with the Court of Appeal in accordance with s. 95 (s. 279 *C.J.A.*). It is therefore in the context of the second stage that a request by the Minister may come before the Court of Appeal. Finally, upon a report of the Court of Appeal, the Minister may remove a judge (s. 95 *C.J.A.*).

36 In those circumstances, when the Minister of Justice makes a request to the Court of Appeal under s. 95 *C.J.A.*, he does so after reading the report of the Conseil de la magistrature, which is involved at a preliminary stage and has already examined the matter. Its committee of inquiry has heard the appropriate witnesses and has gathered the necessary evidence in order to make a determination regarding the allegations of failure to comply with the provisions of the *Judicial Code of Ethics*, R.R.Q. 1981, c. T-16, r. 4.1. For example, I note that in this case, the committee of inquiry sat for eight days and heard more than 15 witnesses. It then analyzed the facts at length and made its findings, and then issued a recommendation. Accordingly, the Minister has the benefit of the administrative body's specialized knowledge and experience.

37 The report of the Court of Appeal is something quite different. First, the terms used by the legislator are different. Section 95 *C.J.A.* does not require that the Court of Appeal make a report of an inquiry, but a report made after inquiry, and it imposes no restrictions in terms of how it should be done. It does not limit the inquiry to collecting and analyzing the facts and evidence relating to the judge's conduct. As I said earlier, this stage, which involves actively seeking out the truth, has already been the subject, first, of an inquiry under the

vinciale (al. 256*c*) et art. 263 *L.T.J.*). Si le Conseil établit que la plainte est fondée à l'issue d'un examen préliminaire ou encore si la plainte est formée par le ministre de la Justice, comme en l'espèce, le Conseil établit un comité formé de cinq personnes choisies parmi ses membres pour mener une enquête (art. 268 et 269 *L.T.J.*). Si le rapport d'enquête établit que la plainte est fondée, le Conseil, suivant les recommandations du rapport d'enquête, réprimande le juge ou recommande au ministre de la Justice et procureur général de présenter une requête à la Cour d'appel conformément à l'art. 95 (art. 279 *L.T.J.*). C'est ainsi que, dans un deuxième temps, la Cour d'appel peut être saisie d'une requête par le ministre. Finalement, sur rapport de la Cour d'appel, le ministre peut démettre le juge de ses fonctions (art. 95 *L.T.J.*).

Dans ce contexte, lorsque le ministre de la Justice soumet une requête en Cour d'appel en vertu de l'art. 95 *L.T.J.*, il le fait après avoir pris connaissance du rapport du Conseil de la magistrature. Celui-ci intervient à un stade préliminaire et a alors déjà étudié la question. Son comité d'enquête a entendu les témoins pertinents et recueilli les éléments de preuve nécessaires afin de se prononcer sur les allégations de non-respect des prescriptions du *Code de déontologie de la magistrature*, R.R.Q. 1981, ch. T-16, r. 4.1. À titre d'illustration, je mentionne qu'en l'espèce, le comité d'enquête a siégé pendant huit jours et a entendu plus de 15 témoins. Il a ensuite longuement analysé les faits, a tiré des conclusions, puis il a émis une recommandation. En ce sens, le ministre bénéficie de la compétence spécialisée de l'organisme administratif.

Le rapport de la Cour d'appel se situe à un tout autre niveau. D'abord, les termes utilisés par le législateur diffèrent. L'article 95 *L.T.J.* n'exige pas que la Cour d'appel remette un rapport d'enquête, mais un rapport, fait après enquête, pour l'accomplissement de laquelle il ne pose aucune restriction. Il ne limite pas cette enquête à la seule recherche et analyse des faits et des éléments de preuve relatifs à la conduite du juge. Comme je viens de le mentionner, cette phase de recherche active de la vérité a déjà fait l'objet, dans un pre-

authority of the Conseil. It is also revealing that in the case at bar, during the hearing in the Court of Appeal, the parties agreed that all the evidence introduced at the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature would be filed in the court, subject to the parties' right to submit additional evidence, which proved unnecessary.

mier temps, d'une enquête sous l'égide du Conseil. Il est d'ailleurs révélateur qu'en l'espèce, lors de l'audition devant la Cour d'appel, les parties aient convenu que tous les éléments de preuve apportés devant le comité d'enquête du Conseil de la magistrature seraient déposés devant la cour, sous réserve de leur droit de présenter des éléments de preuve supplémentaires, ce qui ne s'est pas avéré nécessaire.

Second, this is a judicial report and, moreover, one made by the highest court in the province. Its purpose is not simply to assist the Minister in making a decision; rather, it is an essential condition of the proceeding that may lead to the removal of a provincially appointed judge. In fact, Quebec is the only Canadian province that requires that the Court of Appeal be involved in the removal process: P. H. Russell, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government* (1987), at p. 181, and M. L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (1995), a report prepared for the Canadian Judicial Council, at p. 130. Its report is a mandatory stage in the proceeding that may lead to the removal of a judge of the Court of Québec. The fact that s. 95 *C.J.A.* provides that "[t]he Government may remove a judge only upon a report of the Court of Appeal" (emphasis added) is therefore not happenstance. Accordingly, it plays a vital role in the administration of justice in the province, and this is one factor that suggests that it should be recognized as a decision.

38 Ensuite, ce rapport relève du domaine judiciaire et, de surcroît, du plus haut tribunal de la province. Il n'existe pas simplement pour assister le ministre dans sa prise de décision, mais il constitue une condition essentielle de la procédure pouvant mener à la destitution d'un juge de nomination provinciale. Le Québec est, d'ailleurs, la seule province canadienne qui exige la participation de sa Cour d'appel dans le processus de destitution : P. H. Russell, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government* (1987), p. 181, et M. L. Friedland, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (1995), un rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, p. 145-146. Son rapport est un passage obligé dans la procédure pouvant mener à la destitution d'un juge de la Cour du Québec. Aussi, n'est-ce pas par hasard que l'art. 95 *L.T.J.* précise que « [l]e gouvernement ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel » (je souligne). Il joue donc un rôle primordial pour l'administration de la justice dans la province et cet aspect contribue à lui reconnaître un statut décisionnel.

I will add, as my third point, that the procedure for removal of a judge established by the *Courts of Justice Act* is part of the more general context of the constitutional requirements relating to judicial independence. The fact that the report of the Court of Appeal is judicial and is in the nature of a decision is one of the conditions that ensure the constitutionality of the process for removal of judges provided by the *C.J.A.* I will return to this question later; for now, suffice it to say that for the purposes of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter*, the first of the three essential guarantees of judicial independence is security of tenure. To satisfy this guarantee as

39 J'ajouterai, dans un troisième temps, que la procédure de destitution d'un juge mise en place par la *Loi sur les tribunaux judiciaires* s'inscrit dans le contexte plus général du respect des exigences constitutionnelles en matière d'indépendance de la magistrature. En effet, le caractère décisionnel et judiciaire du rapport de la Cour d'appel est une des conditions qui assurent la constitutionnalité de la procédure de destitution des juges prévue par la *L.T.J.* Je reviendrai plus loin sur cette question, mais qu'il suffise maintenant de rappeler qu'aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne*, la première des trois garanties essentielles de l'indépen-

regards the removal of provincial court judges, the following two criteria must be met: (1) the removal must be for cause, which must be specific and be related to the judge's capacity to perform his or her judicial functions; and (2) there must be a judicial inquiry to establish that such cause exists, at which the judge affected must be afforded an opportunity to be heard: *Valente*, *supra*, at p. 696; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 115. For the province of Quebec, this judicial forum is the Court of Appeal.

dance judiciaire est l'inamovibilité de fonction. Pour satisfaire à cette garantie en matière de révocation des juges des cours provinciales, il faut répondre aux deux critères suivants : (1) la révocation doit être faite pour un motif déterminé lié à la capacité du juge d'exercer ses fonctions judiciaires; et (2) une enquête judiciaire doit être prévue pour établir que ce motif existe dans le cadre de laquelle le juge visé doit avoir l'occasion de s'y faire entendre : *Valente*, précité, p. 696; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 115. La Cour d'appel constitue, pour la province de Québec, ce forum judiciaire.

40 In view of the non-limitative wording of s. 95 *C.J.A.*, and given the importance of the report, in terms of both the process relating to ethics, itself, and the principle of judicial independence, the Court of Appeal has, in my view, very broad powers. It must put together a complete picture of the situation for the Minister of Justice who has requested it, and this means that it has to determine all questions of fact and law relevant to the finding it must ultimately make. Section 10 *C.J.A.* and art. 46 *C.C.P.* expressly provide that the Court of Appeal has all the powers necessary for the exercise of its jurisdiction. This is also what is meant by s. 57 of the Quebec *Interpretation Act*, which provides that the authority given to do a thing shall carry with it all the powers necessary for that purpose.

Eu égard au libellé non restrictif de l'art. 95 *L.T.J.* et étant donné l'importance du rapport, tant au niveau du processus déontologique lui-même qu'en regard du principe de l'indépendance judiciaire, la Cour d'appel dispose, à mon avis, de pouvoirs très larges. Elle doit dresser un portrait complet de la situation au ministre de la Justice qui lui en fait la demande, ce qui implique qu'elle doit se prononcer sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes à la conclusion qu'elle doit ultimement tirer. Les articles 10 *L.T.J.* et 46 *C.p.c.* prévoient expressément que la Cour d'appel dispose de tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa compétence. C'est là également le sens de l'art. 57 de la *Loi d'interprétation* du Québec, selon lequel l'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin.

41 Thus, as a function that is incidental and necessary to the special jurisdiction conferred on it by s. 95 *C.J.A.*, the court must, *inter alia*, determine the constitutionality of the provisions that form the basis of its immediate jurisdiction. It must also consider any procedural defects that may have tainted the inquiry made under the authority of the Conseil de la magistrature, since that inquiry is an integral part of the disciplinary process. Upon completing that inquiry, the primary purpose of which is to provide a basis for the report and the findings to which it leads, it is required to make a recommendation. Accordingly, the court's power to make a recommendation is closely connected to its power of inquiry.

Ainsi, de façon accessoire et nécessaire à la compétence particulière qui lui est conférée par l'art. 95 *L.T.J.*, la cour devra, notamment, se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions qui constituent le fondement de sa compétence immédiate. Elle devra également se pencher sur les vices de procédure susceptibles d'avoir entaché l'enquête faite sous l'égide du Conseil de la magistrature, puisque celle-ci fait partie intégrante du processus disciplinaire. À l'issue de cette enquête, dont la finalité première est d'étayer le rapport et les conclusions qui en émaneront, elle devra formuler une recommandation. En ce sens, le pouvoir de recommandation de la cour est intimement lié à son pouvoir de faire enquête.

In this regard, I would point out that the present situation may be distinguished from the situation in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385. In *Thomson*, Cory J. considered the meaning to be given to the word "recommendation" as it appears in s. 52(2) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23. In his view, giving the word its ordinary meaning, it necessarily referred to the offering of advice and should not be taken to mean a binding decision: as he said at p. 399, "[t]he . . . meaning of the word 'recommendation' is not synonymous with 'decision'". The investigation in question was conducted by the Canadian Security Intelligence Service and related to the granting of a security clearance to the respondent in connection with his employment. In the case at bar, the inquiry was conducted by the Court of Appeal, the highest court in the province, and by its very nature is not restricted to gathering information; rather, its aim is legally to determine a situation. Furthermore, the wording of s. 95 *C.J.A.* does not restrict the court to making recommendations.

42 À cet égard, je souligne que la présente situation se distingue de l'affaire *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385. Dans l'affaire *Thomson*, le juge Cory s'est penché sur le sens que l'on devait donner au mot recommandation qui figure au par. 52(2) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23. Selon lui, en donnant à ce mot son sens ordinaire, il référait nécessairement au fait de conseiller et ne saurait équivaloir à une décision obligatoire : « le mot "recommandation" n'est pas synonyme du mot "décision" », déclare-t-il, à la p. 399. Or, l'enquête en question était menée par le Service canadien des renseignements de sécurité et concernait l'octroi d'une habilitation de sécurité à l'intimé dans le cadre de son emploi. En l'espèce, l'enquête est menée par la Cour d'appel, le plus haut tribunal de la province, et n'est pas limitée, de par sa nature même, à la cueillette d'informations, mais vise la détermination juridique d'une situation. De plus, le texte de l'art. 95 *L.T.J.* ne restreint pas la cour à la formulation de recommandations.

Thus, the report of the Court of Appeal amounts to much more than the expression of a mere opinion; rather, it is substantially in the nature of a decision. In the case at bar, this is sufficient to satisfy the definitions of "judgment" or "final judgment" in s. 40(1) *S.C.A.* and to enable this Court to review it. Having regard to that section, the Court of Appeal should not be permitted to make determinations that are final and not subject to appeal on constitutional questions and questions of law that are of such importance for the administration of justice, lest this lead to inequitable results.

43 En ce sens, le rapport de la Cour d'appel constitue bien davantage que l'expression d'une simple opinion, mais revêt un caractère décisionnel important. Cela suffit en l'espèce pour répondre aux définitions de « jugement » ou de « jugement définitif » prévues au par. 40(1) *L.C.S.* et pour permettre à notre Cour de siéger en révision. Eu égard à cet article, on ne saurait permettre à la Cour d'appel, sous peine de produire des résultats inéquitables, de se prononcer sur des questions constitutionnelles et sur des questions de droit aussi importantes pour l'administration de la justice et ce, de façon finale et sans possibilité d'appel.

I will, however, make a few comments in conclusion, regarding three decisions of this Court and of the Privy Council that must be distinguished from the case at bar. The respondents cited first, in support of their argument that the report of the Court of Appeal is not in the nature of a decision, the recent decision of this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391. In that case, the Court agreed

44 Je formulerai tout de même quelques commentaires en terminant sur trois décisions de notre Cour et du Conseil privé qu'il y a lieu de distinguer du présent cas. Les intimées invoquent d'abord, à l'appui de leur prétention selon laquelle le rapport de la Cour d'appel n'a pas de caractère décisionnel, le récent arrêt de notre Cour dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

with the conclusion reached by the Federal Court of Appeal in *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, in which that Court was of the opinion that a decision under s. 18(1) of the *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29, was not a final judgment subject to appeal under the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. This Court said, at para. 52:

> Although the decision followed a hearing at which much evidence was adduced, it was merely a finding of fact by the court, which was to form the basis of a report by the minister and, eventually, a decision by the Governor in Council, as described by ss. 10 and 18(1). The decision did not finally determine any legal rights. [Emphasis added.]

It is the English version of this decision, "The decision did not finally determine any legal rights" (emphasis added), which best conveys the meaning of these remarks, which is that the decision was not final. As I noted earlier, s. 40(1) *S.C.A.* refers to a final or other judgment. Furthermore, the fact situation in *Tobiass* was very different from the situation contemplated by s. 95 *C.J.A.* The Federal Court-Trial Division was conducting an inquiry to determine whether the citizenship that had been granted to the appellants should be revoked. That inquiry, although judicial in nature, is optional and will be held only if the person in respect of whom the decision is to be made has requested, within 30 days, that the case be referred to the court: s. 18 of the *Citizenship Act*. Accordingly, it does not play an essential role in the decision-making process.

45 There is also the recent decision of this Court in *R. v. Kelly*, [2001] 1 R.C.S. 741, 2001 SCC 25, to which I also wish to return. In that case, Major J., for the majority, held that the opinion given by the Ontario Court of Appeal under the referral process set out in s. 690(*c*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for the purpose of determining whether certain evidence was admissible as fresh evidence, was no more than an opinion and not a judgment from which an appeal to this Court is available. That decision contains a number of points in common with the decision of the Privy

Dans cette affaire, la Cour a souscrit à la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, qui était d'avis qu'une décision visée au par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, ch. C-29, n'était pas un jugement définitif susceptible d'appel au sens de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Notre Cour s'exprime ainsi, au par. 52 :

> Même si la décision faisait suite à une audience au cours de laquelle de nombreux éléments de preuve ont été produits, il s'agissait simplement d'une conclusion de fait de la part de la Cour, qui devait constituer le fondement d'un rapport du ministre et, à terme, d'une décision du gouverneur en conseil, comme le décrivent l'article 10 et le paragraphe 18(1). La décision n'a déterminé en fin de compte aucun droit juridique. [Je souligne.]

Pour bien comprendre la portée de ces propos, on doit lire la version anglaise des motifs selon laquelle « *The decision did not finally determine any legal rights* » (je souligne), c'est-à-dire de façon définitive. Or, comme je le soulignais précédemment, le par. 40(1) *L.C.S.* vise un jugement définitif ou autre. De plus, l'affaire *Tobiass* se situe dans un contexte fort différent de celui prévu à l'art. 95 *L.T.J.* La Section de première instance de la Cour fédérale est en charge d'une enquête visant à déterminer s'il y a lieu de révoquer le statut de citoyenneté octroyé aux appelants. Bien que judiciaire, cette enquête a un caractère facultatif et ne se tiendra pas si l'intéressé n'a pas dans les 30 jours demandé le renvoi de l'affaire devant la cour : art. 18 de la *Loi sur la citoyenneté*. En ce sens, elle ne joue pas un rôle essentiel dans le processus de décision.

Par ailleurs, notre Cour a rendu récemment une décision dans l'affaire *R. c. Kelly*, [2001] 1 R.C.S. 741, 2001 CSC 25, sur laquelle je désire aussi revenir. Dans cette affaire, le juge Major, au nom de la majorité, a décidé que l'avis rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans le cadre de la procédure de renvoi prévue à l'al. 690*c*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui visait à déterminer si certains éléments de preuve pouvaient être admissibles comme nouvelle preuve, n'était qu'une opinion, et non un jugement susceptible d'appel devant notre Cour. Cette décision com-

Council in *Thomas v. The Queen*, [1980] A.C. 125, cited by the respondents, which was a reference by the Governor-General to the Court of Appeal of New Zealand regarding whether a convicted person should be pardoned. Although these two decisions may bear some *prima facie* resemblance to the present appeal, I believe that the fact situations were different. As I mentioned earlier, the report of the Quebec Court of Appeal has broader effect. Unlike s. 690(*c*) of the *Code*, it is not optional, but essential to the process of removing a judge and the administration of justice in general. Furthermore, the fact that it is judicial and in the nature of a decision is fundamental to the constitutionality of the proceeding as a whole. These considerations do not apply to applications for the mercy of the Crown under s. 690(*c*) of the *Code*.

porte plusieurs points en commun avec l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire *Thomas c. The Queen*, [1980] A.C. 125, invoquée par les intimées, et dans laquelle le gouverneur général a formulé un renvoi à la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande sur l'opportunité de gracier un condamné. Bien que ces deux décisions puissent à première vue présenter quelques similitudes avec le présent appel, je crois que le contexte dans lequel elles s'inscrivent diffère. Comme je l'ai mentionné précédemment, le rapport de la Cour d'appel du Québec a une portée plus large. À la différence de l'al. 690*c*) du *Code*, il n'est pas facultatif, mais revêt un caractère essentiel et ce, à l'égard du processus de révocation d'un juge et de l'administration de la justice en général. De plus, son caractère décisionnel et judiciaire est un élément fondamental de la constitutionnalité de l'ensemble de la procédure. Ces considérations sont étrangères aux demandes de clémence de la Couronne en vertu de l'al. 690*c*) du *Code*.

For all these reasons, I am of the view that the report of the Quebec Court of Appeal is a final or other judgment within the meaning in which it is understood in ss. 2(1) and 40(1) *S.C.A.*, and I find that this Court has jurisdiction to hear the appeal from the report of the Court of Appeal. We must now consider the jurisdictional questions raised with respect to the Superior Court and the Conseil de la magistrature. 46

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que le rapport de la Cour d'appel du Québec constitue un jugement, définitif ou autre, au sens où l'entendent les par. 2(1) et 40(1) *L.C.S.* et je conclus que notre Cour est compétente pour se saisir de l'appel du rapport de la Cour d'appel. Il importe maintenant de traiter des questions de compétence soulevées à l'égard de la Cour supérieure et du Conseil de la magistrature.

4. Jurisdiction of the Superior Court

4. La compétence de la Cour supérieure

In its decision on the appeal from the two Superior Court decisions dismissing the motions to dismiss brought by the respondents against the application for judicial review and motion for declaratory judgment by the appellant, the Court of Appeal correctly held that it had jurisdiction to consider all the questions of law and fact connected with the request by the Minister of Justice for an inquiry. It said that the exercise of [TRANSLATION] "[t]he jurisdiction assigned to it for the purposes of that inquiry precludes the exercise of the jurisdiction of the Superior Court" (emphasis added), thus giving the impression that its jurisdiction was exercised exclusively. In the alternative, the Court of Appeal then stated the opinion that it 47

Dans son jugement rendu en appel des deux décisions de la Cour supérieure, qui avait rejeté les requêtes en irrecevabilité présentées par les intimées à l'encontre des requêtes de l'appelant en révision judiciaire et en jugement déclaratoire, la Cour d'appel a, à juste titre, décidé qu'elle avait compétence pour examiner l'ensemble des questions de droit et de fait liées à la demande d'enquête du ministre de la Justice. Elle a déclaré que l'exercice de « [l]a compétence qui lui est attribuée pour les fins de cette enquête exclut l'exercice de celle de la Cour supérieure » (je souligne), donnant ainsi l'impression de l'exercer en exclusivité. Subsidiairement, la Cour d'appel a ensuite émis l'opinion qu'elle exerçait sa compétence de façon con-

exercised its jurisdiction concurrently with the jurisdiction of the Superior Court. LeBel J.A. stated, at pp. 1402-3:

[TRANSLATION] The context of this special proceeding [provided in s. 95 *C.J.A.*] then makes it pointless for the Superior Court to exercise its ordinary jurisdiction relating to judicial review and consideration of motions for declaratory judgment. . . . For these reasons, the Superior Court should have declined to exercise its jurisdiction in these circumstances and dismissed both motions. [Emphasis added.]

The appellant submits that s. 95 *C.J.A.* did not assign jurisdiction of that nature to the Court of Appeal, either exclusively or concurrently. I am unable to share that view.

48 Under art. 31 *C.C.P.*, the Superior Court hears in first instance every suit not assigned exclusively to another court by a specific provision of law. In my opinion, where a request is properly made to the Court of Appeal by the Minister of Justice under s. 95 *C.J.A.*, following a recommendation to that effect by the Conseil de la magistrature in accordance with s. 279 *C.J.A.*, it is precisely the intent of the legislature that the Court of Appeal determine the matter to the exclusion of any other court. Although this is not spelled out, it clearly follows from the wording and the general scheme of the *Courts of Justice Act*. This is the only interpretation that will give true meaning to the provision in s. 95 *C.J.A.* that "[t]he Government may remove a judge only upon a report of the Court of Appeal" (emphasis added). Furthermore, this interpretation is consistent with the legislature's intention of complying with the constitutional requirements regarding tenure of provincial court judges by assigning responsibility to the Court of Appeal, the highest court in the province, exclusively and in the first instance, for conducting an inquiry and making a report on the conduct of a judge. As a final point, to conclude otherwise would be inimical to the proper administration of justice, since it would encourage a multiplicity of proceedings before various tribunals. It is therefore far preferable to leave it to the Court of Appeal to determine all the questions of law and fact that may be raised

currente à celle de la Cour supérieure. Le juge LeBel s'exprime ainsi, aux p. 1402-1403 :

Le contexte de cette procédure spéciale [prévue à l'art. 95 *L.T.J.*] rend alors inutile l'exercice par la Cour supérieure de sa compétence normale en matière de contrôle judiciaire et d'examen des requêtes pour jugement déclaratoire. [. . .] Pour ces motifs, la Cour supérieure aurait dû refuser d'exercer sa compétence dans ces circonstances et rejeter les deux requêtes. [Je souligne.]

L'appelant soutient que l'art. 95 *L.T.J.* n'a pas accordé, ni en exclusivité, ni de façon concurrente, une telle compétence à la Cour d'appel. Je ne peux partager cet avis.

En vertu de l'art. 31 *C.p.c.*, la Cour supérieure connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal. Or, à mon avis, lorsque la Cour d'appel est régulièrement saisie d'une requête déposée par le ministre de la Justice conformément à l'art. 95 *L.T.J.*, à la suite d'une recommandation à cet effet formulée par le Conseil de la magistrature conformément à l'art. 279 *L.T.J.*, il est précisément de l'intention du législateur qu'elle le soit à l'exclusion de tout autre tribunal. Si elle n'est pas exprimée littéralement, elle découle clairement du texte et de l'économie générale de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. En effet, c'est la seule interprétation susceptible de donner tout son sens aux termes de l'art. 95 *L.T.J.* selon lesquels « [l]e gouvernement ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel » (je souligne). De plus, cette interprétation est conforme à la volonté du législateur de respecter les exigences constitutionnelles en matière d'inamovibilité des juges de cours provinciales en confiant à la Cour d'appel, le plus haut tribunal judiciaire de la province, exclusivement et en première instance, la responsabilité de faire enquête et d'émettre un rapport sur la conduite d'un juge. Finalement, conclure autrement irait à l'encontre d'une saine administration de la justice puisque cela favoriserait la multiplication des recours devant différentes instances. Ainsi, il est de loin préférable de laisser à la Cour d'appel le soin de trancher l'ensemble des questions de droit

in the course of the disciplinary process involving the scrutiny of the judge's conduct.

It may be helpful here to draw a parallel with the interpretation accepted by this Court in relation to arbitration in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, and *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929. In *Weber*, the Court was asked to determine to what extent s. 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, which contains a mandatory arbitration clause for the interpretation and application of collective agreements, deprived the ordinary courts of their jurisdiction. McLachlin J., as she then was, stated on behalf of a unanimous Court on this question that the model by which arbitrators have exclusive jurisdiction, to the exclusion of the ordinary courts, should prevail in relation to any disputes arising from the collective agreement. Of the three models proposed (concurrent, overlapping or exclusive), the exclusive jurisdiction model was most consistent with previous jurisprudence, the wording of the Act and the practical effect of a rule of this nature. At the time when *Weber* was decided, s. 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act* read as follows:

45. — (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

Although the wording does not refer explicitly to the fact that exercise of the jurisdiction of grievance arbitrators regarding the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement precludes any concurrent proceedings in the ordinary law courts, this Court saw, here as well, the clear expression of the legislature's intention in that regard. However, this Court was careful to say that the model by which arbitrators have exclusive jurisdiction over disputes arising from

et de fait qui pourraient être soulevées dans le cadre du processus déontologique dont le juge fait l'objet.

Il peut être utile d'établir un parallèle avec l'interprétation retenue par notre Cour en matière d'arbitrage de griefs dans les affaires *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, et *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929. Dans l'affaire *Weber*, la Cour fut appelée à déterminer dans quelle mesure le par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, qui prévoit une clause d'arbitrage obligatoire en matière d'interprétation et d'application des conventions collectives, dépossédait les tribunaux de droit commun de leur compétence. Le juge McLachlin, alors juge puîné, décidait au nom de la Cour unanime sur cette question, que le modèle de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs à l'exclusion des tribunaux de droit commun devait prévaloir à l'égard de tout litige résultant de la convention collective. Parmi les trois modèles proposés (modèles de la concomitance, du chevauchement ou de l'exclusivité), celui de la compétence exclusive convenait le mieux à la jurisprudence antérieure, au libellé de la loi et à l'effet pratique d'une telle règle. Le paragraphe 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario se lisait ainsi à l'époque de l'affaire *Weber* : 49

45 (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

Bien que le texte ne fasse aucune mention explicite du fait que l'exercice de la compétence des arbitres de griefs dans l'interprétation, l'application, l'administration ou la prétendue inexécution de la convention collective exclut toute procédure concomitante devant les tribunaux de droit commun, notre Cour y a vu là aussi l'expression claire de la volonté du législateur en ce sens. Cependant, notre Cour prenait soin de préciser que le modèle de la compétence exclusive des arbitres de griefs à

the collective agreement did not close the door to all other actions in the courts between the employer and employee.

50 In my view, the Quebec legislature did not say anything different with regard to the jurisdiction of the Court of Appeal under s. 95 *C.J.A.* Thus, where a request is referred to it under s. 95 *C.J.A.*, that Court exercises its jurisdiction exclusively. However, as this Court held in *Weber, supra*, this model does not operate completely to preclude the ordinary jurisdiction of the Superior Court in other circumstances.

51 In the case at bar, the Court of Appeal had before it the request made by the Minister under s. 95 *C.J.A.* on August 11, 1997. Then, on October 2, 1997, before it commenced its inquiry, the appellant filed his application for judicial review and motion for declaratory judgment in the Superior Court. Therefore, at the point in time when the application and motion were before the Superior Court, the appellant's case had been properly referred by the Minister to the Court of Appeal, to the exclusion of any other court. I therefore find that the Superior Court had no jurisdiction to act in the circumstances.

52 The appellant then argues that the effect of this finding is to deprive him of the extraordinary remedies available to all individuals before the courts. In his view, it is absurd that a judge who has been reprimanded can have the inquiry process judicially reviewed (with a right of appeal), as was the case in *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, whereas he, who is threatened with removal, is deprived of any remedy. It is untrue to say that no remedy is available to the appellant. Quite the contrary, the proceeding provided for in s. 95 *C.J.A.* gives him special protection and provides him with a judicial forum in which he can be heard. Furthermore, this is, so to speak, a remedy as of right, since it is a mandatory part of the process that the Minister must follow before removing him from the bench, whereas extraordinary remedies are discretionary. I would add, in conclusion on this point, that the constitutional considerations

l'égard des litiges résultant de la convention collective ne fermait pas la porte à toutes les actions en justice mettant par ailleurs en cause l'employeur et l'employé.

À mon avis, le législateur québécois ne s'est pas exprimé différemment concernant la compétence de la Cour d'appel en vertu de l'art. 95 *L.T.J.* Ainsi, lorsque celle-ci est saisie d'une requête en vertu de l'art. 95 *L.T.J.*, elle exerce sa compétence de façon exclusive. Par ailleurs, comme notre Cour l'affirmait dans l'arrêt *Weber*, précité, ce modèle n'a pas pour effet d'écarter complètement la compétence de droit commun de la Cour supérieure dans d'autres circonstances.

En l'espèce, la Cour d'appel fut saisie de la requête déposée par le ministre conformément à l'art. 95 *L.T.J.* dès le 11 août 1997. Puis, avant qu'elle ne débute son enquête, l'appelant a déposé ses deux requêtes en révision judiciaire et en jugement déclaratoire en Cour supérieure, soit le 2 octobre 1997. Ainsi, au moment où la Cour supérieure doit se pencher sur ces requêtes, la Cour d'appel est régulièrement saisie du dossier de l'appelant par le ministre et ce, à l'exclusion de tout autre tribunal. Je conclus donc que la Cour supérieure était incompétente à agir dans ces circonstances.

L'appelant prétend ensuite qu'une telle conclusion a pour effet de le priver des recours extraordinaires ouverts à tous les justiciables. Il estime qu'il est absurde qu'un juge réprimandé puisse faire réviser judiciairement (avec droit d'appel) le processus d'enquête, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, alors que, menacé de destitution, il soit dépourvu de tout recours. Or, il est faux de dire que l'appelant est dépourvu de tout recours. Bien au contraire, la procédure prévue à l'art. 95 *L.T.J.* lui accorde une protection particulière et lui permet de bénéficier d'un forum judiciaire où il peut se faire entendre. De surcroît, il s'agit en quelque sorte d'un recours de plein droit, puisqu'il constitue un passage obligé pour le ministre avant de procéder à sa destitution, alors que les recours extraordinaires sont de nature discrétionnaire. J'ajouterai finalement que les considérations cons-

that apply when a judge is reprimanded are not as significant as when his or her appointment may be revoked by the Executive.

5. Jurisdiction of the Conseil de la magistrature

The appellant argues that the Conseil de la magistrature has no jurisdiction to review his conduct, since the ethical breach occurred before he was appointed. He is accordingly of the opinion that the misconduct that is the source of the proceedings against him falls under the exclusive jurisdiction of the discipline committee of the Barreau du Québec. I am unable to accept this reasoning, for several reasons.

The *Courts of Justice Act* imposes two conditions in order for the Conseil to have jurisdiction. First, it must have jurisdiction over the person who is the subject of the complaint. Section 256*c*) *C.J.A.* states that the functions of the Conseil are "to receive and examine any complaint lodged against a judge to whom Chapter III of this Part applies". Section 260 *C.J.A.* then provides that "[t]his chapter [referring to Chapter III] applies to a judge appointed under this act". In the case at bar, Judge Therrien's notice of appointment confirms that he was appointed as a judge of the Court of Québec pursuant to s. 86 *C.J.A.* Second, the Conseil must have jurisdiction over the subject matter of the complaint. Section 263 *C.J.A.* specifies that the Conseil receives and examines a complaint lodged by any person against a judge alleging that he has failed to comply with the code of ethics. At the hearing before the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature, counsel for the Minister of Justice explained that the complaint lodged related to breaches of ss. 2, 4, 5 and 10 of the *Judicial Code of Ethics*, which provide:

2. The judge should perform the duties of his office with integrity, dignity and honour.

4. The judge should avoid any conflict of interest and refrain from placing himself in a position where he cannot faithfully carry out his functions.

5. The judge should be, and be seen to be, impartial and objective.

titutionnelles en jeu lorsqu'un juge est réprimandé sont moindres que lorsque sa commission peut être révoquée par le pouvoir exécutif.

5. La compétence du Conseil de la magistrature

53 L'appelant prétend que le Conseil de la magistrature n'a pas compétence pour examiner sa conduite étant donné que le manquement déontologique est survenu avant sa nomination. En conséquence, il est d'avis que l'inconduite qui lui est reprochée relève exclusivement du comité de discipline du Barreau du Québec. Je ne peux accepter ce raisonnement pour plusieurs raisons.

54 La *Loi sur les tribunaux judiciaires* pose une double condition à la compétence du Conseil. Celui-ci doit d'abord avoir compétence sur la personne visée par la plainte. L'alinéa 256*c*) *L.T.J.* indique que le Conseil a pour fonctions « de recevoir et d'examiner toute plainte formulée contre un juge auquel s'applique le chapitre III de la présente partie ». Puis, l'art. 260 *L.T.J.* précise que « [l]e présent chapitre [référant au ch. III] s'applique à un juge nommé en vertu de la présente loi ». En l'espèce, l'acte de nomination du juge Therrien atteste que celui-ci est nommé juge de la Cour du Québec en vertu de l'art. 86 *L.T.J.* Dans un deuxième temps, le Conseil doit avoir compétence sur l'objet de la plainte. L'article 263 *L.T.J.* énonce que le Conseil reçoit et examine une plainte lui reprochant un manquement au code de déontologie. À l'audition devant le comité d'enquête du Conseil de la magistrature, l'avocat du ministre de la Justice précisait que la plainte portée concernait des atteintes aux art. 2, 4, 5 et 10 du *Code de déontologie de la magistrature*, selon lesquels :

2. Le juge doit remplir son rôle avec intégrité, dignité et honneur.

4. Le juge doit prévenir tout conflit d'intérêt et éviter de se placer dans une situation telle qu'il ne peut remplir utilement ses fonctions.

5. Le juge doit de façon manifeste être impartial et objectif.

10. The judge should uphold the integrity and defend the independance of the judiciary, in the best interest of justice and society.

The Conseil de la magistrature therefore had jurisdiction over the person and over the subject matter of the complaint. Whether or not the actions were prior to the appellant's appointment is not relevant under the Act.

55 Furthermore, the Barreau du Québec has no jurisdiction over the actions in question. In *Maurice v. Priel*, [1989] 1 S.C.R. 1023, this Court set out the procedure to be followed in order to determine the jurisdiction of the Law Society of Saskatchewan to proceed with discipline proceedings against the respondent, a judge of the Court of Queen's Bench for Saskatchewan, for breaches of its *Code of Professional Conduct* while he was a practising lawyer. It stated, at p. 1033:

> Rather [the case at bar] is concerned with the narrow issue as to whether pursuant to the provisions of *The Legal Profession Act* of Saskatchewan the Law Society of that province can institute discipline proceedings against a judge for alleged misconduct committed while still a lawyer. The resolution of the issue turns solely upon the wording of *The Legal Profession Act* and the *Judges Act*. [Emphasis added.]

56 In Quebec, s. 116 of the *Professional Code* describes the extent of the jurisdiction of the committees on discipline constituted within each professional order:

> **116.** A committee on discipline is constituted within each order.
>
> The committee shall be seized of every complaint made against a professional for an offence against this Code, the Act constituting the order of which he is a member or the regulations made under this Code or that Act.
>
> The committee shall also be seized of every complaint made against a former member of an order for an offence referred to in the second paragraph that was committed while he was a member of the order. In such a case, every reference to a professional or a member of the order in the provisions of this Code, the Act constituting the order of which he was a member or a regula-

10. Le juge doit préserver l'intégrité et défendre l'indépendance de la magistrature, dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société.

Le Conseil de la magistrature avait donc compétence sur la personne et sur l'objet de la plainte. Que les gestes soient antérieurs à la nomination de l'appelant ou non n'est pas un critère pertinent au sens de la loi.

Par ailleurs, le Barreau du Québec n'a aucune compétence sur les actions reprochée. Dans l'affaire *Maurice c. Priel*, [1989] 1 R.C.S. 1023, notre Cour indiquait la démarche à suivre afin de déterminer la compétence de la Law Society of Saskatchewan pour engager des procédures disciplinaires contre l'intimé, un juge de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, pour des manquements à son *Code de déontologie* alors qu'il exerçait la profession d'avocat. Elle mentionnait, à la p. 1033 :

> La présente affaire porte plutôt sur la question limitée de savoir si, selon *The Legal Profession Act* de la Saskatchewan, la Law Society de cette province peut engager des procédures disciplinaires contre un juge pour l'inconduite dont il aurait fait preuve pendant qu'il était encore avocat. La réponse à cette question dépend uniquement du texte de *The Legal Profession Act* et de la *Loi sur les juges*. [Je souligne.]

Au Québec, l'art. 116 du *Code des professions* précise l'étendue de la compétence des comités de discipline constitués dans chacun des ordres professionnels :

> **116.** Un comité de discipline est constitué au sein de chacun des ordres.
>
> Le comité est saisi de toute plainte formulée contre un professionnel pour une infraction aux dispositions du présent code, de la loi constituant l'ordre dont il est membre ou des règlements adoptés conformément au présent code ou à ladite loi.
>
> Le comité est saisi également de toute plainte formulée contre une personne qui a été membre d'un ordre pour une infraction visée au deuxième alinéa, commise alors qu'elle était membre de l'ordre. Dans ce cas, une référence au professionnel ou au membre de l'ordre, dans les dispositions du présent code, de la loi constituant l'ordre dont elle était membre ou d'un règlement

tion under this Code or the said Act shall be a reference to the former member. [Emphasis added.]

Although the complaint lodged against Judge Therrien concerns allegations of misconduct committed while he was a lawyer, something that is expressly provided for in the third paragraph of s. 116, it does not relate to any "offence against this Code, the Act constituting the order of which he [was] a member or the regulations made under this Code or that Act".

Apart from the statutory provisions, a number of other reasons stated both by the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature and by the Court of Appeal may be raised. For example, in the interests of judicial independence, it is important that discipline be dealt with in the first place by peers. I agree with the following remarks by Professor H. P. Glenn in his article "Indépendance et déontologie judiciaires" (1995), 55 *R. du B.* 295, at p. 308:

[TRANSLATION] If we take as our starting point the principle of judicial independence — and I emphasize the need for this starting point in our historical, cultural and institutional context — I believe that it must be concluded that the primary responsibility for the exercise of disciplinary authority lies with the judges at the same level. To place the real disciplinary authority outside that level would call judicial independence into question.

In addition, as I said in *Ruffo*, *supra*, at p. 309, the committee of inquiry is responsible for preserving the integrity of the whole of the judiciary. Accordingly, it must be able to examine the past conduct of a judge, if it is relevant to the assessment of his candidacy, having regard to his capacity to carry out his judicial functions, and to determine, based on that, whether it may reasonably undermine public confidence in the incumbent of the office. In this case, the appellant's actions, though predating his appointment, were alleged to have had that kind of impact on the performance of his functions. In conclusion on this point, I am of the same view as LeBel J.A., who held that the process of selecting persons qualified for appointment as judges is so closely related to the exercise

adopté conformément au présent code ou à ladite loi, est une référence à cette personne. [Je souligne.]

Si la plainte formulée contre le juge Therrien concerne des allégations d'inconduite commises alors qu'il était avocat, ce qui est expressément prévu par le troisième alinéa de l'art. 116, celle-ci ne vise aucune « infraction aux dispositions du présent code, de la loi constituant l'ordre dont il [était] membre ou des règlements adoptés conformément au présent code ou à ladite loi ».

57 Au-delà des textes de loi, plusieurs autres raisons soulevées tant par le comité d'enquête du Conseil de la magistrature que par la Cour d'appel peuvent être invoquées. Ainsi, au nom de l'indépendance de la magistrature, il importe que la discipline relève au premier chef des pairs. Je partage les propos suivants du professeur H. P. Glenn, dans son article « Indépendance et déontologie judiciaires » (1995), 55 *R. du B.* 295, p. 308 :

Si l'on part du principe de l'indépendance judiciaire — et j'insiste sur la nécessité de ce point de départ dans notre contexte historique, culturel et institutionnel — je crois qu'il faut conclure que la première responsabilité pour l'exercice du pouvoir disciplinaire repose sur les juges d'un même ordre. Situer le véritable pouvoir disciplinaire à l'extérieur de cet ordre serait mettre en question l'indépendance judiciaire.

58 De plus, comme je l'affirmais dans l'arrêt *Ruffo*, précité, p. 309, le comité d'enquête a la responsabilité de veiller à l'intégrité de l'ensemble de la magistrature. En ce sens, il doit pouvoir examiner la conduite passée d'un juge si celle-ci est pertinente à l'appréciation de sa candidature, eu égard à sa capacité d'exercer ses fonctions judiciaires et pour décider si, en conséquence, elle peut raisonnablement porter atteinte à la confiance du public envers le titulaire de la charge. En l'espèce, les gestes posés par l'appelant, bien qu'antérieurs à sa nomination, lui sont reprochés comme ayant une telle incidence sur l'exécution de ses fonctions. Finalement, je partage le point de vue exprimé par le juge LeBel de la Cour d'appel selon lequel le processus de sélection des personnes aptes à être

of the judicial function itself that it cannot be dissociated from it.

B. *Constitutional Questions*

1. Relevant Statutory Provisions

59 *Constitution Act, 1867*

[Preamble]

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

. . .

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

99. (1) Subject to subsection (2) of this section, the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

(2) A judge of a superior court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

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.

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.

nommées juges est si intimement lié à l'exercice même de la fonction judiciaire qu'il ne saurait en être dissocié.

B. *Les questions constitutionnelles*

1. Les dispositions législatives pertinentes

Loi constitutionnelle de 1867

[Préambule]

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

. . .

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

(2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

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.

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;

2. Issues and Appellant's Arguments

Individual and institutional impartiality and independence are key elements in the function of a judge; they are inherent in the very definition of a judge and are an integral part of the constitutional structure of the parliamentary democracy of the United Kingdom, which we have inherited through the preamble to our Constitution: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 70-71, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at paras. 92 and 106. Section 11(*d*) of the *Canadian Charter* refers specifically to these elements in defining the rights of the accused: *Valente*, *supra*, at p. 679; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pp. 282 and 284. Sections 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867* also guarantee these elements in respect of judges of the superior courts: *Beauregard*, *supra*, at pp. 71-73, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at paras. 105, 124-26. The scope of these various sources of judicial independence, and how they interact, are at the core of the constitutional issue in this case.

First, the appellant submits that the legal rule set out in s. 95 *C.J.A.*, by which a provincial court judge may be removed without an address of the legislature, is contrary to the principles of judicial impartiality and independence embodied in the preamble. While he acknowledges that this Court disposed of this question in *Valente*, *supra*, at p. 697, he argues that it did so only in the context of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter*, which deals exclusively with criminal matters. In a non-criminal context, the preamble would apply and afford greater protection than s. 11(*d*). Regarding security of tenure, it would afford the same protection to provincial court judges as to judges of the superior courts, who cannot be removed without an address of Parliament in accordance with s. 99 of the *Constitution Act, 1867*. The appellant is also of the opinion that the province of Quebec did not have the necessary legislative jurisdiction to repeal the

2. Les questions en litige et les prétentions de l'appelant

Impartialité et indépendance, tant individuelles qu'institutionnelles, sont des éléments essentiels à la fonction du juge, tiennent de sa définition même et font partie intégrante de la structure constitutionnelle de la démocratie parlementaire de la Grande-Bretagne dont le préambule de notre Constitution nous fait les héritiers : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 70-71, et le *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 92 et 106. L'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne* en fait la mention spécifique au chapitre des droits de l'accusé : *Valente*, précité, p. 679; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 282 et 284. Les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en assurent aussi le respect au niveau des juges des cours supérieures : *Beauregard*, précité, p. 71-73, et *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 105, 124-126. La portée et l'interaction de ces différents fondements de l'indépendance judiciaire sont au cœur du présent litige constitutionnel. 60

Dans un premier temps, l'appelant soutient que la règle de droit prévue à l'art. 95 *L.T.J.*, selon laquelle il est possible de destituer un juge d'une cour provinciale sans adresse parlementaire, est contraire à ces principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire enchâssés dans le préambule. Il reconnaît que notre Cour a statué sur cette question dans le cadre de l'arrêt *Valente*, précité, p. 697, mais il prétend qu'elle ne l'a fait que dans le contexte de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne*, lequel vise exclusivement les matières pénales. En contexte autre que pénal, le préambule prendrait la relève et offrirait une protection supérieure à celle de l'al. 11*d*). En matière d'inamovibilité, il accorderait la même protection aux juges des cours provinciales qu'aux juges des cours supérieures qui ne peuvent être destitués sans une adresse parlementaire, conformément à l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, l'appelant estime que la province de Québec n'avait pas la compétence législative requise pour abroger en 1941, par 61

requirement for an address of the legislature when it enacted s. 95 *C.J.A.* in 1941.

62 Second, the appellant argues that s. 95 *C.J.A.* undermines the structural principle of judicial independence embodied in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, since the removal of a judge of the Court of Québec is a matter within the sole discretion of the Minister of Justice, who is not required either to table the report of the Court of Appeal in the National Assembly or to follow it. Once again, he is of the opinion that the preamble affords greater protection than is provided by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter*. I will address these two arguments in turn.

3. The Requirement for an Address of the Legislature

63 It is worth mentioning at the outset that the Court of Québec, like the Ontario Provincial Court or courts at the same level in other provinces, is not a superior court as defined in s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Its judges are therefore not covered by the specific conditions set out in ss. 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867*, *inter alia* that the removal of a judge must follow the joint address procedure set out in s. 99(1). However, should this standard, while not directly applicable to them, be imposed as a constitutional requirement in respect of provincial court judges? This Court examined that question in relation to s. 11(*d*) in *Valente*, *supra*, to which we should briefly return.

64 *Valente* raised the issue of whether a judge of the Ontario Provincial Court hearing criminal cases, whose independence and impartiality are expressly guaranteed by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter*, was an independent tribunal within the meaning of that provision. Le Dain J. wrote the judgment on behalf of the Court. First, he stated the three essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*): security of tenure, financial security and institutional independence with respect to matters of administration bearing

l'adoption de l'art. 95 *L.T.J.*, cette exigence de l'adresse parlementaire.

Dans un deuxième temps, l'appelant prétend que l'art. 95 *L.T.J.* porte atteinte au principe structurel de l'indépendance judiciaire enchâssé dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, car la destitution d'un juge de la Cour du Québec ne relève que du pouvoir discrétionnaire du ministre de la Justice, qui n'est ni tenu de déposer le rapport de la Cour d'appel devant l'Assemblée nationale ni tenu de s'y conformer. Encore une fois, il est d'avis que le préambule offre une protection supérieure à celle de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne*. J'aborderai ces deux arguments à tour de rôle.

3. L'exigence de l'adresse parlementaire

D'entrée de jeu, il n'est pas inutile de rappeler que la Cour du Québec, comme c'est le cas de la Cour provinciale de l'Ontario ou de celles de même niveau des autres provinces, n'est pas une cour supérieure visée par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ses juges ne sont donc pas visés par les modalités particulières prévues aux art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, notamment par l'assujettissement de la destitution d'un juge à la procédure d'une adresse conjointe prévue au par. 99(1). Cependant, sans leur être applicable directement, cette norme doit-elle être imposée comme exigence constitutionnelle à l'égard des juges des cours provinciales? Notre Cour a examiné la question dans le contexte de l'al. 11*d*), dans l'arrêt *Valente*, précité, sur lequel il importe de revenir brièvement.

L'affaire *Valente* soulevait la question de savoir si un juge de la Cour provinciale de l'Ontario siégeant en matière pénale, dont l'indépendance et l'impartialité sont garanties de façon expresse par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne*, constituait un tribunal indépendant au sens de cette disposition. Le juge Le Dain écrit le jugement au nom de la Cour. D'abord, il détermine les trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au sens de l'al. 11*d*), soit l'inamovibilité, la sécurité financière et l'autonomie administrative relativement

directly on the exercise of its judicial function: *Valente*, *supra*, at pp. 694, 704 and 708 (see also *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 132; *Généreux*, *supra*, at pp. 285-86; *Ruffo*, *supra*, at para. 40; and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at para. 115).

aux questions qui ont un effet direct sur l'exercice des fonctions judiciaires : *Valente*, précité, p. 694, 704 et 708 (voir aussi les arrêts *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 132; *Généreux*, précité, p. 285-286; *Ruffo*, précité, par. 40; et le *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 115).

Le Dain J. next said that although it may be desirable, it is not reasonable to apply the most elaborate and rigorous conditions of judicial independence as constitutional requirements, since s. 11(*d*) of the *Canadian Charter* may have to be applied to a variety of tribunals. These essential conditions should instead respect that diversity and be construed flexibly. Accordingly, there should be no uniform standard imposed or specific legislative formula dictated as supposedly prevailing. It will be sufficient if the essence of these conditions is respected: *Valente*, *supra*, at pp. 692-93 (see also *Lippé*, *supra*, at p. 142; *Généreux*, *supra*, at pp. 284-86 and 304; and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at para. 167).

65 Le juge Le Dain mentionne ensuite que, bien que ce puisse être souhaitable, il n'est pas raisonnable de poser comme exigences constitutionnelles les conditions les plus rigoureuses et élaborées de l'indépendance judiciaire parce que l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne* est susceptible de s'appliquer à une grande diversité de tribunaux. Ces conditions essentielles devront plutôt respecter cette diversité et être interprétées de façon souple. Ainsi, il ne saurait être question d'imposer une norme uniforme ou de dicter une formule législative particulière qui devrait prévaloir. Il suffira que l'essence de ces conditions soit respectée : *Valente*, précité, p. 692-693 (voir aussi les arrêts *Lippé*, précité, p. 142; *Généreux*, précité, p. 284-286 et 304; et le *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 167).

In his view, the essence of security of tenure for purposes of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter* is that the appointment be made until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, and that the tenure be secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary manner: *Valente*, *supra*, at p. 698 (see also *Généreux*, *supra*, at p. 285). More specifically, as regards removal of provincial court judges, it will be sufficient if the following two criteria are met: (1) the judge may be removed only for cause related to his or her capacity to perform judicial functions and (2) there must be a judicial inquiry to establish that such cause exists, at which the judge must be given an opportunity to be heard: *Valente*, *supra*, at pp. 697-98 (see also *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at para. 115).

66 À son avis, l'essence de la garantie d'inamovibilité aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne* est que la nomination soit faite jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe ou pour une charge *ad hoc*, et que cette fonction soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations : *Valente*, précité, p. 698 (voir aussi l'arrêt *Généreux*, précité, p. 285). Plus spécifiquement, en matière de révocation des juges des cours provinciales, il suffira de répondre aux deux critères suivants : (1) le juge ne peut être révoqué que pour un motif déterminé lié à sa capacité d'exercer ses fonctions judiciaires et (2) une enquête judiciaire doit être prévue pour établir l'existence de ce motif dans le cadre de laquelle le juge doit avoir l'occasion de se faire entendre : *Valente*, précité, p. 697-698 (voir aussi le *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 115).

Accordingly, it is not necessary, for purposes of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter*, that the proce-

67 En ce sens, il n'est pas nécessaire, aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne*, que la procé-

dure to remove a provincial court judge who hears criminal cases include an address of Parliament. Although in this regard superior court judges enjoy the higher degree of constitutional guarantee modelled on the *Act of Settlement* of 1701 (12 & 13 Will. 3, c. 2) and set out in s. 99 of the *Constitution Act, 1867*, that standard should not be imposed as a constitutional requirement: *Valente*, *supra*, at pp. 695, 697-98 (see also *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at para. 115). Le Dain J. also said, at p. 697:

> Similarly, it may be desirable, as now provided for in s. 56(1), that a judge should be removable from office only on an address of the legislature, but again I do not think it is reasonable to require this as essential for security of tenure for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*. It may be that the requirement of an address of the legislature makes removal of a judge more difficult in practice because of the solemn, cumbersome and publicly visible nature of the process, but the requirement of cause, as defined by statute, together with a provision for judicial inquiry at which the judge affected is given a full opportunity to be heard, is in my opinion a sufficient restraint upon the power of removal for purposes of s. 11(*d*). [Emphasis added.]

68 I am of the opinion that this should also apply to provincial courts and the judges of those courts when they hear non-criminal matters, and that their independence is protected by the preamble to the *Constitution Act, 1867*. First, stricter procedural measures in relation to removal cannot be required in their case than are required for the judge exercising his or her jurisdiction in criminal cases. Their functions are essentially the same and can be distinguished from the functions of a judge hearing criminal cases only to the extent that the subject matter of the cases is less likely to directly affect the freedom of the individual before the court and violate the guarantees set out in ss. 7 and 11 of the *Canadian Charter*. Second, although the protection of s. 11(*d*) is available only to persons charged with an offence, it "reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence": *Valente*, *supra*, at p. 685 (see also *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial*

dure de révocation d'un juge d'une cour provinciale, lorsqu'il siège en matière pénale, comprenne une adresse parlementaire. Bien qu'à cet égard, les juges des cours supérieures bénéficient du plus haut degré de garantie constitutionnelle inspiré de l'*Act of Settlement* de 1701 (12 & 13 Will. 3, ch. 2) et prévu à l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette norme ne saurait être imposée comme exigence constitutionnelle : *Valente*, précité, p. 695, 697-698 (voir aussi le *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 115). Le juge Le Dain s'exprime ainsi à la p. 697 :

> De même, il est peut-être souhaitable, comme le prévoit maintenant le par. 56(1), qu'un juge ne puisse être révoqué que sur adresse du corps législatif mais, ici encore, je ne pense pas qu'il soit raisonnable d'exiger cela comme étant essentiel à l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il se peut que la nécessité d'une adresse du corps législatif rende la révocation d'un juge plus difficile en pratique à cause de la solennité, de la lourdeur et de la visibilité de la procédure, mais qu'un motif soit nécessaire, comme le définit la loi, et qu'une enquête judiciaire soit prévue au cours de laquelle le juge visé a pleinement l'occasion de se faire entendre, constituent à mon avis, une restriction suffisante du pouvoir de révocation pour les fins de l'al. 11*d*). [Je souligne.]

Je suis d'avis qu'il doit en être également ainsi pour les cours provinciales et leurs juges lorsqu'ils siègent dans des matières autres que pénales et que leur indépendance est protégée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'abord, on ne saurait exiger à leur égard des mesures procédurales qui soient plus strictes en matière de destitution que celles requises pour le juge lorsqu'il exerce sa compétence en matière pénale. Leurs fonctions sont essentiellement les mêmes et ne se distinguent de celles d'un juge en matière pénale qu'en autant que leur objet est moins susceptible de toucher directement la liberté d'un justiciable et de porter atteinte aux garanties des art. 7 et 11 de la *Charte canadienne*. Ensuite, bien que l'al. 11*d*) ne bénéficie qu'aux personnes faisant l'objet d'une inculpation, il « reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire » : *Valente*, précité, p. 685 (voir aussi *Renvoi sur la rémunération des juges de cours pro-*

Court, supra, at para. 111). That same constitutional value is also embodied in the preamble to our Constitution. Accordingly, the preamble cannot afford greater protection than what is guaranteed by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter*.

The appellant further submits that this Court should revisit the conclusion reached in *Valente* in light of its recent judgment in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court, supra*. He relies on certain remarks by Lamer C.J., for the majority, at para. 162 of the decision:

> Rather, all that *Valente* held is that s. 11(*d*) does not, as a matter of principle, automatically provide the same level of protection to provincial courts as s. 100 and the other judicature provisions do to superior court judges. *In the particular circumstances*, though, s. 11(*d*) may in fact provide the same level of protection to provincial court judges as the judicature provisions do to superior court judges. [Underlining in original; italics added.]

Taken in isolation, this passage provides no support for the appellant's submissions. Furthermore, when put back in its context, it can only reinforce the conclusions of this Court in *Valente*. *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court, supra*, raised the specific question of whether the guarantee of judicial independence, and primarily the financial security aspect, restricted the manner by and extent to which the government and provincial legislatures can reduce salaries of provincial court judges. A majority of the Court found that for purposes of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter*, judges' salaries may be reduced, increased or frozen provided that the government refers consideration of the proposed measure to an independent commission. In reaching that conclusion, Lamer C.J. relied on *Beauregard, supra*, which dealt with the degree of protection to which superior court judges were entitled under s. 100 of the *Constitution Act, 1867*. Thus, attempting to determine the

vinciales, précité, par. 111). Cette même valeur constitutionnelle est enchâssée dans le préambule de notre Constitution. En ce sens, le préambule ne saurait accorder une protection supérieure à celle garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne*.

69 L'appelant soutient par ailleurs que notre Cour devrait revenir sur cette conclusion retenue dans l'arrêt *Valente* à la lumière de son récent jugement dans le *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité. Il s'appuie sur certains propos tenus par le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, au par. 162 du jugement :

> Au contraire, cet arrêt [*Valente*] a tout au plus établi que, en principe, l'al. 11*d*) ne garantit pas automatiquement aux cours provinciales le même degré de protection que celui accordé aux juges des cours supérieures par l'art. 100 et les autres dispositions relatives à la magistrature. *Dans les circonstances de l'espèce*, toutefois, l'al. 11*d*) peut en fait accorder aux juges des cours provinciales le même degré de protection que celui garanti aux juges des cours supérieures par les dispositions relatives à la magistrature. [Soulignement dans l'original; italiques ajoutés.]

70 Pris isolément, ce passage ne saurait venir appuyer les prétentions de l'appelant. Mieux encore, replacé dans son contexte, il ne saurait que renforcer les conclusions de notre Cour dans l'arrêt *Valente*. Le *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, soulevait la question précise de savoir si la garantie d'indépendance de la magistrature, et principalement le volet de la sécurité financière, avait pour effet de restreindre les moyens par lesquels le gouvernement et les assemblées législatives des provinces peuvent réduire les traitements des juges des cours provinciales et, le cas échéant, de limiter l'ampleur de ces réductions. La Cour, à la majorité, conclut, qu'aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne*, les traitements des juges peuvent être réduits, haussés ou bloqués en autant que le gouvernement ait recours à une commission indépendante pour examiner la mesure proposée. Pour parvenir à cette conclusion, le juge en chef Lamer s'appuie sur l'arrêt *Beauregard*, précité, qui portait sur le niveau de protection accordé aux juges des cours supérieures en vertu de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, tentant de déterminer l'applicabilité

applicability of that decision to the interpretation of s. 11(*d*), he said, at paras. 160-61:

> Since *Beauregard* defines the scope of Parliament's powers with respect to the remuneration of superior court judges, it was argued before this Court that it had no application to the cases at bar.
>
> To some extent, this question was dealt with in *Valente*, where the Court held that s. 11(*d*) did not entitle provincial court judges to a number of protections which were constitutionally guaranteed to superior court judges. For example, while superior court judges may only be dismissed by a resolution of both Houses of Parliament, this Court expressly rejected the need for the dismissal of provincial court judges by provincial legislatures. [Emphasis added.]

I do not see in this passage any questioning of the conclusions reached in *Valente*; those conclusions were rather affirmed. Like Le Dain J., I therefore find that it is not necessary that the procedure to remove a provincial court judge include an address of the legislature within the meaning of the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

71 The appellant's final argument is that the Quebec National Assembly did not have the necessary legislative jurisdiction to repeal the requirement for an address of the legislature for provincial court judges. First, I have shown that there is no such requirement. It may indeed be an ideal but it is not necessary in order to comply with the Constitution. Furthermore, the jurisdiction of provincial legislatures over provincial courts derives expressly from ss. 92(14) and (4) of the *Constitution Act, 1867*, concerning respectively "The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts" and "The Establishment and Tenure of Provincial Offices". In exercising their jurisdiction, and within the limitations of the constitutional requirements, provincial legislatures are authorized to adopt separate rules for the functioning of the various judicial councils they establish: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at para. 167.

de cette décision pour l'interprétation de l'al. 11*d*), il déclare, aux par. 160-161 :

> Puisque l'arrêt *Beauregard* définit l'étendue des pouvoirs du Parlement relativement à la rémunération des juges des cours supérieures, il a été plaidé devant notre Cour qu'il était inapplicable en l'espèce.
>
> Dans une certaine mesure, cette question a été tranchée dans l'arrêt *Valente*, où notre Cour a statué que l'al. 11*d*) n'accorde pas aux juges des cours provinciales un certain nombre des protections garanties par la Constitution aux juges des cours supérieures. Par exemple, alors que ces derniers ne peuvent être révoqués que par suite d'une résolution des deux chambres du Parlement, notre Cour a expressément écarté la nécessité que les juges des cours provinciales soient révoqués par les assemblées législatives provinciales. [Je souligne.]

Je ne vois pas là une remise en question des conclusions de l'arrêt *Valente*, mais, bien au contraire, leur consécration. À l'instar du juge Le Dain, je conclus donc qu'il n'est pas nécessaire que la procédure de révocation d'un juge d'une cour provinciale comprenne une adresse parlementaire aux fins du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'appelant soutient finalement que l'Assemblée nationale du Québec n'avait pas la compétence législative requise pour abroger l'exigence de l'adresse parlementaire pour les juges des cours provinciales. D'abord, j'ai démontré qu'une telle exigence n'existe pas. Elle peut certes constituer un idéal, mais elle n'est pas nécessaire pour se conformer à la Constitution. Par ailleurs, la compétence des législatures provinciales sur les cours provinciales découle expressément des par. 92(14) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant respectivement « [l']administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province » et « [l]a création et la tenure des charges provinciales ». Dans l'exercice de leurs compétences et dans les limites des exigences constitutionnelles, les législatures provinciales sont autorisées à établir des règles de fonctionnement distinctes pour les différents conseils de la magistrature qu'elles mettent sur pied : *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 167.

4. The Requirement that the Executive be Bound by the Court of Appeal Report

In my view, the implications of the second argument put forward by the appellant for judicial independence are more significant. Indeed, what we must consider is whether the judicial function is genuinely secure against any discretionary interference by the Executive or other appointing authority, as required by *Valente*, *supra*, p. 698, where a government is not bound by the findings and recommendations of a judicial inquiry body concerning the removal of a provincial court judge.

Le Dain J. considered this issue in *Valente*. At pp. 697-98, he said:

> Whether or not the Executive should be bound by the report of the judicial inquiry — that is, whether the power to remove should be conditional upon a finding of cause by the judicial inquiry, as is now provided by s. 56(1) of the *Courts of Justice Act, 1984* — I find more difficult. Certainly, it is preferable, but I do not think it can be required as essential to security of tenure for purposes of s. 11(*d*). The existence of the report of the judicial inquiry is a sufficient restraint upon the power of removal, particularly where, as provided by s. 4 of the *Provincial Courts Act*, the report is required to be laid before the legislature.

This statement must be explained and put back in its context. First, I note that Le Dain J. expressed great reluctance to conclude that the Executive did not necessarily have to be bound by the findings of a judicial inquiry body exonerating a judge in order to comply with the requirements of judicial independence; he took pains to point out that this issue was "more difficult" to determine, that it would certainly be "preferable" to conclude otherwise, but that this was not necessary "particularly where . . . the report is required to be laid before the legislature". In addition, although this Court did reach that conclusion, it was not unaware that this aspect of the Ontario legislation had been amended while the case was under appeal. Section 56(1) of the new *Courts of Justice*

4. L'exigence que le pouvoir exécutif soit lié par le rapport de la Cour d'appel

72 J'estime que le second argument soulevé par l'appelant a des implications plus importantes en matière d'indépendance judiciaire. En effet, il y a lieu de se demander si la fonction judiciaire est véritablement à l'abri de toute intervention discrétionnaire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations, comme l'exige l'arrêt *Valente*, précité, p. 698, lorsqu'un gouvernement n'est pas lié par les conclusions et recommandations d'un organisme d'enquête judiciaire concernant la destitution d'un juge de cour provinciale.

73 Le juge Le Dain a examiné la question dans l'arrêt *Valente*. Il s'exprimait ainsi, aux p. 697-698 :

> J'estime qu'il est plus difficile de déterminer si l'exécutif doit ou non être lié par le rapport de l'enquête judiciaire, c.-à-d. si le pouvoir de révocation doit être assujetti à la condition que l'enquête judiciaire ait constaté l'existence d'un motif, comme le prévoit maintenant le par. 56(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*. Cela est certainement préférable, mais je ne pense pas que cela puisse être posé comme essentiel à l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11*d*). L'existence du rapport d'enquête judiciaire constitue une restriction suffisante du pouvoir de révocation, particulièrement lorsque, comme le prévoit l'art. 4 de la *Loi sur les cours provinciales*, le rapport doit être déposé devant le corps législatif.

74 Cette affirmation doit être nuancée et replacée dans son contexte. D'abord, je note que le juge Le Dain émettait de sérieuses réserves à conclure que le pouvoir exécutif ne devait pas nécessairement être lié par les conclusions d'exonération de l'organisme d'enquête judiciaire pour se conformer aux exigences de l'indépendance judiciaire; il ne manquait pas de souligner que cette question était « plus difficile » à trancher, qu'il serait certes « préférable » de conclure autrement, mais qu'il n'était pas nécessaire « particulièrement lorsque [. . .] le rapport doit être déposé devant le corps législatif ». De plus, bien que notre Cour ait conclu en ce sens, elle n'était pas non plus sans ignorer que cet aspect de la législation ontarienne avait été modifié en cours d'instance. En effet, la nouvelle

Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, specifically provided that the Executive was bound to accept a finding of the judicial inquiry body exonerating the judge. Le Dain J. expressly acknowledged, in one of the introductory paragraphs of his reasons, that "[s]ubsequent changes in the law governing the Provincial Court (Criminal Division) and its judges [were] relevant to the question of the continuing independence of the tribunal to which the matter [might] be remitted for determination": *Valente*, at pp. 683-84. Furthermore, it is important to point out that the issue of the deference that the Executive must show for a decision of the judicial inquiry body had not been included in the list of the grounds of appeal raised by the appellant before this Court: *Valente*, at pp. 680-82. As a result, the remarks of Le Dain J. were merely *obiter dicta*, and do not bind the courts below and need not today be overruled by this Court: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, par. 168.

Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, prévoyait précisément à son par. 56(1) que l'exécutif serait tenu d'accepter une conclusion d'exonération formulée par l'organisme d'enquête judiciaire. Le juge Le Dain reconnaissait expressément, dans un paragraphe introductif de ses motifs, que « [l]es changements subséquents apportés au droit régissant la Cour provinciale (Division criminelle) et ses juges [étaient] pertinents en ce qui concerne la question de l'indépendance permanente du tribunal auquel l'affaire [pourrait] être renvoyée » : *Valente*, p. 683-684. Par ailleurs, il importe de souligner que la question de la déférence que doit manifester le pouvoir exécutif à l'endroit de la décision de l'organisme d'enquête judiciaire ne faisait pas partie de la liste de moyens soulevés par l'appelant devant notre Cour : *Valente*, p. 680-682. En ce sens, les commentaires formulés par le juge Le Dain ne sont qu'une opinion incidente qui ne saurait lier les juridictions inférieures et que notre Cour n'a pas à renverser aujourd'hui : *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 168.

75 To the foregoing, I would finally add that the decision of this Court was based on a review of all the relevant provisions of the provincial legislation in force at that time regarding the tenure of judges. That analysis established that "[i]n some cases the executive government is bound by the report of the inquiry; in most cases the government is not bound by it": *Valente*, at p. 696. The situation today is quite different.

À ces motifs, j'ajouterai finalement que la décision de notre Cour reposait sur une étude de l'ensemble des dispositions pertinentes des lois provinciales en matière d'inamovibilité des juges qui étaient alors en vigueur. Cette analyse révélait que « [d]ans certains cas, le pouvoir exécutif était lié par le rapport d'enquête; dans la plupart des cas, le gouvernement ne l'est pas » : *Valente*, p. 696. La situation est bien différente aujourd'hui.

76 A current survey of provincial legislation actually establishes the following facts. In British Columbia and Newfoundland, the judicial council (or in British Columbia a judge of the provincial Supreme Court) may directly recommend removal of a judge without the need for any government involvement, subject, however, to an appeal to the provincial Court of Appeal: see ss. 28(1) and 29 of the *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, and ss. 22 and 23 of the *Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, c. 15. In Ontario, the Northwest Territories and Nunavut, after the judicial council has recommended that a judge be removed, it pro-

En effet, le présent recensement des lois provinciales révèle plutôt les faits suivants. En Colombie-Britannique et à Terre-Neuve, le Conseil de la magistrature (ou en Colombie-Britannique, un juge de la Cour suprême de la province) peut directement recommander de démettre un juge de ses fonctions sans qu'aucune intervention du gouvernement ne soit nécessaire, sujet toutefois à un appel à la Cour d'appel de la province : voir le par. 28(1) et l'art. 29 de la *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 379, et les art. 22 et 23 de la *Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, ch. 15. En Ontario, dans les Territoires du Nord-Ouest ainsi

vides a copy of its recommendation to the Minister, who must table it before the legislature. The latter may then make a recommendation for removal without any involvement on the part of the government: see s. 51.8, *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, and s. 31.8, *Territorial Court Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. T-2. In every other province, the government makes the decision to remove a judge without a prior address of the legislature, but is bound by the recommendation of the judicial council. In Alberta, Saskatchewan, Prince Edward Island and Nova Scotia, the Lieutenant-Governor in Council may make an order for that purpose only upon a recommendation of the judicial council: see ss. 32.6(2)(*h*), 32.7(2) and 32.91 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, ss. 62(2)(*a*) and 62(7) of the *Provincial Court Act, 1998*, S.S. 1998, c. P-30.11, s. 10(7) of the *Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, and s. 6(4) of the *Judges of the Provincial Court Act*, R.S.N.S. 1989, c. 238. Finally, in Manitoba, New Brunswick and Yukon, if the judicial council (or the judicial ethics tribunal in Yukon) recommends that the judge be removed (that decision is subject to appeal to the provincial or territorial Court of Appeal in Manitoba and Yukon), the Lieutenant-Governor in Council (or the Commissioner in Executive Council in Yukon) must act on the recommendation: see ss. 39.1(1)(*h*) and 39.4 of the *Provincial Court Act*, R.S.M. 1987, c. C275, ss. 6.11(4)(*d*) and 6.11(8) of the *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, and ss. 49(3)(*d*) and 50(2) of the *Territorial Court Act*, S.Y. 1998, c. 26. From this view of the legislative landscape, I conclude that every Canadian province has taken the necessary measures to ensure that provincial court judges are secure against any discretionary interference by the Executive, in that the Executive remains bound by the finding of a judicial inquiry body exonerating a judge.

qu'au Nunavut, une fois que le Conseil de la magistrature a recommandé la destitution d'un juge, il fournit une copie de sa recommandation au ministre qui doit la déposer devant l'Assemblée législative. Cette dernière peut ensuite formuler une recommandation à cet effet sans aucune intervention du gouvernement : voir l'art. 51.8 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, et l'art. 31.8 de la *Loi sur la Cour territoriale*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. T-2. Dans toutes les autres provinces, le gouvernement prend la décision de destituer un juge sans qu'il n'y ait eu au préalable d'adresse parlementaire, mais il est lié par la recommandation du Conseil de la magistrature. En Alberta, en Saskatchewan, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Nouvelle-Écosse, ce n'est que si le Conseil de la magistrature recommande la destitution du juge, que le lieutenant-gouverneur en conseil peut émettre un décret en ce sens : voir l'al. 32.6(2)*h*), le par. 32.7(2) et l'art. 32.91 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1; l'al. 62(2)*a*) et le par. 62(7) de la *Provincial Court Act, 1998*, S.S. 1998, ch. P-30.11; le par. 10(7) de la *Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, et le par. 6(4) de la *Judges of the Provincial Court Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 238. Finalement, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick et au Yukon, si le Conseil de la magistrature (ou le tribunal de déontologie judiciaire dans le cas du Yukon) recommande la destitution du juge (laquelle décision est sujette à appel à la Cour d'appel de la province ou du territoire dans le cas du Manitoba et du Yukon), le lieutenant-gouverneur en conseil (ou le commissaire en conseil exécutif dans le cas du Yukon) doit y donner suite : voir l'al. 39.1(1)*h*) et l'art. 39.4 de la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.M. 1987, ch. C275; l'al. 6.11(4)*d*) et le par. 6.11(8) de la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, et l'al. 49(3)*d*) et le par. 50(2) de la *Loi sur la Cour territoriale*, L.Y. 1998, ch. 26. Ce portrait de la situation m'amène à conclure que l'ensemble des provinces canadiennes ont pris les mesures nécessaires pour s'assurer que les juges de cours provinciales soient à l'abri de toute intervention discrétionnaire de la part de l'exécutif en faisant en sorte que ce dernier demeure lié par une conclusion d'exonération formulée par l'organisme d'enquête judiciaire.

77 In my view, Quebec is not an exception in this regard. Although the government makes the final decision regarding removal, as I stated in *Ruffo*, *supra*, at paras. 67 and 89, nonetheless the government, under the actual terms of s. 95 *C.J.A.*, "may remove a judge only upon a report of the Court of Appeal" (emphasis added). The use of that wording is not a mere question of style; rather, it indicates a real intention on the part of the legislature that the Executive be bound by a finding of the Court of Appeal exonerating the judge. I am therefore of the opinion that s. 95 *C.J.A.* meets this constitutional requirement.

78 To conclude on this question, I would point out that although it was raised by the parties, in the case at bar the Court of Appeal actually concluded in its report that there was justification for the revocation of the appellant's commission. Thus, there is no danger that the scenario of the government not being bound by a finding of the Court of Appeal exonerating the appellant will arise.

5. Answers to the Constitutional Questions

79 I would therefore answer the constitutional questions as follows:

1. Is the rule of law — adopted in 1941 (*Act to amend the Courts of Justice Act*, S.Q. 1941, c. 50, s. 2, assented to on May 17, 1941) and now found in s. 95 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16 — allowing the government to remove a judge without an address of the legislature of no force or effect to the extent that it infringes the structural principle of the independence of the judiciary which is guaranteed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*?

No.

2. If the answer to the first question is in the negative, is the rule of law contained in s. 95 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, of no force or effect on the ground of inconsistency with the structural principle of the independence of the judiciary guaranteed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*, to the extent that the government may dismiss a judge with-

À mon avis, le Québec ne fait pas figure d'exception à ce chapitre. Bien que le gouvernement soit le titulaire de la décision finale en matière de destitution, comme je l'affirmais dans l'affaire *Ruffo*, précité, par. 67 et 89, il demeure que celui-ci, selon les termes mêmes de l'art. 95 *L.T.J.*, « ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel » (je souligne). L'emploi d'une telle formulation n'est pas qu'une simple question de style, mais indique une volonté réelle du législateur que le pouvoir exécutif soit lié par une conclusion d'exonération prononcée par la Cour d'appel. Je suis donc d'avis que l'art. 95 *L.T.J.* respecte cette exigence constitutionnelle.

En terminant, je soulignerai que bien que cette question fut soulevée par les parties à l'instance, en l'espèce, la Cour d'appel a effectivement conclu dans son rapport à l'existence d'un motif justifiant la révocation de la commission de l'appelant. Ainsi, l'hypothèse suivant laquelle le gouvernement ne serait pas lié par la conclusion d'exonération prononcée par la Cour d'appel ne risque pas de se présenter.

5. Les réponses aux questions constitutionnelles

Je réponds donc aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. La règle de droit — adoptée en 1941 (*Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires*, S.Q. 1941, ch. 50, art. 2, sanctionnée le 17 mai 1941) et actualisée par l'art. 95 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16 — permettant au gouvernement de destituer un juge sans adresse parlementaire est-elle inopérante dans la mesure où elle porterait atteinte au principe structurel de l'indépendance de la magistrature lequel est garanti par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Non.

2. S'il doit être répondu négativement à la première question, la règle de droit contenue à l'art. 95 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, est-elle inopérante au motif d'incompatibilité avec le principe structurel de l'indépendance de la magistrature garanti par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans la mesure où le gouvernement

out being bound by the conclusions and recommendations of the report of the Court of Appeal?

No.

C. *Rules of Procedural Fairness*

1. Relevant Statutory Provisions

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16

268. The council may, after examining a complaint, decide to make an inquiry. It must make an inquiry, however, if the complaint is lodged by the Minister of Justice or if the latter requests it pursuant to the third paragraph of section 93.1.

269. To conduct an inquiry on a complaint, the council establishes a committee consisting of five persons chosen from among its members and designates a chairman among them.

Three persons are a quorum of the committee.

272. The committee hears the parties, their attorneys and their witnesses.

It may inquire into the relevant facts and call any person apt to testify on such facts.

The witnesses may be examined or cross-examined by the parties.

275. The committee may make rules of procedure or rules of practice for the conduct of an inquiry.

If necessary, the committee or one of its members makes the orders of procedure, based on the Code of Civil Procedure (chapter C-25), that are necessary for the carrying out of its duties.

277. The committee submits the report of its inquiry and its recommendations to the council. It transmits that report to the Minister of Justice; in addition, it transmits a copy of its record of the inquiry in the case where the council makes the recommendation provided for in paragraph *b* of section 279.

278. If the report of the inquiry establishes that the complaint is not justified, the council notifies the judge concerned, the Minister of Justice and the plaintiff. That notice states the grounds on which it is based.

279. If the report of the inquiry establishes that the complaint is justified, the council, according to the recommendations of the report of the inquiry,

peut démettre un juge sans être lié par les conclusions et recommandations du rapport de la Cour d'appel?

Non.

C. *Les règles d'équité procédurale*

1. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16 80

268. Le conseil peut, après l'examen d'une plainte, décider de faire enquête. Il est tenu cependant de faire enquête si la plainte est portée par le ministre de la Justice ou si ce dernier lui fait une demande en vertu du troisième alinéa de l'article 93.1.

269. Pour mener l'enquête sur une plainte, le conseil établit un comité formé de cinq personnes choisies parmi ses membres et il désigne parmi elles un président.

Le quorum du comité est de trois personnes.

272. Le comité entend les parties, leur procureur ainsi que leurs témoins.

Il peut s'enquérir des faits pertinents et convoquer toute personne apte à témoigner sur ces faits.

Les témoins peuvent être interrogés ou contre-interrogés par les parties.

275. Le comité peut adopter des règles de procédure ou de pratique pour la conduite d'une enquête.

S'il est nécessaire, le comité ou l'un de ses membres rend, en s'inspirant du Code de procédure civile (chapitre C-25), les ordonnances de procédure nécessaires à l'exercice de ses fonctions.

277. Le comité soumet son rapport d'enquête et ses recommandations au conseil. Il transmet au ministre de la Justice ce rapport; de plus, il lui transmet copie de son dossier d'enquête dans le cas où le conseil fait la recommandation prévue par le paragraphe *b* de l'article 279.

278. Si le rapport d'enquête établit que la plainte n'est pas fondée, le conseil en avise le juge concerné, le ministre de la Justice et le plaignant. Cet avis est motivé.

279. Si le rapport d'enquête établit que la plainte est fondée, le conseil, suivant les recommandations du rapport d'enquête,

(*a*) reprimands the judge; or

(*b*) recommends that the Minister of Justice and Attorney General file a motion with the Court of Appeal in accordance with section 95.

281. The council may retain the services of an advocate or of another expert to assist the committee in the conduct of its inquiry.

2. Duty to Act Fairly

81 Since *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, compliance with the rules of natural justice, which was required of the courts, has been extended to all administrative bodies acting under statutory authority, where they are expressed as the rules of procedural fairness ("duty to act fairly"). The fact that a decision is administrative and affects "the rights, privileges or interests of an individual" is sufficient to trigger the application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653, and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 20. The Conseil de la magistrature and its committee of inquiry are not exceptions and are therefore subject to this principle. In *Ruffo*, *supra*, following a review of the various judicial ethics arrangements in Canada, I found accordingly, at para. 77:

In short, each system has its own rules, but they are all based on the same guiding principle: ensuring compliance with judicial ethics through proceedings that comply fully with the duty to act fairly.

82 Essentially, the duty to act fairly has two components: the right to be heard (the *audi alteram partem* rule) and the right to an impartial hearing (the *nemo judex in sua causa* rule). The nature and extent of the duty may vary with the specific context and the various fact situations dealt with by the administrative body, as well as the nature of the disputes it must resolve: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada*

a) réprimande le juge; ou

b) recommande au ministre de la Justice et procureur général de présenter une requête à la Cour d'appel conformément à l'article 95.

281. Le conseil peut retenir les services d'un avocat ou d'un autre expert pour assister le comité dans la conduite de son enquête.

2. L'obligation d'agir équitablement

Depuis l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, le respect des règles de la justice naturelle, qui était le lot des tribunaux judiciaires, a été étendu à l'ensemble des organismes administratifs qui agissent sous l'autorité de la loi sous le vocable de règles d'équité procédurale (« *duty to act fairly* »). Il suffit qu'une décision administrative soit susceptible de porter atteinte aux « droits, privilèges ou biens d'une personne » pour que le processus dans lequel elle s'inscrit doive être respectueux de l'obligation d'agir équitablement : *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653, et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 20. Le Conseil de la magistrature et son comité d'enquête n'y font pas exception et sont donc assujettis à ce principe. Dans l'arrêt *Ruffo*, précité, après un recensement des différents systèmes de déontologie judiciaire à l'échelle nationale, je concluais en ce sens, au par. 77 :

Chaque système, en somme, est pourvu de règles qui lui sont propres, mais qui n'en sont pas moins l'expression du même principe directeur : veiller au respect de la déontologie judiciaire au moyen de procédures qui soient les plus harmonieuses avec l'obligation d'agir équitablement.

L'obligation d'agir équitablement comporte essentiellement deux volets, soit le droit d'être entendu (règle *audi alteram partem*) et le droit à une audition impartiale (règle *nemo judex in sua causa*). La nature et la portée de cette obligation peuvent varier en fonction du contexte particulier et des différentes réalités auxquelles l'organisme administratif est confronté ainsi que de la nature des litiges qu'il est appelé à trancher : *Syndicat des*

(Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96, cited with approval in *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 22, and *Ruffo*, *supra*, at para. 88. Thus, in *Baker*, *supra*, at paras. 23-28, L'Heureux-Dubé J. specifically pointed out that several factors have been recognized in the jurisprudence as relevant to determining what is required by the duty of procedural fairness in a given set of circumstances. While she did not provide a comprehensive list of such factors, she referred to: (1) the nature of the decision being made and the process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and (5) respect for the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures. It is from this perspective that I will now consider the allegations of breach of the rules of procedural fairness made by the appellant in the instant case.

(a) *Right to be Heard*

The appellant contends, first, that he did not receive sufficient notice of the findings that might be made by the committee of inquiry and was not granted a supplementary hearing, separate from the first, to state his views regarding appropriate sanctions for his conduct.

He argues that at the time of the argument before the committee of inquiry on March 26, 1997, his counsel expressed the wish to make submissions regarding the sanctions applicable to the appellant's breaches of the code of ethics should the committee find that the complaint was justified. He stated at that time that he would prefer to be aware of the extent and gravity of the breaches found to have been committed before making argument. In response to this concern, the committee of inquiry sent a letter to counsel for the appellant, on May 30, 1997, in which it stated that it did not wish to communicate a portion of its inquiry report in advance, since the report constituted a

employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879, p. 895-896, propos cités avec approbation dans l'arrêt *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcools)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 22, et *Ruffo*, précité, par. 88. Ainsi, dans l'arrêt *Baker*, précité, par. 23-28, le juge L'Heureux-Dubé rappelait précisément que la jurisprudence reconnaît plusieurs facteurs pour déterminer les exigences de l'équité procédurale dans un contexte donné. Sans en dresser une liste exhaustive, elle mentionne : (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme en question agit; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; et (5) le respect des choix de procédure que l'organisme administratif a lui-même faits, particulièrement quand la loi lui en confie le soin. C'est dans cet esprit que j'examinerai maintenant les allégations de violation des règles de l'équité procédurale soulevées par l'appelant en l'espèce.

a) *Le droit d'être entendu*

83 L'appelant prétend d'abord qu'il n'a pas bénéficié d'un préavis suffisant quant aux conclusions susceptibles d'être tirées par le comité d'enquête et qu'il n'a pas obtenu une audition supplémentaire et distincte de la première afin d'exprimer son point de vue sur les sanctions appropriées à sa conduite.

84 Il fait valoir que, lors de la séance de plaidoiries tenue le 26 mars 1997 devant le comité d'enquête, son procureur a exprimé le souhait de faire des représentations sur les sanctions applicables aux manquements déontologiques de l'appelant si le comité en arrivait à la conclusion que la plainte était fondée. Il mentionnait alors qu'il préférait connaître l'ampleur et la gravité des manquements retenus avant de se prononcer. En réponse à cette préoccupation, le comité d'enquête envoyait le 30 mai 1997 une lettre au procureur de l'appelant dans laquelle il disait souhaiter ne pas communiquer de façon préliminaire une partie de son rapport d'enquête puisque celui-ci constituait un tout

whole which it was inappropriate to sever; it accordingly invited him to make all [TRANSLATION] "relevant submissions concerning the sanction to be recommended should the Committee's report determine that the complaint is justified". The plaintiff, the Minister of Justice of Quebec, had already indicated that he planned to leave the matter to the committee's discretion. When counsel for the appellant initially declined to make representations, the committee repeated its invitation. Eventually, on July 11, 1997, the committee submitted its report without having received any submissions on behalf of the appellant, or the Minister.

(i) Whether Notice was Given

85 First, the appellant relies on the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, to require notice, in confidence, informing him before the conclusion of the hearings as to the various findings that might be made against him. In my view, that decision is of no assistance to the appellant in the case at bar. That requirement was imposed in a very particular context, one that is unique to commissions of inquiry which have a duty to "investigate and report on the state and management of the business, or any part of the business, of the department . . . and the conduct of any person in that service" (s. 6, *Inquiries Act*, R.S.C. 1985, c. I-11). In the course of such an inquiry, the commissioners have the authority to make a finding of misconduct against specific organizations or individuals and are required, where that is the case, to give those persons who are not parties to the inquiry warning of findings which may be made against them in the final report (para. 56).

86 In the case in bar, the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature did not hold a general inquiry; it examined a specific complaint made against a particular judge. That judge was a party to the proceedings from the outset and was accordingly informed of the allegations made against him. In any case, I am of the view that the appellant had sufficient advance notice in the circ-

qu'il n'était pas opportun de scinder, et qu'en conséquence, il l'invitait à lui faire part de « toutes les représentations pertinentes relatives à la sanction à recommander, advenant que le rapport du Comité établisse que la plainte est fondée ». Le plaignant, le ministre de la Justice du Québec, avait, quant à lui, déjà fait part de son intention de s'en remettre à la discrétion du comité. Devant un premier refus du procureur de l'appelant de présenter son point de vue, le comité réitère son invitation. Finalement, le comité soumet son rapport le 11 juillet 1997 sans avoir reçu de représentations de la part de l'appelant ou encore du ministre.

(i) L'existence d'un préavis

D'abord, l'appelant invoque l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, pour exiger un préavis, sous le sceau de la confidentialité, l'informant avant la fin des audiences des différentes conclusions susceptibles d'être tirées contre lui. Je considère que cette décision n'est d'aucun secours à l'appelant en l'espèce. Cette exigence fut formulée dans un contexte bien particulier, propre aux commissions d'enquête chargées de « faire enquête et rapport sur toute question touchant l'état et l'administration des affaires de son ministère, [. . .] sur la conduite, [. . .] de toute personne y travaillant » (art. 6 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1985, ch. I-11). Dans le cadre de cette enquête, les commissaires ont le pouvoir d'imputer une faute à des organismes ou à des personnes en particulier et doivent, le cas échéant, donner à ces personnes, qui ne sont pas parties à l'enquête, un préavis les informant des conclusions susceptibles d'être tirées à leur égard dans le rapport final (par. 56).

En l'espèce, le comité d'enquête du Conseil de la magistrature ne tient pas une enquête en général, il étudie une plainte précise portée à l'encontre d'un juge en particulier. Ce juge est partie prenante dès le début des procédures et est, en conséquence, informé de ce qui lui est reproché. De toute façon, j'estime que l'appelant a bénéficié d'un préavis suffisant dans les circonstances de cette affaire.

cumstances of this case. In accordance with s. 266 *C.J.A.*, on receipt of the complaint the Conseil forwarded a copy of it to the judge. Furthermore, on February 6, 1997, the respondents filed a pleading entitled [TRANSLATION] "Particulars voluntarily provided by the plaintiff", in which they detailed the subject matter of the complaint. In the circumstances, the appellant was well aware of all the findings of misconduct that might be made against him, and the committee of inquiry complied with its duty to act fairly in that regard.

(ii) Separate Supplemental Hearing

The appellant also contends that he had a right to a separate hearing on the question of sanctions, citing the procedure followed by the British Columbia Securities Commission and considered by this Court in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 608. While Iacobucci J. did not specify whether the procedure in question was necessary or even desirable in order to comply with the requirements of procedural fairness, he did say simply that this was the procedure chosen by the Commission for its inquiry.

Similarly, the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature was master of its own procedure in the case at bar. In *Les tribunaux administratifs au Canada : Procédure et preuve* (1997), at p. 92, Professor Y. Ouellette comments as follows on the autonomy of administrative tribunals in developing their own quasi-judicial procedure:

[TRANSLATION] From the time that the first appellate administrative tribunals emerged in the United Kingdom early in the century, advocates of judicialization and advocates of procedural autonomy confronted each other, and the question was raised at that time as to whether or not judicial procedure should be used as a suppletive source or as a model to be emulated. *Local Government Board v. Arlidge* [[1915] A.C. 120 (H.L.)] may be regarded as the leading decision, firmly moving procedure in the direction of autonomy and dejudicialization. . . .

Lord Haldane began by explaining that granting appellate jurisdiction to an administrative agency rather than a court was the expression of a change in legisla-

Conformément à l'art. 266 *L.T.J.*, sur réception de la plainte, le Conseil en communiquait une copie au juge. De plus, le 6 février 1997, les intimées déposaient un acte de procédure intitulé « Précisions volontairement fournies par le plaignant » dans lequel elles précisaient l'objet de la plainte. Dans ce contexte, l'appelant connaissait très bien l'ensemble des conclusions d'inconduite susceptibles d'être tirées contre lui et l'obligation d'agir équitablement qui incombait au comité d'enquête a été respectée à cet égard.

(ii) L'audition supplémentaire et distincte

87 L'appelant prétend aussi avoir droit à une audition distincte sur les sanctions. Il s'appuie sur la procédure utilisée par la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique et examinée par notre Cour dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 608. Sans préciser s'il s'agissait là d'une procédure nécessaire, ou même souhaitable, pour se conformer aux exigences de l'équité procédurale, le juge Iacobucci mentionne simplement que c'était la procédure choisie par la Commission dans le cadre de son enquête.

88 Au même titre, le comité d'enquête du Conseil de la magistrature était-il maître de sa procédure en l'espèce. Le professeur Y. Ouellette, dans son ouvrage *Les tribunaux administratifs au Canada : Procédure et preuve* (1997), p. 92, commente ainsi l'autonomie dont jouissent les tribunaux administratifs dans l'élaboration de leur procédure quasi judiciaire :

Dès l'apparition des premiers tribunaux administratifs d'appel au Royaume-Uni au début du siècle, les partisans de la judiciarisation et ceux de l'autonomie de la procédure se sont affrontés et l'on s'est alors demandé si la procédure judiciaire devait ou non servir de source supplétive ou de modèle à imiter. L'affaire *Local Government Board c. Arlidge* [[1915] A.C. 120 (H.L.)] peut être considérée comme l'arrêt de principe, orientant résolument la procédure vers l'autonomie et la déjudiciarisation . . .

D'abord, Lord Haldane explique que l'octroi d'une compétence d'appel à un organisme administratif plutôt qu'à un tribunal judiciaire exprime un changement de

tive policy and that the consequences of this political choice must be accepted. The agency must, of course, act in a judicial manner, but it must be assumed, absent any indication to the contrary, that the legislator wished to let the agency determine its own procedure so that it could act efficiently. Lord Shaw even went so far as to warn the judiciary against the temptation to impose its own methods on administrative tribunals. It is to him that we owe the famous proposition: the tribunal is the master of its own procedure.

89 The Quebec legislature has formally recognized this autonomy in the specific case of the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature by enacting s. 275 *C.J.A.*, expressly authorizing it to make rules of procedure or rules of practice that it may find appropriate for the conduct of an inquiry, and to make the orders, based on the *Code of Civil Procedure*, that are necessary for the carrying out of its duties. Thus, the committee was fully justified, out of concern for efficiency, in refusing to hold a separate hearing.

90 Furthermore, the facts of this case show that the committee of inquiry made a genuine effort to allow the appellant to make representations. While it informed him that the report to be submitted to the Conseil de la magistrature could not be severed in order to issue part of it in advance, it twice gave the appellant an opportunity to be heard, in writing, and even orally, on the question of the various applicable sanctions.

91 I therefore find that the appellant's right to be heard was fully respected in the circumstances and I reject that ground of appeal. It remains to consider the second aspect of the duty to act fairly: the right to an impartial hearing.

(b) *Right to an Impartial Hearing*

92 The appellant argues that the decision-making structures of the Conseil de la magistrature are also contrary to the rules of procedural fairness, in that the Conseil is bound to follow the recommendations of its committee of inquiry. He says that although the Conseil may delegate its power of inquiry it must still be the ultimate decision-maker.

politique du législateur et qu'il faut accepter les conséquences de ce choix politique. L'organisme doit certes agir judiciairement, mais on doit considérer que le législateur, en l'absence d'indication contraire, a voulu laisser l'organisme décider de sa procédure pour pouvoir agir efficacement. Lord Shaw va même jusqu'à mettre en garde le pouvoir judiciaire contre la tentation d'imposer ses propres méthodes aux tribunaux administratifs. C'est à lui que l'on doit la célèbre proposition : le tribunal est maître de sa procédure.

Le législateur québécois a consacré cette autonomie dans le cas particulier du comité d'enquête du Conseil de la magistrature par l'adoption de l'art. 275 *L.T.J.*, en lui permettant expressément d'adopter les règles de procédure ou de pratique qu'il juge convenir aux circonstances de son enquête et de rendre, en s'inspirant du *Code de procédure civile*, les ordonnances nécessaires à l'exercice de ses fonctions. Ainsi, le comité était pleinement justifié de refuser la tenue d'une audience séparée dans un souci d'efficacité.

Par ailleurs, il ressort des faits de cette affaire que le comité d'enquête a fait un effort réel pour permettre à l'appelant de présenter son point de vue. Tout en l'informant que le rapport à déposer au Conseil de la magistrature ne pouvait être scindé afin d'en faire connaître un aspect de façon préliminaire, il a fourni à l'appelant, et ce, à deux reprises, l'occasion de se faire entendre, par écrit et même verbalement, sur les différentes sanctions applicables.

Je conclus donc que le droit de l'appelant d'être entendu a été pleinement respecté dans les circonstances et je rejette ce moyen d'appel. Reste à examiner le second volet que comporte l'obligation d'agir équitablement, soit le droit à une audition impartiale.

b) *Le droit à une audition impartiale*

L'appelant prétend que la structure décisionnelle du Conseil de la magistrature est également contraire aux règles de l'équité procédurale, en ce que le Conseil est contraint de suivre les recommandations de son comité d'enquête. Il précise que s'il est possible pour le Conseil de déléguer son pouvoir d'enquête, il doit demeurer l'ultime décideur.

In the alternative, if the committee is validly invested with decision-making authority, judicial independence may be infringed, since this committee may be made up of persons who are not the appellant's peers. As a final point, the appellant is of the view that the functioning of the committee of inquiry raises a reasonable apprehension of institutional bias, in that an independent counsel plays the role of judge and party.

(i) Decision-making Structures of the Conseil and its Committee

The Conseil Does Not Exercise its Decision-Making Authority Itself

It is settled law that a body to which a power is assigned under its enabling legislation must exercise that power itself and may not delegate it to one of its members or to a minority of those members without the express or implicit authority of the legislation, in accordance with the maxim hallowed by long use in the courts, *delegatus non potest delegare*: *Peralta v. Ontario*, [1988] 2 S.C.R. 1045, aff'g (1985), 49 O.R. (2d) 705. In the case at bar it was specifically the intent of the legislature that decision-making authority be assigned to a committee of inquiry.

First, s. 269 *C.J.A.* expressly permits the Conseil to delegate its jurisdiction to inquire into a complaint to a committee consisting of five persons chosen from among its members. The exercise of this jurisdiction is not contested. The delegation of decision-making authority is also found in the express terms of the legislation. In accordance with s. 277 *C.J.A.*, the committee submits its report and its recommendations to the Conseil. Sections 278 and 279 *C.J.A.* then provide that the Conseil is bound by the conclusions drawn by the committee. Under s. 278, if the report establishes that the complaint is not justified, the Conseil notifies the judge concerned, the Minister of Justice and the plaintiff. Thus, in this first situation, the legislature has provided that the Conseil merely transmits the committee's decision to the interested parties without revisiting the committee's decision, sitting on appeal from it, or reviewing it in any way. Furthermore, under s. 279, if the report of the inquiry

Subsidiairement, si le comité est valablement investi du pouvoir décisionnel, il y a un accroc à l'indépendance judiciaire puisque ce comité peut être composé de personnes qui ne sont pas les pairs de l'appelant. Finalement, l'appelant est d'avis que le fonctionnement du comité d'enquête soulève une crainte raisonnable de partialité institutionnelle, en ce qu'un procureur indépendant joue le rôle de juge et partie.

(i) La structure décisionnelle du Conseil et de son comité

Le Conseil n'exerce pas lui-même son pouvoir décisionnel

93 Il est bien connu que l'organisme qui se voit attribuer l'exercice d'un pouvoir en vertu de sa loi habilitante doit l'exercer lui-même et ne peut le déléguer à l'un de ses membres ou à une minorité de ceux-ci sans l'autorisation expresse ou implicite de la loi et ce, conformément à la maxime consacrée par la jurisprudence *delegatus non potest delegare* : *Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045, conf. (1985), 49 O.R. (2d) 705. Or, en l'espèce, il était précisément dans l'intention du législateur de confier le pouvoir décisionnel à un comité d'enquête.

94 D'abord, l'art. 269 *L.T.J.* permet expressément au Conseil de déléguer sa compétence d'enquête sur une plainte à un comité formé de cinq personnes choisies parmi ses membres. L'exercice de cette compétence n'est d'ailleurs pas contesté. La délégation du pouvoir de décision ressort également des termes exprès de la loi. Conformément à l'art. 277 *L.T.J.*, le comité soumet son rapport et ses recommandations au Conseil. Les articles 278 et 279 *L.T.J.* précisent ensuite que le Conseil est lié par les conclusions tirées par le comité. En effet, en vertu de l'art. 278, si le rapport d'enquête établit que la plainte n'est pas fondée, le Conseil en avise le juge concerné, le ministre de la Justice et le plaignant. Ainsi, dans cette première situation, le législateur a prévu que le Conseil ne ferait que transmettre la décision du comité aux personnes intéressées sans qu'il soit question de revenir sur la décision du comité, de siéger en appel de celle-ci ou de la réviser d'une quelconque façon. Par

establishes that the complaint is justified, the Conseil, according to the recommendations of the report of the inquiry, reprimands the judge or recommends that the Minister file a motion with the Court of Appeal in accordance with s. 95 *C.J.A.* In this second situation, once again, the legislature has provided that the Conseil shall yield to the committee's decision. I acknowledged this situation in *Ruffo*, at para. 67, where I pointed out that "[u]nder s. 279 *CJA*, if the report establishes that the complaint is justified, the Conseil must implement the Comité's recommendations" (emphasis added). I therefore find that the terms used by the legislation are mandatory and reflect a clear intent on the part of the legislature to authorize delegation of the powers of inquiry and decision regarding the justification for a complaint.

ailleurs, en vertu de l'art. 279, si le rapport d'enquête établit que la plainte est fondée, le Conseil, suivant les recommandations du rapport d'enquête, réprimande le juge ou recommande au ministre de présenter une requête à la Cour d'appel conformément à l'art. 95 *L.T.J.* Encore une fois, dans cette seconde situation, le législateur a prévu que le Conseil se plie à la décision du comité. J'ai reconnu cet état de fait dans l'affaire *Ruffo*, par. 67, où je soulignais qu'« [a]ux termes de l'art. 279 *LTJ*, si le rapport établit que la plainte est fondée, le Conseil se doit de mettre en œuvre les recommandations du Comité » (je souligne). Je conclus donc que les termes utilisés par la loi sont impératifs et reflètent une intention claire du législateur d'autoriser la délégation des pouvoirs d'enquête et de décision sur le bien-fondé d'une plainte.

95 Furthermore, the legislature has provided the Conseil de la magistrature with this particular method of operation for obvious reasons of administrative efficiency. It takes into account the unique situations of disciplinary bodies, and in particular the financial resources allocated to them and the often variable availability of their members. Although this process is more efficient, it in no way compromises procedural fairness. In carrying out its inquiry, the committee respects the rights of each party involved. It hears the parties, their attorneys and their witnesses, who may be examined or cross-examined by the parties (s. 272 *C.J.A.*). If necessary, the committee makes orders as to procedure based on the *Code of Civil Procedure* (s. 275 *C.J.A.*).

Par ailleurs, le législateur a doté le Conseil de la magistrature de ce mode particulier de fonctionnement pour des raisons évidentes d'efficacité administrative. Il tient compte des réalités qui sont propres aux organismes disciplinaires, notamment des ressources financières qui lui sont attribuées et de la disponibilité souvent variable de chacun de ses membres. Tout en gagnant en efficacité, ce processus ne compromet aucunement l'équité procédurale. Le comité poursuit son enquête dans le respect des droits de chacune des parties intéressées. En effet, il entend les parties, leur procureur et leurs témoins qui pourront être interrogés ou contre-interrogés par les parties (art. 272 *L.T.J.*). S'il l'estime nécessaire et en s'inspirant du *Code de procédure civile*, il peut aussi rendre les ordonnances de procédure nécessaires à l'exercice de ses fonctions (art. 275 *L.T.J.*).

96 To conclude, and as I have already pointed out in these reasons, provincial legislatures have all the necessary jurisdiction to determine the procedures that will ensure the security of tenure of provincial court judges in compliance with the rules of procedural fairness, to the extent that those rules follow the requirements of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Pro-*

Finalement et comme je le soulignais plus tôt dans les présents motifs, les législatures provinciales ont toute la compétence nécessaire pour décider des procédures destinées à assurer l'inamovibilité des juges des cours provinciales dans le respect des règles de l'équité procédurale dans la mesure où celles-ci respectent les exigences de l'indépendance judiciaire : *Renvoi sur la rémuné-*

vincial Court, supra, at para. 167. This further ground of appeal must therefore be dismissed.

ration des juges de cours provinciales, précité, par. 167. Cet autre moyen d'appel doit donc être rejeté.

Composition of the Conseil

La composition du Conseil

It should be recalled, first, that under s. 248 *C.J.A.*, the Conseil de la magistrature is composed of 14 members: the chief judge of the Court of Québec who is also its chairman, the senior associate chief judge and the three associate chief judges of the Court of Québec, one of the chief judges of the Municipal Courts of Laval, Montréal or Québec, one judge chosen among the persons exercising the functions of chief judge of the Labour Court, president of the Human Rights Tribunal, or chairman of the Professions Tribunal, three judges chosen among the judges of the Municipal Courts (two judges chosen among the Municipal Courts of Laval, Montréal or Québec and appointed upon the recommendation of the Conférence des juges du Québec, and one judge chosen among the other Municipal Courts and appointed upon the recommendation of the Conférence des juges municipaux du Québec), two advocates appointed upon the recommendation of the Barreau du Québec and two persons who are neither judges nor advocates. In 1998, another member was added, namely the chief judge of the municipal courts, bringing the number to 15: S.Q. 1998, c. 30, s. 40.

97 Rappelons d'abord qu'en vertu de l'art. 248 *L.T.J.*, le Conseil de la magistrature est formé de 14 membres, soit du juge en chef de la Cour du Québec qui en est également le président, du juge en chef associé et des trois juges en chef adjoints de la Cour du Québec, de l'un des juges en chef des cours municipales de Laval, Montréal ou Québec, d'un juge choisi parmi les personnes exerçant la fonction de juge en chef du Tribunal du travail, de président du Tribunal des droits de la personne ou du Tribunal des professions, de trois juges choisis parmi les juges des cours municipales (deux juges choisis parmi les cours municipales de Laval, Montréal et Québec et nommés sur la recommandation de la Conférence des juges du Québec, et un juge choisi parmi les autres cours municipales et nommé sur la recommandation de la Conférence des juges municipaux du Québec), de deux avocats nommés sur la recommandation du Barreau du Québec et de deux personnes qui ne sont ni juges ni avocats. Depuis 1998, un membre a été ajouté, soit le juge en chef des cours municipales, portant ce nombre à 15 : L.Q. 1998, ch. 30, art. 40.

The appellant argues that the involvement of one of the four persons who are not members of the judiciary in the decision-making process violates the collective or institutional dimension of the structural principle of judicial independence, in that only a body composed of judges may recommend the removal of a judge. He relies on certain remarks by Lamer C.J. in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court, supra*, at para. 120:

98 L'appelant prétend que la participation de l'une de ces quatre personnes non membres de la magistrature au processus décisionnel porte atteinte à la dimension collective ou institutionnelle du principe structurel de l'indépendance judiciaire, en ce que seul un organisme composé de juges peut recommander la révocation d'un juge. Il s'appuie sur certains propos du juge en chef Lamer dans le *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 120 :

The guarantee of security of tenure, for example, may have a collective or institutional dimension, such that only a body composed of judges may recommend the removal of a judge. However, I need not decide that particular point here. [Emphasis added.]

Par exemple, l'inamovibilité peut avoir une dimension collective ou institutionnelle, en ce que seul un organisme composé de juges peut recommander la révocation d'un juge. Cependant, je n'ai pas à trancher ce point en l'espèce. [Je souligne.]

This passage speaks for itself and cannot provide a basis for the appellant's argument. This is a matter on which this Court has not yet expressed a view.

99 Although he too does not state a definitive opinion, Professor Friedland, in the report he prepared for the Canadian Judicial Council, *supra*, nevertheless refers to that possibility, at p. 137.

(Whether there should be lay participation on the Canadian Judicial Council itself is an issue that I have not dealt with in this Report.)

. . .

Finally, we come to lay participation in formal Inquiries. The Act specifies that the Inquiry may include one or more lawyers. Recent formal Inquiries (Gratton and Marshall) have included two lawyers appointed by the Minister of Justice. It would be better to provide that non-judicial participation could be by both a lawyer and a lay person. And again, it should not be the government that selects the individuals; there should be some objective method of selecting a pool. . . .

100 The disciplinary process in Quebec has a number of unique features. First, it must be borne in mind that the report and recommendations of the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature are merely the first stage of a potentially three-stage process put in place by the *Courts of Justice Act*. Thus, in the second stage, the Court of Appeal becomes involved and conducts a second inquiry into the conduct of the judge in question and makes its own report. In the case at bar, a panel of five judges of the Court of Appeal was established. Furthermore, the powers assigned to the Conseil are limited. Pursuant to s. 279 *C.J.A.*, if the report of the inquiry establishes that the complaint is justified, the Conseil may reprimand the judge or recommend that the Minister initiate the procedure provided by s. 95 *C.J.A.*, under which the Court of Appeal becomes involved. A recommendation to remove a provincial court judge is therefore within the exclusive jurisdiction of the

Ce passage parle de lui-même et ne saurait servir de fondement à la prétention de l'appelant. Il s'agit d'une question sur laquelle notre Cour n'a pas encore exprimé d'opinion.

Sans arrêter lui non plus d'opinion tranchée, le professeur Friedland, dans son rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, *op. cit.*, évoque tout de même cette possibilité, à la p. 154 :

(La question de savoir s'il conviendrait d'assurer une participation du public au sein du Conseil canadien de la magistrature n'a pas été abordée dans le présent rapport).

. . .

Enfin, nous traiterons de la participation aux enquêtes formelles de personnes qui ne sont ni juges ni avocats. La loi précise que le comité d'enquête peut comprendre un avocat ou plus. Les récents comités d'enquête officielle (Gratton et Marshall) comprenaient deux avocats nommés par le ministre de la Justice. Il vaudrait mieux prévoir que le Comité comprenne, outre les juges, à la fois un avocat et un représentant du public. Encore une fois, le choix de ces personnes ne devrait pas relever du gouvernement, mais s'effectuer selon une méthode objective parmi un groupe de personnes . . .

Le processus disciplinaire québécois comporte plusieurs particularités. D'abord, il faut rappeler que le rapport ainsi que les recommandations formulées par le comité d'enquête du Conseil de la magistrature ne constituent que la première étape dans un processus mis en place par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, lequel peut ultimement en comporter trois. Ainsi, dans un deuxième temps, la Cour d'appel intervient et mène une seconde enquête sur la conduite du juge concerné et produit son propre rapport. En l'espèce, une formation de cinq juges de la Cour d'appel a été constituée. De plus, les pouvoirs attribués au Conseil sont limités. Conformément à l'art. 279 *L.T.J.*, si le rapport d'enquête établit que la plainte est fondée, le Conseil peut réprimander le juge ou recommander au ministre d'entamer la procédure prévue à l'art. 95 *L.T.J.* dans le cadre de laquelle la Cour d'appel intervient. Une recommandation de destitution d'un juge d'une cour provinciale est donc exclusi-

highest court in the province. See *Ruffo*, *supra*, at para. 89.

In these circumstances, the presence of persons who are not members of the judiciary at a preliminary stage may seem valuable in that it may provide input for the deliberations of the committee members and bring another perspective to the perceptions that members of the legal profession (in the case of the lawyers) and the general public (in the case of the other members) have of the judiciary. In my view, and in the specific circumstances of this case, the composition of the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature complies with the structural principle of judicial independence and the rules of procedural fairness.

(ii) Appearance of Institutional Bias

The appellant's final argument is that there is the appearance of institutional bias, since the committee of inquiry uses the services of counsel who acts as both judge and party. The concept of institutional impartiality was recognized and adopted by this Court for the first time in *Lippé*, *supra*, at p. 140. It should be noted that the test developed by the courts for identifying this situation was: would an informed person viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, have a reasonable apprehension of bias in a large number of cases? I will now examine the situation raised by the appellant.

Under s. 281 *C.J.A.*, the Conseil may retain the services of an advocate or of another expert to assist the committee in the conduct of its inquiry. My comments in *Ruffo*, *supra*, regarding the nature of the mandate assigned to the committee of inquiry provide some insight that is useful for disposing of this question. Thus, at paras. 72-74, I said:

> Accordingly, as the statutory provisions quoted above illustrate, the debate that occurs before it does not resemble litigation in an adversarial proceeding; rather, it is intended to be the expression of purely investigative functions marked by an active search for the truth.

vement réservée au plus haut tribunal de la province. Voir *Ruffo*, précité, par. 89.

Dans ce contexte, la présence de personnes non membres de la magistrature à un stade préliminaire peut apparaître utile en ce qu'elle peut alimenter la réflexion des membres du comité et apporter un autre regard sur la perception qu'ont les membres de la profession juridique (dans le cas des avocats) et le public en général (dans le cas des autres membres) de la magistrature. À mon sens, et dans les circonstances particulières de l'espèce, je suis d'avis que la composition du comité d'enquête du Conseil de la magistrature est conforme au principe structurel de l'indépendance judiciaire et aux règles de l'équité procédurale. 101

(ii) L'apparence de partialité institutionnelle

L'appelant prétend finalement qu'il y a apparence de partialité institutionnelle, car le comité d'enquête utilise les services d'un procureur qui agit à la fois en tant que juge et partie. Ce concept d'impartialité institutionnelle a été reconnu et consacré pour la première fois par notre Cour dans l'arrêt *Lippé*, précité, p. 140. Il convient de rappeler le critère élaboré par la jurisprudence pour déceler cet état : une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, aurait-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas? J'examinerai maintenant la situation soulevée par l'appelant. 102

En vertu de l'art. 281 *L.T.J.*, le Conseil peut retenir les services d'un avocat ou d'un autre expert pour assister le comité dans la conduite de son enquête. Les propos que j'ai tenus dans l'arrêt *Ruffo*, précité, concernant la nature du mandat confié au comité d'enquête fournissent un éclairage intéressant pour disposer de cette question. Ainsi, aux par. 72-74, j'affirme : 103

> Aussi, comme le révèlent les dispositions législatives précitées, le débat qui prend place devant lui n'est-il pas de l'essence d'un litige dominé par une procédure contradictoire mais se veut plutôt l'expression de fonctions purement investigatrices, marquées par la recherche active de la vérité.

In light of this, the actual conduct of the case is the responsibility not of the parties but of the Comité itself, on which the *CJA* confers a pre-eminent role in establishing rules of procedure, researching the facts and calling witnesses. Any idea of prosecution is thus structurally excluded. The complaint is merely what sets the process in motion. Its effect is not to initiate litigation between two parties. This means that where the Conseil decides to conduct an inquiry after examining a complaint lodged by one of its members, the Comité does not thereby become both judge and party: as I noted earlier, the Comité's primary role is to search for the truth; this involves not a *lis inter partes* but a true inquiry in which the Comité, through its own research and that of the complainant and of the judge who is the subject of the complaint, finds out about the situation in order to determine the most appropriate recommendation based on the circumstances of the case before it.

Moreover, it is for this purpose and in order to conduct the inquiry for which it is responsible that the Conseil may retain the services of an advocate, as provided by s. 281 *CJA*. [Emphasis added; emphasis in original omitted.]

This passage clearly shows that the committee's purpose is not to act as a judge or even as a decision-maker responsible for settling a dispute; on the contrary, it is to gather the facts and evidence in order, ultimately, to make a recommendation to the Conseil de la magistrature. It also illustrates the intention of avoiding the creation of an adversarial atmosphere between two opponents each seeking to prevail. When there was no judge or parties, counsel for the committee could not have been in a conflict of interest. For instance, when he examined and cross-examined the witnesses he was not acting as a prosecutor, but rather was providing the committee with help and assistance in carrying out the mandate assigned to it by the statute.

104 I would also add that the committee's recommendation is not final with respect to the outcome of the disciplinary process, which then falls within the jurisdiction of the Court of Appeal and thereafter, if applicable, the Minister of Justice: *Ruffo*, *supra*, at para. 89. Accordingly, the role played by the independent counsel neither violates procedu-

Dans cette perspective, la véritable conduite de l'affaire n'est pas du ressort des parties, mais bien du Comité lui-même, à qui la *LTJ* confie un rôle prééminent dans l'établissement de règles de procédure, de recherche des faits et de convocation de témoins. Toute idée de poursuite se trouve donc écartée sur le plan structurel. La plainte, à cet égard, n'est qu'un mécanisme de déclenchement. Elle n'a pas pour effet d'initier une procédure litigieuse entre deux parties. Vu cette absence de contentieux, si le Conseil décide de faire enquête après l'examen d'une plainte portée par un de ses membres, le Comité ne devient pas de ce fait juge et partie: comme je l'ai souligné plus haut, la fonction première du Comité est la recherche de la vérité; or celle-ci n'emprunte pas la voie d'un *lis inter partes* mais celle d'une véritable enquête où le Comité, par ses propres recherches, celles du plaignant et du juge qui fait l'objet de la plainte, s'informe de la situation en vue de décider de la recommandation qui soit la plus adéquate, au regard des circonstances de l'affaire qui lui est soumise.

C'est d'ailleurs dans la perspective qui précède et pour tenir l'enquête dont la responsabilité lui incombe que le Conseil peut retenir les services d'un avocat, comme le prévoit l'art. 281 *LTJ*. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Ce passage reflète bien que le but recherché par le comité n'est pas d'agir en tant que juge ou même en tant que décideur chargé de trancher un litige, mais au contraire, de recueillir les faits et les éléments de preuve afin de formuler ultimement une recommandation au Conseil de la magistrature. Il illustre également cette volonté de ne pas créer un climat contentieux où s'affronteraient deux opposants à la recherche d'une victoire. En l'absence de juge et de parties, le procureur du comité ne pouvait être en situation de conflit d'intérêts. Ainsi, en interrogeant et contre-interrogeant les témoins, il n'a pas agi comme un poursuivant, mais a fourni une aide et assistance au comité dans l'accomplissement du mandat qui lui était confié par la loi.

J'ajouterais également que la recommandation du comité n'est pas définitive quant à l'issue du processus disciplinaire. Celui-ci relève ensuite de la Cour d'appel, puis, le cas échéant, du ministre de la Justice : *Ruffo*, précité, par. 89. En conséquence, le rôle joué par le procureur indépendant ne saurait porter atteinte à l'équité procédurale, ni

ral fairness nor raises a reasonable apprehension of bias in a large number of cases in the mind of an informed person viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through.

D. *Appellant's Conduct*

1. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

5. Every person has a right to respect for his private life.

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

18.1 No one may, in an employment application form or employment interview, require a person to give information regarding any ground mentioned in section 10 unless the information is useful for the application of section 20 or the implementation of an affirmative action program in existence at the time of the application.

18.2 No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the

soulever une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas chez une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur de façon réaliste et pratique.

D. *La conduite de l'appelant*

1. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés 105

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.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

18.1 Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande.

18.2 Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction

employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

20. A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment, or justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.

Criminal Records Act, R.S.C. 1970, c. 12 (1st Supp.)

5. The grant of a pardon

(*a*) is evidence of the fact that the Board, after making proper inquiries, was satisfied that an applicant was of good behaviour and that the conviction in respect of which the pardon is granted should no longer reflect adversely on his character; and

(*b*) unless the pardon is subsequently revoked, vacates the conviction in respect of which it is granted and, without restricting the generality of the foregoing, removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of such conviction, subject by virtue of any Act of the Parliament of Canada or a regulation made thereunder.

Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47

5. The grant of a pardon

(*a*) is evidence of the fact that the Board, after making proper inquiries, was satisfied that the applicant for the pardon was of good behaviour and that the conviction in respect of which the pardon is granted should no longer reflect adversely on his character; and

(*b*) unless the pardon is subsequently revoked, vacates the conviction in respect of which it is granted and, without restricting the generality of the foregoing, removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of any Act of Parliament or a regulation made thereunder.

6. (1) The Minister may, by order in writing addressed to any person having the custody or control of any judicial record of a conviction in respect of which a pardon has been granted, require that person to deliver that record into the custody of the Commissioner.

(2) Any record of a conviction in respect of which a pardon has been granted that is in the custody of the Commissioner or of any department or agency of the

n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

Loi sur le casier judiciaire, S.R.C. 1970, ch. 12 (1er suppl.)

5. L'octroi d'un pardon

a) est la preuve du fait que la Commission, après avoir effectué une enquête suffisante, est convaincue que le requérant a eu une bonne conduite et que la condamnation à l'égard de laquelle le pardon est accordé ne devrait plus nuire à sa réputation; et

b) à moins que le pardon ne soit révoqué par la suite, annule la condamnation pour laquelle il est accordé et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, élimine toute déchéance que cette condamnation entraîne, pour la personne ainsi déclarée coupable, en vertu de toute loi du Parlement du Canada ou d'un règlement établi sous son régime.

Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, ch. C-47

5. La réhabilitation a les effets suivants :

a) d'une part, elle sert de preuve du fait que la Commission, après avoir mené les enquêtes appropriées, a été convaincue que le demandeur s'est bien conduit et que la condamnation en cause ne devrait plus ternir sa réputation;

b) d'autre part, sauf révocation ultérieure, elle efface les conséquences de la condamnation et, notamment, fait cesser toute incapacité que celle-ci pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements.

6. (1) Le ministre peut, par écrit, ordonner à toute personne ayant la garde ou la responsabilité du dossier judiciaire relatif à la condamnation visée par la réhabilitation de le remettre au commissaire.

(2) Tout dossier ou relevé de la condamnation visée par la réhabilitation que garde le commissaire ou un ministère ou organisme fédéral doit être classé à part

Government of Canada shall be kept separate and apart from other criminal records, and no such record shall be disclosed to any person, nor shall the existence of the record or the fact of the conviction be disclosed to any person, without the prior approval of the Minister.

(3) The Minister shall, before granting the approval for disclosure referred to in subsection (2), satisfy himself that the disclosure is desirable in the interests of the administration of justice or for any purpose related to the safety or security of Canada or any state allied or associated with Canada.

7. A pardon may be revoked by the Board

(*a*) if the person to whom it is granted or issued is subsequently convicted of an offence punishable on summary conviction under an Act of Parliament or a regulation made under an Act of Parliament;

(*b*) on evidence establishing to the satisfaction of the Board that the person to whom it was granted or issued is no longer of good conduct; or

(*c*) on evidence establishing to the satisfaction of the Board that the person to whom it was granted or issued knowingly made a false or deceptive statement in relation to the application for the pardon, or knowingly concealed some material particular in relation to that application.

8. No person shall use or authorize the use of an application form for or relating to any of the following matters that contains a question that by its terms requires the applicant to disclose a conviction in respect of which a pardon that has not been revoked or ceased to have effect has been granted or issued to the applicant:

(*a*) employment in any department as defined in section 2 of the *Financial Administration Act*;

(*b*) employment by any Crown corporation as defined in section 83 of the *Financial Administration Act*;

(*c*) enrolment in the Canadian Forces; or

(*d*) employment on or in connection with the operation of any work, undertaking or business that is within the legislative authority of Parliament.

Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47 (as in force on August 1, 2000)

5. The pardon

(*a*) is evidence of the fact

des autres dossiers ou relevés relatifs à des affaires pénales et il est interdit de le communiquer, d'en révéler l'existence ou de révéler le fait de la condamnation sans l'autorisation préalable du ministre.

(3) Pour donner l'autorisation prévue au paragraphe (2), le ministre doit être convaincu que la communication sert l'administration de la justice ou est souhaitable pour la sûreté ou sécurité du Canada ou d'un État allié ou associé au Canada.

7. La Commission peut révoquer la réhabilitation dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) le réhabilité est condamné pour une nouvelle infraction à une loi fédérale ou à ses règlements punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire;

b) il existe des preuves convaincantes, selon elle, du fait que le réhabilité a cessé de bien se conduire;

c) il existe des preuves convaincantes, selon elle, que le réhabilité avait délibérément, à l'occasion de sa demande de réhabilitation, fait une déclaration inexacte ou trompeuse, ou dissimulé un point important.

8. Nul ne peut utiliser ou permettre d'utiliser une demande d'emploi comportant une question qui, par sa teneur, obligerait un réhabilité à révéler une condamnation visée par une réhabilitation qui n'a pas été révoquée ou annulée contenue dans un formulaire ayant trait à :

a) l'emploi dans un ministère, au sens de l'article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;

b) l'emploi auprès d'une société d'État, au sens de l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;

c) l'enrôlement dans les Forces canadiennes;

d) l'emploi dans une entreprise qui relève de la compétence législative du Parlement ou en rapport avec un ouvrage qui relève d'une telle compétence.

Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, ch. C-47 (dans la version en vigueur le 1er août 2000)

5. La réhabilitation a les effets suivants :

a) d'une part, elle sert de preuve des faits suivants :

(i) that, in the case of a pardon for an offence referred to in paragraph 4(*a*), the Board, after making inquiries, was satisfied that the applicant for the pardon was of good conduct, and

(ii) that, in the case of any pardon, the conviction in respect of which the pardon is granted or issued should no longer reflect adversely on the applicant's character; and

(*b*) unless the pardon is subsequently revoked or ceases to have effect, requires the judicial record of the conviction to be kept separate and apart from other criminal records and removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provisions of any Act of Parliament, other than section 109, 110, 161 or 259 of the *Criminal Code* or subsection 147.1(1) of the *National Defence Act*, or of a regulation made under an Act of Parliament.

(i) dans le cas d'une réhabilitation octroyée pour une infraction visée à l'alinéa 4*a*), la Commission, après avoir mené les enquêtes, a été convaincue que le demandeur s'est bien conduit,

(ii) dans le cas de toute réhabilitation, la condamnation en cause ne devrait plus ternir la réputation du demandeur;

b) d'autre part, sauf cas de révocation ultérieure ou de nullité, elle entraîne le classement du dossier ou du relevé de la condamnation à part des autres dossiers judiciaires et fait cesser toute incapacité — autre que celles imposées au titre des articles 109, 110, 161, et 259 du *Code criminel* ou du paragraphe 147.1(1) de la *Loi sur la défense nationale* — que la condamnation pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements.

Professional Code, R.S.Q., c. C-26

45. The Bureau may refuse to issue a permit to or enter on the roll any applicant who

(1) has been the subject of a decision of a Canadian court finding him guilty of a criminal offence which, in the reasoned opinion of the Bureau, is related to the practice of the profession, unless he has obtained a pardon;

Code des professions, L.R.Q., ch. C-26

45. Le Bureau peut refuser la délivrance d'un permis ou l'inscription au tableau lorsque la personne qui en fait la demande:

1° a fait l'objet d'une décision d'un tribunal canadien la déclarant coupable d'une infraction criminelle qui, de l'avis motivé du Bureau, a un lien avec l'exercice de la profession, sauf si elle a obtenu le pardon;

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16

262. The code of ethics determines the rules of conduct and the duties of the judges towards the public, the parties to an action and the advocates, and it indicates in particular which acts or omissions are derogatory to the honour, dignity or integrity of the judiciary and the functions or activities that a judge may exercise without remuneration notwithstanding section 129.

263. The council receives and examines a complaint lodged by any person against a judge alleging that he has failed to comply with the code of ethics.

279. If the report of the inquiry establishes that the complaint is justified, the council, according to the recommendations of the report of the inquiry,

(*a*) reprimands the judge; or

(*b*) recommends that the Minister of Justice and Attorney General file a motion with the Court of Appeal in accordance with section 95.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16

262. Le code de déontologie détermine les règles de conduite et les devoirs des juges envers le public, les parties à une instance et les avocats et il indique notamment les actes ou les omissions dérogatoires à l'honneur, à la dignité ou à l'intégrité de la magistrature et les fonctions ou les activités qu'un juge peut exercer à titre gratuit malgré l'article 129.

263. Le conseil reçoit et examine une plainte portée par toute personne contre un juge et lui reprochant un manquement au code de déontologie.

279. Si le rapport d'enquête établit que la plainte est fondée, le conseil, suivant les recommandations du rapport d'enquête,

a) réprimande le juge; ou

b) recommande au ministre de la Justice et procureur général de présenter une requête à la Cour d'appel conformément à l'article 95.

If it makes the recommendation provided for in paragraph *b*, the council suspends the judge for a period of thirty days.

Judicial Code of Ethics, R.R.Q. 1981, c. T-16, r. 4.1

2. The judge should perform the duties of his office with integrity, dignity and honour.

4. The judge should avoid any conflict of interest and refrain from placing himself in a position where he cannot faithfully carry out his functions.

5. The judge should be, and be seen to be, impartial and objective.

10. The judge should uphold the integrity and defend the independence of the judiciary, in the best interest of justice and society.

Regulation respecting the procedure for the selection of persons apt for appointment as judges, R.R.Q. 1981, c. T-16, r. 5

7. A candidate is deemed to have accepted that an investigation be carried out with respect to him with the Bar and with police authorities.

18. The committee determines the competence of the candidate for appointment as a judge. For that purpose, it assesses the personal and intellectual qualities of the candidate as well as his experience.

The committee assesses, in particular, the candidate's degree of legal knowledge in the areas of law in which the judge will perform his duties, as well as his capacity for judgment, his insight, his ability for evaluation, his sense of decision and his concept of a judge's duty.

2. Appellant's Arguments

The appellant argues, first, that the pardon he was granted under the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47 ("*C.R.A.*") (formerly R.S.C. 1970, c. 12 (1st Supp.)) retroactively vacated his conviction and allows him to deny its existence when he is asked whether he has "been in trouble with the law". He then claims the protection of the Canadian and Quebec charters. More specifically, he believes that he was discriminated against on the basis of a criminal record, contrary to s. 15 of the *Canadian Charter*, and was dismissed or other-

S'il fait la recommandation prévue par le paragraphe *b*, le conseil suspend le juge pour une période de trente jours.

Code de déontologie de la magistrature, R.R.Q. 1981, ch. T-16, r. 4.1

2. Le juge doit remplir son rôle avec intégrité, dignité et honneur.

4. Le juge doit prévenir tout conflit d'intérêt et éviter de se placer dans une situation telle qu'il ne peut remplir utilement ses fonctions.

5. Le juge doit de façon manifeste être impartial et objectif.

10. Le juge doit préserver l'intégrité et défendre l'indépendance de la magistrature, dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société.

Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges, R.R.Q. 1981, ch. T-16, r. 5

7. Un candidat est réputé accepter qu'une vérification soit faite à son sujet auprès du Barreau et des autorités policières.

18. Le comité détermine l'aptitude du candidat à être nommé juge. À cette fin, il évalue les qualités personnelles et intellectuelles du candidat ainsi que son expérience.

Il évalue notamment le degré de connaissance juridique de cette personne dans les domaines du droit dans lesquels le juge exercera ses fonctions, sa capacité de jugement, sa perspicacité, sa pondération, son esprit de décision et la conception qu'elle se fait de la fonction de juge.

2. Les prétentions de l'appelant

106 L'appelant prétend d'abord que le pardon qu'il a obtenu en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, ch. C-47 (« *L.C.J.* ») (auparavant S.R.C. 1970, ch. 12 (1er suppl.)), a annulé rétroactivement sa condamnation et lui permet de nier son existence lorsqu'on lui demande s'il a eu « des démêlés avec la justice ». Il invoque ensuite la protection des chartes canadienne et québécoise. Plus particulièrement, il estime avoir été victime de discrimination fondée sur l'existence d'antécédents judiciaires, contrairement à l'art. 15 de la *Charte*

wise penalized in his employment owing to the mere fact that he was granted a pardon, contrary to s. 18.2 of the *Quebec Charter*. He also submits that his rights to dignity, honour and reputation, and to private life, which are protected by ss. 4 and 5 of the *Quebec Charter*, have been infringed, since the existence of his conviction has been disclosed despite the pardon, and he was defamed by members of the legislature. Finally, the appellant questions the application of the test for removal in his specific case. In his view, his conduct has not been so manifestly and profoundly destructive of the impartiality, integrity and independence of the justice system that the confidence of the public in his capacity to carry out his functions would be undermined.

canadienne et avoir été congédié ou autrement pénalisé dans le cadre de son emploi du seul fait qu'il a obtenu un pardon contrairement à l'art. 18.2 de la *Charte québécoise*. Il soutient également que ses droits à la dignité, à l'honneur et à la réputation, et à la vie privée protégés par les art. 4 et 5 de la *Charte québécoise* ont été brimés puisque l'existence de sa condamnation a été révélée malgré le pardon et qu'il fut l'objet de diffamation de la part des parlementaires. Finalement, l'appelant remet en question l'application du critère de destitution dans son cas particulier. Selon lui, sa conduite ne porte pas si manifestement et si totalement atteinte aux notions d'impartialité, d'intégrité et d'indépendance de la justice au point d'ébranler la confiance du public en sa capacité d'exercer ses fonctions.

107 By making these arguments, the appellant is inviting this Court to examine the very foundations of our justice system. The decision is, first and foremost, closely connected to the role a judge is called upon to play in that system and to the image of impartiality, independence and integrity he or she must project and strive to maintain.

En soulevant de tels arguments, l'appelant demande que notre Cour se penche sur les fondements mêmes de notre système de justice. La décision est, avant toute chose, intimement liée au rôle que le juge est appelé à y jouer et à l'image d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité qu'il doit dégager et s'efforcer de préserver.

3. The Role of the Judge: "A Place Apart"

3. Le rôle du juge : « une place à part »

108 The judicial function is absolutely unique. Our society assigns important powers and responsibilities to the members of its judiciary. Apart from the traditional role of an arbiter which settles disputes and adjudicates between the rights of the parties, judges are also responsible for preserving the balance of constitutional powers between the two levels of government in our federal state. Furthermore, following the enactment of the *Canadian Charter*, they have become one of the foremost defenders of individual freedoms and human rights and guardians of the values it embodies: *Beauregard*, *supra*, at p. 70, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at para. 123. Accordingly, from the point of view of the individual who appears before them, judges are first and foremost the ones who state the law, grant the person rights or impose obligations on him or her.

La fonction judiciaire est tout à fait unique. Notre société confie d'importants pouvoirs et responsabilités aux membres de sa magistrature. Mis à part l'exercice de ce rôle traditionnel d'arbitre chargé de trancher les litiges et de départager les droits de chacune des parties, le juge est aussi responsable de protéger l'équilibre des compétences constitutionnelles entre les deux paliers de gouvernement, propres à notre État fédéral. En outre, depuis l'adoption de la *Charte canadienne*, il est devenu un défenseur de premier plan des libertés individuelles et des droits de la personne et le gardien des valeurs qui y sont enchâssées : *Beauregard*, précité, p. 70, et *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, précité, par. 123. En ce sens, aux yeux du justiciable qui se présente devant lui, le juge est d'abord celui qui dit la loi, qui lui reconnaît des droits ou lui impose des obligations.

If we then look beyond the jurist to whom we assign responsibility for resolving conflicts between parties, judges also play a fundamental role in the eyes of the external observer of the judicial system. The judge is the pillar of our entire justice system, and of the rights and freedoms which that system is designed to promote and protect. Thus, to the public, judges not only swear by taking their oath to serve the ideals of Justice and Truth on which the rule of law in Canada and the foundations of our democracy are built, but they are asked to embody them (Justice Jean Beetz, Introduction of the first speaker at the conference marking the 10th anniversary of the Canadian Institute for the Administration of Justice, observations collected in *Mélanges Jean Beetz* (1995), at pp. 70-71).

Puis, au-delà du juriste chargé de résoudre les conflits entre les parties, le juge joue également un rôle fondamental pour l'observateur externe du système judiciaire. Le juge constitue le pilier de l'ensemble du système de justice et des droits et libertés que celui-ci tend à promouvoir et à protéger. Ainsi, pour les citoyens, non seulement le juge promet-il, par son serment, de servir les idéaux de Justice et de Vérité sur lesquels reposent la primauté du droit au Canada et le fondement de notre démocratie, mais il est appelé à les incarner (le juge Jean Beetz, Présentation du premier conférencier de la Conférence du 10e anniversaire de l'Institut canadien d'administration de la justice, propos recueillis dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), p. 70-71). 109

Accordingly, the personal qualities, conduct and image that a judge projects affect those of the judicial system as a whole and, therefore, the confidence that the public places in it. Maintaining confidence on the part of the public in its justice system ensures its effectiveness and proper functioning. But beyond that, public confidence promotes the general welfare and social peace by maintaining the rule of law. In a paper written for its members, the Canadian Judicial Council explains:

> Public confidence in and respect for the judiciary are essential to an effective judicial system and, ultimately, to democracy founded on the rule of law. Many factors, including unfair or uninformed criticism, or simple misunderstanding of the judicial role, can adversely influence public confidence in and respect for the judiciary. Another factor which is capable of undermining public respect and confidence is any conduct of judges, in and out of court, demonstrating a lack of integrity. Judges should, therefore, strive to conduct themselves in a way that will sustain and contribute to public respect and confidence in their integrity, impartiality, and good judgment.

(Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges* (1998), p. 14)

En ce sens, les qualités personnelles, la conduite et l'image que le juge projette sont tributaires de celles de l'ensemble du système judiciaire et, par le fait même, de la confiance que le public place en celui-ci. Le maintien de cette confiance du public en son système de justice est garant de son efficacité et de son bon fonctionnement. Bien plus, la confiance du public assure le bien-être général et la paix sociale en maintenant un État de droit. Dans un ouvrage destiné à ses membres, le Conseil canadien de la magistrature explique : 110

> La confiance et le respect que le public porte à la magistrature sont essentiels à l'efficacité de notre système de justice et, ultimement, à l'existence d'une démocratie fondée sur la primauté du droit. De nombreux facteurs peuvent ébranler la confiance et le respect du public à l'égard de la magistrature, notamment : des critiques injustifiées ou malavisées; de simples malentendus sur le rôle de la magistrature; ou encore toute conduite de juges, en cour ou hors cour, démontrant un manque d'intégrité. Par conséquent, les juges doivent s'efforcer d'avoir une conduite qui leur mérite le respect du public et ils doivent cultiver une image d'intégrité, d'impartialité et de bon jugement.

(Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire* (1998), p. 14)

The public will therefore demand virtually irreproachable conduct from anyone performing a judicial function. It will at least demand that they

La population exigera donc de celui qui exerce une fonction judiciaire une conduite quasi irréprochable. À tout le moins exigera-t-on qu'il paraisse 111

give the appearance of that kind of conduct. They must be and must give the appearance of being an example of impartiality, independence and integrity. What is demanded of them is something far above what is demanded of their fellow citizens. This is eloquently expressed by Professor Y.-M. Morissette:

[TRANSLATION] [T]he vulnerability of judges is clearly greater than that of the mass of humanity or of "elites" in general: it is rather as if his or her function, which is to judge others, imposed a requirement that he or she remain beyond the judgment of others.

("Figure actuelle du juge dans la cité" (1999), 30 *R.D.U.S.* 1, at pp. 11-12)

In *The Canadian Legal System* (1977), Professor G. Gall goes even further, at p. 167:

The dictates of tradition require the greatest restraint, the greatest propriety and the greatest decorum from the members of our judiciary. We expect our judges to be almost superhuman in wisdom, in propriety, in decorum and in humanity. There must be no other group in society which must fulfil this standard of public expectation and, at the same time, accept numerous constraints. At any rate, there is no question that a certain loss of freedom accompanies the acceptance of an appointment to the judiciary.

112 The reasons that follow therefore cannot disregard two fundamental premises. First, and following from the foregoing, they cannot be dissociated from the very particular context of the judicial function. The judge is in "a place apart" in our society and must conform to the demands of this exceptional status (Friedland, *supra*). On the other hand, we also must not forget that this Court is sitting on appeal from the report of the inquiry panel of the Quebec Court of Appeal, to which a specific function has been assigned by s. 95 *C.J.A.* As I said earlier, the Court of Appeal, when it makes its report under that provision, is called upon to play a fundamental role in terms of both the ethical process itself and the principle of judicial independence. This Court must therefore respect that jurisdiction and show it the proper deference. This is

avoir un tel comportement. Il devra être et donner l'apparence d'être un exemple d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité. Les exigences à son endroit se situent à un niveau bien supérieur à celui de ses concitoyens. Le professeur Y.-M. Morissette exprime bien ce propos :

[L]a vulnérabilité du juge est nettement plus grande que celle du commun des mortels, ou des «élites» en général : c'est un peu comme si sa fonction, qui consiste à juger autrui, lui imposait de se placer hors de portée du jugement d'autrui.

(« Figure actuelle du juge dans la cité » (1999), 30 *R.D.U.S.* 1, p. 11-12)

Le professeur G. Gall, dans son ouvrage *The Canadian Legal System* (1977), va encore plus loin à la p. 167 :

[TRADUCTION] Les membres de notre magistrature sont, par tradition, astreints aux normes de retenue, de rectitude et de dignité les plus strictes. La population attend des juges qu'ils fassent preuve d'une sagesse, d'une rectitude, d'une dignité et d'une sensibilité quasi-surhumaines. Sans doute aucun autre groupe de la société n'est-il soumis à des attentes aussi élevées, tout en étant tenu d'accepter nombre de contraintes. De toute façon, il est indubitable que la nomination à un poste de juge entraîne une certaine perte de liberté pour la personne qui l'accepte.

Les motifs qui suivent ne sauraient donc faire abstraction de deux prémisses fondamentales. D'abord et dans la lignée de ce qui précède, ils ne sauraient être dissociés du contexte très particulier dans lequel la fonction judiciaire s'inscrit. La magistrature occupe une « place à part » dans notre société et elle doit se conformer aux exigences requises par ce statut exceptionnel (Friedland, *op. cit.*). Par ailleurs, nous ne saurions également perdre de vue que notre Cour siège en appel du rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel du Québec, laquelle est dépositaire d'une fonction particulière qui lui est confiée par l'art. 95 *L.T.J.* Comme je le mentionnais précédemment, la Cour d'appel, lorsqu'elle rédige son rapport en vertu de cette disposition, est appelée à jouer un rôle fondamental tant au niveau du processus déontologique lui-même qu'à l'égard de l'application du principe de l'indépendance judiciaire. Notre Cour se doit

the approach that I shall now take in moving on to the final part of these reasons.

4. Meaning and Effect of the Pardon

At common law, a pardon is an expression of the sovereignty of the monarch, the result of the unilateral and discretionary exercise of the Royal prerogative of mercy or clemency. In Canada, a pardon is also derived from the powers of the Crown. Thus, the provisions contained in Canadian statute law, including the *Criminal Code*, merely prescribe various ways to exercise that prerogative, without limiting its scope: s. 749 of the *Criminal Code*. See also *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 876-77, and, more generally, H. Dumont, *Pénologie — Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences* (1993), at pp. 539-70.

Professor Dumont breaks the various types of pardon found in the *Criminal Code* down into the following categories: (1) the ordinary and partial pardon provided in ss. 748(1) and 748.1(1) of the *Code*, which consists of the remission, in whole or in part, of a sentence without reviewing the issue of the person's guilt; (2) the conditional pardon granted under s. 748(2) of the *Code*, which can amend the initial sentence imposed by the court and make it subject to certain conditions; (3) the free pardon also granted under subss. 748(2) and (3) of the *Code*, by virtue of which a person is deemed never to have committed the offence in respect of which it is granted, and (4) the pardon granted after a referral for hearing or referral to a court of appeal in accordance with s. 690 of the *Code* or s. 53 *S.C.A.* which results in a new trial or a new hearing.

Also, Parliament may legislate regarding pardons in the exercise of its jurisdiction over criminal law. For example, it has established a procedure for administrative pardons, under the

donc de respecter cette compétence et de faire preuve de déférence en son endroit. C'est suivant cette approche que j'aborde à l'instant la dernière partie de ces motifs.

4. Le sens et la portée du pardon

113 En common law, le pardon est l'expression de la souveraineté du Roi, le résultat de l'exercice unilatéral et discrétionnaire de sa prérogative royale de grâce ou de clémence. Au Canada, le pardon tire également son origine des pouvoirs de la Couronne. Les textes législatifs canadiens, dont le *Code criminel*, ne font que prescrire différentes façons de l'exercer, sans pour autant en limiter la portée : art. 749 du *Code criminel*. Voir aussi *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 876-877, et, plus généralement, H. Dumont, *Pénologie — Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences* (1993), p. 539-570.

114 Le professeur Dumont regroupe les différentes formes de pardon que l'on retrouve au *Code criminel* dans les catégories suivantes : (1) le pardon ordinaire et partiel prévu aux par. 748(1) et 748.1(1) du *Code* qui comporte la remise d'une sentence ou d'une partie de celle-ci sans remettre en question la culpabilité de la personne; (2) le pardon conditionnel obtenu en vertu du par. 748(2) du *Code* qui permet de modifier la peine initialement imposée par le tribunal et de l'assortir de certaines conditions; (3) le pardon absolu aussi obtenu en vertu des par. 748(2) et (3) du *Code* selon lesquels une personne est réputée n'avoir jamais commis l'infraction à l'égard de laquelle il est accordé et (4) le pardon obtenu après le renvoi à procès ou le renvoi à une cour d'appel conformément à l'art. 690 du *Code* ou à l'art. 53 *L.C.S.*, qui donne lieu à la tenue d'un nouveau procès ou d'une nouvelle audition.

115 Par ailleurs, le législateur fédéral peut également légiférer en matière de pardon dans l'exercice de sa compétence en droit criminel. Il a ainsi créé une procédure de réhabilitation administrative, sous la

exclusive authority of the National Parole Board, which is set out in the *Criminal Records Act*. A pardon of that nature may be granted, after inquiry, to any applicant who has been convicted of an offence under a federal Act or regulations thereunder. This is the procedure by which the Governor General in Council granted a pardon to Richard Therrien on August 20, 1987. What then is the effect of this kind of pardon? More specifically, did it mean that the appellant could completely deny the existence of the conviction in respect of which it was granted and answer "no" to the question asked by the committee for the selection of persons qualified for appointment as judges? The Court of Appeal did an exhaustive review of this issue. It found that the pardon granted to the appellant does not affect his guilt, but does result in the complete remission of his conviction and its legal effects for the future. Here we need to revisit some aspects of its analysis.

responsabilité exclusive de la Commission nationale des libérations conditionnelles, et prévue à la *Loi sur le casier judiciaire*. Cette réhabilitation peut être accordée, après enquête, à toute personne condamnée pour une infraction à une loi fédérale ou à ses règlements qui en fait la demande. C'est en vertu de cette procédure que le 20 août 1987, le gouverneur général en conseil a accordé un pardon à Richard Therrien. Quel est donc l'effet d'une telle réhabilitation? Plus précisément, permettait-elle à l'appelant de nier complètement l'existence de la condamnation pour laquelle elle lui avait été accordée et de répondre « non » à la question soulevée par le comité de sélection des personnes aptes à être nommées juges? La Cour d'appel a fait une étude exhaustive de cette question. Elle conclut que la réhabilitation obtenue par l'appelant ne remet pas en question sa culpabilité, mais entraîne la remise totale de sa condamnation et des effets juridiques pour l'avenir. Il importe de revenir sur certains éléments de son analyse.

116 Sections 5 and 6(2) *C.R.A.* set out the effects of granting a pardon: (1) it is evidence that the National Parole Board, after making the inquiries specified in the Act, was satisfied that the applicant was of good conduct and that the conviction in respect of which it is granted should no longer reflect adversely on his character; (2) it vacates the conviction and removes any disqualification to which the person is subject by virtue of any federal Act or regulation made thereunder; and (3) it results in any record of the conviction being kept separate and apart: in other words, the criminal record is expunged. In and of themselves, these provisions do not persuade me that the pardon can operate to retroactively wipe out the conviction. Rather, they are an expression of the fact that it still exists, combined with a desire to minimize its future consequences. Section 5(*a*)(ii) *C.R.A.* provides that the pardon is evidence that "the conviction in respect of which the pardon is granted or issued should no longer reflect adversely on the applicant's character" (emphasis added), implying that it still exists and could so reflect. Second, the effects of the pardon are limited to the legal disqualifications created by federal statutes or the regulations thereunder and therefore exclude all the

L'article 5 et le par. 6(2) *L.C.J.* énoncent les effets de l'octroi d'une réhabilitation : (1) elle sert de preuve que la Commission nationale des libérations conditionnelles, après avoir mené les enquêtes prévues par la loi, est convaincue que le demandeur s'est bien conduit et que la condamnation pour laquelle elle est accordée ne devrait plus ternir sa réputation; (2) elle efface les conséquences de la condamnation et fait cesser les incapacités qu'elle pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements; et (3) elle entraîne la mise à l'écart de tout dossier portant sur la condamnation, soit la radiation du casier judiciaire. En elles-mêmes, ces dispositions ne me convainquent pas que la réhabilitation puisse avoir pour effet d'anéantir rétroactivement la condamnation. Elles sont davantage l'expression du maintien de son existence, jumelée à une volonté d'en minimiser les conséquences à l'avenir. En effet, le sous-al. 5*a*)(ii) *L.C.J.* précise que la réhabilitation sert de preuve que « la condamnation en cause ne devrait plus ternir la réputation du demandeur » (je souligne), sous-entendant qu'elle existe toujours et qu'elle pourrait le faire. Ensuite, les effets de la réhabilitation sont limités aux incapacités juridiques créées par la loi fédérale ou ses règlements

post-sentence consequences provided in provincial legislation, which also suggests that the pardon has only limited effect. Third, the information contained in the criminal record is not destroyed but is kept separate and apart, whence it may re-emerge should the pardoned person subsequently be no longer of good conduct.

et excluent donc l'ensemble des conséquences postpénales prévues aux lois provinciales, ce qui laisse également croire que la réhabilitation n'a qu'une portée limitée. Finalement, les renseignements contenus au casier judiciaire ne sont pas détruits, mais mis à l'écart d'où ils risquent de ressurgir advenant une nouvelle inconduite de la personne réhabilitée.

In support of the opposing argument, the appellant refers us to the English version of s. 5 *C.R.A.* which, at first sight, appears to have another meaning. When it was enacted in 1970, its English and French versions read as follows:

Pour appuyer l'argument contraire, l'appelant nous renvoie à la version anglaise de l'art. 5 *L.C.J.* qui, à première vue, peut sembler retenir un autre sens. Lors de son adoption, en 1970, il se lisait ainsi dans ses versions anglaise et française : 117

5. The grant of a pardon

(*a*) is evidence of the fact that the Board, after making proper inquiries, was satisfied that an applicant was of good behaviour and that the conviction in respect of which the pardon is granted should no longer reflect adversely on his character; and

(*b*) unless the pardon is subsequently revoked, vacates the conviction in respect of which it is granted and, without restricting the generality of the foregoing, removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of such conviction, subject by virtue of any Act of the Parliament of Canada or a regulation made thereunder.

5. The grant of a pardon

(*a*) is evidence of the fact that the Board, after making proper inquiries, was satisfied that an applicant was of good behaviour and that the conviction in respect of which the pardon is granted should no longer reflect adversely on his character; and

(*b*) unless the pardon is subsequently revoked, vacates the conviction in respect of which it is granted and, without restricting the generality of the foregoing, removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of such conviction, subject by virtue of any Act of the Parliament of Canada or a regulation made thereunder.

5. L'octroi d'un pardon

a) est la preuve du fait que la Commission, après avoir effectué une enquête suffisante, est convaincue que le requérant a eu une bonne conduite et que la condamnation à l'égard de laquelle le pardon est accordé ne devrait plus nuire à sa réputation; et

b) à moins que le pardon ne soit révoqué par la suite, annule la condamnation pour laquelle il est accordé et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, élimine toute déchéance que cette condamnation entraîne, pour la personne ainsi déclarée coupable, en vertu de toute loi du Parlement du Canada ou d'un règlement établi sous son régime. [Emphasis added.]

5. L'octroi d'un pardon

a) est la preuve du fait que la Commission, après avoir effectué une enquête suffisante, est convaincue que le requérant a eu une bonne conduite et que la condamnation à l'égard de laquelle le pardon est accordé ne devrait plus nuire à sa réputation; et

b) à moins que le pardon ne soit révoqué par la suite, annule la condamnation pour laquelle il est accordé et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, élimine toute déchéance que cette condamnation entraîne, pour la personne ainsi déclarée coupable, en vertu de toute loi du Parlement du Canada ou d'un règlement établi sous son régime. [Je souligne.]

When it was revised in 1985, the French version was amended so that the words "*efface les conséquences de la condamnation*" were substituted for "*annule la condamnation*". However, the English version remained almost unchanged, retaining throughout the years the words "vacates the conviction", which generated some debate. Did the

Lors de la révision de 1985, la version française a été modifiée pour inclure les mots « efface les conséquences de la condamnation » en lieu et place de « annule la condamnation ». Toutefois, la version anglaise est demeurée, à peu de choses près, la même au fil des ans conservant l'emploi des mots « *vacates the conviction* », ce qui a contribué à

fact that no changes were made to the English version reflect a mere oversight, or did the amendment to the French version indicate that Parliament had intended to harmonize it with the English version? In the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. XIX, at p. 385, we see that the expression "vacate" means "to make void in law, to deprive of legal authority, validity, force, efficacy or value, to render inoperative or to annul or cancel", which does not necessarily involve retroactive effects. Thus, it is possible to make something void, deprive it of any effect or authority or annul it for the future only. It is therefore highly probable that the amendments to the French version were intended only to better convey the meaning of the English version.

118 In connection with a proposed reform of the *Criminal Records Act* in 1992, Parliament considered whether it would be advisable to add a provision to allow those who receive a pardon to deny the conviction ("deeming provision"). The interdepartmental committee struck to consider various avenues instead opted to recommend maintaining the status quo in this regard. Its view was that the Act should not be amended to include a provision of that type, thus demonstrating its opposition to what had been referred to as "legislated lying". As an alternative, it proposed the publication of bulletins indicating the effects of having records "sealed" once a pardon is granted, pointing out that information cannot be released: *Proposal for Reform of the Criminal Records Act* (July 20, 1991), Explanatory document prepared by the Solicitor General of Canada, at pp. 10-11, Recommendation No. 7. See also T. J. Singleton, "La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 456, at p. 463.

119 I note in passing that the interpretation holding that the Act does not allow a person to deny that he or she was convicted is also consistent with the

susciter une certaine controverse. L'absence de changements apportés à la version anglaise relevait-elle de la simple omission ou la modification de la version française traduisait-elle une volonté législative d'harmoniser cette dernière avec le texte anglais? La consultation du *Oxford English Dictionary* (2e éd. 1989), vol. XIX, p. 385, nous apprend que le terme « *vacate* » signifie [TRADUCTION] « rendre nul et sans effet en droit, dépouiller de toute autorité, validité, force, efficacité ou valeur sur le plan juridique, rendre inopérant ou frapper de nullité », ce qui n'emporte pas nécessairement la rétroactivité de ses effets. Aussi est-il possible de rendre nul, de priver de tout effet ou autorité ou d'annuler une chose pour l'avenir seulement. Il est donc fort probable que les modifications apportées au texte français ne l'ont été qu'afin de mieux exprimer le sens véhiculé par la version anglaise.

Le législateur fédéral s'est d'ailleurs penché sur l'opportunité d'ajouter une disposition permettant à la personne réhabilitée de nier l'existence de sa condamnation dans le cadre d'un projet de réforme de la *Loi sur le casier judiciaire* en 1992 (« *deeming provision* »). Le comité interministériel chargé d'étudier les différentes avenues recommandait plutôt le maintien du statu quo en la matière. Il était d'avis que la loi ne devait pas être modifiée pour y inclure une telle disposition manifestant ainsi son opposition à ce que d'aucuns appelaient un « mensonge autorisé par la loi ». En échange, il proposait la publication de bulletins d'information afin d'expliquer les effets de la mise à l'écart d'un dossier à la suite de l'obtention d'une réhabilitation, notamment du fait que l'information qu'il contient ne puisse plus être révélée : *Proposition de réforme de la Loi sur le casier judiciaire* (20 juillet 1991), Document explicatif du Solliciteur général du Canada, p. 10-11, Recommandation nº 7. Voir aussi T. J. Singleton, « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens » (1993), 72 *R. du B. can.* 456, p. 463.

Je note en passant que l'interprétation selon laquelle la loi ne permet pas de nier l'existence de la condamnation s'inscrit également dans la lignée

most recent amendments to the Act in 2000, although those amendments cannot be set up against the appellant in this case. The *Act to amend the Criminal Records Act and to amend another Act in consequence*, S.C. 2000, c. 1, s. 4 (proclaimed in force August 1, 2000 by Order SI/2000-73, vol. 134, p. 2033), amends the French and English versions. For example, in the French version of s. 5 the words "*entraîne le classement du dossier ou du relevé de la condamnation à part des autres dossiers judiciaires*" are substituted for "*efface les conséquences de la condamnation*". In my view, these changes embody the meaning that Parliament has always intended the Act to have. Apart from the various disqualifications that a conviction may lead to under federal statutes or regulations, as referred to in s. 5, the other "conséquences" associated with the existence of a criminal record that the pardon sought to eliminate for the future are all covered by keeping the information associated with the existence of a criminal record separate and apart. That information then becomes private to the individual and cannot be disclosed without the prior approval of the Minister. Professor Dumont shares this view:

[TRANSLATION] This legal construction of the stigmatization or legal recognition of the fiction of dishonour, is so evident that the pardon process in the *Criminal Records Act* consists, first and foremost, of terminating the use and distribution of the information recorded in the criminal record, restoring the confidential status of information relating to an individual's criminal history and returning that information to the private sphere. From that point of view, the Act creates not so much a procedure for obtaining a pardon as a mechanism consisting of withdrawing information relating to an individual's criminal history from circulating. [Emphasis added.]

("Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours?", in *Le respect de la vie privée dans l'entreprise : de l'affirmation à l'exercice d'un droit* (1995), at p. 115)

In the case at bar, the Court of Appeal reached the same conclusion by referring to the other provisions of the Act. "Every component [of an Act] contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts": P.-A. Côté, *The*

des dernières modifications apportées à la loi en 2000, bien que celles-ci ne soient pas opposables à l'appelant en l'espèce. La *Loi modifiant la Loi sur le casier judiciaire et une autre loi en conséquence*, L.C. 2000, ch. 1, art. 4 (entrée en vigueur le 1er août 2000 par décret TR/2000-73, vol. 134, p. 2033), modifie les versions française et anglaise. Ainsi, les mots « efface les conséquences de la condamnation » à l'art. 5 sont remplacés par « entraîne le classement du dossier ou du relevé de la condamnation à part des autres dossiers judiciaires ». À mon avis, ces changements viennent consacrer le sens que le Parlement a toujours voulu conférer à la loi. Outre les différentes incapacités que la condamnation pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements dont l'art. 5 fait mention, les autres « conséquences » associées à l'existence d'antécédents judiciaires que la réhabilitation visait à éliminer pour l'avenir se résument à la mise à l'écart des informations entourant la condamnation. Celles-ci font désormais partie de la vie privée de l'individu et ne sauraient être divulguées sans l'autorisation préalable du ministre. Le professeur Dumont partage cette opinion :

Cette construction juridique de la stigmatisation ou la reconnaissance juridique de la fiction du déshonneur est si évidente que le mécanisme de réhabilitation prévu dans la *Loi sur le casier judiciaire* consiste d'abord et avant tout à mettre fin à l'utilisation et à la diffusion de l'information consignée dans le casier judiciaire, à redonner un statut confidentiel aux renseignements sur le passé pénal d'une personne et à les remettre dans le domaine de la vie privée. De ce point de vue, la loi crée moins une procédure visant à obtenir un pardon qu'un mécanisme consistant à retirer de la circulation les informations concernant le passé judiciaire pénal d'une personne. [Je souligne.]

(« Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours? », dans *Le respect de la vie privée dans l'entreprise : de l'affirmation à l'exercice d'un droit* (1995), p. 115)

120 En l'espèce, la Cour d'appel arrive à cette même conclusion en se référant aux autres dispositions de la loi. En effet, « chaque élément [d'une loi] contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble, au sens de chacun des éléments » : P.-A. Côté, *Interpréta-*

Interpretation of Legislation in Canada (3rd ed. 2000), at p. 308; see also *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 365 (*per* Lamer J.). Several provisions of the *Criminal Records Act* would be meaningless if the construction suggested by the appellant were accepted. Sections 6(2) and 6(3) *C.R.A.* permit the Minister to disclose the conviction if he is satisfied that the disclosure is desirable in the interests of the administration of justice or for any purpose related to the safety or security of Canada or any state allied or associated with Canada. Section 7 *C.R.A.* permits the National Parole Board to revoke the pardon if the person is subsequently convicted of another offence, is no longer of good conduct or knowingly made a false or deceptive statement in relation to the application for the pardon. Finally, s. 8 *C.R.A.* specifically provides that no person shall ask a question relating to an application for federal employment that by its terms requires the applicant to disclose a conviction in respect of which a pardon has been granted. The purpose of all these sections is to eliminate the potential future effects of the conviction, which would be pointless if the conviction were deemed never to have existed. Section 8 is particularly instructive for our purposes. If the very essence of the pardon were that the pardoned person could deny the existence of the conviction, Parliament would not have felt the need to enact that provision. (R. P. Nadin-Davis, "Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How Not to Expunge Criminal Convictions" (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221)

121 It is also useful to draw a comparison with certain federal statutes. Interpretations favouring harmony between the various statutes enacted by the same government should indeed prevail. This presumption is even stronger when the statutes relate to the same subject matter: Côté, *supra*, at pp. 342 *et seq.* Thus, as I have already pointed out, s. 748(3) of the *Criminal Code* expressly provides that where the Governor in Council grants a free pardon to any person, that person shall be deemed thereafter never to have committed the offence in respect of which the pardon is granted. Furthermore, s. 36(1) of the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, expressly provides that the finding of

tion des lois (3e éd. 1999), p. 388; voir aussi *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 365 (le juge Lamer). Or, plusieurs dispositions de la *Loi sur le casier judiciaire* n'auraient aucun sens si on retenait l'interprétation suggérée par l'appelant. Les paragraphes 6(2) et (3) *L.C.J.* permettent au ministre de communiquer le fait de la condamnation, s'il est convaincu que la communication sert l'administration de la justice ou est souhaitable pour la sûreté ou sécurité du Canada ou d'un État allié ou associé au Canada. L'article 7 *L.C.J.* permet à la Commission nationale des libérations conditionnelles de révoquer la réhabilitation lorsque le réhabilité est condamné pour une nouvelle infraction, qu'il a cessé de bien se conduire ou qu'il a sciemment fait une déclaration inexacte à l'occasion de sa demande de réhabilitation. Finalement, l'art. 8 *L.C.J.* prévoit spécifiquement que nul ne peut, dans le cadre d'une demande d'emploi relevant de la compétence du fédéral, poser une question qui, par sa teneur, obligerait un réhabilité à révéler sa condamnation. Ces articles ont tous pour objet d'éliminer les effets potentiels futurs de la condamnation, ce qui serait inutile si la condamnation était réputée ne pas avoir existé. L'article 8 est particulièrement révélateur à nos fins. S'il tenait de l'essence même du pardon de permettre au réhabilité de nier l'existence de la condamnation, le législateur n'aurait pas senti le besoin de le préciser explicitement. (R. P. Nadin-Davis, « Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How Not to Expunge Criminal Convictions » (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221)

Il est également utile d'établir une comparaison avec certaines lois fédérales. L'interprète des lois doit en effet favoriser l'harmonie des divers textes législatifs qui émanent d'une même autorité. Cette présomption se trouve renforcée lorsqu'on est en présence de lois qui portent sur la même matière : Côté, *op. cit.*, p. 433 et suiv. Ainsi, comme je le soulignais précédemment, le par. 748(3) du *Code criminel* prévoit expressément que si le gouverneur en conseil accorde un pardon absolu à une personne, celle-ci est par la suite réputée n'avoir jamais commis l'infraction à l'égard de laquelle le pardon est accordé. De plus, le par. 36(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1,

guilt relating to a young offender for whom the court has directed an absolute discharge or for whom all the dispositions and all their terms have ceased to have effect shall be deemed never to have existed. The *Criminal Records Act* contains no provision of such scope. The fact that Parliament opted instead to use the term "*réhabilitation*" in the French version of the Act, thus stressing the future effects of the law, was therefore not random.

prévoit explicitement que la déclaration de culpabilité visant un adolescent pour lequel le tribunal a ordonné la libération inconditionnelle ou pour lequel les décisions ainsi que toutes leurs conditions ont cessé de produire leurs effets, est réputée n'avoir jamais existé. La *Loi sur le casier judiciaire* ne prévoit aucune disposition ayant une telle portée. Aussi n'est-ce pas par hasard que le législateur fédéral a plutôt choisi d'utiliser le terme « réhabilitation » dans la version française de la loi, insistant ainsi sur ses effets futurs.

Accordingly, I find, as did the Court of Appeal, that an objective analysis of the Act does not support the appellant's argument that the pardon retroactively wipes out his conviction. Professor Dumont accurately summarizes the essence of what I have said:

122 À l'instar de la Cour d'appel, je conclus donc qu'une analyse objective de la loi ne permet pas de soutenir, comme le fait l'appelant, que le pardon anéantit rétroactivement sa condamnation. Le professeur Dumont résume bien l'esprit de mon propos :

[TRANSLATION] It seems clear that the *Criminal Records Act* grants a pardon which is designed only to put an end to the negative effects of a conviction. An administrative pardon, which adopts the features of a *partial* and *conditional* pardon, is not equivalent to a retroactive acquittal, as a free pardon may be, by virtue of the Royal prerogative or the *Criminal Code*; accordingly, an administrative pardon does not logically result in retroactive annulment or neutralization of the conviction. [Emphasis in original.]

Il nous paraît clair que la *Loi sur le casier judiciaire* octroie un pardon qui vise seulement à faire cesser les effets négatifs d'une condamnation. Empruntant les caractéristiques d'un pardon *partiel* et *conditionnel*, la réhabilitation administrative n'est pas assimilable à une déclaration d'innocence à rebours, comme peut l'être le pardon absolu en vertu de la prérogative royale ou du *Code criminel*; par conséquent, la réhabilitation administrative n'entraîne pas logiquement la négation ou la neutralisation rétroactive de la condamnation. [Italiques dans l'original.]

("Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours?", *supra*, at p. 132)

(« Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours? », *loc. cit.*, p. 132)

In conclusion, I will say a few words about the appellant's argument that in order to determine the effect of the pardon he was granted under the *Criminal Records Act*, the Court should adopt an "objective-subjective approach", which would involve both doing an objective analysis of the law and considering the opinion the appellant subjectively formed about his pardon. I do not believe that the way in which a statute is interpreted may vary, depending on the opinion formed by an individual, especially when that person is himself a member of the legal profession.

123 En terminant, je dirai quelques mots de l'argument soumis par l'appelant selon lequel, pour déterminer la portée de la réhabilitation qu'il a obtenue conformément à la *Loi sur le casier judiciaire*, la Cour doit retenir une « approche objective-subjective » selon laquelle il faut, à la fois, faire une analyse objective de la loi et considérer l'opinion que s'est subjectivement formée à l'appelant à l'égard de son pardon. Je ne crois pas que l'interprétation de la loi soit susceptible de varier selon l'opinion que s'en fait le justiciable et, particulièrement, lorsque ce justiciable est lui-même un juriste.

On the other hand, even if we did have to put ourselves in the appellant's position, I would point

124 Par ailleurs, même si l'on devait se placer dans la position de l'appelant, je tiens à rappeler que la

out that the question asked by the selection committee did not relate directly to the appellant's criminal record; rather, it but was much more general in scope, referring to his "trouble with the law". That expression can cover numerous situations, ranging from a mere arrest to being charged with an offence and awaiting trial, or being charged and subsequently acquitted after a trial. It can also refer to disciplinary proceedings initiated by the professional order to which the person belongs. Ultimately, it could even include being a party to a civil or family law proceeding. It therefore also includes the actual fact of the appellant's pardon.

125 Furthermore, the Court of Appeal held that the appellant's record contained sufficient evidence tending to establish that he was aware of the meaning and effect of the *Criminal Records Act*, and that he deliberately and subjectively ignored them. In its report, it states that the appellant's decision to conceal his convictions was not the result of a good faith misinterpretation of the applicable laws ([1998] R.J.Q. 2956, at p. 2972). After hearing lengthy testimony, including that of the appellant, and analyzing the evidence adduced, the majority of the committee of inquiry summarized the situation as follows:

[TRANSLATION] He understood the importance and the gravity of the duty of transparency during the first selection process: he said that to him it was obvious, "natural", he had to answer the question.

After striking out with the second selection committee, he was content to do some extremely cursory research into the effects of the pardon. Just a little more research would easily have led him to a different conclusion.

Without regard for the importance of the office he was applying for, he decided, of his own volition, to minimize the consequences of his actions. He looked at the law and interpreted it in his own interests. He rationalized the whole thing, made a mental reservation, and constructed an opinion that offended reality using arguments which did not, in the form in which he presented them, amount to a lie. He deliberately failed to reveal a

question posée par le comité de sélection ne visait pas directement le casier judiciaire de l'appelant, mais avait une portée beaucoup plus générale, soit ses « démêlés avec la justice ». L'expression « démêlés avec la justice » peut inclure bon nombre de situations, de la simple arrestation au fait d'être inculpé pour une infraction et dans l'attente d'un procès ou au fait d'être inculpé et, par la suite, acquitté à l'issue de ce procès. Elle peut aussi faire référence à des instances disciplinaires entamées par l'ordre professionnel auquel on appartient. À la limite, elle peut inclure le fait d'être partie à une cause civile ou familiale. En ce sens, elle inclut également le fait même du pardon obtenu par l'appelant.

En outre, la Cour d'appel a jugé que le dossier de l'appelant contenait suffisamment d'éléments de preuve tendant à démontrer que Me Therrien connaissait le sens et la portée de la *Loi sur le casier judiciaire* et qu'il les a subjectivement et volontairement ignorés. Dans son rapport, elle mentionne que la décision de l'appelant de taire ses condamnations ne résulte pas d'une interprétation erronée faite de bonne foi des lois applicables ([1998] R.J.Q. 2956, p. 2972). Après avoir longuement entendu les témoins, dont l'appelant, et analysé la preuve soumise, les membres majoritaires du comité d'enquête résument la situation ainsi :

Il a compris l'importance et la gravité de cette obligation de transparence lors du premier concours; il était pour lui évident, « naturel », dit-il, il devait répondre à la question.

Après son échec lors du deuxième comité de sélection, il se satisfait de recherches extrêmement sommaires sur les conséquences du pardon. Une étude le moindrement plus poussée l'aurait facilement amené à une autre conclusion.

Sans égard pour l'importance de la fonction qu'il postule, il décide lui-même de minimiser les conséquences de ses actes. Il prend en main la loi, l'interprète selon ses fins. Il rationalise le tout, fait une restriction mentale: se forge une opinion contraire à la réalité en utilisant des arguments dont la présentation formelle ne constitue pas un mensonge. Il omet volontairement de dévoiler un fait que le comité devait connaître. Il substi-

fact of which the committee ought to be made aware. He substituted his own judgment for the judgment of the selection committee. [Emphasis in original.]

When the appellant appeared before the selection committee in 1996, it was not to assert his right to be appointed as a judge. An appointment to the judiciary is more in the nature of a "privilege" granted to a person who has all the qualities considered to be necessary for the office. If, as the appellant contends, the *Criminal Records Act* leaves room for doubt or for more than one interpretation, he should have left it up to the selection committee to decide this.

I therefore find that while a pardon does not make the past go away, it expunges consequences for the future. The integrity of the pardoned person is restored, and he or she need not suffer the effects associated with the conviction in an arbitrary or discriminatory manner, a situation which the Canadian and Quebec charters tend to protect against. I will now consider those provisions.

5. The Protection Afforded by the Canadian and Quebec Charters

(a) *Section 15 of the Canadian Charter*

The appellant acknowledges that it is possible to interpret the provisions of the *Judicial Code of Ethics* and those of the *Regulation respecting the procedure for the selection of persons apt for appointment as judges* so that they are compatible with s. 15 of the *Canadian Charter*. However, he argues that the government's actions in this case infringed his right to equality, to which he is entitled regardless of his criminal record. He made two separate sub-arguments which I will now address.

First, he believes that he was discriminated against by the members of the first three selection committees based on his criminal record. He referred to the testimony of certain members, Judge Jean-Pierre Bonin and Nicole Gibeau, who expressed the view that having a criminal record disqualified him from holding the office of judge. What this boils down to is: either the appellant raises this situation to demonstrate the seriousness of the prejudice he has suffered, or he does so in

tue son propre jugement à celui du comité de sélection. [Souligné dans l'original.]

Lorsque l'appelant se présente devant le comité de sélection en 1996, il n'est pas là pour faire valoir son droit à être nommé juge. Une nomination à la magistrature relève davantage d'un « privilège » accordé à une personne qui réunit les qualités jugées nécessaires pour occuper la fonction. Si, comme le prétend l'appelant, la *Loi sur le casier judiciaire* laissait place au doute ou à plus d'une interprétation, il se devait de laisser au comité de sélection le soin d'en juger. 126

Je conclus donc que, sans faire disparaître le passé, le pardon efface les conséquences pour l'avenir. L'intégrité de la personne réhabilitée est rétablie et elle ne doit pas subir les effets liés à sa condamnation de façon arbitraire ou discriminatoire, ce que tendent à protéger les chartes canadienne et québécoise. C'est vers ces dispositions que je me pencherai maintenant. 127

5. La protection des chartes canadienne et québécoise

a) *L'article 15 de la Charte canadienne*

L'appelant reconnaît qu'il est possible d'interpréter les dispositions du *Code de déontologie de la magistrature* ainsi que celles du *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, de façon conforme à l'art. 15 de la *Charte canadienne*. Toutefois, il prétend que les actions du gouvernement en l'espèce ont porté atteinte à son droit à l'égalité sans égard à ses antécédents judiciaires. Il soumet deux sous-arguments distincts que j'aborde à l'instant. 128

D'abord, il estime avoir fait l'objet de discrimination fondée sur ses antécédents judiciaires de la part des membres des trois premiers comités de sélection. Il réfère aux témoignages de certains d'entre eux, le juge Jean-Pierre Bonin et Me Nicole Gibeau, selon lesquels l'existence d'un antécédent judiciaire le disqualifiait pour occuper un poste de juge. De deux choses l'une : ou bien l'appelant fait état de cette situation afin de démontrer la gravité du préjudice qu'il a subi, ou bien il le fait pour 129

order to challenge the propriety of the question at an interview for the purpose of recommending persons qualified for appointment as judges. In the first case, I would point out that the motives of the selection committee members are not on trial here and that if they were this Court is not the appropriate forum for settling that question. In the second case, as I will explain, when I analyze the second argument, having a criminal record is relevant as a criterion for assessing a person's capacity to be appointed as a judge. I would therefore reject this first argument.

130 Second, the appellant contends that the decision by the Minister of Justice to initiate the removal process under s. 263 *C.J.A.* and ss. 2, 4, 5 and 10 of the *Judicial Code of Ethics* was actually based on the fact that he has a criminal record, not that he refused to disclose it, which was merely a pretext. He therefore believes that his right to equality, which is protected by s. 15 of the *Canadian Charter*, has been infringed. I would start by saying that, like the Court of Appeal and the Conseil de la magistrature, I take the view that the decision by the Minister of Justice was based primarily, perhaps exclusively, on the appellant's failure to disclose to the members of the selection committee that he had been in trouble with the law. On the other hand, if it were also related in part to the fact that he had a criminal record, I do not find that this would infringe the appellant's equality rights.

131 In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, this Court held that the three-stage analysis that applies in respect of s. 15(1) had to assign considerable weight to the subject-matter and context of the infringement. At paragraph 88, Iacobucci J. stated that anyone who claimed under that subsection must prove the following three aspects: (1) the existence of differential treatment between the claimant and others based on personal characteristics, (2) differential treatment based on enumerated or analogous grounds, and (3) differential treatment that discontester la pertinence de cette question dans le cadre d'une entrevue ayant pour objectif de recommander des personnes aptes à être nommées juges. Dans la première hypothèse, je souligne que la présente affaire ne constitue pas un procès d'intentions des membres du comité de sélection et que, le cas échéant, notre Cour n'est pas le forum approprié pour se prononcer sur cette question. Dans la seconde, et comme je le mentionnerai dans le cadre de l'analyse du second argument, l'existence d'antécédents judiciaires est un critère pertinent pour déterminer la capacité d'une personne à être nommée juge. Je rejetterais donc ce premier moyen.

Dans un deuxième temps, l'appelant prétend que la décision du ministre de la Justice d'entamer le processus de destitution conformément à l'art. 263 *L.T.J.* et aux art. 2, 4, 5 et 10 du *Code de déontologie de la magistrature* s'appuie sur l'existence même de ses antécédents judiciaires et non sur son refus de le divulguer, lequel n'a constitué qu'un prétexte. En ce sens, il estime que l'on a porté atteinte à son droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne*. D'emblée, je dirai qu'à l'instar de la Cour d'appel et de la majorité du Conseil de la magistrature, je suis d'avis que la décision du ministre de la Justice repose principalement, voire exclusivement, sur l'omission de l'appelant de révéler l'existence de ses démêlés avec la justice aux membres du comité de sélection. Par ailleurs, si elle devait également porter en partie sur l'existence d'antécédents judiciaires, je considère que celle-ci ne porterait pas atteinte au droit à l'égalité de l'appelant.

Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, notre Cour précisait que la démarche en trois étapes applicable à l'égard du par. 15(1) devait accorder une importance marquée à l'objet et au contexte entourant la violation. Au paragraphe 88, le juge Iacobucci rappelle que la personne qui l'invoque doit établir les trois aspects suivants : (1) il existe une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes en raison de caractéristiques personnelles, (2) la différence de traitement est fondée sur un motif énuméré ou analogue, et

criminates by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant and thereby infringing his or her dignity (that is, perpetuates or promotes the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration). A person who claims under s. 15(1) may rely on a series of contextual factors in order to demonstrate that his or her dignity has been infringed.

(3) la différence de traitement est discriminatoire en ce qu'en le privant d'un avantage ou en lui imposant un fardeau, elle porte atteinte à sa dignité (c'est-à-dire qu'elle perpétue l'opinion que l'individu touché est moins capable ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération). La personne qui invoque le par. 15(1) peut s'appuyer sur une série de facteurs contextuels pour démontrer que l'on a porté atteinte à sa dignité.

In the case at bar, if the decision by the Minister to lodge an ethics complaint against the appellant was based on the existence of a criminal record, I acknowledge that there was differential treatment between the appellant and others who did not have such a criminal history. I also assume, for our purposes, but without deciding the issue, that a criminal record is an analogous ground of discrimination for the purposes of s. 15(1) of the *Canadian Charter*. However, the Minister's decision cannot be regarded as discriminatory when we consider the relevant contextual factors: the decision took into account the appellant's situation as a whole, as well as the situation of people who come before the court and are entitled to the highest degree of integrity, impartiality and independence on the part of the members of the judiciary in whom they place their confidence. I will now consider the allegations that the appellant's rights under the *Quebec Charter* were infringed.

132 En l'espèce, si la décision du ministre de déposer une plainte déontologique contre l'appelant est fondée sur la présence d'antécédents judiciaires, je reconnais que l'appelant a subi une différence de traitement par rapport à d'autres personnes qui ne présentent pas un tel passé pénal. Je prends également pour acquis, à nos fins, mais sans toutefois en décider, que les antécédents judiciaires constituent un motif de discrimination analogue au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne*. Cependant, la décision du ministre ne peut être considérée discriminatoire à la lumière des facteurs contextuels pertinents. En effet, la décision du ministre a pris en considération l'ensemble de la situation de l'appelant ainsi que celle des justiciables qui sont en droit d'obtenir la plus grande intégrité, impartialité et indépendance de la part des membres de la magistrature envers lesquels ils accordent leur confiance. Je me penche maintenant sur les allégations de violation des droits de l'appelant en vertu de la *Charte québécoise*.

(b) *Quebec Charter*

b) *La Charte québécoise*

(i) Right to Dignity, Honour and Respect for Reputation and Private Life

(i) Le droit à la dignité, à l'honneur et au respect de la réputation, et à la vie privée

133 The appellant contends that his rights to dignity, honour, reputation and private life, which are protected by ss. 4 and 5 of the *Quebec Charter*, were infringed in this case and that certain members of the government disclosed information that was then confidential by virtue of his pardon and under ss. 5 and 6(2) *C.R.A.* He adds that he was the victim of an impassioned public debate in the media and the political arena, during which some elected

L'appelant prétend que ses droits à la dignité, à l'honneur et la réputation et à la vie privée, protégés par les art. 4 et 5 de la *Charte québécoise*, ont été atteints en l'espèce en ce que certains membres du gouvernement ont dévoilé des informations devenues confidentielles en raison de l'obtention de son pardon et conformément à l'art. 5 et au par. 6(2) *L.C.J.* Il ajoute avoir été la victime d'un débat public enflammé tant dans l'arène

representatives or journalists made insulting, defamatory and untrue remarks regarding the nature of his involvement in the events of the October Crisis. He was successively accused of having been a member of the F.L.Q. and of having participated in the kidnapping and even the murder of the minister Pierre Laporte. That these statements are false is not in dispute. However, I do not intend to state an opinion on these arguments, since this Court is not the appropriate forum in which to do so. As I said earlier, the motives of members of the government are not on trial here, which members in any event enjoy parliamentary immunity when addressing the legislative assembly; nor is this an action for damages against journalists. There is no evidence before us on these matters. I will therefore refrain from any comment whatsoever.

médiatique que politique au cours duquel certains parlementaires ou journalistes ont tenu des propos injurieux, diffamatoires et mensongers quant à la nature de son implication dans les événements de la Crise d'octobre. À tour de rôle, il fut accusé d'avoir été membre du F.L.Q. et d'avoir participé à l'enlèvement, voire à l'assassinat du ministre Pierre Laporte. La fausseté de ces affirmations n'est pas contestée. Je n'ai toutefois pas l'intention de me prononcer sur ces arguments puisque notre Cour ne constitue pas le forum approprié pour ce faire. Comme je le mentionnais précédemment, la présente affaire ne constitue pas un procès d'intentions à l'encontre des membres du gouvernement qui, par ailleurs, bénéficient d'une immunité parlementaire lorsqu'ils s'adressent aux membres de l'Assemblée législative, ou encore d'une action en dommages-intérêts à l'encontre de journalistes. Nous ne disposons d'aucune preuve à cet égard. Je m'abstiens donc de formuler quelque commentaire que ce soit.

(ii) Protection From Discrimination

(ii) La protection à l'encontre de la discrimination

134 The appellant contends that the complaint lodged by the Minister of Justice was based on the fact that he had a criminal record, while his failure to disclose it was really only a pretext. Thus, he submits that he was penalized in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a criminal offence even though he had been pardoned for that offence, contrary to s. 18.2 of the *Quebec Charter*. He also contends that he was indirectly discriminated against when he was asked the illegal and abusive question by the members of the selection committees regarding his criminal history: "Have you ever been in trouble with the law or with the Barreau?" The appellant suggests that, in order to comply with the *Quebec Charter* requirements, the question should have been formulated as follows: "Have you ever been convicted of a penal or criminal offence connected with the function of judge, for which you have not been pardoned?"

L'appelant prétend que le dépôt de la plainte par le ministre de la Justice est fondé sur l'existence de son antécédent judiciaire alors que l'omission de le révéler n'en a constitué que le prétexte. Ainsi, il soutient qu'il a été pénalisé dans le cadre de son emploi du seul fait qu'il a été déclaré coupable d'une infraction criminelle et ce, même s'il en a obtenu le pardon, le tout contrairement à l'art. 18.2 de la *Charte québécoise*. Il prétend également avoir indirectement fait l'objet de discrimination découlant de la question illégale et abusive posée par les membres des comités de sélection quant à son passé judiciaire : « Est-ce que vous avez déjà eu des démêlés avec la justice ou avec le Barreau? » Pour se conformer aux exigences de la *Charte québécoise*, l'appelant suggère que la question aurait dû être formulée de la façon suivante : « Avez-vous déjà été trouvé coupable d'une infraction pénale ou criminelle ayant un lien avec la fonction de juge pour laquelle vous n'avez pas obtenu de pardon? »

135 I would start by saying, as the respondents say in their factum, that lodging a complaint merely

Comme le mentionnent les intimées dans leur mémoire, je tiens à souligner d'entrée de jeu que le

triggered the disciplinary process that was conducted in respect of the appellant in this case. Since then, both the committee of inquiry of the Conseil de la magistrature and the Quebec Court of Appeal have considered the appellant's conduct. It must be borne in mind that this Court is hearing an appeal from the report of the Court of Appeal; we should therefore examine these issues from the standpoint of the reasons stated by the Court of Appeal in support of its recommendation for removal rather than from the standpoint of the complaint by the Minister of Justice.

First, we must determine whether the committee for the selection of persons qualified for appointment as judges could legally, and without discriminating, ask a question concerning the appellant's trouble with the law. In my view, the provisions of the *Quebec Charter* are of no help in preventing an employer, assuming that the selection committee were an employer, from asking him a question of this nature during an interview. As the Court of Appeal points out, the *Quebec Charter* draws a clear distinction between the protection it affords against the discriminatory collection of information and protection against the discriminatory use of that information.

Section 18.1 provides that no one may, in an employment interview, require a person to give information regarding any ground mentioned in s. 10 unless the information is useful for the application of s. 20. First, as I will explain below, it is uncertain whether judicial office is included in the expression "employment" in ss. 18.1 and 18.2; if that is not the case, the appellant would not be protected by the *Quebec Charter* against a question concerning his criminal record. Second, if judicial office were included, a criminal record, even one for which a pardon has been granted, is not included in the grounds listed in s. 10. Nor is it included in the concept of social condition, which appears in that section: see *Commission des droits de la personne du Québec v. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866 (Sup. Ct.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292. In fact, it was in response to the conservative approach taken by the courts in interpret-

dépôt de la plainte ne constitue que le déclenchement du processus disciplinaire dont l'appelant fut l'objet en l'espèce. Depuis celle-ci, le comité d'enquête du Conseil de la magistrature ainsi que la Cour d'appel du Québec se sont penchés sur la conduite de l'appelant. Notre Cour, faut-il le rappeler, siège en appel du rapport de la Cour d'appel; il convient donc plutôt d'examiner ces questions sous l'angle des motifs retenus par la Cour d'appel pour justifier sa recommandation de révocation que sous celui de la plainte du ministre de la Justice.

136 D'abord, il s'agit de déterminer si le comité de sélection des personnes aptes à être nommées juges pouvait légalement et sans discrimination poser une question portant sur les démêlés avec la justice de l'appelant. Je suis d'avis que les dispositions de la *Charte québécoise* ne sont d'aucun secours pour empêcher un employeur, le comité de sélection en fut-il un, de lui poser une telle question au cours d'une entrevue. Comme le souligne la Cour d'appel, la *Charte québécoise* fait clairement une distinction entre la protection qu'elle confère à l'encontre de la cueillette discriminatoire d'informations et celle à l'encontre de l'utilisation discriminatoire de ces informations.

137 L'article 18.1 prévoit que nul ne peut, lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'art. 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'art. 20. Premièrement, comme je l'expliquerai plus loin, il n'est pas certain que la fonction judiciaire soit visée par le terme « emploi » prévu aux art. 18.1 et 18.2, auquel cas l'appelant ne bénéficierait d'aucune protection à l'encontre d'une question portant sur ses antécédents judiciaires dans la *Charte québécoise*. Puis, si tel était le cas, les antécédents judiciaires, même pardonnés, ne font pas partie des motifs énumérés à l'art. 10. Ils ne sont pas non plus compris dans la notion de condition sociale qui, elle, y figure : voir notamment *Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866 (C.S.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292. C'est d'ailleurs en réaction à cette approche conservatrice des

ing social condition that the legislature amended the *Quebec Charter* in 1982 by adding s. 18.2: S.Q. 1982, c. 61, s. 5; see also Singleton, *supra*, at p. 472. Finally, even if the information related to one of the grounds listed in s. 10, the question would still be permitted in the selection process for persons qualified for appointment as judges, since the distinction is based on the aptitudes or qualifications required for judicial office, which is deemed non-discriminatory by s. 20 of the *Quebec Charter*.

tribunaux quant à l'interprétation de la condition sociale que le législateur a modifié la *Charte québécoise* en 1982 pour y ajouter l'art. 18.2 : L.Q. 1982, ch. 61, art. 5; voir aussi Singleton, *loc. cit.*, p. 472. Finalement, même si l'information portait sur l'un des motifs prévus à l'art. 10, la question serait toujours permise dans le cadre d'un processus de sélection des personnes aptes à être nommées juges puisqu'il s'agit d'une distinction fondée sur les aptitudes ou les qualités requises par la fonction judiciaire, laquelle est réputée non discriminatoire en vertu de l'art. 20 de la *Charte québécoise*.

138 The appellant cited the fact that he had a pardon as justification for answering "no" to the selection committee's question. As I explained earlier, the appellant's pardon did not mean that he could deny the existence of his conviction or, more generally, that he had been in trouble with the law. Thus, the pardon did not relieve the appellant of the obligation to answer the question asked by the committee, since it did not make the matter irrelevant, having regard to s. 18 of the *Regulation respecting the procedure for the selection of persons apt for appointment as judges*, according to which the committee determines the competence of the candidate for appointment as a judge. However, it did mean that the appellant could, as he did at interviews prior to the one that led to his candidacy being recommended, provide an explanation regarding his conviction and state that he had been pardoned.

L'appelant se fonde sur l'existence d'un pardon pour justifier la réponse négative qu'il a donnée au comité de sélection. Or, comme je l'expliquais précédemment, le pardon de l'appelant ne lui permettait pas de nier l'existence de sa condamnation ou encore, de façon plus générale, ses démêlés avec la justice. Ainsi, ce pardon ne dispensait pas l'appelant de répondre à la question posée par le comité puisque celui-ci ne rendait pas la chose non pertinente à l'égard de l'art. 18 du *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges* selon lequel le comité détermine l'aptitude du candidat à être nommé juge. Par contre, elle permettait à l'appelant, comme il l'avait fait lors d'entrevues antérieures à celle ayant conduit à la recommandation de sa candidature, de fournir une explication sur sa condamnation et de faire état de sa réhabilitation.

139 At the hearing, counsel for the appellant also suggested to the Court that since the Minister of Justice could have obtained information about the appellant's criminal record by referring to the file prepared by the police under s. 7 of the *Regulation respecting the procedure for the selection of persons apt for appointment as judges*, the appellant could legitimately not have answered the question asked by the committee and relied on the police investigation. In his submission, the Minister has two separate sources for obtaining information and running checks when considering candidates qualified for appointment as judges: one is the selection committee and the other is the police. In this case,

À l'audience, le procureur de l'appelant suggérait également à cette Cour que puisque le ministre de la Justice pouvait être informé des antécédents judiciaires de l'appelant en faisant appel au dossier constitué par les forces policières conformément à l'art. 7 du *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, l'appelant pouvait légitimement ne pas répondre à la question posée par le comité et se fier à l'enquête policière. En effet, selon lui, le ministre dispose de deux systèmes d'information et de vérification distincts lors de l'examen des candidats aptes à être nommés juges, soit celui constitué par le comité de sélection et celui constitué par les forces policières.

for a reason that remains unexplained, although the information regarding the appellant's conviction was in the database, it escaped the notice of the police and was not communicated to the Minister. While I recognize that the file created by the police is a supplementary source of information, it cannot replace the selection committee, which has a duty to use every means at its disposal to satisfy itself as to the quality of the candidate, and is accordingly entitled to know whether the candidate has been in trouble with the law and even that he has been pardoned, regardless of whether or not the police authorities have created a file. I therefore find that the appellant could have been asked the question about being in trouble with the law by the members of the selection committee without infringing the provisions of the *Quebec Charter*.

En l'espèce, pour une raison qui demeure inexpliquée, les renseignements sur la condamnation de l'appelant, bien que figurant dans la banque de données, ont échappé à l'attention des autorités policières et n'ont pas été communiqués au ministre. Je reconnais que le dossier constitué par les forces policières constitue un moyen d'information complémentaire, mais il ne saurait remplacer le comité de sélection. Celui-ci a le devoir de s'assurer par tous les moyens mis à sa disposition de la qualité du candidat et est, en conséquence, en droit de savoir si le candidat a eu des démêlés avec la justice, voire le fait qu'il a été pardonné, et ce, indépendamment du fait que les services policiers ont constitué un dossier ou non. Je conclus donc que la question des démêlés avec la justice pouvait être posée à l'appelant par les membres du comité de sélection et ce, sans porter atteinte aux dispositions de la *Charte québécoise*.

There is one remaining question: can the provisions of the *Quebec Charter* prevent the appellant from being removed? Section 18.2 provides that no one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence. Whether this section applies will depend on whether four essential conditions are met: (1) a dismissal, a refusal to hire or any kind of penalty; (2) in the person's employment; (3) owing to the mere fact that the person was convicted of a penal or criminal offence; (4) if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence. It will also depend, above all, on whether this provision is applicable to judicial office. On that point, the Court of Appeal noted that it would be somewhat surprising if the prohibition in s. 18.2 of the *Quebec Charter* were to prevent the fact that someone had criminal convictions from being taken into account in recruiting a judge. That court found it hard to believe that the legislature implicitly wished to deprive the government of the discretion to refuse to vest judicial authority, especially in criminal matters, in a person whose past [TRANSLATION] "might sometimes

Une question demeure : les dispositions de la *Charte québécoise* peuvent-elles empêcher la révocation de l'appelant? L'article 18.2 prévoit que nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon. L'application de cet article dépend de la mise en œuvre de quatre conditions essentielles : (1) un congédiement, un refus d'embauche ou une pénalité quelconque; (2) dans le cadre d'un emploi; (3) du seul fait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle; (4) si l'infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si elle en a obtenu le pardon. Elle dépend également, et avant toute chose, de l'applicabilité de cette disposition à la fonction judiciaire. À cet égard, la Cour d'appel soulignait qu'il serait plutôt étonnant que l'interdiction prévue à l'art. 18.2 de la *Charte québécoise* interdise de tenir compte de l'existence de condamnations judiciaires dans le recrutement d'un juge. Elle pouvait difficilement croire que le législateur ait implicitement voulu priver le gouvernement du pouvoir discrétionnaire de refuser de confier des pouvoirs judiciaires, particulièrement en matière pénale, à une personne dont le passé « pourrait, à l'occasion, 140

make counsel or the judge himself ill at ease". I share this opinion. I am satisfied, after careful examination of the conditions that must be met if s. 18.2 is to apply, that it cannot apply to judges. However, I propose to consider those conditions one by one.

141 First, insofar as judicial office is an employment and a person can be dismissed from that employment, there is no doubt that the appellant runs the risk of being dismissed or at least severely penalized by the recommendations made by the Conseil de la magistrature and the Court of Appeal, and so the first condition has been met. However, the Court of Appeal held that judicial office was not an employment within the meaning intended by s. 18.2, by reason of the history of the judiciary and the nature, characteristics and requirements of the office. These findings in fact reflect the constitutional reality of judicial office, which requires that judges not be subject to any bureaucratic higher authority, or be a party to any relationship of subordination such as is traditionally characteristic of the employer-employee relationship, other than in respect of certain administrative aspects of the office such as workload allocation and scheduling of court sittings and certain duties associated with the enforcement of judicial ethics, which are assigned to the chief judge: see s. 96 *C.J.A.* and *Ruffo*, *supra*, at para. 59. In addition, although judges perform their functions for remuneration, their financial security is one of the three essential conditions of judicial independence for the purposes of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter* and the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which require that the right to salary and pension be established by law and that any salary reduction, increase or freeze be the subject of a specific process allowing avoidance of any possibility of real or perceived interference by the Executive: *Valente*, *supra*, at p. 704, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court*, *supra*, at paras. 131 and 287. Finally, the hiring and firing process for judges is substantially different from the normal procedure used for most employments. As the case at bar illustrates, the appointment and removal of members of the judiciary are governed by a series of constitutional requirements that are

être source de malaises chez le plaideur ou chez le juge lui-même ». Je partage cette opinion. Un examen attentif des conditions d'application de l'art. 18.2 me convainc que celui-ci ne saurait être applicable aux juges. Je me propose tout de même de les examiner à tour de rôle.

D'abord, dans la mesure où la fonction de juge constitue un emploi et que l'on puisse en être congédié, il ne fait aucun doute que l'appelant encourt le risque d'être congédié ou du moins fortement pénalisé par les recommandations formulées par le Conseil de la magistrature et la Cour d'appel, de sorte que la première condition est remplie. Cependant, la Cour d'appel a jugé que la fonction de juge ne constituait pas un emploi au sens où l'entend l'art. 18.2 et ce, en raison de l'histoire de la magistrature, la nature, les caractéristiques et les exigences de la fonction. Ces conclusions sont, en effet, le reflet d'une réalité constitutionnelle propre à la fonction judiciaire. Celle-ci exige que le juge ne soit soumis à aucune autorité hiérarchiquement supérieure ou qu'il ne soit lié par aucune relation de subordination qui caractérise traditionnellement la relation employeur-employé, mis à part certains aspects administratifs de sa charge comme la répartition du travail et la fixation des séances de la cour, ainsi que certaines tâches liées à l'application de la déontologie judiciaire, qui relèvent du juge en chef : voir art. 96 *L.T.J.* et *Ruffo*, précité, par. 59. De plus, bien que le juge exerce ses fonctions moyennant rétribution, sa sécurité financière constitue l'une des trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne* et du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui exigent que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et que toute réduction, hausse ou gel des traitements fasse l'objet d'un processus particulier permettant d'éviter toute possibilité d'ingérence, réelle ou perçue, de la part de l'exécutif : *Valente*, précité, p. 704, et *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales*, par. 131 et 287. Finalement, le processus d'embauche et de congédiement d'un juge s'éloigne considérablement de la procédure habituelle utilisée pour la majorité des emplois. La nomination et la destitution des membres de la magistrature, la présente affaire en témoigne, sont

intended to protect their security of tenure: *Valente*, at p. 698.

The restrictive nature of s. 18.2 of the *Quebec Charter* has been a topic of some comment in the legal literature. Singleton criticizes the limited scope of the protection provided against this type of discrimination. In his view, s. 18.2 would not cover the professions: Singleton, *supra*, at p. 474. See also Dumont, "Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours?", *supra*, at pp. 134 *et seq.* I find it to be particularly instructive that s. 45 of the *Professional Code* provides, with respect to all the professions it governs, that any Bureau established within a professional order may refuse to issue a permit or to enter on the roll any applicant who has been the subject of a decision finding him guilty of a criminal offence which is related to the practice of the profession, unless he has obtained a pardon. This provision would seem to supplement the protection provided by the *Quebec Charter* in respect of employment and to fill the gaps it left. Thus, having regard to the choice to use the word "employment" in s. 18.2, I am of the view that it was not the legislature's intent to include the judiciary. However, I will nonetheless consider whether the final two conditions apply, for the purposes of the present analysis.

What must now be determined is whether the appellant was dismissed owing to the mere fact that he was convicted of a criminal offence. The complaint lodged by the Minister of Justice against the appellant refers to failure to disclose important information concerning the trouble he was in with the law, and not to the fact that he had a conviction. The Minister alleges that [TRANSLATION] "Judge Therrien may have been in trouble with the law in the early 1970s" and "may have failed to disclose that information in response to questions asked in that regard by the selection committee members". While the majority of the committee of inquiry did not directly address the issue from the standpoint of s. 18.2, they stressed the appellant's duty of transparency at the selection interviews

soumises à une série d'exigences constitutionnelles afin de protéger leur inamovibilité : *Valente*, p. 698.

142 Le caractère restrictif de l'art. 18.2 de la *Charte québécoise* a fait l'objet de certains commentaires dans la doctrine. L'auteur Singleton déplore la portée limitée de la protection conférée contre cette forme de discrimination. Selon lui, l'art. 18.2 ne comprendrait pas les professions : Singleton, *loc. cit.*, p. 474. Voir aussi Dumont, « Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours? », *loc. cit.*, p. 134 et suiv. Je trouve en effet particulièrement révélateur que l'art. 45 du *Code des professions* vienne préciser, en ce qui concerne l'ensemble des professions qu'il régit, que tout bureau institué au sein d'un ordre professionnel puisse refuser la délivrance d'un permis ou d'une inscription au tableau de l'ordre lorsque la personne qui en fait la demande a fait l'objet d'une décision de condamnation à une infraction criminelle ayant un lien avec la profession et pour laquelle elle n'a pas obtenu le pardon. Cette disposition semble ajouter à la protection conférée par la *Charte québécoise* en matière d'emploi et en combler les lacunes. Ainsi, eu égard au terme « emploi » choisi à l'art. 18.2, je suis d'avis qu'il n'était pas de l'intention du législateur de viser les membres de la magistrature. Je me pencherai tout de même sur l'application des deux dernières conditions aux fins de la présente analyse.

143 Il s'agit maintenant de déterminer si l'appelant a été congédié du seul fait qu'il a été déclaré coupable d'une infraction criminelle. La plainte déposée par le ministre de la Justice à l'endroit de l'appelant fait état d'une omission de révéler des informations importantes concernant ses démêlés avec la justice et non de l'existence de la condamnation. Le ministre allègue que « le juge Therrien aurait eu des démêlés avec la justice criminelle au début des années 1970 » et « aurait omis de révéler ces informations suite aux questions posées à cet effet par les membres du comité de sélection ». Les membres majoritaires du comité d'enquête, sans qu'ils aient directement abordé la question sous l'angle de l'art. 18.2, ont insisté sur l'obligation de transparence qui incombait à l'appelant lors des

and found that this [TRANSLATION] "reluctance, mental reservation or rationalization" undermined public confidence in him. It is also plain from the report of the Court of Appeal that the appellant's failure to disclose that he had a criminal record was the only reason that could have been regarded as justifying its recommendation for removal. I agree with that assessment of the situation; the appellant's failure to reveal that he had been in trouble with the law is undoubtedly instructive for a selection committee charged with assessing the qualifications and aptitudes of a candidate for judicial appointment. I do not see any other argument that was not considered by the Court of Appeal and that persuades me to differ with its findings. I therefore find that the recommendations made by the Conseil de la magistrature and the Court of Appeal were not made owing to the mere fact that the appellant had been convicted of a criminal offence; rather, they were made solely because he had failed to disclose his criminal record to the selection committee.

144 On the last remaining condition, I am satisfied that it was not the intent of the legislature that s. 18.2 should apply to judges. This condition in fact contains two separate conditions: (a) the offence was in no way connected with the employment, or (b) regardless of any connection with the employment, the person has obtained a pardon for the offence. The appellant falls within the second situation since on August 20, 1987, the Governor General granted him a pardon under the *Criminal Records Act* and since the *Quebec Charter* makes no distinction based on which type of pardon may have been obtained.

145 The second situation is one in which no exception to the application of that provision is possible. If a pardon has been granted and the other three conditions are also met, the probable finding will be that there was discrimination against the person who received the pardon. It should be noted that s. 20, which provides that a distinction based on the aptitudes or qualifications required for an employment is deemed non-discriminatory, has no application in respect of s. 18.2. Section 18.2 is a

entrevues de sélection et ont conclu que cette « réticence, restriction mentale, [ou] rationalisation » minait la confiance du public envers lui. Il ressort finalement de la lecture du rapport de la Cour d'appel que l'omission de l'appelant de révéler l'existence de son antécédent judiciaire ait constitué le seul motif susceptible d'être jugé comme justifiant sa recommandation de destitution. Je partage cette évaluation de la situation; l'omission de l'appelant de révéler l'existence de ses démêlés avec la justice est certes révélatrice pour un comité de sélection appelé à évaluer les qualités et les aptitudes d'un candidat à être nommé juge. Je ne vois aucun autre argument qui ne fut pas examiné par la Cour d'appel et qui me convainc de m'écarter des conclusions tirées par celle-ci. Je conclus donc que les recommandations formulées par le Conseil de la magistrature et la Cour d'appel ne l'ont pas été du seul fait que l'appelant a été déclaré coupable d'une infraction criminelle, mais exclusivement parce que celui-ci a omis de révéler ses antécédents judiciaires au comité de sélection.

Finalement, une analyse de la dernière condition me convainc qu'il n'était pas de l'intention du législateur que l'art. 18.2 soit applicable aux juges. Cette condition en comporte en fait deux, distinctes : (a) l'infraction commise n'a aucun lien avec l'emploi ou (b) sans égard à tout lien avec l'emploi, la personne condamnée pour cette infraction en a obtenu le pardon. L'appelant est visé par la seconde situation puisque, le 20 août 1987, le gouverneur général lui a accordé une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* et que la *Charte québécoise* ne fait aucune distinction entre les différents types de pardons obtenus.

La seconde situation semble d'application absolue. L'obtention d'un pardon, une fois les trois autres conditions également rencontrées, emporte vraisemblablement une conclusion de discrimination à l'endroit de son bénéficiaire. En effet, il convient de noter que l'art. 20, selon lequel une distinction fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi est réputée non discriminatoire, n'est d'aucune application à l'égard de l'art. 18.2. Disposition à circuit fermé, l'art. 18.2

self-contained provision and has its own rules governing exceptions. This internal justification mechanism would otherwise duplicate the mechanism in s. 20. See C. Brunelle, "La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif" (1995), 29 *R.J.T.* 313, at pp. 336-37; Singleton, *supra*, at p. 473, and Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Lignes directrices pour l'application de l'article 18.2* (document adopted at the 306th (special) session of the Commission held on May 12,1988, by its resolution COM-306-9.1.2), at p. 4. A provision of that nature can hardly be reconciled with the requirements of judicial office. In my opinion the legislature, being concerned with preserving the independence, impartiality and integrity of the judiciary, cannot have intended to deprive the government of its discretion to refuse to vest judicial authority in candidates whose past would be likely to undermine the invaluable confidence of the public in its justice system. For these reasons, I find that s. 18.2 does not apply to the appellant's situation. I will now consider the nature of the sanction that the majority of the Conseil de la magistrature and the Court of Appeal chose to impose on him.

contient son propre régime d'exception. Ce mécanisme interne de justification ferait double emploi avec celui contenu à l'art. 20. Voir C. Brunelle, « La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif » (1995), 29 *R.J.T.* 313, p. 336-337; Singleton, *loc. cit.*, p. 473, et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Lignes directrices pour l'application de l'article 18.2* (document adopté à la 306e séance (spéciale) de la Commission, tenue le 12 mai 1988, par sa résolution COM-306-9.1.2), p. 4. Une telle disposition est difficilement conciliable avec les exigences de la fonction judiciaire. À mon avis, le législateur, ayant le souci de préserver l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité des membres de la magistrature, ne peut avoir voulu priver le gouvernement du pouvoir discrétionnaire de refuser de confier des pouvoirs judiciaires à certains candidats dont le passé serait susceptible d'ébranler la précieuse confiance que porte le public dans son système de justice. Pour ces motifs, je conclus que l'art. 18.2 n'est pas applicable à la situation de l'appelant. Je me pencherai maintenant sur la nature de la sanction que la majorité des membres du Conseil de la magistrature et de la Cour d'appel ont choisi de lui imposer.

6. The Choice of the Proper Sanction

The complaint lodged against the appellant alleges that he failed to disclose that he had been in trouble with the law during the 1970s, in response to questions he was asked on that subject by the members of the committee to select persons qualified for appointment as judges. In so doing, he allegedly failed in his duty to uphold the integrity and independence of the judiciary and the duty to perform the duties of his office with dignity and honour, in accordance with s. 262 *C.J.A.* and ss. 2, 4, 5 and 10 of the *Judicial Code of Ethics*. The majority of the committee of inquiry established by the Conseil de la magistrature found that the appellant's conduct was so manifestly and profoundly destructive of public confidence in him and in the justice system as a whole that a reprimand could not restore that confidence. Accordingly, because of the gravity and the continuing

6. Le choix de la sanction appropriée

146 La plainte déposée à l'encontre de l'appelant lui reproche d'avoir omis de révéler qu'il avait eu des démêlés avec la justice dans les années 70 à la suite de questions posées à cet effet par les membres du comité de sélection des personnes aptes à être nommées juges. Ce faisant, il aurait manqué à son devoir de préserver l'intégrité et l'indépendance de la magistrature ainsi qu'à celui de remplir son rôle avec dignité et honneur conformément à l'art. 262 *L.T.J.* et aux art. 2, 4, 5 et 10 du *Code de déontologie de la magistrature*. La majorité des membres du comité d'enquête formé par le Conseil de la magistrature a conclu que la conduite de l'appelant minait si manifestement et si totalement la confiance du public en son endroit, et à l'endroit de l'ensemble du système de justice qu'une réprimande ne saurait la rétablir. Ainsi, en raison de la gravité et de la continuité de l'offense,

nature of the offence, it was appropriate to recommend the applicant's removal. The inquiry panel of the Court of Appeal made the same finding. In the opinion of that Court, the appellant's conduct was so blameworthy that it entitled the government to remove him without violating the principle of judicial independence. The fact that he deliberately concealed his conviction and deprived the selection committee of relevant information concerning his competence to be appointed as a judge warrants the recommendation that his commission be revoked.

147 The public's invaluable confidence in its justice system, which every judge must strive to preserve, is at the very heart of this case. The issue of confidence governs every aspect of this case, and ultimately dictates the result. Thus, before making a recommendation that a judge be removed, the question to be asked is whether the conduct for which he or she is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality, integrity and independence of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of his office (Friedland, *supra*, at pp. 80-81).

148 In applying this test to the appellant's situation, we cannot disregard the context in which this disciplinary proceeding took place. First, as I said in the introduction to this part of the reasons, the legislature has chosen to assign the important responsibility of determining whether the conduct of a provincial court judge warrants a recommendation for removal from office exclusively to the Court of Appeal, under s. 95 *C.J.A.* This is a very special role, perhaps a unique one, in terms of both the disciplinary process and the principles of judicial independence that our Constitution protects. Accordingly, this Court should only review the assessment made by the Court of Appeal if it is clearly in error or seriously unfair.

149 We also cannot disregard the fact that the appellant's situation makes this an unprecedented case in a number of respects. Not only is it most exceptional for proceedings that may ultimately lead to

il y avait donc lieu de recommander la destitution de l'appelant. La formation d'enquête de la Cour d'appel a conclu dans le même sens. À son avis, l'appelant a eu une conduite tellement blâmable qu'elle permet au gouvernement de le destituer sans violer le principe de l'indépendance judiciaire. Le fait qu'il ait volontairement tu l'existence de sa condamnation et privé le comité de sélection d'informations pertinentes quant à sa capacité d'être nommé juge justifie de recommander la révocation de sa commission.

La précieuse confiance que porte le public envers son système de justice et que chaque juge doit s'efforcer de préserver est au cœur du présent litige. Elle en délimite les moindres contours et en dicte l'ultime conclusion. Aussi, avant de formuler une recommandation de destitution à l'endroit d'un juge, doit-on se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge (Friedland, *op. cit.*, p. 89-91).

Dans l'application de ce critère à la situation de l'appelant, on ne saurait ignorer le contexte dans lequel cette procédure disciplinaire s'inscrit. D'abord, et comme je le mentionnais en introduction à cette partie des motifs, le législateur a choisi de confier l'importante responsabilité de déterminer si la conduite d'un juge de cour provinciale justifiait une recommandation de révocation de ses fonctions en exclusivité à la Cour d'appel en vertu de l'art. 95 *L.T.J.* Il s'agit d'un rôle très particulier, voire unique, tant au niveau du processus déontologique qu'à l'égard des principes de l'indépendance judiciaire protégés par notre Constitution. En ce sens, notre Cour ne saurait revenir sur l'appréciation qu'a faite la Cour d'appel que si celle-ci est clairement erronée ou profondément injuste.

Par ailleurs, on ne saurait passer sous silence le fait que la situation de l'appelant constitue une affaire sans précédent à plusieurs égards. Non seulement la fréquence avec laquelle des procédures

removal of a judge to be initiated, but the actions that lie at the heart of the proceedings against him took place in a very particular context. The appellant's failure to disclose his conviction occurred during the process to select persons qualified for appointment as judges and not during the exercise of his judicial functions. This distinction is of some consequence in terms of how certain fundamental principles relating to judicial independence will be applied. As I said earlier, the Canadian Constitution protects the security of tenure of members of the judiciary by ensuring that they are protected against any arbitrary interference by the Executive. While a review of the actions of the judge, in his capacity as a judge, involves a high risk of interference by the Executive in the performance of his judicial functions and raises questions about the independence of the judiciary, when we examine the circumstances surrounding the appointment of this judge and, more specifically, the statements he made when he was still only a candidate, we need have fewer concerns in that regard. In this case, apart from his competence to perform the duties of office, it is the appellant's qualifications to be appointed as a judge that are in issue. The appointment of a judge is a sign of confidence in him or her personally: *Ruffo*, *supra*, at para. 106. The issue before the Court of Appeal was therefore whether the fact that the appellant was not fully candid and had failed to disclose relevant information when he was a candidate for the office of judge betrayed that confidence.

pouvant ultimement mener à la destitution d'un juge sont engagées est-elle tout à fait exceptionnelle, mais également les gestes qui lui sont reprochés ont été posés dans un contexte très particulier. En effet, l'omission de l'appelant de révéler l'existence de sa condamnation a eu lieu dans le cadre du processus de sélection des personnes aptes à être nommées juges et non dans l'exercice de ses fonctions en tant que juge. Cette distinction n'est pas sans importance en regard de l'application de principes fondamentaux en matière d'indépendance judiciaire. Comme je le mentionnais précédemment, la Constitution canadienne protège l'inamovibilité de fonction des membres de la magistrature en s'assurant qu'ils demeurent à l'abri de toute intervention arbitraire de l'exécutif. Alors qu'un examen des gestes posés par le juge, en tant que juge, comporte un risque élevé d'intervention de l'exécutif dans l'accomplissement de la fonction judiciaire et peut mettre en cause l'indépendance de la magistrature, une étude des circonstances entourant sa nomination et plus particulièrement des déclarations de ce juge alors qu'il n'était encore qu'un candidat, suscite moins d'inquiétudes à cet égard. En l'espèce, au-delà de sa compétence à exercer la fonction, ce sont les qualifications de l'appelant à être nommé juge qui sont remises en question. Or, la nomination d'un juge témoigne de la confiance mise en sa personne : *Ruffo*, précité, par. 106. Il s'agissait ainsi pour la Cour d'appel de déterminer si le fait que l'appelant ait manqué de transparence et omis de révéler des informations pertinentes, alors qu'il était candidat au poste de juge a porté atteinte à cette marque de confiance.

When we read the report of the Court of Appeal, it is plain that the Court made a thorough study and a balanced assessment of the appellant's situation. It focused its decision on upholding the integrity of the judicial office, and in this we cannot but concur. In the circumstances, and since it is the judicial forum appointed by the legislature to make determinations concerning the conduct of a judge, and since a recommendation for removal in this case would not amount to arbitrary interference by the Executive in the exercise of the judicial function, I am of the opinion that we should not review

150 Il ressort clairement de la lecture du rapport de la Cour d'appel que celle-ci a fait une étude approfondie et une appréciation nuancée de la situation de l'appelant. Elle a centré sa décision sur le maintien de l'intégrité de la fonction judiciaire dont nous ne pouvons que convenir. Dans ces circonstances, et eu égard aux faits qu'elle constitue le forum judiciaire désigné par le législateur pour se prononcer sur la conduite d'un juge et qu'une recommandation de destitution en l'espèce ne saurait équivaloir à une intervention arbitraire de l'exécutif dans l'exercice de la fonction judiciaire,

the sanction that the Court of Appeal chose to impose. The appellant's conduct has sufficiently undermined public confidence, rendering him incapable of performing the duties of his office. Accordingly, the recommendation that the appellant's commission be revoked is the necessary conclusion.

151 In closing, I will say that in reaching this conclusion I am not unaware that this case represented, in a sense, an invitation to society to be ever more generous. The pardon that the appellant was granted is an act of generosity, of brotherhood, but also an act of justice on the part of society. It is undoubtedly desirable that such gestures be praised and encouraged. However, we cannot ignore the unique role embodied by the judge in that society, and the extraordinary vulnerability of the individuals who appear before that judge seeking to have their rights determined, or when their lives or liberty are at stake. Above all, a person who appears before a judge is entitled to have justice done in his or her case, and that justice be seen to be done by the general public. That kind of generosity is not something that a person can be compelled to offer. In the specific circumstances of the case at bar, the values of forgiveness and selfless generosity must therefore yield to the values of justice and the all-important integrity of the justice system.

VI. Disposition

152 The constitutional questions are answered as follows:

1. Is the rule of law — adopted in 1941 (*Act to amend the Courts of Justice Act*, S.Q. 1941, c. 50, s. 2, assented to on May 17, 1941) and now found in s. 95 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16 — allowing the government to remove a judge without an address of the legislature of no force or effect to the extent that it infringes the structural principle of the independence of the judiciary which is guaranteed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. If the answer to the first question is in the negative, is the rule of law contained in s. 95 of the *Courts of*

je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de revenir sur le choix de la sanction imposée par la Cour d'appel. La conduite de l'appelant a suffisamment ébranlé la confiance de la population pour le rendre incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge. Ainsi, la recommandation de révocation de la commission de l'appelant est la conclusion qui s'impose.

En terminant, je dirai que je n'arrive pas à cette conclusion sans avoir pris conscience du fait que cette affaire représentait, en quelque sorte, une invitation pour la société à se dépasser. La réhabilitation accordée à l'appelant constitue un geste de générosité, de fraternité, mais aussi de justice posé par la société. Il est certes souhaitable que de tels gestes soient valorisés et encouragés. Par ailleurs, on ne saurait ignorer le rôle unique incarné par le juge dans cette même société, ainsi que l'extraordinaire vulnérabilité du justiciable qui se présente devant lui, alors qu'il cherche à faire déterminer ses droits ou encore, alors que sa vie ou sa liberté est en jeu. Ce justiciable a, avant toute chose, le droit à ce que justice soit rendue à son égard et que se dégage une perception à cet effet dans la population en général, de telle sorte que l'on ne saurait lui imposer un tel acte de générosité. Dans les circonstances particulières de cette affaire, les valeurs de pardon et de dépassement de soi doivent donc céder le pas à celles de la justice et de son importante intégrité.

VI. Dispositif

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. La règle de droit — adoptée en 1941 (*Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires*, S.Q. 1941, ch. 50, art. 2, sanctionnée le 17 mai 1941) et actualisée par l'art. 95 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16 — permettant au gouvernement de destituer un juge sans adresse parlementaire est-elle inopérante dans la mesure où elle porterait atteinte au principe structurel de l'indépendance de la magistrature lequel est garanti par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2. S'il doit être répondu négativement à la première question, la règle de droit contenue à l'art. 95 de la

Justice Act, R.S.Q., c. T-16, of no force or effect on the ground of inconsistency with the structural principle of the independence of the judiciary guaranteed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*, to the extent that the government may dismiss a judge without being bound by the conclusions and recommendations of the report of the Court of Appeal?

Answer: No.

For the foregoing reasons, I would therefore dismiss the appeal and affirm the decisions of the Court of Appeal on the motions to dismiss as well as the report by the inquiry panel of the Court of Appeal, without costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Hébert, Bourque & Downs, Montréal.

Solicitors for the respondent the Minister of Justice: Goodman, Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

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

Solicitors for the interveners the Office des droits des détenus and the Association des services de réhabilitation sociale du Québec: Grey Casgrain, Montréal.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, est-elle inopérante au motif d'incompatibilité avec le principe structurel de l'indépendance de la magistrature garanti par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans la mesure où le gouvernement peut démettre un juge sans être lié par les conclusions et recommandations du rapport de la Cour d'appel?

Réponse : Non.

Pour les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis de rejeter le présent pourvoi, de confirmer les décisions de la Cour d'appel ayant statué sur les requêtes en irrecevabilité ainsi que le rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel, le tout sans frais. 153

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Hébert, Bourque & Downs, Montréal.

Procureurs de l'intimée la ministre de la Justice : Goodman, Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l'intimée la procureure générale du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

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

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

Procureurs des intervenants l'Office des droits des détenus et l'Association des services de réhabilitation sociale du Québec : Grey Casgrain, Montréal.

Mattel Canada Inc. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Reebok Canada Inc. *Intervener*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Mattel Canada Inc. *Respondent*

and

Reebok Canada Inc. *Intervener*

INDEXED AS: CANADA (DEPUTY MINISTER OF NATIONAL REVENUE) *v.* MATTEL CANADA INC.

Neutral citation: 2001 SCC 36.

File No.: 27174.

2001: February 20; 2001: June 7.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Customs and excise — Determination of value of goods — Sale for export to Canada — Whether sale between two foreign companies constitutes "sale for export to Canada" — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 48(4).

Customs and excise — Determination of value of goods — Adjustment of price paid — Licence fees — Royalties — Whether periodic payments of licence fees made through an intermediary should be included in value for duty of imported products — Whether royalties paid to a third-party licensor should be included in

Mattel Canada Inc. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Reebok Canada Inc. *Intervenante*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Mattel Canada Inc. *Intimée*

et

Reebok Canada Inc. *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : CANADA (SOUS-MINISTRE DU REVENU NATIONAL) *c.* MATTEL CANADA INC.

Référence neutre : 2001 CSC 36.

N° du greffe : 27174.

2001 : 20 février; 2001 : 7 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Douanes et accise — Détermination de la valeur de marchandises — Vente pour exportation au Canada — Une vente entre deux sociétés étrangères constitue-t-elle une « vente pour exportation au Canada »? — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 48(4).

Douanes et accise — Détermination de la valeur de marchandises — Ajustement du prix payé — Droits de licence — Redevances — Les versements périodiques de droits de licence effectués par l'entremise d'un intermédiaire doivent-ils être inclus dans la valeur en douane de produits importés? — Les redevances versées à un tiers concédant de licence doivent-elles être incluses dans la valeur en douane de produits importés? — Loi

value for duty of imported products — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 48(5)(a)(iv), (v).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian International Trade Tribunal — Standard of review of Tribunal's decision respecting value for duty of imported goods and other Customs Act matters.

Under the *Customs Act*, value must be attributed to goods that are imported to Canada to determine duty. The valuation method set out in s. 48(4) of the Act requires determining "the price paid or payable for the goods when the goods are sold for export to Canada". Once determined, the price "paid or payable" must be adjusted by adding "royalties and licence fees" (s. 48(5)(*a*)(iv)) and "the value of any part of the proceeds of any subsequent resale" (s. 48(5)(*a*)(v)), to the extent that such amounts are not "already included in the price paid or payable for the goods" (s. 48(5)(*a*)). In the present case, the goods were invoiced in three stages: the foreign manufacturers invoiced the intermediary; the intermediary invoiced Mattel U.S.; and Mattel U.S. invoiced Mattel Canada. The goods were sold at progressively higher prices. The intermediary and Mattel U.S. took title to the goods before title was transferred to Mattel Canada. The goods were shipped directly from the foreign manufacturers to Mattel Canada. Mattel Canada had title to the goods when the goods were transported into Canada. The Deputy Minister of National Revenue argued that, under s. 48(4), the "price paid or payable" was the price at which Mattel U.S. invoiced Mattel Canada, and not the price at which the foreign manufacturers invoiced the intermediary. Under s. 48(5)(*a*)(iv), the Deputy Minister sought to include royalties paid by Mattel Canada pursuant to a licence agreement between Mattel Canada and a trademark licensor ("Licensor X") in the value for duty of the imported goods. Mattel Canada also made periodic payments to Mattel U.S. in respect of agreements Mattel U.S. had made with various licensors ("Master Licensors"). The Deputy Minister also sought to include these payments in the value for duty of the imported goods. The Canadian International Trade Tribunal ("CITT") held that duty should be calculated on the sale between Mattel U.S. and Mattel Canada and that neither the royalties nor the periodic payments were dutiable because they were not paid "as a condition of the sale of the goods for export to Canada" in accordance with s. 48(5)(*a*)(iv) of the Act. The Federal Court of Appeal reversed the CITT's decision in part, finding that the

sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 48(5)a)(iv), (v).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal canadien du commerce extérieur — Norme de contrôle applicable à la décision du tribunal portant sur la valeur en douane de marchandises importées et sur d'autres questions visées par la Loi sur les douanes.

En vertu de la *Loi sur les douanes*, il faut attribuer une valeur aux marchandises importées au Canada afin de déterminer les droits payables. Suivant la méthode de calcul prévue par le par. 48(4) de la Loi, il faut déterminer, « [d]ans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada, [. . .] le prix payé ou à payer ». Une fois déterminé, le prix « payé ou à payer » doit être ajusté par addition des « redevances et [d]es droits de licence » (sous-al. 48(5)*a*)(iv)) et de « la valeur de toute partie du produit de toute revente » (sous-al. 48(5)*a*)(v)), dans la mesure où ces sommes « n'y ont pas déjà été inclus[es] » (al. 48(5)*a*)). En l'espèce, la facturation des marchandises s'est faite en trois étapes : les fabricants étrangers ont facturé les marchandises à l'intermédiaire; l'intermédiaire les a facturées à Mattel É.-U.; et Mattel É.-U. les a facturées à Mattel Canada. Les marchandises ont été vendues à des prix progressivement plus élevés. L'intermédiaire et Mattel É.-U. ont acquis le titre relatif aux marchandises avant son transfert à Mattel Canada. Les marchandises ont été expédiées directement des fabricants étrangers à Mattel Canada. Mattel Canada détenait le titre relatif aux marchandises lorsque celles-ci ont été introduites au Canada. Le sous-ministre du Revenu national a plaidé que, pour l'application du par. 48(4), le « prix payé ou à payer » était le prix auquel Mattel É.-U. avait facturé les marchandises à Mattel Canada et non le prix auquel les fabricants étrangers facturaient les marchandises à l'intermédiaire. Conformément au sous-al. 48(5)*a*)(iv), le sous-ministre a voulu inclure dans la valeur en douane des marchandises importées les redevances versées par Mattel Canada conformément à un accord de concession de licence conclu entre Mattel Canada et un concédant de licence (le « Concédant de licence X »). Mattel Canada a aussi effectué des versements périodiques à Mattel É.-U. conformément à des accords conclus par celle-ci avec divers concédants de licence (les « concédants de licences maîtresses »). Le sous-ministre a également voulu inclure ces versements dans la valeur en douane des marchandises importées. Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « TCCE ») a conclu que les droits de douanes devaient être calculés à partir de la

periodic payments fell within the ambit of s. 48(5)(*a*)(v).

Held: The appeal should be allowed in part. The cross-appeal should be dismissed.

The standard of review applicable to the CITT's decision is correctness. CITT decisions respecting the value for duty of imported goods and other *Customs Act* matters are protected by a partial privative clause, one that is qualified by a statutory right of appeal to the Federal Court of Appeal on "any question of law". As a result, in the case at bar, CITT findings of fact are immune from appellate review, but its findings involving questions of law are reviewable. The indications that deference is owed to the CITT included its expertise in some economic, trade or commercial matters. However, as this appeal raises pure questions of law requiring the application of principles of statutory interpretation and other concepts which are intrinsic to commercial law, the CITT's expertise does not speak to the questions at issue. Such matters are traditionally the province of the courts and there is nothing to suggest that the CITT has any particular expertise in respect of these matters.

For the purposes of valuation under s. 48 of the *Customs Act*, the relevant sale for export is the sale by which title to the goods passes to the importer. The importer is the party who has title to the goods at the time the goods are transported into Canada, and may be the intermediary or the ultimate purchaser, depending on which party actually imports the goods into the country. For the purposes of determining whether a sale is for export, the residency of the purchaser or of the party transporting the goods is not material. Since Mattel Canada had title to the goods at the time they were transported into Canada, the sale between Mattel U.S. and Mattel Canada is the sale for export in this case. An intent to export is not sufficient to constitute an export to Canada. This reading of s. 48(1) is not meant to dis-

vente intervenue entre Mattel É.-U. et Mattel Canada et que ni les redevances ni les versements périodiques n'étaient passibles de droits parce qu'ils n'avaient pas été payés « en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada » au sens du sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la Loi. La Cour d'appel fédérale a infirmé en partie la décision du TCCE, concluant que les versements périodiques étaient visés par le sous-al. 48(5)*a*)(v).

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie. Le pourvoi incident est rejeté.

La norme de contrôle applicable à la décision du TCCE est la norme de la décision correcte. Les décisions du TCCE portant sur la valeur en douane des marchandises importées et sur d'autres questions visées par la *Loi sur les douanes* sont protégées par une clause privative partielle, dont la portée est atténuée par le droit d'appel à la Cour d'appel fédérale sur « tout point de droit ». Par conséquent, les conclusions de fait tirées par le TCCE en l'espèce sont à l'abri de tout contrôle en appel, tandis que les conclusions portant sur des questions de droit sont susceptibles de contrôle. L'expertise du TCCE sur certaines questions économiques et commerciales constitue un motif incitant les tribunaux judiciaires à faire preuve de retenue à l'égard des décisions de cet organisme. Toutefois, étant donné que le présent pourvoi soulève de pures questions de droit commandant l'application de principes d'interprétation législative et d'autres concepts inhérents au droit commercial, l'expertise du TCCE ne se rapporte pas aux questions en litige. Ces questions relèvent traditionnellement de la compétence des tribunaux judiciaires et rien n'indique que le TCCE possède une expertise particulière à leur égard.

Aux fins de détermination de la valeur en douane de marchandises pour l'application de l'art. 48 de la *Loi sur les douanes*, la vente pour exportation pertinente est celle qui a pour effet de transférer à l'importateur le titre relatif aux marchandises. L'importateur est la partie qui détient ce titre au moment où les marchandises sont introduites au Canada et il peut s'agir de l'intermédiaire ou de l'acheteur final, selon l'identité de la partie qui importe les marchandises au pays. Pour déterminer si une vente est faite pour exportation, le lieu de résidence de l'acheteur ou de la partie qui transporte les marchandises est sans importance. Étant donné que Mattel Canada détenait le titre relatif aux marchandises au moment où celles-ci ont été transportées en territoire canadien, la vente de marchandises intervenue entre Mattel É.-U. et Mattel Canada constitue la vente pour exportation en l'espèce. L'intention d'exporter ne suffit

place the meaning of the words "purchaser in Canada", which were recently added to s. 48(1).

The royalties Mattel Canada paid to Licensor X are not royalties within the meaning of s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act*. Section 48(5)(*a*)(iv) requires that royalties and licence fees be paid "as a condition of the sale of the goods for export to Canada". In this context, the words "condition of . . . sale" are clear and unambiguous and incorporate traditional concepts in sale of goods legislation and the common law of contract. Unless a vendor is entitled to refuse to sell licenced goods to the purchaser or repudiate the contract of sale where the purchaser fails to pay royalties or licence fees, s. 48(5)(*a*)(iv) is inapplicable. Here, the royalties were not paid as a condition of sale. If Mattel Canada refused to pay royalties to Licensor X, Mattel U.S. could not refuse to sell the licenced goods to Mattel Canada or repudiate the contract of sale. The sale contract and the royalties contract were separate agreements between different parties.

Similarly, the periodic payments paid by Mattel Canada to the Master Licensors through Mattel U.S. do not fall within the ambit of s. 48(5)(*a*)(iv). The CITT found that Mattel Canada's periodic payments were licence fees. They are not dutiable pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv) because Mattel U.S. would not be entitled to refuse to sell licensed goods to Mattel Canada or repudiate the contract of sale if Mattel Canada refused to pay licence fees to the Master Licensors. Mattel Canada's obligation to pay licence fees to the Master Licensors is distinct from its obligation to purchase goods from Mattel U.S. Since these payments are not caught by s. 48(5)(*a*)(iv), there is no need to consider whether they are caught by s. 48(5)(*a*)(v).

Pursuant to s. 48(4) of the *Customs Act*, the prices paid or payable for the goods when the goods are sold for export to Canada are therefore the prices that Mattel U.S. charged Mattel Canada pursuant to the purchase agreement.

pas pour qu'il y ait exportation au Canada. Cette interprétation du par. 48(1) n'est pas censée supplanter la signification des mots « acheteur au Canada », qui ont récemment été ajoutés à ce paragraphe.

Les redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X ne constituent pas des redevances au sens du sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes*. Aux termes du sous-al. 48(5)*a*)(iv), il faut que les redevances et les droits de licence soient acquittés « en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada ». Dans ce contexte, les mots « condition de la vente » sont clairs et non équivoques et incorporent à la loi des notions traditionnelles qu'on retrouve dans la législation sur la vente de marchandises et les règles de la common law en matière de contrat. À moins que le vendeur n'ait le droit de refuser de vendre à l'acheteur les marchandises faisant l'objet d'une licence ou de résilier le contrat de vente lorsque l'acheteur ne paie pas les redevances ou les droits de licence, le sous-al. 48(5)*a*)(iv) est inapplicable. En l'espèce, les redevances n'étaient pas versées en tant que condition de vente. Si Mattel Canada refusait de verser les redevances au Concédant de licence X, Mattel É.-U. ne pouvait refuser de vendre à Mattel Canada les marchandises visées par une licence ni résilier le contrat de vente. Le contrat de vente et le contrat de redevances constituaient des accords distincts intervenus entre des parties différentes.

De même, les versements périodiques effectués par Mattel Canada aux concédants de licences maîtresses par l'intermédiaire de Mattel É.-U. ne sont pas visés par le sous-al. 48(5)*a*)(iv). Le TCCE a conclu que les versements périodiques effectués par Mattel Canada étaient des droits de licence, qui ne sont pas passibles de droits au titre du sous-al. 48(5)*a*)(iv) étant donné que Mattel É.-U. n'aurait pas le droit de refuser de vendre des marchandises visées par une licence à Mattel Canada ou de résilier le contrat de vente si cette dernière refusait de payer des droits de licence aux concédants de licences maîtresses. L'obligation de Mattel Canada de verser des droits de licence aux concédants de licences maîtresses est distincte de son obligation d'acheter des marchandises de Mattel É.-U. Puisque ces versements ne sont pas visés par le sous-al. 48(5)*a*)(iv), il n'y a pas lieu de se demander s'ils sont visés par le sous-al. 48(5)*a*)(v).

Conformément au par. 48(4) de la *Loi sur les douanes*, les prix payés ou à payer pour des marchandises dans le cas où elles sont vendues pour exportation au Canada sont donc les prix demandés par Mattel É.-U. à Mattel Canada en vertu de la convention d'achat.

Cases Cited

Referred to: *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; *E.C. McAfee Co. v. United States*, 842 F.2d 314 (1988); *Nissho Iwai American Corp. v. United States*, 982 F.2d 505 (1992); *Minister of National Revenue v. Harbour Sales (Windsor) Inc.* (1995), 90 F.T.R. 317; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36; *The King v. Gooderham & Worts, Ltd.*, [1928] 3 D.L.R. 109; *Swan and Finch Co. v. United States*, 190 U.S. 143 (1903); *Reebok Canada v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1997), 131 F.T.R. 102; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622.

Statutes and Regulations Cited

19 U.S.C. § 1401a.(b)(1).

An Act to amend the Customs Act and the Customs Tariff and to make related and consequential amendments to other Acts, S.C. 1995, c. 41, ss. 17 "purchaser in Canada", 18.

Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 47 (4th Supp.), ss. 3(1), (3), 18.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise — M.R.N.) c. Schrader Automotive Inc.*, [1999] A.C.F. nº 331 (QL); *E.C. McAfee Co. c. United States*, 842 F.2d 314 (1988); *Nissho Iwai American Corp. c. United States*, 982 F.2d 505 (1992); *Canada (Sous-ministre du Revenu national — M.R.N.) c. Harbour Sales (Windsor) Inc.*, [1995] A.C.F. nº 173 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36; *The King c. Gooderham & Worts, Ltd.*, [1928] 3 D.L.R. 109; *Swan and Finch Co. c. United States*, 190 U.S. 143 (1903); *Reebok Canada, une division d'Avrecan International Inc. c. Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise — M.R.N.)*, [1997] A.C.F. nº 924 (QL); *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622.

Lois et règlements cités

19 U.S.C. § 1401a.(b)(1).

Loi modifiant la Loi sur les douanes, le Tarif des douanes et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 41, art. 17 « acheteur au Canada », 18.

Loi sur la vente d'objets, L.R.O. 1990, ch. S.1.

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. 1985, ch. 47 (4e suppl.), art. 3(1), (3), 18.

Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 44, 45(1) "price paid or payable", 48(1), (4), (5)(*a*)(iv), (v), 67(3), 68(1).
Sale of Goods Act, R.S.O. 1990, c. S.1.
Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 53.1.
Valuation for Duty Regulations, SOR/86-792, s. 2.1 [ad. SOR/97-443, s. 2].

Authors Cited

Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, 8th ed. London: Pitman Publishing, 1990.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Neville, Mark K., Jr., "'First-Sale-For-Export' Rule Represents a Major Victory for Importers" (1996), 7 *J. Int'l Tax'n* 72.
Sherman, Saul L., and Hinrich Glashoff. *Customs Valuation: Commentary on the GATT Customs Valuation Code*, 2nd ed. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1999), 236 N.R. 285, [1999] F.C.J. No. 43 (QL), allowing the appeal in part and dismissing the cross-appeal from a decision of the Canadian International Trade Tribunal, [1997] C.I.T.T. No. 7 (QL). Appeal allowed in part. Cross-appeal dismissed.

Darrel H. Pearson, *Richard S. Gottlieb* and *Jeffery D. Jenkins*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Edward R. Sojonky, *Q.C.*, and *Frederick B. Woyiwada*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Richard W. Pound, *Q.C.*, and *Glenn A. Cranker*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — Value must be attributed to goods that are imported to Canada to determine duty for the purposes of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.).

A variety of methods to determine the value for duty are prescribed in the *Customs Act*. One of

Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 44, 45(1) « prix payé ou à payer », 48(1), (4), (5)*a*)(iv), (v), 67(3), 68(1).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 53.1.
Règlement sur la détermination de la valeur en douane, DORS/86-792, art. 2.1 [aj. DORS/97-443, art. 2].

Doctrine citée

Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, 8th ed. London : Pitman Publishing, 1990.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed., by Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.
Neville, Mark K., Jr., « "First-Sale-For-Export" Rule Represents a Major Victory for Importers » (1996), 7 *J. Int'l Tax'n* 72.
Sherman, Saul L., and Hinrich Glashoff. *Customs Valuation: Commentary on the GATT Customs Valuation Code*, 2nd ed. Boston : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1999), 236 N.R. 285, [1999] A.C.F. nº 43 (QL), qui a accueilli l'appel en partie et rejeté l'appel incident interjetés contre une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, [1997] T.C.C.E. nº 7 (QL). Pourvoi accueilli en partie. Pourvoi incident rejeté.

Darrel H. Pearson, *Richard S. Gottlieb* et *Jeffery D. Jenkins*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Edward R. Sojonky, *c.r.*, et *Frederick B. Woyiwada*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Richard W. Pound, *c.r.*, et *Glenn A. Cranker*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Il faut attribuer une valeur aux marchandises importées au Canada afin de déterminer les droits payables en application de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.). 1

La *Loi sur les douanes* prescrit différentes méthodes de calcul de la valeur en douane. Suivant 2

those methods requires determining "the price paid or payable for the goods when the goods are sold for export to Canada" (s. 48(4)). Once determined, the price "paid or payable" must be adjusted by adding "royalties and licence fees" (s. 48(5)(*a*)(iv)) and "the value of any part of the proceeds of any subsequent resale" (s. 48(5)(*a*)(v)), to the extent that such amounts are not "already included in the price paid or payable for the goods" (s. 48(5)(*a*)).

3 Broadly speaking, three issues are raised by this appeal:

(1) whether a sale between two foreign companies constitutes a sale "for export to Canada" in accordance with s. 48 of the *Customs Act*;

(2) the circumstances under which royalties are paid "as a condition of the sale" in accordance with s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act* so as to require such amounts to be added to the "price paid or payable in the sale of goods for export to Canada"; and

(3) whether certain periodic payments constitute "proceeds of any subsequent resale" in accordance with s. 48(5)(*a*)(v) of the *Customs Act* so as to likewise be added to the "price paid or payable" of the goods.

I. Facts

4 Mattel Canada Inc. ("Mattel Canada") is a wholly owned subsidiary of Mattel Holdings Limited. Mattel Holdings Limited is a wholly owned subsidiary of Mattel Inc. ("Mattel U.S."). Mattel U.S. owns Mattel Trading Company Limited ("the intermediary") and Mattel Trading Vendor Operations Ltd. ("Mattel Vendor Operations"). The latter two are located in Hong Kong.

5 Mattel Canada orders goods through a computer system that Mattel U.S. owns. The goods are manufactured in Hong Kong.

l'une de ces méthodes, il faut déterminer, « [d]ans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada, [. . .] le prix payé ou à payer » (par. 48(4)). Une fois déterminé, le prix « payé ou à payer » doit être ajusté par addition des « redevances et [d]es droits de licence » (sous-al. 48(5)*a*)(iv)) et de « la valeur de toute partie du produit de toute revente » (sous-al. 48(5)*a*)(v)), dans la mesure où ces sommes « n'y ont pas déjà été inclus[es] » (al. 48(5)*a*)).

Essentiellement, le présent pourvoi soulève trois questions :

(1) Une vente entre deux sociétés étrangères constitue-t-elle une vente « pour exportation au Canada » au sens de l'art. 48 de la *Loi sur les douanes*?

(2) Dans quelles circonstances des redevances sont-elles payées « en tant que condition de la vente », au sens du sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes*, et doivent en conséquence être ajoutées au « prix payé ou à payer » « [d]ans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada »?

(3) Certains versements périodiques constituent-ils, au sens du sous-al. 48(5)*a*)(v) de la *Loi sur les douanes*, le « produit de toute revente » qui doit également être ajouté au « prix payé ou à payer » pour les marchandises?

I. Les faits

Mattel Canada Inc. (« Mattel Canada ») est une filiale en propriété exclusive de Mattel Holdings Limited, elle-même une filiale en propriété exclusive de Mattel Inc. (« Mattel É.-U. »). Mattel É.-U. est propriétaire de Mattel Trading Company Limited (« l'intermédiaire ») et de Mattel Trading Vendor Operations Ltd. (« Mattel Vendor Operations »). Les deux dernières sociétés sont établies à Hong Kong.

Mattel Canada commande, au moyen d'un système informatique appartenant à Mattel É.-U., des marchandises qui sont fabriquées à Hong Kong.

A. *"Sale for export to Canada"*

Once manufactured, the goods are invoiced in three stages:

(1) the foreign manufacturers invoice the intermediary,

(2) the intermediary invoices Mattel U.S. (purchase agreement dated January 1, 1992), and

(3) Mattel U.S. invoices Mattel Canada (purchase agreement dated April 1, 1992).

If the foreign manufacturers are not part of the Mattel group of companies, Mattel Vendor Operations (rather than the intermediary) normally takes title to the goods. For the purposes of this appeal, nothing material turns on the distinction. Throughout these reasons, reference will therefore be to the first stage sale as the one between the foreign manufacturers and the intermediary.

In this case, the goods were sold at progressively higher prices at each stage. The intermediary and Mattel U.S. took title to the goods before title was transferred to Mattel Canada, the ultimate purchaser. The goods were shipped directly from the foreign manufacturers to Mattel Canada.

Mattel Canada determined that the pre-adjustment value for duty, or the "price paid or payable . . . when the goods are sold for export to Canada" under s. 48(4) of the *Customs Act*, was the price at which the foreign manufacturers invoiced the intermediary. Mattel Canada argued that s. 48(4) does not require that a sale be to a resident of Canada to constitute a sale for export. The Deputy Minister of National Revenue (the "Deputy Minister") disagreed, concluding instead that the appropriate "price paid or payable" was the price at which Mattel U.S. invoiced Mattel Canada.

A. *« Vente pour exportation au Canada »*

Une fois les marchandises fabriquées, leur facturation se fait en trois étapes : 6

(1) les fabricants étrangers facturent les marchandises à l'intermédiaire;

(2) l'intermédiaire les facture à Mattel É.-U. (convention d'achat datée du 1er janvier 1992);

(3) Mattel É.-U. les facture à Mattel Canada (convention d'achat datée du 1er avril 1992).

Si les fabricants étrangers ne font pas partie du groupe de sociétés Mattel, c'est normalement Mattel Vendor Operations (plutôt que l'intermédiaire) qui acquiert le titre relatif aux marchandises. Cette distinction n'est toutefois pas importante pour les fins du présent pourvoi. Tout au long des présents motifs, on se référera donc à la première étape, savoir la vente entre les fabricants étrangers et l'intermédiaire.

En l'espèce, à chacune des étapes les marchandises sont vendues à des prix progressivement plus élevés. L'intermédiaire et Mattel É.-U. acquièrent le titre relatif aux marchandises avant son transfert à Mattel Canada, l'acheteur final. Les marchandises sont expédiées directement des fabricants étrangers à Mattel Canada. 7

Mattel Canada a estimé que la valeur en douane avant ajustement — ou « [d]ans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada, [. . .] le prix payé ou à payer » visé au par. 48(4) de la *Loi sur les douanes* — était le prix auquel les fabricants étrangers facturaient les marchandises à l'intermédiaire. Mattel Canada a plaidé que le par. 48(4) n'exigeait pas qu'une vente soit faite à un résident du Canada pour constituer une vente pour exportation. Le sous-ministre du Revenu national (le « sous-ministre ») a exprimé son désaccord, estimant plutôt que le prix « payé ou à payer » approprié était celui auquel Mattel É.-U. facturait les marchandises à Mattel Canada. 8

B. *"Royalties and licence fees"*

9 The imported goods bear trademarks. Mattel Canada has entered into an agreement with the trademark licensor, who is referred to anonymously throughout these reasons as "Licensor X" by reason of a confidentiality order made by the Federal Court of Appeal that was approved by this Court. Under the agreement, dated December 2, 1991, Mattel Canada agrees to pay royalties to Licensor X based on a certain percentage of Mattel Canada's net invoiced billings for goods sold to Canadian customers.

10 The Deputy Minister included the royalties in the value for duty of the imported goods pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act*. Mattel Canada objected, arguing that even if the appropriate sale for export for *Customs Act* purposes was the one between Mattel U.S. and Mattel Canada, the agreement pursuant to which Mattel U.S. sold goods to Mattel Canada did not make the sale of goods conditional on the royalty payments being made to Licensor X. Accordingly, Mattel Canada argued, the royalties were not paid "as a condition of the sale of the goods for export to Canada", limiting language contained in s. 48(5)(*a*)(iv).

C. *Periodic payments*

11 Mattel U.S. has entered into agreements with various licensors (the "Master Licensors") to obtain licence rights to certain products. The Canadian International Trade Tribunal ("CITT") found that Mattel U.S. passed the burden of its payments to Mattel Canada and that Mattel Canada's payments were "passed through" Mattel U.S. to the Master Licensors ([1997] C.I.T.T. No. 7 (QL), at para. 32).

B. *« Les redevances et les droits de licence »*

Les marchandises importées font l'objet de marques de commerce. Mattel Canada a conclu un accord avec le concédant de la licence d'emploi de la marque de commerce, dont il sera fait mention dans les présents motifs au moyen de la désignation anonyme « Concédant de licence X », conformément à une ordonnance de confidentialité rendue par la Cour d'appel fédérale et maintenue par notre Cour. Aux termes de cet accord, daté du 2 décembre 1991, Mattel Canada accepte de verser au Concédant de licence X des redevances correspondant à un certain pourcentage de la valeur nette facturée pour les marchandises vendues aux clients canadiens.

Conformément au sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes*, le sous-ministre a inclus les redevances dans la valeur en douane des marchandises importées. Mattel Canada a contesté cette décision, soutenant que même si la vente pour exportation pertinente pour l'application de la *Loi sur les douanes* était celle intervenue entre Mattel É.-U. et Mattel Canada, l'accord en vertu duquel Mattel É.-U. a vendu des marchandises à Mattel Canada ne subordonne pas la vente des marchandises au paiement des redevances au Concédant de licence X. Par conséquent, Mattel Canada a prétendu que les redevances n'étaient pas payées « en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada », c'est-à-dire au sens de la formulation limitative prévue au sous-al. 48(5)*a*)(iv).

C. *Les versements périodiques*

Mattel É.-U. a conclu des accords avec divers concédants de licence (les « concédants de licences maîtresses ») en vue d'obtenir des droits de licences relatifs à certains produits. Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « TCCE ») a conclu que Mattel É.-U. avait transféré le fardeau de ses paiements à Mattel Canada et que les paiements de Mattel Canada étaient « transmis par l'intermédiaire de » Mattel É.-U. aux concédants de licences maîtresses ([1997] T.C.C.E. nº 7 (QL), par. 32).

The Deputy Minister sought to include Mattel Canada's periodic payments in the value for duty of the imported goods pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv) (royalties and licence fees) or s. 48(5)(*a*)(v) (proceeds of any subsequent resale, disposal or use).

Le sous-ministre a voulu inclure, en vertu du sous-al. 48(5)*a*)(iv) (redevances et droits de licence) ou 48(5)*a*)(v) (produit de toute revente, cession ou utilisation ultérieure), les versements périodiques de Mattel Canada dans la valeur en douane des marchandises importées. 12

II. Relevant Statutory Provisions

II. Les dispositions législatives pertinentes

Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)

Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.) 13

44. Where duties, other than duties or taxes levied under the *Excise Tax Act* or the *Excise Act*, are imposed on goods at a percentage rate, such duties shall be calculated by applying the rate to a value determined in accordance with sections 45 to 55.

44. Les droits, autres que les droits ou taxes prévus par la *Loi sur la taxe d'accise* ou la *Loi sur l'accise*, qui sont imposés sur des marchandises selon un certain pourcentage se calculent par l'application du taux à une valeur déterminée conformément aux articles 45 à 55.

45. (1) In this section and sections 46 to 55,

45. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 46 à 55.

. . .

"price paid or payable", in respect of the sale of goods for export to Canada, means the aggregate of all payments made or to be made, directly or indirectly, in respect of the goods by the purchaser to or for the benefit of the vendor;

« prix payé ou à payer » En cas de vente de marchandises pour exportation au Canada, la somme de tous les versements effectués ou à effectuer par l'acheteur directement ou indirectement au vendeur ou à son profit, en paiement des marchandises.

. . .

48. (1) Subject to subsection (6), the value for duty of goods is the transaction value of the goods if the goods are sold for export to Canada and the price paid or payable for the goods can be determined . . .

48.(1) Sous réserve du paragraphe (6), la valeur en douane des marchandises est leur valeur transactionnelle si elles sont vendues pour exportation au Canada, si le prix payé ou à payer est déterminable et si les conditions suivantes sont réunies :

. . .

(4) The transaction value of goods shall be determined by ascertaining the price paid or payable for the goods when the goods are sold for export to Canada and adjusting the price paid or payable in accordance with subsection (5).

(4) Dans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada, la valeur transactionnelle est le prix payé ou à payer, ajusté conformément au paragraphe (5).

(5) The price paid or payable in the sale of goods for export to Canada shall be adjusted

(5) Dans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada, le prix payé ou à payer est ajusté :

(*a*) by adding thereto amounts, to the extent that each such amount is not already included in the price paid or payable for the goods, equal to

a) par addition, dans la mesure où ils n'y ont pas déjà été inclus, des montants représentant :

. . .

(iv) royalties and licence fees, including payments for patents, trade-marks and copyrights, in respect of the goods that the purchaser of the goods must

(iv) les redevances et les droits de licence relatifs aux marchandises, y compris les paiements afférents aux brevets d'invention, marques de com-

pay, directly or indirectly, as a condition of the sale of the goods for export to Canada, exclusive of charges for the right to reproduce the goods in Canada,

(v) the value of any part of the proceeds of any subsequent resale, disposal or use of the goods by the purchaser thereof that accrues or is to accrue, directly or indirectly, to the vendor . . .

An Act to amend the Customs Act and the Customs Tariff and to make related and consequential amendments to other Acts, S.C. 1995, c. 41

17. Subsection 45(1) of the Act is amended by adding the following in alphabetical order:

"purchaser in Canada" has the meaning assigned by the regulations;

18. The portion of subsection 48(1) of the Act before paragraph (*a*) is replaced by the following:

48. (1) Subject to subsections (6) and (7), the value for duty of goods is the transaction value of the goods if the goods are sold for export to Canada to a purchaser in Canada and the price paid or payable for the goods can be determined and if

Valuation for Duty Regulations, SOR/86-792 (as am. by SOR/97-443)

2.1 For the purposes of subsection 45(1) of the Act, "purchaser in Canada" means

(*a*) a resident;

(*b*) a person who is not a resident but who has a permanent establishment in Canada; or

(*c*) a person who neither is a resident nor has a permanent establishment in Canada, and who imports the goods, for which the value for duty is being determined,

(i) for consumption, use or enjoyment by the person in Canada, but not for sale, or

(ii) for sale by the person in Canada, if, before the purchase of the goods, the person has not entered into an agreement to sell the goods to a resident.

merce et droits d'auteur, que l'acheteur est tenu d'acquitter directement ou indirectement en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada, à l'exclusion des frais afférents au droit de reproduction de ces marchandises au Canada,

(v) la valeur de toute partie du produit de toute revente, cession ou utilisation ultérieure par l'acheteur des marchandises, qui revient ou doit revenir, directement ou indirectement, au vendeur, . . .

Loi modifiant la Loi sur les douanes, le Tarif des douanes et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 41

17. Le paragraphe 45(1) de la même loi est modifié par adjonction, selon l'ordre alphabétique, de ce qui suit :

« acheteur au Canada » S'entend au sens des règlements.

18. Le passage du paragraphe 48(1) de la même loi précédant l'alinéa *a*) est remplacé par ce qui suit :

48. (1) Sous réserve des paragraphes (6) et (7), la valeur en douane des marchandises est leur valeur transactionnelle si elles sont vendues pour exportation au Canada à un acheteur au Canada, si le prix payé ou à payer est déterminable et si les conditions suivantes sont réunies :

Règlement sur la détermination de la valeur en douane, DORS/86-792 (mod. par DORS/97-443)

2.1 Pour l'application du paragraphe 45(1) de la Loi, « acheteur au Canada » s'entend :

a) d'un résident;

b) d'une personne, autre qu'un résident, qui a un établissement stable au Canada;

c) d'une personne, autre qu'un résident, qui n'a pas d'établissement stable au Canada et qui importe les marchandises faisant l'objet de la détermination de la valeur en douane :

(i) pour sa consommation ou son utilisation personnelles et qui ne les destine pas à la vente,

(ii) pour les vendre au Canada pourvu que, avant leur achat, elle n'ait pas passé un accord visant leur vente à un résident.

III. Judicial History

A. *Canadian International Trade Tribunal*, [1997] C.I.T.T. No. 7 (QL)

The CITT held that the relevant sale upon which duty should be calculated was the one between Mattel U.S. and Mattel Canada. Viewed as a whole, the CITT held, there was only one, not three sales for export. It reasoned that the foreign manufacturers and the intermediary "did not manifest the necessary degree of independence from [Mattel U.S.] to support a finding that true sales occurred between them" (para. 24).

The CITT concluded that the royalties that Mattel Canada paid to Licensor X were not paid "as a condition of the sale of the goods for export to Canada" in accordance with s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act* because there was not a "sufficient nexus . . . between the payments and the sales for export" (para. 30). Rather, the CITT held, the payments were more closely related to rights exercised in Canada that "bore little or no connection to the sales for export" (para. 30).

Lastly, the CITT concluded that the periodic payments that Mattel Canada paid to Mattel U.S. were not caught by s. 48(5)(*a*)(iv) for much the same reasons that the royalties were not: they were not paid as a condition of the sale of the goods for export to Canada. Likewise, the CITT concluded that the payments were not caught by s. 48(5)(*a*)(v) of the *Customs Act*. It reasoned that the proceeds did not accrue "directly or indirectly, to the vendor", since Mattel U.S. was a mere channel through which the proceeds passed without any economic benefit accruing to Mattel U.S.

B. *Federal Court of Appeal* (1999), 236 N.R. 285

The Deputy Minister appealed and Mattel Canada cross-appealed the CITT's decision to the Federal Court of Appeal. Létourneau J.A., for the

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Tribunal canadien du commerce extérieur*, [1997] T.C.C.E. nº 7 (QL)

14 Le TCCE a conclu que la vente pertinente aux fins du calcul des droits de douane était celle intervenue entre Mattel É.-U. et Mattel Canada. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, le TCCE a estimé qu'il y avait eu non pas trois ventes pour exportation mais une seule. Le TCCE a raisonné que les fabricants étrangers et l'intermédiaire « ne semblent pas avoir le degré nécessaire d'indépendance à l'endroit de [Mattel É.-U.] pour conclure qu'il y a eu de véritables ventes entre ces sociétés » (par. 24).

15 Le TCCE a estimé que les redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X n'avaient pas été payées « en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada » au sens du sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes* vu l'absence d'un « lien suffisant entre les paiements et les ventes pour exportation » (par. 30). Le TCCE a plutôt conclu que les paiements étaient plus étroitement liés à des droits exercés au Canada « ayant peu ou pas de rapport avec les ventes pour exportation » (par. 30).

16 Enfin, le TCCE a estimé que les versements périodiques effectués par Mattel Canada à Mattel É.-U. n'étaient pas visés par le sous-al. 48(5)*a*)(iv), essentiellement pour les mêmes raisons que les redevances : ils n'étaient pas faits en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada. De même, le TCCE a conclu que les versements n'étaient pas visés par le sous-al. 48(5)*a*)(v) de la *Loi sur les douanes*, raisonnant que les sommes ne revenaient pas « directement ou indirectement, au vendeur », étant donné que Mattel É.-U. ne faisait que les acheminer sans en retirer quelque avantage financier que ce soit.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1999] A.C.F. nº 43 (QL)

17 Le sous-ministre a interjeté appel de la décision du TCCE auprès de la Cour d'appel fédérale, Mattel Canada formant un appel incident. S'exprimant

court, allowed the Deputy Minister's appeal in part and dismissed the cross-appeal.

18 Létourneau J.A. affirmed the CITT's conclusion that the appropriate sale for duty was the one between Mattel U.S. and Mattel Canada.

19 Like the CITT, Létourneau J.A. concluded that the royalties were not caught by s. 48(5)(*a*)(iv), but did so for different reasons. He held that the CITT erred in requiring that there be a "sufficient nexus" between the royalties and the sale of the goods for export for the royalties to fall within s. 48(5)(*a*)(iv). Likewise, he reasoned that there had to be "more than a simple connection of the royalties with the goods imported" (p. 296).

20 Létourneau J.A. held that royalties are paid as a condition of the sale of the goods for export pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv) if (i) the contract of sale between the vendor and the importer makes the sale of goods contingent on royalties being paid, or (ii) the importer's ability to import products for failing to pay royalties may be prevented or seriously compromised either (a) because the licensor — the person to whom royalties are owed — owns or controls the vendor or (b) because the vendor holds the trade-mark or copyright. He held that s. 48(5)(*a*)(iv) does not require "that the payment of royalties be expressly stipulated in the sale contract" (p. 297), and that the word "condition" was not "a term of art which carries the meaning generally ascribed to it in the law of sales" (p. 297). Rather, he held, the word "condition" was used "in its ordinary and common sense way to mean that the payment of royalties has to be made as a prerequisite or requirement for the export of the goods" (p. 297). Because he concluded that neither test was satisfied, he held that the royalties were not caught by s. 48(5)(*a*)(iv).

pour la Cour d'appel, le juge Létourneau a accueilli en partie l'appel du sous-ministre et rejeté l'appel incident.

Le juge Létourneau a confirmé la conclusion du TCCE selon laquelle la vente pertinente aux fins de détermination des droits de douane était celle intervenue entre Mattel É.-U. et Mattel Canada.

À l'instar du TCCE, le juge Létourneau a conclu que les redevances n'étaient pas visées par le sous-al. 48(5)*a*)(iv), mais sa conclusion repose sur des motifs différents. Selon lui, le TCCE a commis une erreur en exigeant l'existence d'un « lien suffisant » entre les redevances et la vente des marchandises pour exportation pour que ces redevances soient visées par le sous-al. 48(5)*a*)(iv). De même, il a estimé qu'il fallait « plus qu'un simple lien entre les redevances et les marchandises importées » (par. 25).

Le juge Létourneau a conclu que des redevances sont versées en tant que condition de la vente de marchandises pour exportation au sens du sous-al. 48(5)*a*)(iv) dans les cas suivants : (i) le contrat de vente entre le vendeur et l'importateur subordonne la vente des marchandises au paiement de redevances; (ii) dans les cas où il ne paie pas les redevances, l'importateur peut être empêché d'importer des produits ou sa capacité de le faire sérieusement compromise soit a) parce que le concédant de licence — la personne à qui les redevances sont dues — est propriétaire du vendeur ou le contrôle, soit b) parce que le vendeur détient la marque de commerce ou le droit d'auteur. Il a estimé que le sous-al. 48(5)*a*)(iv) n'exigeait pas « que le paiement de redevances soit expressément stipulé dans le contrat de vente » (par. 26) et que le mot « condition » n'était pas utilisé « au sens qui lui est en général attribué dans le droit relatif aux ventes » (par. 26). Au contraire, d'affirmer le juge Létourneau, le mot « condition » est utilisé « dans son sens ordinaire commun et veut dire que les redevances doivent être acquittées en tant que condition ou en tant qu'exigence de l'exportation des marchandises » (par. 26). Ayant conclu que ni l'un ni l'autre des critères n'étaient respectés, il a jugé que les redevances n'étaient pas visées par le sous-al. 48(5)*a*)(iv).

Unlike the CITT, Létourneau J.A. concluded that the periodic payments fell within the ambit of s. 48(5)(*a*)(v). In light of that conclusion, he did not consider s. 48(5)(*a*)(iv).

IV. Issues

Mattel Canada's appeal requires this Court to determine whether a sale between two foreign companies constitutes a sale for export to Canada in accordance with s. 48 of the *Customs Act*. Mattel Canada's appeal also asks whether the periodic payments that Mattel Canada paid to Mattel U.S. should be included in the value for duty of the imported products pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv) (royalties and licence fees) or s. 48(5)(*a*)(v) (proceeds of any subsequent resale, disposal or use). At issue in the Deputy Minister's cross-appeal is whether the royalties that Mattel Canada paid to Licensor X should be included in the value for duty of the imported products pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv). The appeal and the cross-appeal broadly raise the appropriate standard of review applicable to the CITT's decision.

V. Analysis

A. *What is the appropriate standard of review of the CITT's decision?*

Where a court is asked to review an administrative tribunal's decision, it must determine the appropriate standard of review. The Federal Court of Appeal did not explicitly do so, but it is apparent that the CITT's decision was reviewed for correctness. Whether correctness or some other standard of review is appropriate in this case is a question that must be answered having regard to the considerable body of jurisprudence that has developed around this general issue, as shown by the recent decisions of this Court in *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; and *Committee for the Equal Treatment of Asbestos*

Contrairement au TCCE, le juge Létourneau a estimé que les versements périodiques étaient visés par le sous-al. 48(5)*a*)(v). À la lumière de cette conclusion, il n'a pas examiné le sous-al. 48(5)*a*)(iv). 21

IV. Les questions en litige

Dans le cadre de l'appel formé par Mattel Canada, notre Cour est appelée à déterminer si une vente entre deux sociétés étrangères constitue une vente pour exportation au Canada au sens de l'art. 48 de la *Loi sur les douanes*. L'appel de Mattel Canada soulève également la question de savoir si les versements périodiques effectués par cette société à Mattel É.-U. doivent être inclus — au titre du sous-al. 48(5)*a*)(iv) (redevances et droits de licence) ou 48(5)*a*)(v) (produit de toute revente, cession ou utilisation ultérieure) — dans la valeur en douane des produits importés. Dans le cadre de l'appel incident formé par le sous-ministre, il s'agit de déterminer si les redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X doivent être incluses, au titre du sous-al. 48(5)*a*)(iv), dans la valeur en douane des produits importés. L'appel et l'appel incident soulèvent de façon générale la question de la norme de contrôle applicable à la décision du TCCE. 22

V. Analyse

A. *Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du TCCE?*

Le tribunal judiciaire appelé à contrôler la décision d'un tribunal administratif doit déterminer quelle est la norme de contrôle applicable. Quoique la Cour d'appel fédérale ne l'ait pas indiqué explicitement, il est évident que la décision du TCCE a été contrôlée sur le fondement de la norme de la décision correcte. Pour répondre à la question de savoir si c'est cette norme ou une autre qui convient en l'espèce, il faut tenir compte de la jurisprudence considérable qui s'est établie sur cette question générale, comme en témoignent les récents arrêts suivants de notre Cour : *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; et 23

Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission), [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37.

Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières), [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37.

24 The various standards of review are properly viewed as points occurring on a spectrum of curial deference. They range from patent unreasonableness at the more deferential end of the spectrum, through reasonableness *simpliciter*, to correctness at the more exacting end of the spectrum: see *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 589-90; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 54-56; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 27; and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 55. Since *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Canadian courts have taken a "pragmatic and functional" approach to the determination of the appropriate standard of review. In any given case, the focus of the inquiry is on the particular provision at issue, and the central analysis is whether the question raised is one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the administrative tribunal. The factors to be considered include: the purpose and objective of the Act and provision at issue, the specific language of the provision at issue and any privative clauses in the tribunal's constitutive statute, the nature of the decision made by the tribunal, and the relative expertise of the tribunal compared to that of the courts in deciding such matters. None of the factors is alone dispositive.

Les différentes normes de contrôle sont à juste titre considérées comme autant de points sur l'échelle de la retenue judiciaire. Ces normes vont de la décision manifestement déraisonnable — point où la retenue est la plus grande — à la décision raisonnable — norme la plus exigeante — en passant par la décision raisonnable *simpliciter* : voir *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 589-590; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 54-56; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 27; et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 55. Depuis l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, les tribunaux canadiens ont adopté une démarche « pragmatique et fonctionnelle » en matière de détermination de la norme de contrôle appropriée. Dans toute affaire, l'examen porte sur la disposition en cause et s'attache principalement à déterminer si le législateur entendait que la question soulevée relève exclusivement de la compétence du tribunal administratif. Parmi les facteurs à prendre en compte, mentionnons les suivants : l'objet de la loi et de la disposition en cause, le texte de cette disposition et des clauses privatives prévues par la loi constituant le tribunal administratif, la nature de la décision rendue par le tribunal et l'expertise relative de celui-ci sur ces questions par rapport à celle des tribunaux judiciaires. Aucun de ces facteurs n'est déterminant à lui seul.

25 The factors most relevant to the present appeal are the language of the privative clause in the *Customs Act* and the specific provisions at issue, the nature of the issues raised at the CITT, and the relative expertise of the CITT compared to that of the courts in deciding such matters.

Les facteurs les plus pertinents dans le présent pourvoi sont le texte de la clause privative prévue par la *Loi sur des douanes* et des dispositions particulières en cause, la nature des questions soulevées devant le TCCE et l'expertise relative du TCCE sur ces questions par rapport à celle des tribunaux judiciaires.

(1) The privative clause and the right of appeal

CITT decisions respecting the value for duty of imported goods and other *Customs Act* matters are protected by a partial privative clause (s. 67(3)), one that is qualified by a statutory right of appeal to the Federal Court of Appeal on "any question of law" (s. 68(1)). As a result, in the case at bar, CITT findings of fact are immune from appellate review, while findings involving questions of law are reviewable.

However, even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise (*Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1746-47; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 335; *Pezim*, *supra*, at p. 591; and *Asbestos*, *supra*, at para. 49). In general, different standards of review will apply to different legal questions depending on the nature of the question to be determined and the relative expertise of the tribunal in those particular matters.

(2) Expertise and nature of the problem

Determining the tribunal's relative expertise is "the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review" (*Southam*, *supra*, at para. 50; see also *Bradco*, *supra*, at p. 335). The central inquiry in an assessment of the expertise factor is whether a tribunal has been constituted with a particular expertise with respect to achieving the aims of an Act: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 32. This may involve several considerations, including the specialized knowledge of its decision makers, whether any special procedures or non-judicial means of

(1) La clause privative et le droit d'appel

26 Les décisions du TCCE portant sur la valeur en douane des marchandises importées et sur d'autres questions visées par la *Loi sur les douanes* sont protégées par une clause privative partielle (par. 67(3)), dont la portée est atténuée par le droit d'appel à la Cour d'appel fédérale sur « tout point de droit » (par. 68(1)). Par conséquent, les conclusions de fait tirées par le TCCE en l'espèce sont à l'abri de tout contrôle en appel, tandis que les conclusions portant sur des questions de droit sont susceptibles de contrôle.

27 Toutefois, même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de spécialisation des fonctions exige des tribunaux judiciaires qu'ils fassent preuve de retenue envers les décisions rendues par les tribunaux spécialisés sur les questions relevant directement de leur champ d'expertise (*Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1746-1747; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 335; *Pezim*, précité, p. 591; et *Asbestos*, précité, par. 49). En général, des normes de contrôle différentes s'appliquent à des questions de droit différentes, selon la nature de la question à trancher et l'expertise relative du tribunal administratif sur ces questions particulières.

(2) L'expertise du décideur et la nature du problème

28 La détermination de l'expertise relative du tribunal administratif constitue « le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » (*Southam*, précité, par. 50; voir également *Bradco*, précité, p. 335). La question fondamentale dans l'application du facteur de l'expertise est de savoir si le tribunal est doté d'une certaine expertise pour réaliser les objectifs d'une loi : *Pushpanathan*, précité, par. 32. L'application de ce facteur peut faire intervenir plusieurs considérations, notamment les connaissances spécialisées des membres du tribunal, la

implementing the Act apply, and whether the tribunal plays a role in policy development.

29 In respect of the specialized knowledge of decision makers, a court can look to a tribunal's constitutive statute and whether appointees are required to have expert qualifications, or are to be appointed by persons holding such qualifications: see *Southam*, *supra*, at para. 51. The *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 47 (4th Supp.), does not require its members to be expert in any particular field or that experts in international trade advise the Minister on appointments. The statute conceivably permits persons completely unfamiliar with trade matters to be appointed to the CITT. In part because the statute does not specify that members of the CITT need have any particular technical qualifications, Mattel Canada argues that the appropriate standard of review of the CITT's decision in the present appeal should be reasonableness.

30 In this connection, Wilson J. observed in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336, that "[c]areful management" of sectors like "international economic relations" "often requires the use of experts who have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise". Section 3(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Act* requires a chair, two vice-chairs and not more than six other permanent members to be appointed by the Governor in Council. Permanent members are appointed to hold office for a term not exceeding five years (s. 3(3)). Being permanent appointments, members of the CITT acquire experience in the questions they consider over the course of their appointments. Depending on the nature of the question at issue, members of the CITT acquire experience and expertise that courts do not. This is also consistent with Wilson J.'s characterization of the predecessor to the CITT as being "staffed by

question de savoir si le tribunal dispose de procédures spéciales ou de moyens non judiciaires d'appliquer la loi ainsi que la question de savoir s'il participe à l'élaboration de politiques.

Relativement aux connaissances spécialisées des décideurs, la cour peut examiner la loi constituant le tribunal administratif et se demander si les membres de celui-ci doivent posséder des compétences d'expert ou être nommés par des personnes possédant de telles compétences : voir *Southam*, précité, par. 51. La *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985, ch. 47 (4e suppl.), n'exige pas que les membres du tribunal soient experts dans un domaine particulier ni que des experts en commerce international conseillent le ministre à l'égard des nominations au tribunal. Il est donc possible d'affirmer que la loi autorise la nomination au TCCE de personnes n'ayant aucune connaissance des questions commerciales. S'appuyant en partie sur le fait que la loi ne précise pas que les membres du TCCE doivent posséder des compétences techniques particulières, Mattel Canada prétend que la norme de contrôle applicable à la décision du TCCE dans le présent pourvoi devrait être la norme de la décision raisonnable.

À ce sujet, le juge Wilson a fait remarquer, dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, qu'une « gestion prudente » de secteurs comme « les relations économiques internationales » « nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller ». Aux termes du par. 3(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le gouverneur en conseil doit nommer un président, deux vice-présidents et au plus six autres titulaires. La durée maximale du mandat des titulaires est de cinq ans (par. 3(3)). Étant des titulaires, les membres du TCCE acquièrent de l'expérience relativement aux questions qu'ils examinent pendant la durée de leur mandat. Selon la nature de la question en cause, les membres du TCCE acquièrent de l'expérience et de l'expertise que les tribunaux judiciaires ne possèdent pas. Cette constatation est également compatible avec la façon

experts familiar with the intricacies of international trade relations who are in the business of dealing with a large volume of trade related cases" (*National Corn Growers Assn.*, *supra*, at p. 1348).

As noted above, another factor relevant to the question of expertise is the role played by the tribunal in policy development (*Pezim*, *supra*, at p. 596; *Bradco*, *supra*, at pp. 336-37). Of some significance in this case is s. 18 of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, which requires the CITT to "inquire into and report to the Governor in Council on any matter in relation to the economic, trade or commercial interests of Canada with respect to any goods or services or any class thereof that the Governor in Council refers to the Tribunal for inquiry". Although the present appeal does not implicate s. 18, the section indicates that Parliament generally considers the CITT to be expert in some economic, trade or commercial matters. As in *Pezim*, *supra*, this is a basis for deference, however, it is important to note that the CITT's policy-making role is limited in that its function is primarily research oriented, and the CITT cannot elevate its policy recommendations to the status of law.

The criteria of expertise and the nature of the problem are closely interrelated (*Pushpanathan*, *supra*, at para. 33). It is necessary "to focus on the specific question of law at issue to determine whether it falls within the tribunal's expertise and whether deference is warranted" (*Pezim*, *supra*, at p. 596). In the performance of its mandate, the CITT considers a variety of legal questions. It is useful to contrast the CITT's relative expertise on certain questions dealing with customs tariff matters with its relative expertise on the questions at issue in this appeal. In *Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381, the Federal Court of

dont le juge Wilson a décrit l'organisme prédécesseur du TCCE, savoir un tribunal « composé d'experts qui sont versés dans les complexités des relations commerciales internationales et dont les fonctions consistent à entendre un nombre considérable de causes en matière commerciale » (*National Corn Growers Assn.*, précité, p. 1348).

31 Comme je l'ai mentionné précédemment, la participation du tribunal à l'élaboration de politiques constitue un autre facteur pertinent relativement à la question de l'expertise (*Pezim*, précité, p. 596; *Bradco*, précité, p. 336-337). Une disposition qui présente une certaine importance en l'espèce est l'art. 18 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, qui précise que le TCCE, « sur saisine par le gouverneur en conseil, enquête et lui fait rapport sur toute question touchant, en matière de marchandises ou de services — considérés individuellement ou collectivement —, les intérêts économiques ou commerciaux du Canada ». Bien que cette disposition ne soit pas en cause dans le présent pourvoi, elle indique que le législateur considère de façon générale le TCCE comme un organisme expert dans certaines questions économiques et commerciales. Tout comme dans l'arrêt *Pezim*, précité, il s'agit d'un motif incitant à la retenue, mais il est important de souligner que le TCCE joue un rôle limité en ce qui concerne l'élaboration de politiques, puisqu'il exerce principalement des fonctions de recherche et qu'il ne peut pas donner force de loi à ses recommandations en matière de politiques.

32 Le critère fondé sur l'expertise du décideur et la nature du problème sont étroitement liés (*Pushpanathan*, précité, par. 33). Il faut « examiner la question de droit en litige pour déterminer si elle relève de la compétence du tribunal et s'il y a lieu de faire preuve de retenue » (*Pezim*, précité, p. 596). Dans l'exécution de son mandat, le TCCE examine des questions de droit variées. Il est utile de comparer l'expertise relative du TCCE sur certaines questions concernant les tarifs douaniers et son expertise relative sur les questions en litige dans le présent pourvoi. Dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise — M.R.N.) c. Schrader Automotive Inc.*,

Appeal was asked to review the CITT's decision to classify certain imported goods under the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 49, as "other check valves" as opposed to "other appliances, other, hand operated or hand activated" (p. 382). The Federal Court of Appeal concluded that the appropriate standard of review of the CITT's decision was reasonableness *simpliciter*, reasoning that while the *Customs Tariff*, constituted law, the law contained in the Act was "of a very technical nature" (p. 382) that had "so little to do with traditional legislation that for all practical purposes the court is being asked to give legal meaning to technical words that are well beyond its customary mandate" (pp. 382-83).

33 By contrast, the questions of law at issue in this appeal are not scientific or technical. In the present appeal, this Court is asked to determine what constitutes a "sale of goods for export to Canada", and the meaning of the words "a condition of the sale of the goods". The Court is also asked to determine how two provisions in an Act, namely ss. 48(5)(*a*)(iv) and 48(5)(*a*)(v), relate to each other. These are pure questions of law that require the application of principles of statutory interpretation and other concepts which are intrinsic to commercial law. Such matters are traditionally the province of the Courts and there is nothing to suggest that the CITT has any particular expertise in respect of these matters. If, as in this case, the CITT's relative expertise does not speak to the nature of the questions at issue in an appeal, the appropriate standard of review for questions of law will be correctness.

B. *Which sale constituted a sale of goods for export to Canada in accordance with s. 48(4) of the Customs Act?*

34 What constitutes a sale for export to Canada? The question is important because the transaction value method of valuing the imported goods in this appeal requires determining the price paid or paya-

[1999] A.C.F. nº 331 (QL), la Cour d'appel fédérale était appelée à contrôler une décision du TCCE qui, en application du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 49, avait classé certaines marchandises importées sous la désignation « autres clapets et soupapes de retenue » plutôt qu'« autres articles de robinetterie et organes similaires, autres, actionnés à la main » (par. 2). La Cour d'appel fédérale a jugé que la norme de contrôle applicable à la décision du TCCE était celle de la décision raisonnable *simpliciter*, estimant que, bien que le *Tarif des douanes* soit une loi, il s'agit d'une loi « très technique » (par. 5), qui a « tellement peu à voir avec le libellé des lois traditionnelles, qu'à toutes fins pratiques, la demande faite à la Cour consiste à donner un sens juridique à des mots techniques qui débordent complètement son mandat habituel » (par. 5).

À l'opposé, les questions de droit en litige dans le présent pourvoi ne sont pas de nature scientifique ou technique. En l'espèce, notre Cour est appelée à déterminer en quoi consiste une « vente de marchandises pour exportation au Canada » et quelle est la signification des mots « en tant que condition de la vente des marchandises ». Elle doit également se prononcer sur la corrélation entre deux dispositions de la Loi, les sous-al. 48(5)*a*)(iv) et (v). Il s'agit de pures questions de droit, qui commandent l'application de principes d'interprétation législative et d'autres concepts inhérents au droit commercial. Ces questions relèvent traditionnellement de la compétence des tribunaux judiciaires et rien n'indique que le TCCE possède une expertise particulière à leur égard. Si, comme en l'espèce, l'expertise relative du TCCE ne se rapporte pas à la nature des questions en litige dans le cadre d'un appel, la norme de contrôle applicable aux questions de droit est la norme de la décision correcte.

B. *Laquelle des ventes constituait une vente de marchandises pour exportation au Canada au sens du par. 48(4) de la Loi sur les douanes?*

Qu'est-ce qui constitue une vente pour exportation au Canada? La question est importante parce que la méthode de la valeur transactionnelle utilisée pour calculer la valeur des marchandises

ble for the goods "when the goods are sold for export to Canada" (s. 48(4)).

The goods were sold in a three-tiered distribution system: the manufacturers sold to the intermediary, the intermediary sold to a second intermediary, and the second intermediary sold to the ultimate purchaser. The only party to have title to the goods when the goods were transported into Canada was the ultimate purchaser, Mattel Canada. The Federal Court of Appeal found it was "fair to conclude that the [Deputy Minister] was satisfied that the relationship between [Mattel Canada] and [Mattel U.S.] did not influence the price paid or payable for the goods" (pp. 300-301).

Mattel Canada argues that the sale between the manufacturers and the intermediary constituted a sale for export to Canada, and that the price paid or payable for those goods should be the basis upon which duty is calculated, subject to adjustments prescribed by s. 48(5). By contrast, the Deputy Minister submits that the only sale for export to Canada was the one between the second intermediary and the ultimate purchaser.

U.S. courts have considered whether a sale for export to the U.S. requires that the purchaser be located in the U.S. In the United States, the transaction value of imported merchandise "is the price actually paid or payable for the merchandise when sold for exportation to the United States" (19 U.S.C. § 1401a.(b)(1)). The provision is similar to s. 48(4) of the *Customs Act*, which looks to "the price paid or payable for the goods when the goods are sold for export to Canada".

In *E.C. McAfee Co. v. United States*, 842 F.2d 314 (Fed. Cir. 1988), the Court of Appeal held that "a sale need not be to purchasers located in the

importées dans le présent pourvoi exige que l'on détermine le prix payé ou à payer pour les marchandises « [d]ans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada » (par. 48(4)).

35 Les marchandises ont été vendues par le truchement d'un système de distribution à trois étapes : les fabricants ont vendu les marchandises à l'intermédiaire, ce dernier les a vendues à un deuxième intermédiaire qui les a à son tour vendues à l'acheteur final. La seule partie qui détenait le titre relatif aux marchandises lorsque celles-ci ont été introduites au Canada était l'acheteur final, soit Mattel Canada. Selon la Cour d'appel fédérale, il était « juste de conclure que le [sous-ministre] était convaincu que le lien qui existait entre [Mattel Canada] et [Mattel É.-U.] n'a pas influé sur le prix payé ou à payer pour les marchandises » (par. 48).

36 Mattel Canada prétend que la vente intervenue entre les fabricants et l'intermédiaire constituait une vente de marchandises pour exportation au Canada et que le prix payé ou à payer pour ces marchandises devrait servir de base au calcul de la valeur en douane, sous réserve des ajustements prescrits par le par. 48(5). À l'opposé, le sous-ministre soutient que la seule vente de marchandises pour exportation au Canada qui est intervenue est celle qui a eu lieu entre le deuxième intermédiaire et l'acheteur final.

37 Les tribunaux américains ont examiné la question de savoir si, pour qu'il y ait vente de marchandises pour exportation aux États-Unis, l'acheteur doit être établi dans ce pays. Aux États-Unis, la valeur transactionnelle des marchandises importées [TRADUCTION] « est le prix payé ou à payer dans les faits pour les marchandises lorsqu'elles sont vendues pour exportation aux États-Unis » (19 U.S.C. § 1401a.(b)(1)). Il s'agit d'une disposition semblable au par. 48(4) de la *Loi sur les douanes*, qui précise que, « [d]ans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada, la valeur transactionnelle est le prix payé ou à payer ».

38 Dans l'affaire *E.C. McAfee Co. c. United States*, 842 F.2d 314 (Fed. Cir. 1988), la Cour d'appel a conclu [TRADUCTION] « qu'il n'est pas nécessaire

United States to provide the basis for valuation" (p. 318).

39 Similarly, in *Nissho Iwai American Corp. v. United States*, 982 F.2d 505 (Fed. Cir. 1992), the Court of Appeal held that the price an intermediary pays to a foreign manufacturer may constitute the value for duty of imported goods "when the goods are clearly destined for export to the United States and when the manufacturer and the middleman deal with each other at arm's length, in the absence of any non-market influences that affect the legitimacy of the sales price" (p. 509).

40 *McAfee* and *Nissho Iwai* are largely consistent with Noël J.'s decision (as he then was) in *Minister of National Revenue v. Harbour Sales (Windsor) Inc.* (1995), 90 F.T.R. 317, where he concluded that "[r]esidency is a concept that is totally foreign to the determination of value for duty under the *Customs Act*" (p. 318) and that "nothing in fact or in law prevents goods from being 'sold for export to Canada' to a purchaser who does not reside in Canada" (p. 318).

41 Informed by the modern approach to statutory interpretation (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 5, *per* Bastarache J., and at para. 50, *per* Iacobucci J.; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36, at para. 32), what is the ordinary meaning of the word "export" contained in s. 48(4) of the *Customs Act*?

42 In order for there to be a sale for export, there must obviously be a person who exports. For there to be an exporter, there must be an importer. Put in a different way, a sale for export cannot exist without a corresponding purchase to import.

que la vente soit faite à des acheteurs établis aux États-Unis pour servir de base au calcul de la valeur » (p. 318).

De même, dans *Nissho Iwai American Corp. c. United States*, 982 F.2d 505 (Fed. Cir. 1992), la Cour d'appel a jugé que le prix payé par un intermédiaire à un fabricant étranger pouvait constituer la valeur en douane des marchandises importées [TRADUCTION] « lorsque les marchandises sont clairement destinées à l'exportation aux États-Unis et que le fabricant et l'intermédiaire n'ont aucun lien de dépendance, en l'absence de tout facteur étranger au marché influant sur la légitimité du prix de vente » (p. 509).

Les arrêts *McAfee* et *Nissho Iwai* concordent dans une large mesure avec la décision du juge Noël (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale) dans l'affaire *Canada (Sous-ministre du Revenu national — M.R.N.) c. Harbour Sales (Windsor) Inc.*, [1995] A.C.F. nº 173 (QL) (1re inst.), où ce dernier a conclu que « [l]a résidence est une notion qui n'a absolument rien à voir avec la détermination de la valeur en douane en vertu de la *Loi sur les douanes* » (par. 5) et que « rien, en fait ou en droit, n'empêche les marchandises d'être "vendues pour exportation au Canada" à un acheteur qui ne réside pas au Canada » (par. 5).

Conformément à la méthode moderne d'interprétation législative (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 5, le juge Bastarache, et par. 50, le juge Iacobucci; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36, par. 32), quel est le sens ordinaire du mot « exportation » au par. 48(4) de la *Loi sur les douanes*?

Pour qu'il y ait vente de marchandises pour exportation, il faut évidemment une personne qui exporte. Et un exportateur suppose un importateur. Autrement dit, une vente de marchandises pour exportation ne peut pas exister sans un achat correspondant, effectué aux fins d'importation.

Where goods are not transported into Canada, a sale between two foreign companies cannot generally constitute an export. It may be the first sale in a chain that ultimately leads to a sale for export but it cannot generally be a sale for export. In *The King v. Gooderham & Worts, Ltd.*, [1928] 3 D.L.R. 109 (Ont. S.C., App. Div.), Grant J.A. held that "one does not speak of 'exporting' goods from Toronto to Montreal" (p. 116). In *Swan and Finch Co. v. United States*, 190 U.S. 143 (1903), Brewer J. held that "the word 'export' as used in the Constitution and laws of the United States, generally means the transportation of goods from this to a foreign country" (p. 145).

Lorsque les marchandises ne sont pas transportées en territoire canadien, une vente entre deux sociétés étrangères ne peut généralement pas constituer une exportation. Elle peut constituer la première d'une série de ventes aboutissant à une vente pour exportation, mais elle ne peut généralement pas être une vente pour exportation. Dans l'affaire *The King c. Gooderham & Worts, Ltd.*, [1928] 3 D.L.R. 109 (C.S. Ont., Div. app.), le juge Grant a conclu [TRADUCTION] « qu'on ne dit pas que des marchandises sont "exportées" de Toronto à Montréal » (p. 116). Dans l'affaire *Swan and Finch Co. c. United States*, 190 U.S. 143 (1903), le juge Brewer a estimé que [TRADUCTION] « le mot "exportation", tel qu'il est utilisé dans la Constitution et les lois américaines, signifie généralement le transport de marchandises depuis les États-Unis jusque dans un pays étranger » (p. 145). 43

Conversely, Canada's *Customs Act* does not ordinarily seek to impose duty on goods exported from Hong Kong to anywhere other than Canada. The *Customs Act* is replete with references to imported goods.

À l'inverse, la *Loi sur les douanes* du Canada ne vise pas vraiment à rendre passibles de droits les marchandises exportées de Hong Kong vers un pays autre que le Canada. La *Loi sur les douanes* regorge de références aux marchandises importées. 44

For the purposes of valuation under s. 48 of the *Customs Act*, the relevant sale for export is the sale by which title to the goods passes to the importer. The importer is the party who has title to the goods at the time the goods are transported into Canada. The importer may be the intermediary or the ultimate purchaser, depending on which party actually imports the goods into the country. For the purposes of determining whether a sale is for export, the residency of the purchaser or of the party transporting the goods is not material.

Aux fins de détermination de la valeur en douane de marchandises pour l'application de l'art. 48 de la *Loi sur les douanes*, la vente pour exportation pertinente est celle qui a pour effet de transférer à l'importateur le titre relatif aux marchandises. L'importateur est la partie qui détient ce titre au moment où les marchandises sont introduites au Canada. L'importateur peut être l'intermédiaire ou l'acheteur final, selon l'identité de la partie qui importe les marchandises au pays. Pour déterminer si une vente est faite pour exportation, le lieu de résidence de l'acheteur ou de la partie qui transporte les marchandises est sans importance. 45

In the present appeal, Mattel Canada had title to the goods at the time they were transported into Canada. The appropriate sale for export to Canada was the one to the ultimate purchaser, here from Mattel U.S. to Mattel Canada.

Dans le présent pourvoi, Mattel Canada détenait le titre relatif aux marchandises au moment où celles-ci ont été transportées en territoire canadien. La vente des marchandises pour exportation au Canada pertinente est celle qui a été faite à l'acheteur final, en l'espèce la vente par Mattel É.-U. à Mattel Canada. 46

47 My analysis of the ordinary meaning of the word "export" is fortified by the potentially anomalous results that could occur if a sale between the foreign manufacturers and the intermediary constituted a sale for export to Canada. If a sale between a foreign manufacturer and an intermediary was treated as a sale for export to Canada, importers would be tempted to adopt a "'more-the-merrier' approach" to importing (M. K. Neville, Jr., "'First-Sale-For-Export' Rule Represents a Major Victory for Importers" (1996), 7 *J. Int'l Tax'n* 72, at p. 75). Rather than have a three-tiered distribution system, importers might seek to posit five, six or seven tiers, all beginning at correspondingly lower prices.

48 Mattel Canada argues that for a sale to constitute an export to Canada, it is sufficient that a product be sold with the intent that it be eventually exported.

49 That an intent to export is not sufficient to constitute an export to Canada is evident if one considers what would have happened if the foreign manufacturers had sold the goods to the intermediary with the intent that they be exported, but the goods remained with the intermediary and never made their way to Canada. In those circumstances, i.e. a mere sale between two foreign companies with the intent that the goods be exported to Canada, could it be argued that a sale for export to Canada for *Customs Act* purposes had occurred with the corresponding duty payable to Canada? The example demonstrates that the genesis of an export occurs at the point where goods are actually transported into Canada.

50 Since the time the goods at issue in this appeal were imported, the words "to a purchaser in Canada" were added to s. 48(1) of the *Customs Act*. The subsection now states that "the value for duty of goods is the transaction value of the goods if the goods are sold for export to Canada to a purchaser in Canada" (emphasis added) (*An Act to amend the Customs Act and the Customs Tariff and*

Mon analyse du sens ordinaire du mot « exportation » est renforcée par les répercussions insolites que pourrait avoir le fait de considérer qu'une vente entre les fabricants étrangers et l'intermédiaire constituait une vente pour exportation au Canada. Si une telle vente était considérée comme une vente pour exportation au Canada, les importateurs seraient tentés d'adopter, en matière d'importation, une [TRADUCTION] « attitude du genre "Multiplions les intermédiaires!" » (M. K. Neville, Jr., « "First-Sale-For-Export" Rule Represents a Major Victory for Importers » (1996), 7 *J. Int'l Tax'n* 72, p. 75). Plutôt que d'avoir un système de distribution à trois étapes, les importateurs pourraient vouloir établir cinq, six ou sept étapes, le prix appliqué à chacune de ces étapes étant proportionnellement moins élevé qu'à la suivante.

De prétendre Mattel Canada, pour qu'une vente constitue une vente pour exportation au Canada, il suffit qu'un produit soit vendu en vue d'être exporté ultérieurement.

La conclusion que l'intention d'exporter ne suffit pas pour qu'il y ait exportation au Canada est évidente si on considère ce qui serait arrivé si les fabricants étrangers avaient vendu les marchandises à l'intermédiaire en vue de leur exportation, mais que ces marchandises étaient restées en possession de l'intermédiaire et n'étaient jamais parvenues au Canada. Dans ces circonstances, c.-à-d. une simple vente de marchandises intervenue entre deux sociétés étrangères en vue de leur exportation au Canada, est-il possible d'affirmer qu'il y a eu, pour l'application de la *Loi sur les douanes*, vente pour exportation au Canada assujettie aux droits correspondants payables au Canada? Cet exemple démontre que la genèse d'une exportation se situe au point où les marchandises sont concrètement transportées en territoire canadien.

Depuis l'importation des marchandises en cause dans le présent pourvoi, les mots « à un acheteur au Canada » ont été ajoutés au par. 48(1) de la *Loi sur les douanes*. Ce paragraphe précise maintenant que « la valeur en douane des marchandises est leur valeur transactionnelle si elles sont vendues pour exportation au Canada à un acheteur au Canada » (je souligne) (*Loi modifiant la Loi sur les*

to make related and consequential amendments to other Acts, S.C. 1995, c. 41, s. 18). Regulations have been enacted to define the words "purchaser in Canada" (*Valuation for Duty Regulations*, SOR/86-792, s. 2.1 (added SOR/97-443)).

douanes, le Tarif des douanes et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 41, art. 18). Un règlement a été pris afin de définir les mots « acheteur au Canada » (*Règlement sur la détermination de la valeur en douane*, DORS/86-792, art. 2.1 (ajouté DORS/97-443).

Mattel Canada argues that because the words "to a purchaser in Canada" were added to s. 48(1), the prior Act that did not contain those words must have permitted a sale between two foreign companies to constitute a sale for export to Canada, relying on the principle that "[i]t is strongly presumed that legislation is not intended to have a retroactive application" (*Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 512). 51

Mattel Canada prétend que, comme les mots « à un acheteur au Canada » ont été ajoutés au par. 48(1), la version antérieure de la Loi qui ne contenait pas ces mots devait permettre qu'une vente entre deux sociétés étrangères constitue une vente pour exportation au Canada, invoquant au soutien de cet argument le principe [TRADUCTION] « [qu'] il existe une forte présomption qu'un texte de loi n'est pas censé avoir d'effet rétroactif » (*Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), par R. Sullivan, p. 512).

I do not conclude that the sale between Mattel U.S. and Mattel Canada is the sale for export in this appeal on the basis that the legislative amendment operates retroactively. As previously mentioned, the conclusion is mandated by the modern approach to statutory interpretation and the ordinary meaning of the word "export" in the context of the *Customs Act*, a word that was contained in the statute prior to the amendment. 52

Ma conclusion que la vente de marchandises intervenue entre Mattel É.-U. et Mattel Canada constitue la vente pour exportation dans le présent pourvoi ne repose pas sur l'application rétroactive des modifications législatives. Comme il a été indiqué précédemment, cette conclusion s'impose en raison de la méthode moderne d'interprétation législative et du sens ordinaire du mot « exportation » dans le contexte de la *Loi sur les douanes*, mot qui figurait dans la loi avant sa modification.

That said, the meaning of s. 48(1) of the *Customs Act* as it applied before the legislative amendments is not meant to displace the meaning of the words "purchaser in Canada" set out in the new Act or regulations. 53

Cela dit, le sens du par. 48(1) de la *Loi sur les douanes*, tel qu'il s'appliquait avant les modifications législatives, n'est pas censé supplanter la signification des mots « acheteur au Canada » utilisés dans la nouvelle version de la Loi et dans le règlement.

C. *Should the royalties that Mattel Canada pays to Licensor X be added to the price paid or payable for the goods pursuant to s. 48(5)(a)(iv) of the Customs Act?*

C. *Les redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X doivent-elles, conformément au sous-al. 48(5)a)(iv) de la Loi sur les douanes, être ajoutées au prix payé ou à payer pour les marchandises?*

The next question is whether the royalties that Mattel Canada pays to Licensor X are caught by s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act*, which states: 54

La question à laquelle il faut maintenant répondre est de savoir si les redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X sont visées par le sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes*, qui est ainsi rédigé :

48. (5) The price paid or payable in the sale of goods for export to Canada shall be adjusted

(*a*) by adding thereto amounts, to the extent that each such amount is not already included in the price paid or payable for the goods, equal to

. . .

(iv) royalties and licence fees, including payments for patents, trade-marks and copyrights, in respect of the goods that the purchaser of the goods must pay, directly or indirectly, as a condition of the sale of the goods for export to Canada, exclusive of charges for the right to reproduce the goods in Canada,

48. (5) Dans le cas d'une vente de marchandises pour exportation au Canada, le prix payé ou à payer est ajusté :

a) par l'addition, dans la mesure où ils n'y ont pas déjà été inclus, des montants représentant :

. . .

(iv) les redevances et les droits de licence relatifs aux marchandises, y compris les paiements afférents aux brevets d'invention, marques de commerce et droits d'auteur, que l'acheteur est tenu d'acquitter directement ou indirectement en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada, à l'exclusion des frais afférents au droit de reproduction de ces marchandises au Canada.

55 As the Federal Court of Appeal held, s. 48(5)(*a*)(iv) contains three criteria: (i) the payments must be royalties and licence fees, (ii) the payments must be in respect of the goods exported, and (iii) they must be paid by the purchaser of the goods, directly or indirectly, as a condition of the sale of the goods for export to Canada.

Comme a conclu la Cour d'appel fédérale, le sous-al. 48(5)*a*)(iv) comporte trois critères : (i) les paiements doivent être des redevances ou des droits de licence; (ii) les paiements doivent être relatifs aux marchandises exportées; (iii) ils doivent être acquittés directement ou indirectement par l'acheteur des marchandises en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada.

56 Different decision-makers have established a variety of tests to determine what constitutes a condition of sale. In *Reebok Canada v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1997), 131 F.T.R. 102, MacKay J. concluded that royalties may be a condition of sale as long as there is "some connection between the fee in question and the goods purchased" (p. 108). By contrast, in the present matter, the CITT concluded that royalties are paid as a condition of sale where there is a "sufficient nexus" between the royalties and the sales for export (para. 30). At the Federal Court of Appeal, Létourneau J.A. modified the test to create a kind of "control" test that is summarized earlier in these reasons.

Différents décideurs ont établi divers critères en vue de déterminer ce qui constitue une condition de vente. Dans l'affaire *Reebok Canada, une division d'Avrecan International Inc. c. Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise — M.R.N.)*, [1997] A.C.F. nº 924 (QL) (1re inst.), le juge MacKay a conclu que des redevances peuvent constituer une condition de vente dans la mesure où il y a « un lien entre les droits en question et les marchandises achetées » (par. 21). À l'opposé, dans la présente affaire, le TCCE a considéré que des redevances sont versées en tant que condition de vente lorsqu'il y a un « lien suffisant » entre ces paiements et les ventes pour exportation (par. 30). En Cour d'appel fédérale, le juge Létourneau a modifié le critère pour créer une sorte de critère de « contrôle », qui a été résumé plus tôt dans les présents motifs.

57 In *Will-Kare*, *supra*, it was held that Parliament's decision to use the words "for sale or

Dans l'arrêt *Will-Kare*, précité, il a été jugé que la décision du législateur d'utiliser les mots « à

lease" in the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)) imported "relatively fine private law distinctions" (para. 30) arising from "common law and sale of goods legislation" (para. 35).

A condition of sale has a settled legal meaning. P. S. Atiyah's textbook *The Sale of Goods* (8th ed. 1990) states that "in its usual meaning a condition is a term which, without being the fundamental obligation imposed by the contract, is still of such vital importance that it goes to the root of the transaction" (p. 60). Professor Atiyah later adds that "[t]he importance of a condition in contracts for the sale of goods is that its breach, if committed by the seller, may give the buyer the right to reject the goods completely and to decline to pay the price, or if he has already paid it, to recover it" (p. 60 (citation omitted)). Ontario's *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1990, c. S.1, makes frequent reference to conditions of sale.

Rather than create a complex series of tests not strictly based on the settled legal meaning of words, it is preferable to rely on the common law and sale of goods law to determine whether royalties and licence fees are paid as "a condition of the sale of the goods for export to Canada" in accordance with s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act*. The Court of Appeal erred when it concluded that "the word 'condition' is not used in the *Act* as a term of art which carries the meaning generally ascribed to it in the law of sales" (p. 297).

The Federal Court of Appeal's control test would capture virtually all royalties and licence fees by the mere existence of remedies afforded to trade-mark owners in the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13. Had Parliament intended for all royalties and licence fees to be dutiable, it would not have stated it is only those that are paid "directly or indirectly, as a condition of the sale of the goods

vendre ou à louer » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)) introduisait « des distinctions relativement subtiles issues du droit privé » (par. 30) et découlant de « la common law et des lois relatives à la vente de marchandises » (par. 35).

58 L'expression « condition de vente » a un sens bien établi en droit. Dans son ouvrage *The Sale of Goods* (8e éd. 1990), P. S. Atiyah déclare que [TRADUCTION] « dans son sens ordinaire, une condition est une modalité qui, sans être l'obligation fondamentale imposée par le contrat, est néanmoins si importante qu'elle touche au cœur de la transaction » (p. 60). Le professeur Atiyah ajoute par la suite que « [l]'importance d'une condition dans les contrats de vente de marchandises est que la violation de cette condition, si elle est le fait du vendeur, peut donner à l'acheteur le droit de refuser entièrement les marchandises et de ne pas les payer ou, s'il l'a déjà fait, d'en obtenir le remboursement » (p. 60 (référence omise)). Dans la *Loi sur la vente d'objets* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. S.1, il est fréquemment fait mention des conditions de vente.

59 Plutôt que de créer un ensemble de critères complexes ne reposant pas strictement sur le sens bien établi des mots en droit, il est préférable de s'en remettre à la common law et au droit relatif à la vente de marchandises pour déterminer si les redevances et les droits de licence sont payés en tant que « condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada » au sens du sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes*. La Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que « le mot "condition" n'est pas utilisé dans la Loi au sens qui lui est en général attribué dans le droit relatif aux ventes » (par. 26).

60 Du seul fait de l'existence des recours accordés aux propriétaires de marques de commerce par la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, pratiquement toutes les redevances et tous les droits de licence seraient visés par le critère de contrôle énoncé par la Cour d'appel fédérale. Si le législateur avait voulu que toutes les redevances et tous les droits de licence soient pas-

for export to Canada" in accordance with s. 48(5)(*a*)(iv) that are dutiable.

61 For example, the intervener Reebok explained that under s. 53.1 of the *Trade-marks Act*, the owner of a registered trade-mark can apply to obtain an order "directing the Minister to take reasonable measures . . . to detain . . . wares", *inter alia*, where "a court is satisfied . . . that any wares to which the trade-mark has been applied are about to be imported into Canada . . . and that the distribution of the wares in Canada would be contrary to [the *Trade-marks Act*]". Section 53.1 would seemingly always afford a trade-mark owner the type of control envisaged by the Federal Court of Appeal, causing virtually all royalties and licence fees to be caught by s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act*. Following the Court of Appeal's test, a trade-mark owner would not even have to follow the procedure under s. 53.1 to obtain the sort of control needed to make the royalties and licence fees dutiable, since the court held that there would be a condition of sale and royalties and licence fees would be dutiable where "the possibility of such control exists even though not resorted to" (p. 297).

62 The royalties in the present appeal were not paid as a condition of sale. If Mattel Canada refused to pay royalties to Licensor X, Mattel U.S. could not refuse to sell the licensed goods to Mattel Canada or repudiate the contract of sale. The sale contract and the royalties contract were separate agreements between different parties. In fact, the CITT's decision notes that "some goods were purchased and imported into Canada without [Mattel Canada]

sibles de droits, il n'aurait pas dit que seuls le sont ceux qui sont payés « directement ou indirectement en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada », conformément au sous-al. 48(5)*a*)(iv).

Par exemple, l'intervenante Reebok a expliqué que, en vertu de l'art. 53.1 de la *Loi sur les marques de commerce*, le propriétaire d'une marque de commerce déposée peut demander au tribunal d'« ordonner au ministre de prendre [. . .] toutes mesures raisonnables pour détenir les marchandises », notamment lorsque « [le tribunal] [. . .] est convaincu [. . .] que des marchandises auxquelles a été appliquée une marque de commerce sont sur le point d'être importées au Canada [. . .] et que la distribution de ces marchandises serait contraire à [la *Loi sur les marques de commerce*] ». L'article 53.1 accorderait apparemment dans tous les cas au propriétaire d'une marque de commerce le genre de contrôle envisagé par la Cour d'appel fédérale, de sorte que pratiquement toutes les redevances et tous les droits de licence seraient visés par le sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes*. Selon le critère de la Cour d'appel fédérale, le propriétaire d'une marque de commerce n'aurait même pas à suivre la procédure prévue par l'art. 53.1 afin d'obtenir le genre de contrôle nécessaire pour que les redevances et les droits de licence soient passibles de droits, étant donné que la cour a conclu qu'il existe une condition de vente et que les redevances et les droits de licence sont passibles de droits lorsque « la possibilité de pareil contrôle existe même si l'on n'y a pas recours » (par. 27).

En l'espèce, les redevances en cause n'étaient pas versées en tant que condition de vente. Si Mattel Canada refusait de verser les redevances au Concédant de licence X, Mattel É.-U. ne pouvait refuser de vendre à Mattel Canada les marchandises visées par une licence ni résilier le contrat de vente. Le contrat de vente et le contrat de redevances constituaient des accords distincts intervenus entre des parties différentes. En fait, dans sa décision, le TCCE souligne que « certaines marchandises ont été achetées et importées au Canada

ever making a royalty payment in respect of the goods" (para. 30).

Rather than argue that the royalties were paid as a condition of sale in the manner envisaged by common law and sales of goods law, the Deputy Minister advanced a species of economic realities test. The Deputy Minister argued that if Mattel Canada failed to pay royalties to Licensor X, it would "effectively cease" to be permitted to import goods bearing its trademark. The Deputy Minister used similar language like "true connection", "effective control", "practical" and "logical" to describe the manner in which the royalties that Mattel Canada paid to Licensor X could constitute "a condition of the sale of the goods for export to Canada" as between Mattel U.S. and Mattel Canada.

The words "condition of the sale" as they appear in s. 48(5)(*a*)(iv) are clear and unambiguous. This Court has repeatedly held that where clear and unambiguous statutory provisions can be applied directly to the facts, it is not necessary to resort to an analysis of the economic realities of a transaction (*Will-Kare*, *supra*, at para. 34; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at pp. 641-42).

The Deputy Minister seizes on the words "price paid or payable" contained in s. 48(4) and s. 48(5) to argue that the royalty payments are caught by the Act. "Price paid or payable" is defined at s. 45(1) of the Act as "the aggregate of all payments made or to be made, directly or indirectly, in respect of the goods by the purchaser to or for the benefit of the vendor". The definition is then incorporated to s. 48(4) (determination of transaction value) and s. 48(5) (adjustment of price paid or payable).

The royalty payments are not caught by the words "paid or payable" because the royalty payments are not made for the benefit of Mattel U.S.,

sans que [Mattel Canada] verse de droits à l'égard de ces marchandises » (par. 30).

63 Le sous-ministre a non pas plaidé que les redevances étaient payées en tant que condition de vente de la manière envisagée par la common law et le droit relatif à la vente de marchandises, mais plutôt proposé une sorte de critère fondé sur les réalités économiques. Il a prétendu que, si Mattel Canada ne versait pas les redevances au Concédant de licence X, la société [TRADUCTION] « cesserait, dans les faits » d'être autorisée à importer des marchandises portant la marque de commerce du Concédant. Le sous-ministre a utilisé des expressions analogues telles que [TRADUCTION] « lien véritable », « contrôle de fait », « pratique » et « logique », pour décrire la manière dont les redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X pouvaient constituer, entre Mattel É.-U. et Mattel Canada, une « condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada ».

64 Les mots « condition de la vente » au sous-al. 48(5)*a*)(iv) sont clairs et non équivoques. Notre Cour a jugé à maintes reprises que, lorsque des dispositions législatives claires et non équivoques peuvent être appliquées directement aux faits, il n'y a pas lieu de se livrer à une analyse de la réalité économique d'une opération (*Will-Kare*, précité, par. 34; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, p. 641-642).

65 Le sous-ministre s'appuie sur les mots « prix payé ou à payer » figurant aux par. 48(4) et 48(5) pour avancer que les paiements de redevances sont visés par la Loi. L'expression « prix payé ou à payer » est définie au par. 45(1) de la Loi comme étant « la somme de tous les versements effectués ou à effectuer par l'acheteur directement ou indirectement au vendeur ou à son profit, en paiement des marchandises ». Cette définition est ensuite incorporée aux par. 48(4) (détermination de la valeur transactionnelle) et 48(5) (ajustement du prix payé ou à payer).

66 Les paiements de redevances ne sont pas visés par les mots « payé ou à payer » parce qu'ils ne sont pas faits au profit de Mattel É.-U., le vendeur,

the vendor. Rather, the payments are made for the benefit of the recipient of the payments, Licensor X.

67 Similarly, the royalty payments are not caught by s. 48(5)(*a*)(iv) merely because the subparagraph uses the words "directly or indirectly". While the adverbs do modify the verb "pay", and therefore indicate that royalties paid to third parties may be captured by s. 48(5)(*a*)(iv), adverbs cannot modify nouns like "condition". Therefore, the words "directly or indirectly" do not modify the requirement that royalties must be paid "as a condition of the sale of the goods for export to Canada" to be dutiable.

68 In summary, s. 48(5)(*a*)(iv) requires that royalties and licence fees be paid "as a condition of the sale of the goods for export to Canada". The words incorporate traditional concepts found in sale of goods legislation and the common law of contract. Unless a vendor is entitled to refuse to sell licensed goods to the purchaser or repudiate the contract of sale where the purchaser fails to pay royalties or licence fees, s. 48(5)(*a*)(iv) is inapplicable. The royalties that Mattel Canada paid to Licensor X are not royalties within the meaning of s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act*.

69 I would therefore dismiss the Deputy Minister's cross-appeal.

D. *Should the periodic payments that Mattel Canada pays to Mattel U.S. be added to the price paid or payable for the goods pursuant to s. 48(5)(a)(iv) or (v) of the Customs Act?*

70 As previously mentioned, Mattel U.S. agreed to pay royalty fees to Master Licensors to obtain licence rights to certain products. Although the

mais plutôt au profit de celui qui les reçoit, le Concédant de licence X.

De même, les paiements de redevances ne sont pas visés par le sous-al. 48(5)*a*)(iv) du seul fait que cette disposition comporte les mots « directement ou indirectement ». Bien que ces adverbes modifient le verbe « acquitter », indiquant ainsi que des redevances versées à des tierces parties peuvent être visées par le sous-al. 48(5)*a*)(iv), un adverbe ne peut modifier un substantif tel le mot « condition ». Par conséquent, les mots « directement ou indirectement » ne changent rien à l'exigence selon laquelle, pour être passibles de droits, les redevances doivent être versées « en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada ».

En résumé, aux termes du sous-al. 48(5)*a*)(iv), il faut que les redevances et les droits de licence soient acquittés « en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada ». Ces mots ont pour effet d'incorporer à la loi des notions traditionnelles qu'on retrouve dans la législation sur la vente de marchandises et les règles de la common law en matière de contrat. À moins que le vendeur n'ait le droit de refuser de vendre à l'acheteur les marchandises faisant l'objet d'une licence ou de résilier le contrat de vente lorsque l'acheteur ne paie pas les redevances ou les droits de licence, le sous-al. 48(5)*a*)(iv) est inapplicable. Les redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X ne constituent pas des redevances au sens du sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes*.

Je suis donc d'avis de rejeter l'appel incident du sous-ministre.

D. *Les versements périodiques faits par Mattel Canada à Mattel É.-U. doivent-ils, conformément au sous-al. 48(5)a)(iv) ou (v) de la Loi sur les douanes, être ajoutés au prix payé ou à payer pour les marchandises?*

Comme je l'ai mentionné, Mattel É.-U. a accepté de verser des redevances aux concédants de licences maîtresses pour obtenir les droits de

contracts are between Mattel U.S. and Master Licensors, the CITT found that "the burden of the royalty payments incurred under the agreements in respect of sales in Canada had been passed on to" Mattel Canada (para. 32). The Deputy Minister seeks to impose duty on Mattel Canada's payments pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv) or s. 48(5)(*a*)(v) of the *Customs Act*.

There is no dispute that the amounts that Mattel U.S. is said to have paid to the Master Licensors constitute licence fees. However, the evidence was not that Mattel U.S. paid licence fees to the Master Licensors.

While the CITT did initially state that Mattel Canada "makes periodic payments to Mattel [U.S.] that are intended to reimburse Mattel [U.S.] for the licence payments that [Mattel U.S.] makes to the master licensors" (para. 6), it later found (at para. 32) that "the burden of the royalty payments incurred under the agreements in respect of sales in Canada had been passed on to" Mattel Canada. The CITT ultimately concluded that "[t]hese payments were passed through Mattel [U.S.] to the master licensors" (para. 32 (emphasis added)).

Since the Deputy Minister agrees that the fees that Mattel U.S. "paid" to the Master Licensors are licence fees, and since the CITT found that the burden of the payments was passed to Mattel Canada, Mattel Canada's payments were licence fees.

The licence fees are not dutiable pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv). Similar to the analysis of the royalties that Mattel Canada pays to Licensor X, it is not suggested that Mattel U.S. would be entitled to refuse to sell licensed goods to Mattel Canada or repudiate the contract of sale if Mattel Canada refused to pay licence fees to the Master Licensors. Mattel Canada's obligation to pay licence fees to

licence relatifs à certains produits. Bien que les contrats aient été conclus par Mattel É.-U. et les concédants de licences maîtresses, le TCCE a estimé que « le fardeau des paiements de redevance découlant des contrats à l'égard des ventes au Canada a été transmis à » Mattel Canada (par. 32). Le sous-ministre veut rendre passibles de droits, au titre du sous-al. 48(5)*a*)(iv) ou 48(5)*a*)(v) de la *Loi sur les douanes*, les paiements effectués par Mattel Canada.

71 Personne ne conteste que les sommes que Mattel É.-U. a, affirme-t-on, versées aux concédants de licence maîtresses constituent des droits de licence. Toutefois, la preuve n'indique pas que Mattel É.-U. a versé des droits de licence aux concédants de licence maîtresses.

72 Quoique le TCCE ait au départ affirmé que Mattel Canada « paie périodiquement Mattel [É.-U.] pour lui rembourser les droits de licence qu'elle verse aux concédants de licences maîtresses » (par. 6), il a par la suite conclu (par. 32) que « le fardeau des paiements de redevance découlant des contrats à l'égard des ventes au Canada a été transmis à » Mattel Canada. En bout de ligne, le TCCE a estimé que « [c]es paiements étaient transmis par l'intermédiaire de Mattel [É.-U.] aux concédants de licences maîtresses » (par. 32 (je souligne)).

73 Étant donné que le sous-ministre reconnaît que les droits « payés » par Mattel É.-U. aux concédants de licences maîtresses constituent des droits de licence et que le TCCE a conclu que le fardeau des paiements avait été transféré à Mattel Canada, les paiements effectués par cette dernière étaient des droits de licence.

74 Les droits de licence ne sont pas passibles de droits au titre du sous-al. 48(5)*a*)(iv). Comme dans l'analyse des redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X, on ne prétend pas que Mattel É.-U. aurait le droit de refuser de vendre des marchandises visées par une licence à Mattel Canada ou de résilier le contrat de vente si cette dernière refusait de payer des droits de licence aux concédants de licences maîtresses. L'obligation de Mattel Canada de verser des droits

the Master Licensors is distinct from its obligation to purchase goods from Mattel U.S.

75 Since the licence fees are not caught by s. 48(5)(*a*)(iv), there is no need to consider whether they are caught by s. 48(5)(*a*)(v). Section 48(5)(*a*)(iv) seeks to impose duty on "royalties and licence fees". If royalties and licence fees that were not caught by s. 48(5)(*a*)(iv) could nonetheless be caught by s. 48(5)(*a*)(v), the limiting language contained in s. 48(5)(*a*)(iv) would be worthless. Put another way, if the Deputy Minister could impose duty on royalties and licence fees pursuant to s. 48(5)(*a*)(v), it would be simple to escape Parliament's decision to only impose duty on royalties and licence fees that are paid "directly or indirectly, as a condition of the sale of the goods for export to Canada" pursuant to s. 48(5)(*a*)(iv).

76 The distinction between s. 48(5)(*a*)(iv) and (v) is supported by the authors of the textbook *Customs Valuation: Commentary on the GATT Customs Valuation Code* (2nd ed. 1988). There, S. L. Sherman and H. Glashoff distinguish between Article 8.1(c) and 8.1(d) of the *Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade (Customs Valuation — 1979)*, provisions on which ss. 48(5)(*a*)(iv) and 48(5)(*a*)(v) are modelled. The authors state (at p. 155):

> The first and most important thing to be said about this "proceeds" provision is what it does not mean. It surely cannot have been intended — following as it does immediately after the intricate special provision on royalties and licence fees which we have just analyzed at such great length — to mean that any royalty which is expressed as a percentage of resale proceeds is automatically added to customs value under Article 8.1 (d), even if it has successfully withstood the test of Article 8.1 (c). Article 8.1 (d) is intended to deal with situations where the payment is for the goods and not for a related intangible right. If there are fictitious royalties or licence fees, i.e. payments for no other economic reason than the purchase of the imported goods, then the provisions

de licence aux concédants de licences maîtresses est distincte de son obligation d'acheter des marchandises de Mattel É.-U.

Puisque les droits de licence ne sont pas visés par le sous-al. 48(5)*a*)(iv), il n'y a pas lieu de se demander s'ils sont visés par le sous-al. 48(5)*a*)(v). Le sous-alinéa 48(5)*a*)(iv) vise l'imposition de droits sur « les redevances et les droits de licence ». Si les redevances et les droits de licence non visés par le sous-al. 48(5)*a*)(iv) pouvaient néanmoins être visés par le sous-al. 48(5)*a*)(v), le texte limitatif du sous-al. 48(5)*a*)(iv) serait inutile. Autrement dit, si le sous-ministre pouvait imposer des droits à l'égard des redevances et des droits de licence en vertu du sous-al. 48(5)*a*)(v), il serait facile de contourner la décision du législateur, au sous-al. 48(5)*a*)(iv), de n'imposer des droits qu'à l'égard des redevances et des droits de licence qui sont payés « directement ou indirectement en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada ».

La distinction faite entre les sous-al. 48(5)*a*)(iv) et (v) trouve appui dans l'ouvrage *Customs Valuation: Commentary on the GATT Customs Valuation Code* (2e éd. 1988). Dans ce manuel, S. L. Sherman et H. Glashoff expliquent la distinction entre les al. 8.1c) et 8.1d) de l'*Accord relatif à la mise en œuvre de l'Article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Code de la valeur en douane — 1979)*, dispositions dont sont inspirés les sous-al. 48(5)*a*)(iv) et (v). Les auteurs disent ce qui suit (à la p. 155) :

> [TRADUCTION] La première et la plus importante chose à dire à propos de cette disposition relative au « produit » est ce qu'elle ne signifie pas. Comme elle suit immédiatement la complexe disposition spéciale sur les redevances et les droits de licence que nous venons d'analyser en profondeur, cette disposition n'est sûrement pas censée signifier que toute redevance correspondant à un pourcentage du produit de revente est automatiquement ajoutée à la valeur en douane en vertu de l'al. 8.1d), même si cette redevance a résisté à l'application du critère de l'al. 8.1c). L'alinéa 8.1d) vise les cas où le versement est effectué pour les marchandises, et non à l'égard d'un droit incorporel s'y rattachant. S'il y a versement de redevances ou droits de licence fictifs, c.-à-d. des

on proceeds of resale can be applied. [Emphasis in original.]

VI. Conclusion

(a) The periodic payments passed through Mattel U.S. to the Master Licensors do not fall within the ambit of s. 48(5)(*a*)(iv) or s. 48(5)(*a*)(v) of the *Customs Act*.

(b) Pursuant to s. 48(4) of the *Customs Act*, the prices paid or payable for the goods when the goods are sold for export to Canada are the prices that Mattel U.S. charged Mattel Canada pursuant to the purchase agreement dated April 1, 1992.

As a result Mattel Canada's appeal is allowed in part.

(c) The royalties that Mattel Canada paid to Licensor X pursuant to the licence agreement dated December 2, 1991, are not royalties within the meaning of s. 48(5)(*a*)(iv) of the *Customs Act*.

The Deputy Minister's cross-appeal is therefore dismissed.

Mattel Canada shall have its costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed in part with costs. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Gottlieb & Pearson, Toronto.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Stikeman Elliott, Montréal.

paiements dont la seule raison d'être financière est l'achat de marchandises importées, les dispositions relatives au produit de revente peuvent être appliquées. [Souligné dans l'original.]

VI. Conclusion

77 a) Les versements périodiques acheminés par le truchement de Mattel É.-U. aux concédants de licences maîtresses ne sont pas visés par le sous-al. 48(5)*a*)(iv) ou 48(5)*a*)(v) de la *Loi sur les douanes*.

78 b) Conformément au par. 48(4) de la *Loi sur les douanes*, les prix payés ou à payer pour des marchandises dans le cas où elles sont vendues pour exportation au Canada sont les prix demandés par Mattel É.-U. à Mattel Canada en vertu de la convention d'achat datée du 1er avril 1992.

Par conséquent, l'appel de Mattel Canada est accueilli en partie.

79 c) Les redevances versées par Mattel Canada au Concédant de licence X en vertu de l'accord de concession de licence daté du 2 décembre 1991 ne constituent pas des redevances au sens du sous-al. 48(5)*a*)(iv) de la *Loi sur les douanes*.

L'appel incident du sous-ministre est en conséquence rejeté.

80 Mattel Canada a droit aux dépens, tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Gottlieb & Pearson, Toronto.

Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante : Stikeman Elliott, Montréal.

Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders *Appellant*

v.

Her Majesty in Right of Quebec, Ontario Securities Commission and Société nationale de l'amiante *Respondents*

INDEXED AS: COMMITTEE FOR THE EQUAL TREATMENT OF ASBESTOS MINORITY SHAREHOLDERS *v.* ONTARIO (SECURITIES COMMISSION)

Neutral citation: 2001 SCC 37.

File No.: 27252.

2000: December 15; 2001: June 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Securities — Ontario Securities Commission — Public interest jurisdiction — Nature and scope of Commission's public interest jurisdiction to intervene in activities related to Ontario capital markets — Whether Commission's decision not to exercise its public interest jurisdiction in this case reasonable — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127(1), para. 3.

Administrative law — Judicial review — Securities commissions — Standard of review — Standard of review for Ontario Securities Commission's decisions involving application of its public interest jurisdiction.

In 1977, the Quebec Government decided to take control of Asbestos Corp., a leading asbestos producer in the province. The common shares of Asbestos traded on the Toronto Stock Exchange and the Montreal Stock Exchange. Approximately 30 percent of the Asbestos common shares were held by minority shareholders resident in Ontario while GD Canada, a subsidiary of an American company, held the controlling interest. As a vehicle to take control of Asbestos, Quebec incorporated the Société nationale de l'amiante (SNA), a Crown

Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée *Appelant*

c.

Sa Majesté du chef du Québec, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et la Société nationale de l'amiante *Intimées*

RÉPERTORIÉ : COMITÉ POUR LE TRAITEMENT ÉGAL DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES DE LA SOCIÉTÉ ASBESTOS LTÉE *c.* ONTARIO (COMMISSION DES VALEURS MOBILIÈRES)

Référence neutre : 2001 CSC 37.

N° du greffe : 27252.

2000 : 15 décembre; 2001 : 7 juin.

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

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

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières de l'Ontario — Compétence relative à l'intérêt public — Nature et portée de la compétence de la Commission pour intervenir en matière d'intérêt public dans les activités liées aux marchés financiers en Ontario — La décision de la Commission de ne pas exercer en l'espèce sa compétence relative à l'intérêt public était-elle raisonnable? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 127(1), disposition 3.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Commissions des valeurs mobilières — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario portant sur l'exercice de sa compétence relative à l'intérêt public.

En 1977, le gouvernement du Québec a décidé de prendre le contrôle d'Asbestos, un chef de file de la production d'amiante dans la province. Les actions ordinaires d'Asbestos étaient négociées à la Bourse de Toronto et à la Bourse de Montréal. Environ 30 pour 100 des actions ordinaires d'Asbestos étaient détenues par des actionnaires minoritaires résidant en Ontario, alors que le contrôle appartenait à GD Canada, filiale d'une société américaine. Le Québec a constitué la Société nationale de l'amiante (« SNA »), société d'État

corporation wholly owned by the province. In 1981, Quebec reached an agreement with the American company pursuant to which SNA would acquire voting control of GD Canada and, therefore, indirect control of Asbestos. Despite statements made in previous years by the Quebec Minister of Finance suggesting the prospect of a follow-up offer to the minority shareholders of Asbestos, Quebec announced that it did not intend to make such an offer. In response to that announcement, the shares of Asbestos fell to a four-year low. Five years later, SNA purchased the remaining common shares of GD Canada. The appellant sought redress pursuant to s. 127 of the Ontario *Securities Act* (then s. 124), specifically for an order removing Quebec's and SNA's trading exemptions. The OSC determined that the transaction was not a take-over bid and this finding was not appealed. Even though the OSC found that the actions of the Quebec Government and SNA were abusive of the minority shareholders of Asbestos and were manifestly unfair to them, the OSC declined to exercise its public interest jurisdiction under s. 127(1), para. 3, and take away Quebec's trading exemption in the Ontario capital markets. The Divisional Court set aside the decision, holding that the OSC had erred by imposing two jurisdictional prerequisites to its s. 127(1), para. 3 jurisdiction: a "transactional connection" with Ontario and a conscious motive to avoid the takeover laws in Ontario. The Court of Appeal reinstated the OSC's decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Pursuant to s. 127(1) of the *Securities Act*, the OSC has the jurisdiction and a broad discretion to intervene in Ontario capital markets if it is in the public interest to do so. The permissive language of s. 127(1) expresses an intent to leave it to the OSC to determine whether and how to intervene in a particular case. However, the discretion to act in the public interest is not unlimited. In exercising its discretion, the OSC should consider the protection of investors and the efficiency of, and public confidence in, capital markets generally. In addition, s. 127(1) is a regulatory provision. The sanctions under the section are preventive in nature and prospective in orientation. Therefore, s. 127 cannot be used in response

possédée en propriété exclusive par Sa Majesté du chef du Québec, comme moyen de prendre le contrôle d'Asbestos. En 1981, le Québec et la société américaine ont conclu une entente prévoyant l'acquisition par la SNA du contrôle des voix de GD Canada et, par conséquent, du contrôle indirect d'Asbestos. Malgré les propos tenus par le ministre des Finances du Québec au cours des années précédentes au sujet de la présentation éventuelle d'une offre complémentaire aux actionnaires minoritaires d'Asbestos, le Québec a annoncé qu'il n'entendait pas faire une telle offre. Par suite de cette déclaration, les titres d'Asbestos sont tombés à leur niveau le plus bas en quatre ans. Cinq ans plus tard, la SNA a acheté les actions ordinaires restantes de GD Canada. L'appelant a demandé réparation sous le régime de l'art. 127 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario (alors l'art. 124), particulièrement une ordonnance retirant au Québec et à la SNA les dispenses relatives aux opérations sur valeurs mobilières. La CVMO a conclu que l'opération ne constituait pas une offre d'achat visant à la mainmise, conclusion qui n'a pas été contestée en appel. Certes, la CVMO a conclu que les actes du gouvernement du Québec et de la SNA étaient abusifs envers les actionnaires minoritaires d'Asbestos et étaient manifestement injustes à leur égard, mais elle s'est abstenue d'exercer la compétence relative à l'intérêt public que lui confère la disposition 3 du par. 127(1) et de retirer au Québec les dispenses relatives aux opérations sur valeurs mobilières dont il bénéficie sur les marchés financiers de l'Ontario. La Cour divisionnaire a infirmé la décision, concluant que la CVMO avait commis une erreur en imposant deux conditions préalables à l'exercice de sa compétence sous le régime de la disposition 3 du par. 127(1) : un « lien transactionnel » avec l'Ontario et une motivation consciente consistant à contourner le droit ontarien relatif aux offres d'achat visant à la mainmise. La Cour d'appel de l'Ontario a rétabli la décision de la CVMO.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Sous le régime du par. 127(1) de la *Loi sur les valeurs mobilières*, la CVMO a la compétence et un large pouvoir discrétionnaire pour intervenir dans les marchés financiers en Ontario lorsqu'il est dans l'intérêt public qu'elle le fasse. Le libellé facultatif du par. 127(1) exprime l'intention de laisser à la CVMO le soin d'apprécier l'opportunité et la manière d'intervenir dans une affaire particulière. Le pouvoir d'agir dans l'intérêt public n'est toutefois pas illimité. Lorsqu'elle est appelée à exercer son pouvoir discrétionnaire, la CVMO doit prendre en considération la protection des investisseurs et l'efficacité des marchés financiers ainsi que la confiance du public en ceux-ci en général. De plus, le

to *Securities Act* misconduct alleged to have caused harm or damages to private parties or individuals.

The standard of review applicable in this case is one of reasonableness. The OSC is a specialized tribunal with a wide discretion to intervene in the public interest and the protection of the public interest is a matter falling within the core of the OSC's expertise. Therefore, although there is no privative clause shielding the decisions of the OSC from review by the courts, taking into consideration that body's relative expertise in the regulation of the capital markets, the purpose of the Act as a whole and s. 127(1) in particular, and the nature of the problem before the OSC, those factors all militate in favour of a high degree of curial deference. However, as there is a statutory right of appeal from the decision of the OSC to the courts, when this factor is considered with all the other factors, an intermediate standard of review is indicated.

The OSC did not commit a reviewable error. First, the OSC did exercise the discretion that is incidental to its public interest jurisdiction. The OSC did not consider a transactional connection with Ontario and an intention to avoid Ontario law to be jurisdictional barriers or preconditions to an order under s. 127(1), para. 3 of the Act. The OSC properly rejected the argument that its public interest jurisdiction was subject to an implicit precondition. In analyzing the appellant's application for a remedy under s. 127(1), para. 3, the OSC identified and considered several factors relevant to the exercise of its discretion under that provision. The transactional connection with Ontario and the motive behind the structure of the transaction were two of several factors considered.

Second, the OSC's decision not to grant a remedy to the aggrieved minority shareholders through the exercise of its jurisdiction to act in the public interest was reasonable. The OSC's decision was informed by the legitimate and relevant considerations inherent in s.127(1) and in the OSC's previous jurisprudence on public interest jurisdiction. These considerations include: (i) the seriousness and severity of the sanction

par. 127(1) est une disposition de nature réglementaire. Les sanctions qui y sont prévues sont de nature préventive et axées sur l'avenir. L'article 127 ne peut donc être invoqué par une partie privée ou un particulier pour une transgression de la *Loi sur les valeurs mobilières* qui lui aurait causé un préjudice ou des dommages.

La norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle du caractère raisonnable. La CVMO est un tribunal spécialisé ayant un vaste pouvoir discrétionnaire d'intervention dans l'intérêt public et la protection de l'intérêt public est une matière qui se situe dans le domaine d'expertise fondamental du tribunal. Par conséquent, même en l'absence d'une clause privative mettant les décisions de la CVMO à l'abri du contrôle judiciaire, l'expertise relative de cet organisme dans la réglementation des marchés financiers, l'objet de la Loi dans son ensemble et du par. 127(1) en particulier, et la nature du problème soumis à la CVMO penchent pour un degré de retenue judiciaire élevé. Il faut toutefois tenir compte d'un autre facteur, à savoir le fait que la Loi prévoit le droit d'interjeter appel de la décision de la CVMO devant les tribunaux; lorsque ce facteur est pris en considération avec tous les autres facteurs, c'est une norme de contrôle intermédiaire qui semble indiquée.

La CVMO n'a pas commis d'erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire. Premièrement, elle a exercé le pouvoir discrétionnaire accessoire à sa compétence relative à l'intérêt public. Elle n'a pas considéré le lien transactionnel avec l'Ontario et l'intention d'échapper au droit de l'Ontario comme des entraves ou des conditions préalables juridictionnelles à la délivrance d'une ordonnance en vertu de la disposition 3 du par. 127(1) de la Loi. Elle a, à bon droit, rejeté l'argument selon lequel sa compétence relative à l'intérêt public était assujettie à une condition préalable implicite. Dans son analyse de la demande de réparation présentée par l'appelant sous le régime de la disposition 3 du par. 127(1), la CVMO a identifié et examiné plusieurs facteurs pertinents relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère cette disposition. Le lien transactionnel avec l'Ontario et la motivation sous-tendant la structuration de l'opération constituaient deux des nombreux facteurs examinés.

Deuxièmement, le refus de la CVMO d'accorder réparation aux actionnaires minoritaires lésés en exerçant sa compétence pour agir dans l'intérêt public était raisonnable. Les motifs de la CVMO étaient inspirés par les considérations légitimes inhérentes au par. 127(1) et à la jurisprudence de la CVMO portant sur la compétence relative à l'intérêt public. Parmi ces considérations on compte : (i) la gravité et la rigueur de la sanction

applied for; (ii) the effect of imposing such a sanction on the efficiency of, and public confidence in, Ontario capital markets; (iii) a reluctance to use the open-ended nature of the public interest jurisdiction to police out-of-province activities; and (iv) a recognition that s. 127 powers are preventive in nature, not remedial. The OSC's findings of fact that the transaction in this case was not intentionally structured to avoid Ontario law and that the capital markets in general, and the minority shareholders of Asbestos in particular, were not materially misled by the statements of Quebec's Minister of Finance respecting the prospect of a follow-up offer were reasonable and supported by the evidence.

demandée, (ii) l'effet qu'aurait l'application d'une telle sanction sur l'efficacité des marchés financiers en Ontario ainsi que sur la confiance du public en ceux-ci, (iii) une réticence à invoquer la nature indéterminée de la compétence relative à l'intérêt public pour réglementer des activités qui se déroulent hors de la province et (iv) la reconnaissance du fait que les pouvoirs conférés par l'art. 127 sont de nature préventive et non réparatrice. Les conclusions de fait tirées par la CVMO, à savoir que l'opération en cause n'avait pas été structurée intentionnellement de façon à contourner le droit ontarien et que les marchés financiers en général et les actionnaires minoritaires d'Asbestos en particulier n'avaient pas été sensiblement induits en erreur par les déclarations du ministre des Finances du Québec au sujet de la présentation éventuelle d'une offre complémentaire, étaient raisonnables et étayées par la preuve.

Cases Cited

Referred to: *Re Canadian Tire Corp.* (1987), 10 O.S.C.B. 857, aff'd (1987), 59 O.R. (2d) 79, leave to appeal to C.A. denied (1987), 35 B.L.R. xx; *Re H.E.R.O. Industries Ltd.* (1990), 13 O.S.C.B. 3775; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Re Albino* (1991), 14 O.S.C.B. 365; *Re Mithras Management Ltd.* (1990), 13 O.S.C.B. 1600; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Re Atco Ltd.* (1980), 15 O.S.C.B. 412; *Re Electra Investments (Canada) Ltd.* (1983), 6 O.S.C.B. 417; *Re Turbo Resources Ltd.* (1982), 4 O.S.C.B. 403C; *Re Genstar Corp.* (1982), 4 O.S.C.B. 326C; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Re Canadian Tire Corp.* (1987), 10 O.S.C.B. 857, conf. par (1987), 59 O.R. (2d) 79, autorisation de pourvoi à la C.A. refusée (1987), 35 B.L.R. xx; *Re H.E.R.O. Industries Ltd.* (1990), 13 O.S.C.B. 3775; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Re Albino* (1991), 14 O.S.C.B. 365; *Re Mithras Management Ltd.* (1990), 13 O.S.C.B. 1600; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Re Atco Ltd.* (1980), 15 O.S.C.B. 412; *Re Electra Investments (Canada) Ltd.* (1983), 6 O.S.C.B. 417; *Re Turbo Resources Ltd.* (1982), 4 O.S.C.B. 403C; *Re Genstar Corp.* (1982), 4 O.S.C.B. 326C; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21.

Statutes and Regulations Cited

Securities Act, R.S.O. 1980, c. 466, s. 124(1).

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1.1 [ad. 1994, c. 33, s. 2], 2.1, para. 5 [*idem*], 122 [rep. & sub. 1994, c. 11, s. 373], 127 [*idem*, s. 375], 128 [*idem*], Part XXIII.

Lois et règlements cités

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 1.1 [aj. 1994, ch. 33, art. 2], 2.1, par. 5 [*idem*], 122 [abr. & rempl. 1994, ch. 11, art. 373], 127 [*idem*, art. 375], 128 [*idem*], partie XXIII.

Securities Act, R.S.O. 1980, ch. 466, art. 124(1).

Authors Cited

Johnston, David, and Kathleen Doyle Rockwell. *Canadian Securities Regulation*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1998.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 43 O.R. (3d) 257, 169 D.L.R. (4th) 612, 117 O.A.C. 224, [1999] O.J. No. 388 (QL), setting aside a decision of the Divisional Court (1997), 33 O.R. (3d) 651, 146 D.L.R. (4th) 721, 100 O.A.C. 46, 46 Admin. L.R. (2d) 128, 34 B.L.R. (2d) 103, 13 C.C.L.S. 50, [1997] O.J. No. 1872 (QL). Appeal dismissed.

David W. Scott, Q.C., *Barry H. Bresner* and *Ira Nishisato*, for the appellant.

Sheila R. Block, *James C. Tory*, *Michel Jolin* and *Claude G. Rioux*, for the respondent Her Majesty in Right of Quebec.

Tim Moseley, for the respondent Ontario Securities Commission.

Glenn F. Leslie and *Matthew J. Halpin*, for the respondent Société nationale de l'amiante.

The judgment of the Court was delivered by

1 IACOBUCCI J. — This appeal arises out of a series of transactions in the course of which Société nationale de l'amiante ("SNA"), a crown corporation wholly owned by Her Majesty in right of Quebec (the "Quebec Government" or "Quebec"), acquired effective control of the federally incorporated, Asbestos Corporation Limited ("Asbestos"). The acquisition of control of Asbestos by SNA was achieved without a follow-up offer to the minority shareholders of Asbestos. Subsequent to SNA taking control, the market value of Asbestos shares fell. A group of the minority shareholders of Asbestos formed an unincorporated association to represent the interests of all the minority shareholders. That association, called the Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders, sought redress pursuant to s. 127 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (the "Act") (formerly R.S.O.

Doctrine citée

Johnston, David, and Kathleen Doyle Rockwell. *Canadian Securities Regulation*, 2nd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 43 O.R. (3d) 257, 169 D.L.R. (4th) 612, 117 O.A.C. 224, [1999] O.J. No. 388 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour divisionnaire (1997), 33 O.R. (3d) 651, 146 D.L.R. (4th) 721, 100 O.A.C. 46, 46 Admin. L.R. (2d) 128, 34 B.L.R. (2d) 103, 13 C.C.L.S. 50, [1997] O.J. No. 1872 (QL). Pourvoi rejeté.

David W. Scott, c.r., *Barry H. Bresner* et *Ira Nishisato*, pour l'appelant.

Sheila R. Block, *James C. Tory*, *Michel Jolin* et *Claude G. Rioux*, pour l'intimée Sa Majesté du chef du Québec.

Tim Moseley, pour l'intimée la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

Glenn F. Leslie et *Matthew J. Halpin*, pour l'intimée la Société nationale de l'amiante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi découle d'une série d'opérations au cours desquelles la Société nationale de l'amiante (« SNA »), société d'État possédée en propriété exclusive par Sa Majesté du chef du Québec (le « gouvernement du Québec » ou le « Québec »), a acquis le contrôle effectif d'Asbestos Corporation Limited (« Asbestos »), société constituée en vertu d'une loi fédérale. L'acquisition du contrôle d'Asbestos par la SNA s'est faite sans la présentation d'une offre complémentaire aux actionnaires minoritaires d'Asbestos. Après la prise de contrôle par la SNA, la valeur des titres d'Asbestos a chuté. Un groupe d'actionnaires minoritaires d'Asbestos s'est formé en association non constituée en personne morale pour représenter les intérêts de tous les actionnaires minoritaires. Cette association, appelée le Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos

1980, c. 466, s. 124). Specifically, the association sought an order under s. 127(1), para. 3, removing the trading exemptions of SNA and/or the province of Quebec.

Ltée, a demandé réparation sous le régime de l'art. 127 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. S.5 (la « Loi ») (auparavant R.S.O. 1980, ch. 466, art. 124). Plus particulièrement, l'association a demandé que soit rendue, sous le régime de la disposition 3 du par. 127(1), une ordonnance retirant à la SNA et/ou au Québec les dispenses relatives aux opérations sur valeurs mobilières.

The basic question raised by this appeal is whether the Court should intervene in the refusal of the Ontario Securities Commission ("OSC") to grant a remedy to the aggrieved minority shareholders through the exercise of its jurisdiction to act in the public interest under s. 127(1) of the Act.

2 La question fondamentale soulevée dans le pourvoi est celle de savoir si la Cour devrait intervenir à l'égard du refus de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (« CVMO ») d'accorder réparation aux actionnaires minoritaires lésés en exerçant sa compétence pour agir dans l'intérêt public en vertu du par. 127(1) de la Loi.

I. Facts

I. Les faits

3 There do not appear to be any substantive factual issues in dispute on this appeal. A comprehensive review of the background to this case, the agreed upon facts, the details of the transactions at issue, and the other evidence before the OSC is available in the reasons of the Commission in *Re Asbestos Corp.* (1994), 17 O.S.C.B. 3537. The following is intended to be a synopsis only of the salient factual matters in this appeal.

3 Il ne semble y avoir aucune question de fait substantielle en litige dans le pourvoi. Un examen complet du contexte de la présente espèce, des faits convenus par les parties, des détails des opérations en cause et des autres éléments de preuve produits devant la CVMO figure dans les motifs de la CVMO dans *Re Asbestos Corp.* (1994), 17 O.S.C.B. 3537. Les paragraphes qui suivent visent à présenter seulement un bref exposé des faits saillants du pourvoi.

4 In the fall of 1977, the province of Quebec was the largest asbestos producer in the Western world, accounting for perhaps 29 percent of annual world asbestos production. However, it had virtually no secondary asbestos industry in that approximately 95 percent of the raw product was shipped elsewhere for manufacture.

4 À l'automne de 1977, la province de Québec était le plus gros producteur d'amiante en occident, fournissant près de 29 pour 100 de la production mondiale annuelle d'amiante. Elle ne possédait toutefois pratiquement pas d'industrie secondaire de l'amiante, environ 95 pour 100 du produit brut étant exporté ailleurs pour y être transformé.

5 During that same time period, Quebec's newly elected Parti québécois Government pursued a policy of creating an asbestos manufacturing industry in Quebec to complement the asbestos mining industry. To accomplish its objective, the Quebec Government decided to take control of Asbestos, a leading asbestos producer in the province.

5 À l'époque, le gouvernement du Québec, composé du Parti québécois nouvellement élu, menait une politique de création d'un secteur industriel de l'amiante au Québec, qui serait complémentaire au secteur d'extraction de l'amiante. À cette fin, le gouvernement du Québec a décidé de prendre le contrôle d'Asbestos, un chef de file de la production d'amiante dans la province.

6 The common shares of Asbestos traded on the Toronto Stock Exchange and the Montreal Stock Exchange. Approximately 30 percent of the Asbestos common shares were held by minority shareholders resident in Ontario. General Dynamics Corporation (Canada) Limited ("GD Canada") held the controlling interest of 54.6 percent of the common shares of Asbestos. However, ultimate control of Asbestos resided in GD Canada's parent company, General Dynamics Corporation ("GD U.S."), a Delaware corporation with its head office in Missouri. GD Canada was a wholly owned subsidiary of GD U.S.

7 On October 22, 1977, Premier Lévesque announced the Quebec Government's intention to take control of Asbestos. He was quoted in the press as saying that other shareholders would be "uncomfortable" if they were minority shareholders while the Government held control as the Quebec Government must take positions and achieve objectives that are not always those of ordinary shareholders. At the same time, the press quoted Quebec's Finance Minister, Mr. Parizeau, as saying, "we will in any case make a bid for all public shares" and that a public offer for Asbestos Corp. shares would be at "an equivalent price" to that paid for the General Dynamics block.

8 In May 1978, Quebec incorporated the SNA as a vehicle to take control of Asbestos. All of SNA's shares were allotted to Quebec's Minister of Finance.

9 In September 1979, SNA made its first bid to acquire control of Asbestos. SNA offered to purchase all of GD Canada's shares in Asbestos for $42 per share. The offer stated that, once it acquired the shares held by GD Canada, the Quebec Government would offer to purchase the remaining Asbestos shares at the same price. This offer was rejected by GD U.S., as parent of GD Canada. Their valuation came in at $99 per share.

Les actions ordinaires d'Asbestos étaient négociées à la Bourse de Toronto et à la Bourse de Montréal. Environ 30 pour 100 des actions ordinaires d'Asbestos étaient détenues par des actionnaires minoritaires résidant en Ontario. General Dynamics Corporation (Canada) Limited (« GD Canada ») détenait une participation majoritaire de 54,6 pour 100 des actions ordinaires d'Asbestos. Toutefois, le contrôle d'Asbestos appartenait en bout de ligne à la société mère de GD Canada, General Dynamics Corporation (« GD U.S. »), une société du Delaware ayant son siège social au Missouri. GD Canada était une filiale en propriété exclusive de GD U.S.

Le 22 octobre 1977, le premier ministre Lévesque a annoncé l'intention du gouvernement du Québec de prendre le contrôle d'Asbestos. Selon ses propos rapportés dans la presse, les autres actionnaires ne seraient [TRADUCTION] « pas à l'aise » s'ils étaient des actionnaires minoritaires, alors que le gouvernement détiendrait le contrôle, car le gouvernement du Québec doit prendre des positions et atteindre des objectifs qui ne correspondent pas toujours à ceux des actionnaires ordinaires. À la même époque, le ministre des Finances du Québec, M. Parizeau, a tenu les propos suivants, rapportés par les médias : [TRADUCTION] « nous allons de toute façon présenter une offre visant toutes les actions publiques » et une offre publique d'achat des actions d'Asbestos Corp. serait à [TRADUCTION] « un prix équivalant » à celui qui sera payé pour le bloc de General Dynamics.

En mai 1978, le Québec a constitué la SNA comme moyen de prendre le contrôle d'Asbestos. Toutes les actions de la SNA ont été attribuées au ministre des Finances du Québec.

En septembre 1979, la SNA a présenté sa première offre en vue d'acquérir le contrôle d'Asbestos. La SNA a offert d'acheter toutes les actions d'Asbestos détenues par GD Canada au prix de 42 $ l'action. L'offre précisait que, dès qu'il aurait acquis les actions détenues par GD Canada, le gouvernement du Québec offrirait d'acheter le reste des actions d'Asbestos au même prix. Cette offre a été rejetée par GD U.S. en sa

The difference in share price arose from the parties' projections for the future asbestos market.

In June 1979, SNA's incorporating statute was amended to permit Quebec to expropriate the assets of Asbestos. However, in the debates concerning this amendment, both Premier Lévesque and Finance Minister Parizeau emphasized their preference to acquire control of Asbestos by agreement with GD U.S. and their intention to expropriate only if negotiations failed.

Negotiations ceased while Asbestos challenged the constitutionality of the legislation permitting Quebec to expropriate its assets. In the spring of 1981, the Quebec Court of Appeal rejected the constitutional challenge ([1981] C.A. 43, aff'g [1980] C.S. 331) and this Court denied leave to appeal, [1981] 1 S.C.R. v. Quebec then imposed a November 30, 1981 deadline for a negotiated agreement with GD U.S., failing which it would expropriate.

On November 9, 1981, Quebec and GD U.S. reached an agreement pursuant to which SNA would acquire voting control of GD Canada and, therefore, indirect control of Asbestos. Under that agreement, SNA acquired control over GD Canada; however, SNA's payment for GD Canada was deferred through the operation of a "put and call" agreement. This form of the transaction was designed to benefit the tax position of GD U.S., and to provide GD U.S. with a means to acquire the benefits of any subsequent improvement in the asbestos market.

The 1981 transaction differed materially from the offer rejected by GD U.S. in 1979. Under the 1981 transaction, SNA purchased GD Canada shares rather than Asbestos shares as it would have under the 1979 offer. Furthermore, the 1981 transaction was not accompanied by an undertaking to the minority shareholders of Asbestos to purchase their shares. On November 11, 1981, two days

qualité de société mère de GD Canada. Son évaluation s'élevait à 99 $ l'action, la différence de prix s'expliquant par les projections respectives des parties quant à l'avenir du marché de l'amiante.

10 En juin 1979, la loi constitutive de la SNA a été modifiée afin de permettre au Québec d'exproprier les biens d'Asbestos. Toutefois, dans les débats portant sur cette modification, le premier ministre Lévesque et le ministre des Finances Parizeau ont tous deux souligné leur préférence pour l'acquisition du contrôle d'Asbestos de gré à gré avec GD U.S. et leur intention de procéder à l'expropriation uniquement en cas d'échec des négociations.

11 Les négociations ont été suspendues pendant les procédures engagées par Asbestos pour contester la constitutionnalité de la Loi permettant à Québec de l'exproprier. Au printemps de 1981, la Cour d'appel du Québec a rejeté l'attaque constitutionnelle ([1981] C.A. 43, conf. [1980] C.S. 331) et notre Cour a refusé l'autorisation de pourvoi ([1981] 1 R.C.S. v). Le Québec a alors imposé la date limite du 30 novembre 1981 pour la conclusion d'une entente négociée avec GD U.S., faute de quoi il procéderait à l'expropriation.

12 Le 9 novembre 1981, le Québec et GD U.S. ont conclu une entente prévoyant l'acquisition par la SNA du contrôle des voix de GD Canada et, par conséquent, du contrôle indirect d'Asbestos. En vertu de cette entente, la SNA a acquis le contrôle de GD Canada, mais le paiement de la SNA pour GD Canada a été reporté au moyen d'une entente d'achat-vente. Cette forme d'opération visait à avantager GD U.S. sur le plan fiscal et à lui donner un moyen de tirer profit de toute amélioration subséquente du marché de l'amiante.

13 L'opération de 1981 différait sensiblement de l'offre rejetée par GD U.S. en 1979. Aux termes de l'opération de 1981, la SNA se portait acquéreur des actions de GD Canada plutôt que des actions d'Asbestos comme le prévoyait l'offre de 1979. De plus, l'opération de 1981 n'était pas accompagnée d'un engagement à acquérir les actions des actionnaires minoritaires d'Asbestos. Le 11 novembre

after the agreement was reached, Quebec announced that it did not intend to make a follow-up offer to the minority shareholders. Instead, the Finance Minister said in a press release, [TRANSLATION] "it will be up to GD Canada to evaluate over the course of the years the advantage of increasing eventually its interest in [Asbestos Corp.]." In response to that statement, the shares of Asbestos fell to a four-year low. Six days later the Finance Minister was quoted by the press as saying: "[b]ut at the present time, I'm not buying the shares of General Dynamics . . . but if I force them out . . . then obviously I should do something with the minority shareholders".

1981, deux jours après la conclusion de l'entente, le Québec a annoncé qu'il n'entendait pas faire d'offre complémentaire aux actionnaires minoritaires. Le ministre des Finances a plutôt déclaré dans un communiqué qu'« il reviendra à G.D. Canada d'évaluer au cours des années l'avantage de majorer éventuellement sa participation dans la [Société Asbestos Limitée] ». Par suite de cette déclaration, les titres d'Asbestos sont tombés à leur niveau le plus bas en quatre ans. Six jours plus tard, les journaux rapportaient les propos suivants du ministre des Finances : [TRADUCTION] « [m]ais en ce moment, je ne me porte pas acquéreur des actions de General Dynamics . . . mais si je les force à se retirer . . . alors, évidemment, je devrais faire quelque chose à l'égard des actionnaires minoritaires ».

14 On February 12, 1982, the agreement among Quebec, SNA, and GD U.S. was formalized. GD Canada's name was changed to Mines SNA Inc. and its registered office was moved from Ottawa, Ontario, to Thetford Mines, Quebec. In November 1986, GD U.S. exercised its put option and, on December 9, 1986, SNA purchased the remaining common shares of GD Canada held by GD U.S. No follow-up offer was ever made to the minority shareholders of Asbestos.

Le 12 février 1982, l'entente entre Québec, la SNA et GD U.S. a été officialisée. Le nom de GD Canada a été remplacé par la dénomination Mines SNA Inc. et son siège social a été transporté d'Ottawa (Ontario) à Thetford Mines (Québec). En novembre 1986, GD U.S. a levé son option de vente et, le 9 décembre 1986, la SNA a acheté les actions ordinaires restantes de GD Canada détenues par GD U.S. Aucune offre complémentaire n'a été faite aux actionnaires minoritaires d'Asbestos à quelque moment que ce soit.

15 In April 1988, the OSC issued a notice of hearing to determine two questions: (i) whether the transaction amounted to a take-over bid in Ontario, requiring SNA to make a follow-up offer to the minority shareholders of Asbestos, and (ii) whether the OSC should exercise its public interest jurisdiction under s. 124(1) (now s. 127(1), para. 3) of the *Securities Act* and take away Quebec's trading exemptions in the Ontario capital markets.

En avril 1988, la CVMO a notifié la tenue d'une audience visant à trancher deux questions, à savoir : (i) si l'opération équivalait à une offre d'achat visant à la mainmise en Ontario, ce qui obligerait la SNA à présenter une offre complémentaire aux actionnaires minoritaires d'Asbestos, et (ii) si la CVMO devait exercer la compétence relative à l'intérêt public que lui confère le par. 124(1) (maintenant la disposition 3 du par. 127(1)) de la *Loi sur les valeurs mobilières*, et retirer au Québec les dispenses relatives aux opérations sur valeurs mobilières dont il bénéficie sur les marchés financiers de l'Ontario.

16 In addition to the details of the negotiations and transaction, the evidence before the OSC included press reports of the statements made by members of the Quebec Government, noted above, as well as other articles quoting analysts as recommending

Outre des renseignements détaillés sur les négociations et l'opération, les éléments de preuve produits devant la CVMO comprenaient des reportages sur les déclarations susmentionnées des membres du gouvernement du Québec, de même

caution and warning against the speculative nature of an investment in Asbestos. The OSC also examined the market performance of Asbestos shares during the relevant period in light of all of the information about Asbestos and the change of control transaction that was available to the market during the material times. The OSC also considered the testimony of witnesses called by the appellant. The OSC concluded that the statements made by members of the Quebec Government did not constitute a promise to make a follow-up offer, that the minority shareholders and market analysts were aware of the speculative nature of an investment in Asbestos, and that the market was not materially misled by Quebec or SNA.

que d'autres articles citant les recommandations d'analystes qui incitaient à la prudence et mettaient en garde contre la nature spéculative d'un investissement dans la société Asbestos. La CVMO a aussi examiné le rendement des actions d'Asbestos sur le marché au cours de la période visée, d'après toute l'information sur Asbestos et l'opération de changement de contrôle qui était disponible sur le marché à l'époque des faits. Elle a également noté les dépositions des témoins produits par l'appelant. Elle a conclu que les déclarations des membres du gouvernement du Québec ne constituaient pas une promesse de présenter une offre complémentaire, que les actionnaires minoritaires et les analystes étaient conscients de la nature spéculative d'un investissement dans la société Asbestos et que le Québec ou la SNA n'ont pas substantiellement induit le marché en erreur.

II. Decisions Below

II. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

1. *The 1988 Jurisdictional Proceedings*

1. *Les procédures de 1988 sur la question de la compétence*

Immediately after the OSC issued the notice of hearing in this case, Quebec challenged the jurisdiction of the OSC to inquire into the transaction. In a decision dated August 15, 1988, a majority of the OSC held that it had jurisdiction to decide the issues raised in the notice of hearing: (1988), 11 O.S.C.B. 3419. A combined appeal and judicial review application brought by Quebec was dismissed by the Divisional Court. A further appeal was dismissed by the Court of Appeal: (1992), 10 O.R. (3d) 577, with leave to appeal to this Court denied, [1993] 2 S.C.R. x.

17 Dès la notification par la CVMO de la tenue d'une audience au sujet de l'affaire, le Québec a contesté la compétence de la CVMO pour examiner l'opération. Dans une décision datée du 15 août 1988, la CVMO a conclu à la majorité qu'elle avait compétence pour trancher les questions soulevées dans l'avis d'audience : (1988), 11 O.S.C.B. 3419. Un recours en appel et en contrôle judiciaire engagé par le Québec a été rejeté par la Cour divisionnaire. La Cour d'appel a rejeté un nouvel appel : (1992), 10 O.R. (3d) 577, et notre Cour a rejeté la demande d'autorisation de pourvoi, [1993] 2 R.C.S. x.

At the Court of Appeal, McKinlay J.A., writing for the court, held that the provisions of the Act raised in the notice of hearing were within the province's legislative competence and that it was neither fair nor reasonable to suggest only Ontario residents are subject to Ontario regulatory rules when operating in Ontario capital markets. She wrote, at p. 595:

18 Dans les motifs prononcés au nom de la Cour d'appel, Madame le juge McKinlay a conclu que les dispositions de la Loi invoquées dans l'avis d'audience demeuraient dans les limites des pouvoirs législatifs de la province et qu'on ne pouvait équitablement ni raisonnablement prétendre que seuls les résidents de l'Ontario sont assujettis aux dispositions réglementaires de l'Ontario lorsqu'ils procèdent à des opérations sur les marchés financiers en Ontario. Elle a écrit, à la p. 595 :

. . . I am of the view that territorial jurisdiction of the OSC under s. 124 does not depend solely upon the province or country in which relevant transactions may have taken place, but rather upon whether or not persons availing themselves of the benefits of trading in the Ontario capital markets act in a manner consistent with the provisions of the Act.

19 McKinlay J.A. also held the OSC's public interest jurisdiction was not "subject to an implicit precondition" (p. 592) that the conduct in question "must have a 'sufficient Ontario connection'" (p. 593). She wrote at pp. 592-93:

I have difficulty understanding the argument of the appellant that s. 124(1) must be interpreted as being subject to an implicit precondition that the conduct relied upon by the OSC as the basis for the exercise of its discretion must have a "sufficient Ontario connection". The Ontario connection required by the section is "the public interest". I construe "the public interest" in that provision as being not only the interest of residents of Ontario, but the interest of all persons making use of Ontario capital markets. The discretion being contemplated by the OSC is a discretion to withdraw special privileges given, in this case, to the government of another province. I see nothing in the Act, nor do I see any constitutional or policy reason why any limited interpretation should be placed on the clear wording of the section.

20 Following the Court of Appeal's decision, the OSC resumed its hearing into whether the transaction amounted to a take-over bid, or whether it should exercise its public interest jurisdiction to remove Quebec's trading exemptions.

2. *Ontario Securities Commission (Vice Chair Geller, Commissioners Kitts and Carscallen concurring)* (1994), 4 C.C.L.S. 233

21 The OSC considered two questions: (i) whether the transaction amounted to a take-over bid in Ontario, requiring SNA to make a follow-up offer

[TRADUCTION] . . . j'estime que la compétence territoriale de la CVMO sous le régime de l'art. 124 ne dépend pas uniquement de la province ou du pays où les opérations pertinentes peuvent avoir eu lieu, mais plutôt de la question de savoir si des personnes tirant profit d'opérations sur les marchés financiers en Ontario agissent ou non d'une façon qui est conforme aux dispositions de la Loi.

Le juge McKinlay a aussi conclu que la compétence relative à l'intérêt public de la CVMO n'était pas [TRADUCTION] « assujettie à une condition préalable implicite » (p. 592) en vertu de laquelle la conduite en cause [TRADUCTION] « doit avoir un "lien suffisant avec l'Ontario" » (p. 593). Elle a écrit, aux p. 592-593 :

[TRADUCTION] J'ai de la difficulté à comprendre l'argument de l'appelante selon lequel le par. 124(1) doit être interprété comme assujetti à une condition préalable implicite en vertu de laquelle la conduite sur laquelle se fonde la CVMO pour exercer son pouvoir discrétionnaire doit avoir un « lien suffisant avec l'Ontario ». Le lien avec l'Ontario prescrit par cet article est « l'intérêt public ». Mon interprétation de « l'intérêt public » dans cette disposition ne se limite pas au seul intérêt des résidents de l'Ontario, mais comprend aussi l'intérêt de toutes les personnes qui utilisent les marchés financiers en Ontario. Le pouvoir discrétionnaire sur lequel s'est prononcée la CVMO est celui de retirer des privilèges spéciaux consentis, en l'espèce, au gouvernement d'une autre province. Je ne vois aucune disposition dans la Loi ni aucune raison constitutionnelle ou politique qui commanderait une interprétation restrictive du libellé clair de cet article.

À la suite de l'arrêt de la Cour d'appel, la CVMO a repris son audience sur la question de savoir si l'opération constituait une offre d'achat visant à la mainmise, ou si la CVMO devait exercer sa compétence relative à l'intérêt public pour retirer au Québec les dispenses relatives aux opérations sur valeurs mobilières dont il bénéficie.

2. *La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (Vice-président Geller, avec l'appui des membres Kitts et Carscallen)* (1994), 4 C.C.L.S. 233

La CVMO s'est penchée sur deux questions, à savoir : (i) si l'opération équivalait à une offre d'achat visant à la mainmise en Ontario, ce qui

to the minority shareholders of Asbestos; and (ii) whether the OSC should exercise its public interest jurisdiction under s. 124(1) (now s. 127(1), para. 3) of the *Securities Act* and take away Quebec's trading exemptions in the Ontario capital markets.

obligerait la SNA à présenter une offre complémentaire aux actionnaires minoritaires d'Asbestos, et (ii) si la CVMO devrait exercer la compétence relative à l'intérêt public que lui confère le par. 124(1) (maintenant la disposition 3 du par. 127(1)) de la *Loi sur les valeurs mobilières* et retirer les dispenses du Québec sur les marchés financiers de l'Ontario.

First, the OSC panel held that the transaction was not a take-over bid, nor a deemed take-over bid, under the Act. Thus, the transaction was not a breach of the Act and no follow-up offer was required under its express provisions or the regulations thereunder. This finding has not been appealed.

22 La CVMO a d'abord conclu que l'opération n'était pas une offre d'achat visant à la mainmise, ni une opération réputée constituer une telle offre au sens de la Loi. L'opération ne contrevenait donc pas à la Loi et aucune offre complémentaire n'était exigée par quelque disposition expresse de la Loi ou de ses règlements d'application. Cette conclusion n'a pas été portée en appel.

Next, the panel considered whether it should exercise its public interest jurisdiction. In doing so, the panel relied on its previous jurisprudence in *Re Canadian Tire Corp.* (1987), 10 O.S.C.B. 857, and *Re H.E.R.O. Industries Ltd.* (1990), 13 O.S.C.B. 3775. The panel noted that it does not need to find a breach of the Act or of the regulations thereunder in order to exercise its s. 127 jurisdiction. It emphasized, however, that it should be cautious in exercising its s. 127 jurisdiction, and should not use its open-ended nature to correct perceived abuses regardless of a connection with Ontario. Then, the panel went on to consider the following four factors: (i) whether the transaction had been designed to avoid the animating principles behind the legislation and the rules respecting take-over bids, (ii) whether the transaction was manifestly unfair to public minority shareholders, (iii) whether there was a sufficient nexus with Ontario to warrant the OSC's intervention, or whether the transaction was structured to make an Ontario transaction appear to be a non-Ontario one, and (iv) whether the transaction was abusive of the integrity of the capital markets in the province.

23 La CVMO s'est ensuite penchée sur la question de savoir si elle devait exercer sa compétence relative à l'intérêt public. Elle s'est fondée à cet égard sur sa jurisprudence dans les affaires *Re Canadian Tire Corp.* (1987), 10 O.S.C.B. 857, et *Re H.E.R.O. Industries Ltd.* (1990), 13 O.S.C.B. 3775. La CVMO a noté qu'il n'était pas nécessaire qu'elle conclue à l'existence d'une contravention à la Loi ou à ses règlements d'application pour pouvoir exercer sa compétence en vertu de l'art. 127. Toutefois, elle a souligné la nécessité d'user de circonspection dans l'exercice de sa compétence en vertu de l'art. 127 et de s'abstenir d'invoquer sa nature indéterminée pour corriger des abus perçus sans égard à l'existence d'un lien avec l'Ontario. La CVMO a ensuite examiné les quatre facteurs suivants : (i) si l'opération avait été conçue dans le but de contourner les principes directeurs qui sous-tendent la Loi et les règles régissant les offres d'achat visant à la mainmise, (ii) si l'opération était manifestement injuste envers les actionnaires minoritaires publics, (iii) s'il existait un lien suffisant avec l'Ontario pour justifier l'intervention de la CVMO, ou si l'opération était structurée de façon à donner à une opération ontarienne l'apparence d'une opération étrangère, et (iv) si l'opération portait atteinte à l'intégrité des marchés financiers de la province.

24 With regard to the first two factors, the panel held that both Quebec and GD U.S. had a moral obligation to the minority shareholders and that

> the actions of the Quebec Government and SNA failed to comply with the spirit underlying the take-over bid rules of the Act, were abusive of the minority shareholders of Asbestos and were manifestly unfair . . . (para. 71)

25 However, with respect to the third factor, the panel held that a sufficient Ontario nexus had not been established, and that the principal and, so far as the evidence went, the sole purpose for structuring the transaction in its final form was the minimization of taxes on the profit received by GD Canada and GD U.S.

26 Furthermore, the panel found that, although it would have been fairer if the Quebec Government had not equivocated about its plans regarding a follow-up offer, its equivocation did not result in the market being materially misled or investors purchasing shares on the "promise" that there would be a follow-up offer.

27 The OSC concluded that, although the minority shareholders of Asbestos were unfairly and badly dealt with by the Quebec Government, they are unable to look to the Act for a remedy (para. 90).

3. *Ontario Divisional Court (Crane J., O'Driscoll J. concurring; Steele J. dissenting in part)* (1997), 33 O.R. (3d) 651

28 The Divisional Court was unanimous in reversing the decision of the OSC. The court held that the OSC had erred by imposing two jurisdictional prerequisites to its s. 127(1), para. 3 jurisdiction: a "transactional connection" with Ontario, and a conscious motive to avoid the takeover laws in Ontario and abuse minority shareholders. On the first jurisdictional error, the court further held that the OSC had erred in concluding that a sufficient

En ce qui a trait aux deux premiers facteurs, la CVMO a conclu que le Québec et GD U.S. avaient tous deux une obligation morale envers les actionnaires minoritaires et que

> [TRADUCTION] les actes du gouvernement du Québec et de la SNA n'ont pas respecté l'esprit qui sous-tend les règles relatives aux offres d'achat visant à la mainmise édictées dans la Loi, étaient abusifs envers les actionnaires minoritaires d'Asbestos et étaient manifestement injustes . . . (par. 71)

En ce qui a trait au troisième facteur, toutefois, la CVMO a conclu qu'un lien suffisant avec l'Ontario n'avait pas été établi et que le motif principal, voire l'unique motif démontré par la preuve, de la structuration de l'opération dans sa forme finale était la réduction des impôts sur le profit réalisé par GD Canada et GD U.S.

La CVMO a en outre conclu, après avoir constaté que la situation aurait été plus juste si le gouvernement du Québec n'avait pas tergiversé quant à son intention de présenter une offre complémentaire, que ses tergiversations n'avaient néanmoins pas eu pour effet de tromper sensiblement le marché ni d'inciter des investisseurs à acheter des actions sur la foi d'une « promesse » de présentation d'une offre complémentaire.

La CVMO a conclu que les actionnaires minoritaires d'Asbestos, en dépit de la façon injuste et incorrecte dont ils ont été traités par le gouvernement du Québec, ne pouvaient invoquer la Loi pour obtenir réparation (par. 90).

3. *Cour divisionnaire de l'Ontario (le juge Crane, avec l'appui du juge O'Driscoll; le juge Steele étant dissident en partie)* (1997), 33 O.R. (3d) 651

La Cour divisionnaire a infirmé à l'unanimité la décision de la CVMO. Elle a conclu que la CVMO avait commis une erreur en imposant deux conditions préalables à l'exercice de sa compétence sous le régime de la disposition 3 du par. 127(1) : un « lien transactionnel » avec l'Ontario et une motivation consciente consistant à contourner le droit ontarien relatif aux offres d'achat visant à la mainmise et à abuser les actionnaires minoritaires. Au

Ontario nexus had not been established. On the second jurisdictional error, the court held that the OSC must look at the effect of the transaction, not the motivation of the parties.

· Based on these findings, a majority of the Divisional Court directed the OSC to order the Quebec Government to make a follow-up offer to the minority shareholders within 90 days, failing which the OSC was to deny the Quebec Government all of the exemptions that allowed it to participate in the Ontario capital market. The OSC was also directed to order the Quebec Government to pay the appellant's costs of the 1994 proceedings before the OSC, as well as present costs at the Divisional Court and the future costs of appearances before the OSC on this matter, if any. Steele J. concurred with the majority's reasons but would have granted a different order. The substance of Steele J.'s order was the same as that of the majority; however Steele J. would have left the "mechanics and details" to be determined by the OSC. In other words, Steele J. would have remitted the matter to the OSC for a determination of the prescribed time period for the follow-up offer to be made, the exemptions to be disallowed, the interest rate to be applied, and the liability for future costs.

4. *Court of Appeal for Ontario (Laskin J.A., Doherty and Rosenberg JJ.A. concurring)* (1999), 43 O.R. (3d) 257

In comprehensive and lucid reasons written by Laskin J.A., the Court of Appeal for Ontario unanimously allowed the appeal and reinstated the OSC's decision. The Court of Appeal concluded that the Divisional Court made four main errors in that it:

(1) applied the wrong standard of review,

(2) mischaracterized what the OSC did,

sujet de la première erreur juridictionnelle, la cour a en outre statué que la CVMO avait commis une erreur en concluant qu'un rapport suffisant avec l'Ontario n'avait pas été établi. Quant à la deuxième erreur juridictionnelle, la cour a conclu que la CVMO doit tenir compte de l'effet de l'opération et non de la motivation des parties.

29 À partir de ces conclusions, la Cour divisionnaire a, à la majorité, prescrit à la CVMO d'ordonner au gouvernement du Québec de présenter une offre complémentaire aux actionnaires minoritaires dans un délai de 90 jours, faute de quoi la CVMO retirerait au gouvernement du Québec toutes les dispenses qu'elle lui avait accordées pour lui permettre de faire des opérations sur le marché financier en Ontario. La CVMO a aussi reçu la directive d'ordonner au gouvernement du Québec de payer à l'appelant ses dépens de la procédure de 1994 devant la CVMO, ceux de l'appel devant la Cour divisionnaire et ceux qui étaient susceptibles de découler de la comparution devant la CVMO sur cette question, le cas échéant. Tout en partageant les motifs des juges majoritaires, le juge Steele aurait rendu une ordonnance différente, qui s'apparentait à celle de la majorité quant au fond, mais qui aurait laissé à la CVMO le soin de régler les [TRADUCTION] « questions d'application concrète et de détail ». En d'autres termes, le juge Steele aurait renvoyé l'affaire devant la CVMO pour qu'elle détermine le délai de présentation d'une offre complémentaire, les dispenses à retirer, le taux d'intérêt à appliquer et la charge des dépens à venir.

4. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge Laskin, avec l'appui des juges Doherty et Rosenberg)* (1999), 43 O.R. (3d) 257

30 Dans des motifs approfondis et lucides écrits par le juge Laskin, la Cour d'appel de l'Ontario a, à l'unanimité, accueilli l'appel et rétabli la décision de la CVMO. La Cour d'appel a conclu que la Cour divisionnaire avait commis quatre erreurs principales, à savoir :

(1) elle a appliqué la mauvaise norme de contrôle,

(2) elle a mal qualifié ce que la CVMO avait fait,

(3) failed to appreciate that whether the acquisition of control of Asbestos had a sufficient "transactional connection" with Ontario, whether Quebec intended to avoid Ontario law and whether Quebec's public statements misled investors into believing a follow-up offer would be made, were relevant factors for the OSC to consider in exercising its discretion under s. 127(1), para. 3, and

(4) misconceived the purpose of the OSC's public interest jurisdiction by treating it as remedial.

(3) elle a omis de considérer que les questions de savoir si l'acquisition du contrôle d'Asbestos avait un « lien transactionnel » suffisant avec l'Ontario, si le Québec a cherché à éviter la loi de l'Ontario et si les déclarations publiques du Québec ont induit des investisseurs à croire qu'une offre complémentaire serait présentée, constituaient des facteurs pertinents dont la CVMO devait tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sous le régime de la disposition 3 du par. 127(1); et

(4) elle a mal interprété l'objet visé par la compétence relative à l'intérêt public de la CVMO en la traitant comme si elle avait un caractère réparateur.

31 With respect to the first error noted above, the Court of Appeal was of the opinion that the Divisional Court had applied a standard of correctness without first addressing the necessary issue of appropriate standard of review. The Court of Appeal then applied *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, and *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, and concluded that the appropriate standard of review in this case was "reasonableness".

En ce qui a trait à la première erreur susmentionnée, la Cour d'appel a estimé que la Cour divisionnaire avait appliqué la norme de la décision correcte sans s'être penchée au préalable sur l'incontournable question de la norme de contrôle appropriée. La Cour d'appel a ensuite appliqué les arrêts *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, et elle a conclu que la norme de contrôle appropriée en l'espèce était celle de la décision « raisonnable ».

32 With respect to the second and third errors, in interpreting the reasons of the OSC in this case, Laskin J.A. was of the view that the OSC did not decide it could not make an order under s. 127; rather it decided it would not do so. In his view, the OSC treated the transactional connection to Ontario and the intention to avoid Ontario law as factors relevant to the exercise of its discretion, not as conditions precedent (at p. 273):

. . . the Commission did not set up any jurisdictional preconditions to the exercise of its discretion. Instead, it took into account and indeed gave prominence to factors that were relevant to the exercise of its discretion. It weighed those factors and made findings of fact on them that were reasonably supported by the evidence. Finally, it properly considered whether the abusive and

En ce qui a trait à la deuxième et à la troisième erreur, dans son interprétation des motifs de la CVMO, le juge Laskin était d'avis que la CVMO n'avait pas conclu qu'elle ne pouvait pas rendre une ordonnance sous le régime de l'art. 127, mais plutôt qu'elle ne rendrait pas une telle ordonnance. À son avis, la CVMO a traité le lien transactionnel avec l'Ontario et l'intention de contourner la loi de l'Ontario comme des facteurs pertinents relativement à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et non comme des conditions préalables (à la p. 273) :

[TRADUCTION] . . . la Commission n'a établi aucune condition juridictionnelle préalable à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a plutôt pris en considération, voire souligné, des facteurs qui étaient pertinents relativement à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a apprécié ces facteurs et tiré à leur égard des conclusions de fait qui étaient raisonnablement étayées par la

unfair conduct that it found to have been established warranted an order under s. 127(1)3 of the Act, removing Québec's trading exemptions. In refusing to make such an order, I am not persuaded that the Commission exercised its discretion unreasonably or, to use the familiar language of review of discretionary orders, committed an error in principle, or acted capriciously, arbitrarily or unjustly.

preuve. Enfin, elle s'est penchée adéquatement sur la question de savoir si la conduite abusive et injuste qu'elle a constatée justifiait la délivrance, sous le régime de la disposition 3 du par. 127(1) de la Loi, d'une ordonnance retirant les dispenses du Québec. Je ne suis pas convaincu qu'en refusant de rendre une telle ordonnance, la Commission ait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable ou, pour reprendre les termes usuels du contrôle des ordonnances discrétionnaires, qu'elle ait commis une erreur de principe, ou ait agi de façon capricieuse, arbitraire ou injuste.

Further, Laskin J.A. held that the Divisional Court erred in considering only the effect of the transaction. He stated that this was relevant and was considered by the panel, but it acted reasonably in considering other factors as well. Laskin J.A. was also of the view that it was relevant to consider the motivation of the Quebec Government, and that the panel's findings in this regard were reasonable.

33 Le juge Laskin a conclu que la Cour divisionnaire avait commis une erreur en ne considérant que l'effet de l'opération. Il a déclaré que ce facteur était pertinent et qu'il avait été pris en considération par la CVMO, mais que la CVMO avait agi de façon raisonnable en tenant aussi compte d'autres facteurs. Le juge Laskin estimait aussi qu'il était pertinent de tenir compte de la motivation du gouvernement du Québec et que les conclusions de la CVMO à cet égard étaient raisonnables.

Laskin J.A. held that the panel's finding that there was not a sufficient Ontario connection was reasonably supported by the evidence and therefore not reviewable. Laskin J.A. rejected the appellant's alternative argument that the panel had erred in giving the connection to Ontario and the intention to avoid Ontario law too much weight. According to Laskin J.A., the panel acted reasonably in emphasizing these factors.

34 Le juge Laskin a estimé que la conclusion de la CVMO portant qu'il n'y avait pas de lien suffisant avec l'Ontario était raisonnablement étayée par la preuve et, partant, qu'elle ne donnait pas ouverture au contrôle judiciaire. Le juge Laskin a rejeté l'argument subsidiaire de l'appelant selon lequel la CVMO avait commis une erreur en accordant trop de poids au lien avec l'Ontario et à l'intention de contourner la loi ontarienne. Selon le juge Laskin, la CVMO avait agi raisonnablement en soulignant ces facteurs.

Laskin J.A. also held that the panel's conclusions that the public was not misled and could not have reasonably relied on the statements of Quebec's Minister of Finance were reasonably supported by the record and therefore not reviewable. Furthermore, Laskin J.A. held that the panel had to consider the potential for future harm to the integrity of Ontario's capital markets and the likelihood that Quebec's unfair treatment of investors would be repeated.

35 Le juge Laskin a aussi statué que les conclusions de la CVMO selon lesquelles le public n'avait pas été induit en erreur et ne pouvait raisonnablement pas agir sur la foi des déclarations du ministre des Finances du Québec étaient raisonnablement étayées par la preuve au dossier et ne donnaient donc pas ouverture au contrôle judiciaire. Il a ajouté que la CVMO devait apprécier la possibilité d'une atteinte future à l'intégrité des marchés financiers de l'Ontario et la probabilité qu'un traitement injuste des investisseurs de la part du Québec se répète.

36 With respect to the fourth error noted by the Court of Appeal, Laskin J.A. held that the Divisional Court erred by focussing only on investor abuse and viewing s. 127(1), para. 3 as remedial. It was the opinion of the court that s. 127(1), para. 3 is not remedial (at p. 272):

> The purpose of the Commission's public interest jurisdiction is neither remedial nor punitive; it is protective and preventive, intended to be exercised to prevent likely future harm to Ontario's capital markets. The past conduct of offending market participants is relevant but only to assessing whether their future conduct is likely to harm the integrity of the capital markets.

37 Finally, Laskin J.A. commented on the Divisional Court order. He held that the Divisional Court had no jurisdiction to make the order in respect of future costs. However, he was of the view that the court did have the jurisdiction to include the other aspects of the order, but held that it ought not to have. Rather, it should have remitted the matter back to the OSC to determine what order should be made.

III. Issues on Appeal

38 There are three main issues in this appeal:

1. What is the nature and scope of s. 127 jurisdiction to intervene in the public interest?
2. What is the appropriate standard of review?
3. Did the OSC make a reviewable error?

IV. Analysis

1. *What Is the Nature and Scope of Section 127 Jurisdiction to Intervene in the Public Interest?*

39 Section 127(1) of the Act provides the OSC with the jurisdiction to intervene in activities related to the Ontario capital markets when it is in the public

Quant à la quatrième erreur relevée par la Cour d'appel, le juge Laskin a conclu que la Cour divisionnaire avait commis une erreur en se concentrant uniquement sur l'abus envers les investisseurs et en considérant la disposition 3 du par. 127(1) comme si elle avait un caractère réparateur. La Cour d'appel était d'avis que la disposition 3 du par. 127(1) n'a pas un caractère réparateur (à la p. 272) :

> [TRADUCTION] La fin visée par la compétence relative à l'intérêt public de la Commission n'est ni réparatrice, ni punitive; elle est de nature protectrice et préventive et elle est destinée à être exercée pour prévenir le risque d'un éventuel préjudice aux marchés financiers en Ontario. La conduite passée d'intervenants fautifs dans le marché n'est pertinente qu'en ce qui a trait à l'évaluation de la probabilité que leur conduite future soit préjudiciable à l'intégrité des marchés financiers.

Le juge Laskin a en dernier lieu commenté l'ordonnance de la Cour divisionnaire. Il a conclu que la Cour divisionnaire n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance visant les dépens à venir. Il était toutefois d'avis que la cour avait compétence pour inclure les autres aspects de l'ordonnance, mais qu'elle aurait dû s'en abstenir. Elle aurait plutôt dû renvoyer l'affaire devant la CVMO pour que celle-ci détermine quelle ordonnance devrait être rendue.

III. Les questions soulevées par le pourvoi

Le pourvoi soulève trois questions principales :

1. Quelle est la nature et la portée de la compétence pour intervenir en matière d'intérêt public conférée par l'art. 127?
2. Quelle est la norme de contrôle appropriée?
3. La CVMO a-t-elle commis une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire?

IV. Analyse

1. *Quelle est la nature et la portée de la compétence pour intervenir en matière d'intérêt public conférée par l'art. 127?*

Le paragraphe 127(1) de la Loi confère à la CVMO la compétence pour intervenir dans les activités liées aux marchés financiers en Ontario

interest to do so. The legislature clearly intended that the OSC have a very wide discretion in such matters. The permissive language of s. 127(1) expresses an intent to leave it for the OSC to determine whether and how to intervene in a particular case:

127. (1) The Commission may make one or more of the following orders if in its opinion it is in the public interest to make the order or orders .... [Emphasis added.]

The breadth of the OSC's discretion to act in the public interest is also evident in the range and potential seriousness of the sanctions it can impose under s. 127(1). Furthermore, pursuant to s. 127(2), the OSC has an unrestricted discretion to attach terms and conditions to any order made under s. 127(1):

(2) An order under this section may be subject to such terms and conditions as the Commission may impose.

However, the public interest jurisdiction of the OSC is not unlimited. Its precise nature and scope should be assessed by considering s. 127 in context. Two aspects of the public interest jurisdiction are of particular importance in this regard. First, it is important to keep in mind that the OSC's public interest jurisdiction is animated in part by both of the purposes of the Act described in s. 1.1, namely "to provide protection to investors from unfair, improper or fraudulent practices" and "to foster fair and efficient capital markets and confidence in capital markets". Therefore, in considering an order in the public interest, it is an error to focus only on the fair treatment of investors. The effect of an intervention in the public interest on capital market efficiencies and public confidence in the capital markets should also be considered.

lorsqu'il est dans l'intérêt public qu'elle le fasse. Le législateur a clairement voulu que la CVMO ait un très vaste pouvoir discrétionnaire en cette matière. Le libellé facultatif du par. 127(1) exprime l'intention de laisser à la CVMO le soin d'apprécier l'opportunité et la manière d'intervenir dans une affaire particulière :

127. (1) La Commission peut, si elle est d'avis qu'il est dans l'intérêt public de le faire, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes . . . [Je souligne.]

40 La portée du pouvoir discrétionnaire de la CVMO d'agir dans l'intérêt public ressort aussi de façon évidente de la gamme et de la gravité potentielle des sanctions qu'elle est habilitée à imposer en vertu du par. 127(1). De plus, en vertu du par. 127(2), la CVMO dispose sans restriction du pouvoir discrétionnaire d'adjoindre des conditions à toute ordonnance rendue en vertu du par. 127(1) :

(2) L'ordonnance rendue en vertu du présent article peut être assortie des conditions qu'impose la Commission.

41 La compétence relative à l'intérêt public de la CVMO n'est toutefois pas illimitée. Sa nature et sa portée précises doivent être appréciées par une analyse de l'art. 127 dans son contexte. Deux aspects de la compétence relative à l'intérêt public revêtent une importance particulière à cet égard. En premier lieu, il importe de se rappeler que la compétence relative à l'intérêt public de la CVMO est fondée en partie sur les deux objets de la Loi, décrits à l'art. 1.1, à savoir « protéger les investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses » et « favoriser des marchés financiers justes et efficaces et la confiance en ceux-ci ». Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'examiner une ordonnance rendue dans l'intérêt public, c'est commettre une erreur que de ne se concentrer que sur le traitement équitable des investisseurs. Il faut aussi prendre en considération l'incidence d'une intervention dans l'intérêt public sur l'efficacité des marchés financiers et sur la confiance du public en ces marchés financiers.

42 Second, it is important to recognize that s. 127 is a regulatory provision. In this regard, I agree with Laskin J.A. that "[t]he purpose of the Commission's public interest jurisdiction is neither remedial nor punitive; it is protective and preventive, intended to be exercised to prevent likely future harm to Ontario's capital markets" (p. 272). This interpretation of s. 127 powers is consistent with the previous jurisprudence of the OSC in cases such as *Canadian Tire*, *supra*, aff'd (1987), 59 O.R. (2d) 79 (Div. Ct.); leave to appeal to C.A. denied (1987), 35 B.L.R. xx, in which it was held that no breach of the Act is required to trigger s. 127. It is also consistent with the objective of regulatory legislation in general. The focus of regulatory law is on the protection of societal interests, not punishment of an individual's moral faults: see *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 219.

En deuxième lieu, il importe de reconnaître que l'art. 127 est une disposition de nature réglementaire. À cet égard, j'abonde dans le sens du juge Laskin lorsqu'il dit que [TRADUCTION] « [l]a fin visée par la compétence relative à l'intérêt public de la CVMO n'est ni réparatrice, ni punitive; elle est de nature protectrice et préventive et elle est destinée à être exercée pour prévenir le risque d'un éventuel préjudice aux marchés financiers en Ontario » (p. 272). Cette interprétation des pouvoirs conférés par l'art. 127 s'harmonise avec la jurisprudence de la CVMO dans des affaires comme *Canadian Tire*, précitée, conf. par (1987), 59 O.R. (2d) 79 (C. div.), autorisation d'interjeter appel à la C.A. refusée (1987), 35 B.L.R. xx, où les tribunaux ont reconnu qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait violation de la Loi pour que l'art. 127 s'applique. Elle s'accorde aussi à l'objet des lois de nature réglementaire en général. La visée d'une loi de nature réglementaire est la protection des intérêts de la société, et non la sanction des fautes morales d'une personne : voir l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 219.

43 Furthermore, the above interpretation is consistent with the scheme of enforcement in the Act. The enforcement techniques in the Act span a broad spectrum from purely regulatory or administrative sanctions to serious criminal penalties. The administrative sanctions are the most frequently used sanctions and are grouped together in s. 127 as "Orders in the public interest". Such orders are not punitive: *Re Albino* (1991), 14 O.S.C.B. 365. Rather, the purpose of an order under s. 127 is to restrain future conduct that is likely to be prejudicial to the public interest in fair and efficient capital markets. The role of the OSC under s. 127 is to protect the public interest by removing from the capital markets those whose past conduct is so abusive as to warrant apprehension of future conduct detrimental to the integrity of the capital markets: *Re Mithras Management Ltd.* (1990), 13 O.S.C.B. 1600. In contradistinction, it is for the courts to punish or remedy past conduct under ss. 122 and 128 of the Act respectively: see

De plus, cette interprétation est compatible avec les moyens retenus pour l'application de la Loi. Les techniques d'application de la Loi embrassent un large éventail allant des sanctions purement réglementaires ou administratives aux sanctions pénales graves. Les sanctions administratives sont celles qui servent le plus fréquemment et elles sont regroupées à l'art. 127 sous l'intertitre « Ordonnances rendues dans l'intérêt public ». Ces ordonnances ne sont pas de nature punitive : *Re Albino* (1991), 14 O.S.C.B. 365. L'objet d'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 127 est plutôt de limiter la conduite future qui risque de porter atteinte à l'intérêt public dans le maintien de marchés financiers justes et efficaces. Le rôle de la CVMO en vertu de l'art. 127 consiste à protéger l'intérêt public en retirant des marchés financiers les personnes dont la conduite antérieure est à ce point abusive qu'elle justifie la crainte d'une conduite ultérieure susceptible de nuire à l'intégrité des marchés financiers : *Re Mithras Management Ltd.* (1990), 13 O.S.C.B. 1600. Par contraste, c'est aux cours de justice qu'il appartient de punir ou de

D. Johnston and K. Doyle Rockwell, *Canadian Securities Regulation* (2nd ed. 1998), at pp. 209-11.

corriger une conduite antérieure, en vertu respectivement des art. 122 et 128 de la Loi : voir D. Johnston et K. Doyle Rockwell, *Canadian Securities Regulation* (2e éd. 1998), p. 209-211.

More specifically, s. 122 makes it an offence to contravene the Act and, though the OSC's consent is required before a proceeding under s. 122 can commence, the provision authorizes the courts to impose fines and terms of imprisonment. Under s. 128, the OSC may apply to the Ontario Court (General Division) for a declaratory order. In making such an order, the courts may resort to a wide range of remedial powers detailed in that section, including an order for compensation or restitution which would be aimed at providing a remedy for harm suffered by private parties or individuals. In addition, further remedial powers are available under Part XXIII of the Act which deals with civil liability for misrepresentation and tipping and creates rights of action for rescission and damages. 44

Plus précisément, l'art. 122 sanctionne par une infraction le fait de contrevenir à la Loi et, bien que le consentement de la CVMO soit nécessaire pour que des poursuites puissent être engagées en vertu de l'art. 122, autorise les tribunaux à imposer des amendes et des peines d'emprisonnement. L'article 128 permet à la CVMO de demander à la Cour de l'Ontario (Division générale) de rendre une ordonnance déclaratoire. Lorsqu'ils sont appelés à rendre une telle ordonnance, les tribunaux peuvent exercer une vaste gamme de pouvoirs réparateurs détaillés dans cet article, y compris prononcer une ordonnance d'indemnisation ou de restitution visant à dédommager des parties privées ou des particuliers pour les préjudices qu'ils ont subis. D'autres pouvoirs correctifs sont aussi prévus à la Partie XXIII de la Loi, laquelle porte sur la responsabilité civile découlant de la présentation inexacte de faits et de la communication de renseignements sur le marché et prévoit des recours en annulation et en dommages-intérêts.

In summary, pursuant to s. 127(1), the OSC has the jurisdiction and a broad discretion to intervene in Ontario capital markets if it is in the public interest to do so. However, the discretion to act in the public interest is not unlimited. In exercising its discretion, the OSC should consider the protection of investors and the efficiency of, and public confidence in, capital markets generally. In addition, s. 127(1) is a regulatory provision. The sanctions under the section are preventive in nature and prospective in orientation. Therefore, s. 127 cannot be used merely to remedy *Securities Act* misconduct alleged to have caused harm or damages to private parties or individuals. 45

En résumé, sous le régime du par. 127(1), la CVMO a la compétence et un large pouvoir discrétionnaire pour intervenir dans les marchés financiers en Ontario lorsqu'il est dans l'intérêt public qu'elle le fasse. Le pouvoir d'agir dans l'intérêt public n'est toutefois pas illimité. Lorsqu'elle est appelée à exercer son pouvoir discrétionnaire, la CVMO doit prendre en considération la protection des investisseurs et l'efficacité des marchés financiers ainsi que la confiance du public en ceux-ci en général. De plus, le par. 127(1) est une disposition de nature réglementaire. Les sanctions qui y sont prévues sont de nature préventive et axées sur l'avenir. L'article 127 ne peut donc être invoqué par une partie privée ou un particulier simplement pour réparer une transgression de la *Loi sur les valeurs mobilières* qui lui aurait causé un préjudice ou des dommages.

2. *What Is the Appropriate Standard of Review?*

46 A determination of the appropriate standard of review calls for the application of the "pragmatic and functional" approach first adopted by this Court in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. That approach was further developed by this Court in cases such as *Pezim*, *supra*, and *Southam*, *supra*.

47 The recent jurisprudence of this Court on standards of review was summarized by Bastarache J. in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. The focus of the inquiry is on the particular provision being interpreted by the tribunal, and the central question is: was the question that the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the administrative tribunal? There are four factors that are used to determine the appropriate degree of curial deference: (i) privative clauses; (ii) relative expertise of the tribunal; (iii) the purpose of the Act as a whole and the provision in particular; and (iv) the nature of the problem: a question of law or fact? None of the four factors is alone dispositive. Each factor indicates a point falling on a spectrum of the proper level of deference to be shown to the decision in question.

48 Most recently, in *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 17, it was emphasized that *Pushpanathan* did not modify the decisions of this Court in *Pezim* and *Southam* noted above. In fact, in my view, this Court's decision in *Pezim* is particularly applicable to the present appeal, since both cases concern the exercise of a provincial securities commission's discretion to determine what is in the public interest.

49 In this case, as in *Pezim*, it cannot be contested that the OSC is a specialized tribunal with a wide discretion to intervene in the public interest and that the protection of the public interest is a matter falling within the core of the OSC's expertise. Therefore, although there is no privative clause

2. *Quelle est la norme de contrôle appropriée?*

La détermination de la norme de contrôle appropriée nécessite l'application de l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » adoptée pour la première fois par notre Cour dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Cette méthode a été reprise par notre Cour dans des arrêts comme *Pezim* et *Southam*, précités.

Le juge Bastarache a résumé la jurisprudence récente de notre Cour portant sur les normes de contrôle dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. L'examen effectué met l'accent sur la disposition particulière interprétée par le tribunal et la question centrale est la suivante : la question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif du tribunal administratif? Quatre facteurs servent à déterminer le degré de retenue judiciaire approprié : (i) les clauses privatives; (ii) l'expertise relative du tribunal; (iii) l'objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause; et (iv) la nature du problème : question de droit ou de fait? Aucun de ces facteurs n'est décisif. Chaque facteur fournit une indication s'inscrivant sur le continuum du degré de retenue judiciaire approprié pour la décision en cause.

Plus récemment, dans l'arrêt *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 17, on a souligné que l'arrêt *Pushpanathan* n'a pas modifié les décisions de notre Cour dans les affaires *Pezim* et *Southam* susmentionnées. En fait, à mon avis, la décision de notre Cour dans l'affaire *Pezim* est particulièrement applicable au présent pourvoi puisqu'il s'agit dans les deux cas de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'une commission des valeurs mobilières appelée à déterminer ce qui est dans l'intérêt public.

En l'espèce, comme dans l'affaire *Pezim*, il est incontestable que la CVMO est un tribunal spécialisé ayant un vaste pouvoir discrétionnaire d'intervention dans l'intérêt public et que la protection de l'intérêt public est une matière qui se situe dans le domaine d'expertise fondamental du tribunal. Par

shielding the decisions of the OSC from review by the courts, that body's relative expertise in the regulation of the capital markets, the purpose of the Act as a whole and s. 127(1) in particular, and the nature of the problem before the OSC, all militate in favour of a high degree of curial deference. However, as there is a statutory right of appeal from the decision of the OSC to the courts, when this factor is considered with all the other factors, an intermediate standard of review is indicated. Accordingly, the standard of review in this case is one of reasonableness.

conséquent, même en l'absence d'une clause privative mettant les décisions de la CVMO à l'abri du contrôle judiciaire, l'expertise relative de cet organisme dans la réglementation des marchés financiers, l'objet de la Loi dans son ensemble et du par. 127(1) en particulier, et la nature du problème soumis à la CVMO penchent pour un degré de retenue judiciaire élevé. Il faut toutefois tenir compte d'un autre facteur, à savoir le fait que la Loi prévoit un droit d'interjeter appel de la décision de la CVMO devant les tribunaux; lorsque ce facteur est pris en considération avec tous les autres facteurs, c'est une norme de contrôle intermédiaire qui semble indiquée. En l'espèce, la norme de contrôle est donc celle du caractère raisonnable.

3. *Did the OSC Make a Reviewable Error?*

(a) The Interpretation of the OSC Decision

The parties to this appeal offer two different interpretations of the OSC reasons for judgment. The proper interpretation depends on how one views the OSC's treatment of the issue of the transactional connection with Ontario and the motive for structuring the transaction as it was done in this case. The appellant argues that the OSC "adopted a transactional nexus as a jurisdictional precondition" and "imposed an alternative prerequisite" by requiring "proof of a conscious motive to evade regulation as a precondition to the exercise of its public interest jurisdiction". The appellant argues that by failing to consider other factors affecting an assessment of the public interest the OSC "failed or refused to carry out the mandate vested in it by the Legislature". In contrast, the respondents argue that the OSC considered the transactional connection as one of many factors relevant to the exercise of its discretion, and that it was appropriate for the OSC to consider motive as a factor in deciding whether it would exercise its public interest jurisdiction in this case.

3. *La CVMO a-t-elle commis une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire?*

(a) L'interprétation de la décision de la CVMO

Les parties au pourvoi font valoir deux interprétations différentes des motifs de la décision de la CVMO. L'interprétation juste dépend de notre perception de la façon dont la CVMO a traité la question du lien transactionnel avec l'Ontario et la motivation à l'origine du choix de la structure de l'opération en l'espèce. L'appelant prétend que la CVMO [TRADUCTION] « a adopté un rapport transactionnel comme condition préalable à l'exercice de sa compétence » et « imposé un prérequis subsidiaire » en exigeant « la preuve d'une motivation consciente consistant à contourner la réglementation comme condition préalable à l'exercice de sa compétence relative à l'intérêt public ». L'appelant prétend qu'en omettant d'examiner d'autres facteurs ayant une incidence sur la détermination de ce qui était dans l'intérêt public, la CVMO a [TRADUCTION] « omis ou refusé de s'acquitter de la mission que lui a confiée le législateur ». À l'opposé, les intimées prétendent que la CVMO a examiné le lien transactionnel comme l'un des nombreux facteurs pertinents à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et que la CVMO était fondée à se pencher sur la motivation comme facteur pour décider s'il y avait lieu d'exercer sa compétence relative à l'intérêt public en l'espèce. 50

51 I agree with Laskin J.A. that "the Commission did not set up any jurisdictional preconditions to the exercise of its discretion" (p. 273). In my view, the erection of such a jurisdictional barrier by the OSC is inconsistent with its having fought in the earlier proceedings for the recognition of its jurisdiction to hear this matter. Furthermore, in its reasons in the present case, the OSC clearly rejected the idea that the transactional connection factor could act as a jurisdictional barrier to the exercise of its public interest discretion. At para. 63, the OSC quoted the decision of McKinlay J.A. in the earlier proceedings rejecting a transactional connection with Ontario as an implied precondition to the exercise of its s. 127 jurisdiction. The OSC then continued, at para. 64:

> . . . we regard this statement as a refusal to impose a "sufficient Ontario connection" as a jurisdictional requirement which must be satisfied in any clause 127(1)3 proceedings before the Commission's discretion arises, thus leaving it to the Commission to make the necessary discretionary determination unencumbered by any a priori requirement imposed by the court as a matter of interpretation of the statutory provision.

52 Moreover, at para. 68 of its reasons, rather than raising "transactional connection" as a jurisdictional barrier, the OSC identified the transactional connection with Ontario as one of several relevant factors to be considered in determining whether to exercise its public interest discretion, including, *inter alia*, the motive behind the structure of the transaction at issue:

> Were the transactions before us "clearly abusive of investors and of the capital markets," to quote *Canadian Tire*? Were they "clearly designed to avoid the animating principles behind [the take-over bid] legislation and rules," to quote the same decision? Were they "clearly abusive of the integrity of the capital markets, which have every right to expect that market participants . . .

Je partage l'avis du juge Laskin selon lequel [TRADUCTION] « la Commission n'a établi aucune condition juridictionnelle préalable à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire » (p. 273). Selon moi, l'établissement d'une telle barrière à l'exercice de sa compétence serait en contradiction avec la fermeté avec laquelle la CVMO a lutté, au cours des procédures antérieures, afin de faire reconnaître sa compétence pour connaître de cette matière. De plus, dans ses motifs en l'espèce, la CVMO a clairement rejeté l'idée selon laquelle le facteur du lien transactionnel pouvait agir comme une entrave juridictionnelle à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relatif à l'intérêt public. Au paragraphe 63, la CVMO cite la décision rendue par le juge McKinlay de la Cour d'appel, dans les procédures antérieures, rejetant l'hypothèse selon laquelle un lien transactionnel avec l'Ontario serait une condition préalable implicite à l'exercice de sa compétence en vertu de l'art. 127. Et la CVMO de poursuivre en ces termes, au par. 64 :

> [TRADUCTION] . . . nous voyons dans cette déclaration un refus d'imposer un « lien suffisant avec l'Ontario » comme exigence relative à la compétence à laquelle il faut satisfaire dans toute poursuite fondée sur la disposition 3 du par. 127(1) pour que le pouvoir discrétionnaire de la Commission soit applicable, de sorte qu'il appartient à la Commission de décider d'exercer son pouvoir discrétionnaire lorsque cela est nécessaire, sans être entravée par une exigence préliminaire que lui imposerait un tribunal par suite de son interprétation de cette disposition législative.

De plus, au par. 68 de ses motifs, plutôt que de soulever le « lien transactionnel » avec l'Ontario comme une entrave juridictionnelle, la CVMO l'a identifié comme un facteur parmi plusieurs facteurs pertinents sur lesquels elle doit se pencher lorsqu'elle est appelée à déterminer s'il y a lieu d'exercer son pouvoir discrétionnaire relatif à l'intérêt public, y compris la motivation qui sous-tend la structuration de l'opération en cause :

> [TRADUCTION] Les opérations dénoncées étaient-elles « clairement abusives envers les investisseurs et les marchés financiers », pour reprendre les termes de la décision *Canadian Tire*? Étaient-elles « clairement conçues de façon à contourner les principes directeurs qui sous-tendent la Loi et les règles [régissant les offres d'achat visant à la mainmise] », pour citer la même

will adhere to both the letter and the spirit of the rules that are intended to guarantee equal treatment of offerees in the course of a take-over bid, no matter by whom the bid is made" and is the result "manifestly unfair to the public minority shareholders . . . who lose the opportunity to tender their shares . . . at a substantial premium" to quote *H.E.R.O.*? And finally, does "the transaction in question [have] a sufficient Ontario connection or 'nexus' to warrant intervention to protect the integrity of the capital markets in the province", to quote that decision?

décision? Portaient-elles « clairement atteinte à l'intégrité des marchés financiers, qui ont absolument le droit de s'attendre à ce que les personnes qui participent aux marchés . . . respectent l'esprit tout autant que la lettre des règles cherchant à garantir un traitement égal aux sollicités dans le cadre d'une offre d'achat visant à la mainmise, quelle que soit la personne qui présente l'offre », et le résultat est-il « manifestement injuste envers les actionnaires minoritaires publics . . . qui perdent l'occasion d'offrir leurs actions . . . à un prix substantiel », pour reprendre la décision *H.E.R.O.*? Enfin, « l'opération en cause a-t-elle un lien ou un "rapport" suffisant avec l'Ontario pour justifier une intervention visant à protéger l'intégrité des marchés financiers dans la province », pour citer cette décision?

Although in its reasoning, the OSC placed significant weight on the transactional connection factor, it did not, as alleged by the appellant, stop the inquiry upon finding there was an insufficient transactional connection with Ontario. Furthermore, in this respect, it was appropriate for the OSC to consider, as a factor relevant to the determination of whether to exercise its public interest jurisdiction in this case, the presence or absence of a motivation to structure the transaction so as to make what was essentially an Ontario transaction appear to be a non-Ontario transaction. In effect, the OSC found that what could otherwise appear to be the absence of an Ontario connection might be overcome by a finding that a transaction was improperly and deliberately structured so as to give such an appearance.

53 Même si, dans son raisonnement, la CVMO a accordé un poids significatif au facteur du lien transactionnel, elle n'a pas, ainsi que le prétend l'appelant, mis fin au processus d'examen immédiatement après avoir conclu au caractère insuffisant du lien transactionnel avec l'Ontario. De plus, à cet égard, la CVMO était fondée à considérer, comme facteur pertinent pour décider s'il y a lieu d'exercer sa compétence relative à l'intérêt public en l'espèce, l'existence ou l'absence d'une volonté de structurer l'opération de façon à donner à une opération essentiellement ontarienne l'apparence d'une opération étrangère. En fait, la CVMO a conclu qu'il est possible de réfuter ce qui pourrait autrement paraître une absence de lien avec l'Ontario par une conclusion portant qu'une opération a été structurée de façon irrégulière et intentionnelle pour créer une telle apparence.

The Court of Appeal correctly confirmed that it was appropriate for the OSC to consider motive as a factor in deciding whether it would exercise its public interest jurisdiction (at p. 277):

54 La Cour d'appel a confirmé à bon droit que la CVMO était fondée à considérer la motivation comme un facteur pour décider s'il y avait lieu d'exercer sa compétence relative à l'intérêt public (à la p. 277) :

The Commission also reasonably considered whether Québec and SNA intended to avoid Ontario law as relevant to the exercise of its discretion under s. 127(1)3. As I have already said, the purpose of an order under that section is to protect the Ontario capital markets by removing a participant who, based on past misconduct, represents a continuing or future threat to the integrity of these markets. Therefore, the Commission could not focus only on the effect of the transaction. This transaction was lawful. The Commission had to consider

[TRADUCTION] La Commission a aussi raisonnablement considéré la question de savoir si le Québec et la SNA cherchaient intentionnellement à éviter le droit de l'Ontario comme un facteur pertinent à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de la disposition 3 du par. 127(1). Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, l'objet visé par une ordonnance rendue en vertu de cet article est de protéger les marchés financiers en Ontario en retirant tout participant qui, par son inconduite passée, présente une menace continue ou future pour l'intégrité

whether the Québec Government deliberately attempted to avoid the requirements of the Act . . . .

de ces marchés. Par conséquent, la Commission ne peut limiter son examen au seul effet de l'opération. Cette opération était légale. La Commission était tenue d'examiner la question de savoir si le gouvernement du Québec a tenté délibérément d'échapper aux exigences de la Loi . . .

Therefore, Québec's intention was relevant.

L'intention du Québec était donc pertinente.

55 The OSC did not identify motive as a precondition to the exercise of its public interest jurisdiction. On the contrary, the OSC held that it could consider motive as a factor in deciding whether to exercise the jurisdiction that it clearly had. Indeed, the OSC saw motive as a factor that might prompt it to make an order that it may not otherwise have made. Rather than a limitation on jurisdiction, the OSC considered motive as enlarging the circumstances under which the public interest would warrant intervention.

La CVMO n'a pas considéré la motivation comme une condition préalable à l'exercice de sa compétence relative à l'intérêt public. Au contraire, la CVMO a statué qu'elle pouvait considérer la motivation comme un facteur lui permettant de décider s'il y avait lieu d'exercer la compétence qu'elle avait clairement. En fait, la CVMO a perçu la motivation comme un facteur qui pourrait la convaincre de rendre une ordonnance qu'autrement elle n'aurait peut-être pas rendue. Plutôt qu'une entrave à sa compétence, la CVMO a considéré la motivation comme un moyen d'étendre la gamme des circonstances dans lesquelles l'intérêt public pourrait justifier son intervention.

56 In summary, I agree with Laskin J.A. that "[the OSC] did not consider a transactional connection and an intention to avoid Ontario law to be, as the Divisional Court contended, jurisdictional barriers or preconditions to an order under s. 127(1)3 of the Act" (pp. 277-78). The OSC clearly and properly rejected the argument that its public interest jurisdiction was subject to an implicit precondition. In analyzing the appellant's application for a remedy under s. 127(1), para. 3, the OSC proceeded by identifying and considering several factors relevant to the exercise of its discretion under that provision. The transactional connection with Ontario and the motive behind the structure of the transaction were two of several factors considered. I also agree with Laskin J.A. that the OSC "took into account and indeed gave prominence to factors that were relevant to the exercise of its discretion. It weighed those factors and made findings of fact on them . . . " (p. 273). Therefore, properly interpreted, the OSC decision did not adopt any jurisdictional preconditions, but instead exercised the

En résumé, je partage l'avis du juge Laskin selon lequel [TRADUCTION] « [la CVMO] n'a pas considéré un lien transactionnel et une intention d'échapper au droit de l'Ontario, ainsi que l'a prétendu la Cour divisionnaire, comme des entraves ou des conditions préalables juridictionnelles à la délivrance d'une ordonnance en vertu de la disposition 3 du par. 127(1) de la Loi » (p. 277-278). La CVMO a clairement et à bon droit rejeté l'argument selon lequel sa compétence relative à l'intérêt public était assujettie à une condition préalable implicite. Dans son analyse de la demande de réparation présentée par l'appelant sous le régime de la disposition 3 du par. 127(1), la CVMO a identifié et examiné plusieurs facteurs pertinents relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère cette disposition. Le lien transactionnel avec l'Ontario et la motivation sous-tendant la structuration de l'opération constituaient deux des nombreux facteurs examinés. Je partage aussi l'avis du juge Laskin selon lequel la CVMO a [TRADUCTION] « pris en considération, voire souligné, des facteurs qui étaient pertinents relativement à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a apprécié ces facteurs et tiré à leur égard des

discretion that is incidental to its public interest jurisdiction.

(b) Was the OSC Decision Reasonable?

The OSC was cautious in the application of its public interest jurisdiction in this case. This approach was informed by the OSC's previous jurisprudence and by four legitimate considerations inherent in s. 127 itself: (i) the seriousness and severity of the sanction applied for, (ii) the effect of imposing such a sanction on the efficiency of, and public confidence in Ontario capital markets, (iii) a reluctance to use the open-ended nature of the public interest jurisdiction to police out-of-province activities, and (iv) a recognition that s. 127 powers are preventive in nature, not remedial.

As noted above, in reaching its decision in this case, the OSC relied on its previous jurisprudence in *Canadian Tire*, *supra*, and *H.E.R.O.*, *supra*, to identify the relevant factors to be considered. The OSC found that "the actions of the Quebec Government and SNA failed to comply with the spirit underlying the take-over bid rules of the Act . . . " (para. 71). However, the OSC did not, on the evidence, conclude that the transaction in this case was intentionally structured to avoid Ontario law (at para. 73):

We were not presented with any evidence that the transaction which finally occurred was structured so as to make an Ontario transaction appear to be a non-Ontario one. This is not the case, like *Canadian Tire*, of "transactions that are clearly designed to avoid the animating principles behind" Ontario's take-over bid legislation and rules. The evidence was clear that the principal (and so far as the evidence went, the sole) purpose for structuring the transaction in its final form was the

conclusions de fait . . . » (p. 273). Par conséquent, une interprétation juste de sa décision révèle que la CVMO n'a pas adopté de conditions préalables juridictionnelles, mais a plutôt exercé le pouvoir discrétionnaire accessoire à sa compétence relative à l'intérêt public.

(b) La décision de la CVMO était-elle raisonnable?

57 La CVMO a fait preuve de circonspection dans l'application de sa compétence relative à l'intérêt public en l'espèce. Cette méthode s'inspirait de la jurisprudence de la CVMO ainsi que de quatre considérations légitimes inhérentes à l'art. 127 lui-même : (i) la gravité et la rigueur de la sanction demandée, (ii) l'effet qu'aurait l'application d'une telle sanction sur l'efficacité des marchés financiers en Ontario ainsi que sur la confiance du public en ceux-ci, (iii) une réticence à invoquer la nature indéterminée de la compétence relative à l'intérêt public pour réglementer des activités qui se déroulent hors de la province, et (iv) la reconnaissance du fait que les pouvoirs conférés par l'art. 127 sont de nature préventive et non réparatrice.

58 Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, pour trancher la présente espèce, la CVMO s'est fondée sur sa jurisprudence dans les affaires *Canadian Tire* et *H.E.R.O.*, précitées, pour identifier les facteurs pertinents à examiner. Elle a conclu que [TRADUCTION] « les actes du gouvernement du Québec et de la SNA n'ont pas respecté l'esprit qui sous-tend les règles relatives aux offres d'achat visant à la mainmise édictées dans la Loi . . . » (par. 71). La CVMO n'a toutefois pas conclu, à la lumière de la preuve, que l'opération en cause avait été structurée intentionnellement de façon à contourner le droit ontarien (au par. 73) :

[TRADUCTION] On ne nous a présenté aucune preuve établissant que l'opération qui a finalement eu lieu était structurée de façon à donner à une opération ontarienne l'apparence d'une opération étrangère. Il ne s'agit pas, comme c'était le cas dans l'affaire *Canadian Tire*, « d'opérations qui sont clairement conçues de façon à éviter les principes directeurs qui sous-tendent » la législation et les règles de l'Ontario régissant les offres d'achat visant à la mainmise. La preuve a établi claire-

minimisation of taxes on the profit received by GD Canada and GD U.S. In our view, the structuring of the transaction was not abusive of the integrity of the capital markets of this province, and cannot be relied on to provide the required nexus.

ment que le motif principal (voire l'unique motif démontré par la preuve) de la structuration de l'opération dans sa forme finale était la réduction des impôts sur le profit réalisé par GD Canada et GD U.S. À notre avis, la structuration de l'opération n'a pas porté atteinte à l'intégrité des marchés financiers de cette province, et elle ne peut être invoquée pour établir le rapport nécessaire.

This finding of fact is reasonable and supported by the evidence.

Cette conclusion de fait est raisonnable et elle est étayée par la preuve.

59 Granted, the OSC did find that "the actions of the Quebec Government and SNA . . . were abusive of the minority shareholders of Asbestos and were manifestly unfair to them" (para. 71). However, whether a s. 127(1) sanction is warranted depends on a consideration of all of the relevant factors together. In this case, the OSC also found that the capital markets in general, and the minority shareholders of Asbestos in particular, were not materially misled by the statements of Quebec's Minister of Finance respecting the prospect of a follow-up offer. This finding is supported by the evidence, including the several published reports that recommended caution and characterized an investment in Asbestos as speculative. In this case, such a finding can and did properly inform the OSC's discretion under s. 127.

La CVMO a, il est vrai, conclu que [TRADUCTION] « les actes du gouvernement du Québec et de la SNA . . . étaient abusifs envers les actionnaires minoritaires d'Asbestos et étaient manifestement injustes à leur égard » (par. 71). Toutefois, la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer une sanction sous le régime du par. 127(1) exige un examen de tous les facteurs pertinents ensemble. Dans la présente espèce, la CVMO a aussi conclu que les marchés financiers en général et les actionnaires minoritaires d'Asbestos en particulier n'avaient pas été sensiblement induits en erreur par les déclarations du ministre des Finances du Québec au sujet de la présentation éventuelle d'une offre complémentaire. Cette conclusion est étayée par la preuve, y compris plusieurs rapports publiés recommandant la prudence et caractérisant un investissement dans la société Asbestos comme de nature spéculative. En l'espèce, une telle conclusion pouvait orienter et a effectivement orienté, à bon droit, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont la CVMO est investie par l'art. 127.

60 In addition, consistent with the two purposes of the Act described in s. 1.1 and because s. 127(1) sanctions are preventive in nature, it was open to the OSC to give weight to the fact that there has been no abuse of investors or other misconduct by the province of Quebec or SNA in the 13 years since the transaction at issue in this appeal. The OSC was also entitled to give weight to the fact that the removal of the province's exemptions is a very serious response that could have negative repercussions on other investors and the Ontario capital markets in general.

De plus, conformément aux deux objets de la Loi décrits à l'art. 1.1 et en raison de la nature préventive des sanctions visées au par. 127(1), il était loisible à la CVMO d'accorder du poids au fait que les 13 ans qui ont suivi l'opération en cause n'ont donné lieu à aucune conduite abusive à l'endroit des investisseurs ni à quelque autre conduite incorrecte de la part de la province de Québec ou de la SNA. La CVMO pouvait aussi accorder du poids au fait que le retrait des dispenses de la province est une mesure très grave qui pourrait avoir des incidences négatives sur d'autres investisseurs et sur les marchés financiers en Ontario en général.

Furthermore, the OSC did not find that there was no transactional connection with Ontario in this case, but that the transactional connection was insufficient to justify its intervening in the public interest. As noted by Chairman Beck in his dissenting opinion in *Re Asbestos Corp.* (1988), 11 O.S.C.B. 3419, a review of the OSC decisions on s. 124 (now s. 127) indicates that there has been careful use of the public interest jurisdiction and that in each case there was a clear and direct transactional connection with Ontario, contrary to the facts here: see *H.E.R.O.*, *supra*; *Re Atco Ltd.* (1980), 15 O.S.C.B. 412; *Re Electra Investments (Canada) Ltd.* (1983), 6 O.S.C.B. 417; *Re Turbo Resources Ltd.* (1982), 4 O.S.C.B. 403C; *Re Genstar Corp.* (1982), 4 O.S.C.B. 326C.

61 Par ailleurs, la CVMO n'a pas conclu qu'il n'existait aucun lien transactionnel avec l'Ontario en l'espèce, mais plutôt que le lien transactionnel n'était pas suffisant pour justifier qu'elle intervienne dans l'intérêt public. Ainsi que l'a mentionné le président Beck dans ses motifs de dissidence dans la décision *Re Asbestos Corp.* (1988), 11 O.S.C.B. 3419, il ressort d'une revue des décisions de la CVMO relatives à l'art. 124 (maintenant l'art. 127) que la CVMO a appliqué judicieusement sa compétence relative à l'intérêt public et que, dans chaque affaire, il y avait un lien transactionnel clair et direct avec l'Ontario, ce qui n'est pas le cas en l'espèce : voir *H.E.R.O.*, précité; *Re Atco Ltd.* (1980), 15 O.S.C.B. 412; *Re Electra Investments (Canada) Ltd.* (1983), 6 O.S.C.B. 417; *Re Turbo Resources Ltd.* (1982), 4 O.S.C.B. 403C; *Re Genstar Corp.* (1982), 4 O.S.C.B. 326C.

It is true that the OSC placed significant emphasis on the transactional connection factor. However, it was entitled to do so in order to avoid using the open-ended nature of s. 127 powers as a means to police too broadly out-of-province transactions. Capital markets and securities transactions are becoming increasingly international: see *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at paras. 27-28. There are a myriad of overlapping regulatory jurisdictions governing securities transactions. Under s. 2.1, para. 5 of the Act, one of the fundamental principles that the OSC has to consider is that "[t]he integration of capital markets is supported and promoted by the sound and responsible harmonization and co-ordination of securities regulation regimes". A transaction that is contrary to the policy of the Ontario *Securities Act* may be acceptable under another regulatory regime. Thus, the OSC's insistence on a more clear and direct connection with Ontario in this case reflects a sound and responsible approach to long-arm regulation and the potential for con-

62 Il est vrai que la CVMO a particulièrement mis l'accent sur le facteur du lien transactionnel. Il lui était toutefois loisible de le faire afin d'éviter de se servir de la nature indéterminée des pouvoirs conférés par l'art. 127 comme moyen de réglementer, démesurément, des opérations qui ont lieu à l'extérieur de la province. Les marchés financiers et les opérations boursières deviennent de plus en plus internationaux : voir l'arrêt *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 27-28. Il existe une myriade de compétences concurrentes en matière de réglementation des opérations sur valeurs mobilières. Aux termes de la disposition 5 de l'art. 2.1 de la Loi, l'un des principes fondamentaux dont la CVMO doit tenir compte est que « [l]'harmonisation et la coordination saines et responsables des régimes de réglementation des valeurs mobilières favorisent l'intégration des marchés financiers ». Une opération qui est contraire à la politique de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario peut être acceptable dans un autre régime de réglementation. Par conséquent, l'insistance de la CVMO pour qu'il y ait un lien plus clair et direct avec l'Ontario reflète une approche juste et responsable à l'égard de la réglementation à longue portée et des possibilités de conflits entre les différents régimes de régle-

flict amongst the different regulatory regimes that govern the capital markets in the global economy.

63 In summary, the reasons of the OSC in this case were informed by the legitimate and relevant considerations inherent in s. 127(1) and in the OSC's previous jurisprudence on public interest jurisdiction. The findings of fact made by the OSC were reasonable and supported by the evidence. I conclude that the decision of the OSC in this case was reasonable and therefore should not be disturbed.

64 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the respondent Her Majesty in Right of Quebec: Torys, Toronto.

Solicitor for the respondent Ontario Securities Commission: The Ontario Securities Commission, Toronto.

Solicitors for the respondent Société nationale de l'amiante: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

mentation régissant les marchés financiers dans l'économie mondiale.

En résumé, les motifs de la CVMO dans la présente espèce étaient inspirés par les considérations légitimes et pertinentes inhérentes au par. 127(1) et à la jurisprudence de la CVMO portant sur la compétence relative à l'intérêt public. Les conclusions de fait tirées par la CVMO étaient raisonnables et étayées par la preuve. Je conclus que la décision de la CVMO en l'espèce était raisonnable et qu'elle ne devrait donc pas être réformée.

Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté du chef du Québec : Torys, Toronto.

Procureur de l'intimée la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Société nationale de l'amiante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Martin Richard McKinley *Appellant*

v.

BC Tel, British Columbia Telephone Company, BC Telecom Inc., BC Tel Services Inc., BC Tel Systems Support Inc., B.C. Mobile Ltd., BC Tel Properties Inc., Canadian Telephones and Supplies Ltd., and TSI Telecommunications Services International Inc. *Respondents*

INDEXED AS: McKINLEY *v.* BC TEL

Neutral citation: 2001 SCC 38.

File No.: 27410.

2001: January 24; 2001: June 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Employment law — Wrongful dismissal — Dishonest conduct — Whether employee's dishonesty, in and of itself, necessarily gives rise to just cause for summary dismissal — Whether nature and context of such dishonesty must be considered — Whether trial judge erred in instructing jury that employee's dishonesty would merit termination only if it was of "a degree that was incompatible with the employment relationship" — Applicable standard for assessing whether and in what circumstances dishonesty provides just cause.

Employment law — Wrongful dismissal — Jury's verdict — Dishonest conduct — Jury finding that just cause for summary dismissal did not exist — Whether jury's verdict reasonable.

Damages — Wrongful dismissal — Extended period of notice — Whether trial judge erred by putting issue of extended notice period before jury — Whether jury award for damages representing extended notice period reasonable.

Martin Richard McKinley *Appelant*

c.

BC Tel, British Columbia Telephone Company, BC Telecom Inc., BC Tel Services Inc., BC Tel Systems Support Inc., B.C. Mobile Ltd., BC Tel Properties Inc., Canadian Telephones and Supplies Ltd. et TSI Telecommunications Services International Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ : McKINLEY *c.* BC TEL

Référence neutre : 2001 CSC 38.

N° du greffe : 27410.

2001 : 24 janvier; 2001 : 28 juin.

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

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

Employeur et employé — Congédiement injustifié — Comportement malhonnête — La malhonnêteté d'un employé constitue-t-elle nécessairement, en soi, un motif valable de congédiement sommaire? — La nature et le contexte du comportement malhonnête doivent-ils être pris en considération? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en affirmant au jury que la malhonnêteté de l'employé ne justifierait son congédiement que si elle était « grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé »? — Norme applicable pour déterminer si et dans quelles circonstances la malhonnêteté constitue un motif valable de congédiement.

Employeur et employé — Congédiement injustifié — Verdict du jury — Comportement malhonnête — Jury concluant à l'absence de motif valable de congédiement sommaire — Le verdict du jury est-il raisonnable?

Dommages-intérêts — Congédiement injustifié — Période prolongée de préavis — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en soumettant la question de la période prolongée de préavis à l'appréciation du jury? — Les dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis, que le jury a accordés, sont-ils raisonnables?

Damages — Wrongful dismissal — Aggravated damages — Whether criteria for allowing issue of aggravated damages to go to jury met.

Damages — Wrongful dismissal — Punitive damages — Whether issue of punitive damages should have been put to jury.

The appellant is a chartered accountant who was employed by the respondents ("BC Tel"). In 1993, he began to experience high blood pressure as a result of hypertension. By June 1994 his blood pressure was rising on a daily basis and following his physician's advice he took a leave of absence from work. The appellant had indicated to his employer that he wished to return to work, but in a position that carried less responsibility. He was advised that BC Tel would attempt to find another suitable position for him within its corporate structure. On August 31, 1994 BC Tel terminated the appellant's employment. By that time, the appellant had worked for BC Tel for almost 17 years and was 48 years of age. The appellant rejected BC Tel's severance offer and took the position that his employment was terminated without just cause and without reasonable notice or pay in lieu of reasonable notice. He brought a wrongful dismissal action in the British Columbia Supreme Court. B.C. Tel took the position that they had just cause for the appellant's summary dismissal, alleging that he had been dishonest about his medical condition, and the treatments available for it.

The trial judge held that there was sufficient evidence to put the question of just cause for dismissal to the jury. In instructing the jury on this point, he stated that in order for just cause to exist, the jury must find (a) that the appellant's conduct was dishonest in fact, and (b) that "the dishonesty was of a degree that was incompatible with the employment relationship". The trial judge also held that the jury could consider whether aggravated damages as well as damages for bad faith in the conduct or manner of the dismissal were warranted. On the other hand, he held that there was no evidence upon which a claim for punitive damages could be based, and thus, this question was not put to the jury. The jury found in favour of the appellant, awarding him general damages, special damages, aggravated damages, and pension contributions. The Court of Appeal set aside the jury award and ordered a new trial, finding that the trial judge committed a reversible error in instructing the jury that the appellant's dishonesty would merit termination only if it was of a degree that was "incompatible

Dommages-intérêts — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts majorés — Les conditions requises pour que la question des dommages-intérêts majorés soit soumise à l'appréciation du jury sont-elles remplies?

Dommages-intérêts — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts punitifs — La question des dommages-intérêts punitifs aurait-elle dû être soumise à l'appréciation du jury?

L'appelant est un comptable agréé qui travaillait pour les intimées (« BC Tel »). Il a commencé à souffrir d'hypertension en 1993. Dès juin 1994, sa tension artérielle augmentait tous les jours et il a pris un congé autorisé sur le conseil de son médecin. L'appelant a indiqué à son employeur qu'il souhaitait retourner au travail, mais occuper un poste comportant moins de responsabilités. Il a été avisé qu'on s'efforcerait de lui trouver un autre poste qui lui conviendrait au sein de BC Tel. Le 31 août 1994, BC Tel a mis fin à l'emploi de l'appelant. Celui-ci était alors âgé de 48 ans et comptait près de 17 années d'ancienneté chez BC Tel. L'appelant a rejeté l'indemnité de départ offerte par BC Tel et a prétendu qu'on avait mis fin à son emploi sans motif valable et sans lui donner un préavis raisonnable ou une indemnité tenant lieu de préavis raisonnable. Il a intenté une action pour congédiement injustifié devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. BC Tel a fait valoir que le congédiement sommaire de l'appelant reposait sur un motif valable, alléguant que ce dernier n'avait pas été honnête à propos de son état de santé et des traitements qu'il pourrait suivre.

Le juge de première instance a décidé qu'il existait suffisamment d'éléments de preuve pour soumettre au jury la question du motif valable de congédiement. Dans ses directives au jury sur ce point, le juge a déclaré que, pour qu'il y ait motif valable, le jury doit conclure a) que le comportement de l'appelant était effectivement malhonnête et b) que « cette malhonnêteté était grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé ». Le juge de première instance a également décidé que le jury pouvait se demander s'il y avait lieu d'accorder des dommages-intérêts majorés et des dommages-intérêts pour les actes de mauvaise foi accomplis lors du congédiement. Par ailleurs, il a estimé qu'aucun élément de preuve ne justifiait l'attribution de dommages-intérêts punitifs et il n'a donc pas soumis cette question à l'appréciation du jury. Le jury a donné raison à l'appelant et lui a accordé des dommages-intérêts généraux, des dommages-intérêts spéciaux, des dommages-intérêts majorés et des cotisations à un régime de retraite. La Cour d'appel a annulé les sommes accordées

with the employment relationship". The appellant appealed to this Court and BC Tel cross-appealed, submitting that, if the Court dismissed the appeal, it ought to dismiss the appellant's wrongful dismissal action outright rather than order a new trial.

Held: The appeal should be allowed. The cross-appeal should be dismissed.

Whether an employer is justified in dismissing an employee on the grounds of dishonesty is a question that requires an assessment of the context of the alleged misconduct. More specifically, the test is whether the employee's dishonesty gave rise to a breakdown in the employment relationship. Just cause for dismissal exists where the dishonesty violates an essential condition of the employment contract, breaches the faith inherent to the work relationship, or is fundamentally or directly inconsistent with the employee's obligations to his or her employer. In accordance with this test, a trial judge must instruct the jury to determine: (1) whether the evidence established the employee's deceitful conduct on a balance of probabilities; and (2) if so, whether the nature and degree of the dishonesty warranted dismissal. The second branch of the test does not blend questions of fact and law. Rather, assessing the seriousness of the misconduct requires the facts established at trial to be carefully considered and balanced. As such, it is a factual inquiry for the jury to undertake. In certain contexts, the contextual approach might lead to a strict outcome: cause for termination exists where theft, misappropriation or serious fraud is found. However, lesser sanctions may be applied for less serious types of misconduct. An effective balance must be struck between the severity of an employee's misconduct and the sanction imposed.

The approach endorsed by the Court of Appeal would entitle an employer to dismiss an employee for just cause for a single act of dishonesty, however minor. The consequences of dishonesty would remain the same, irrespective of whether the impugned behaviour was sufficiently egregious to violate or undermine the obligations and faith inherent to the employment relationship. Such an approach could foster results that are both unreasonable and unjust. Absent an analysis of the

par le jury et a ordonné la tenue d'un nouveau procès, concluant que le juge de première instance avait commis une erreur justifiant annulation en affirmant au jury que la malhonnêteté de l'appelant ne justifierait son congédiement que si elle était « grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé ». L'appelant a formé un pourvoi devant notre Cour et BC Tel a formé un pourvoi incident dans lequel elle fait valoir que, si la Cour rejette le pourvoi, elle devra simplement rejeter l'action pour congédiement injustifié de l'appelant au lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi principal est accueilli. Le pourvoi incident est rejeté.

Pour déterminer si un employeur est en droit de congédier un employé pour cause de malhonnêteté, il faut apprécier le contexte de l'inconduite alléguée. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si la malhonnêteté de l'employé a eu pour effet de rompre la relation employeur-employé. Il existe un motif valable de congédiement lorsque la malhonnêteté viole une condition essentielle du contrat de travail, constitue un abus de la confiance inhérente à l'emploi ou est fondamentalement ou directement incompatible avec les obligations de l'employé envers son employeur. Selon ce critère, le juge de première instance doit demander au jury de déterminer (1) si la preuve démontre, selon la prépondérance des probabilités, que l'employé a adopté un comportement dolosif et (2), dans l'affirmative, si la nature et la gravité de la malhonnêteté justifiaient un congédiement. Le second volet de ce critère ne mélange pas des questions de fait et de droit. L'évaluation de la gravité de l'inconduite exige plutôt que les faits démontrés au procès soient soigneusement examinés et soupesés. Il s'agit donc pour le jury d'entreprendre un examen factuel. Dans certains cas, l'approche contextuelle peut entraîner d'âpres résultats : il y a motif de congédiement lorsqu'on conclut qu'il y a eu vol, malversation ou fraude grave. Cependant, des sanctions moins sévères peuvent être imposées pour des types d'inconduite moins graves. Il faut établir un équilibre utile entre la gravité de l'inconduite d'un employé et la sanction infligée.

Suivant l'approche adoptée par la Cour d'appel, un employeur serait en droit de congédier un employé pour un seul acte malhonnête, si négligeable soit-il. La malhonnêteté entraînerait les mêmes conséquences, peu importe que le comportement reproché ait été ou non suffisamment insigne pour miner ou ébranler les obligations et la confiance inhérentes à la relation employeur-employé. Une telle approche pourrait favoriser des résultats à la fois déraisonnables et injustes. En

surrounding circumstances of the alleged misconduct, its level of seriousness, and the extent to which it impacted upon the employment relationship, dismissal on a ground as morally disreputable as "dishonesty" might well have an overly harsh and far-reaching impact for employees. In addition, allowing termination for cause wherever an employee's conduct can be labelled "dishonest" would further unjustly augment the power employers wield within the employment relationship. An analytical framework that examines each case on its own particular facts and circumstances, and considers the nature and seriousness of the dishonesty in order to assess whether it is reconcilable with sustaining the employment relationship, is favoured. The trial judge's instructions were entirely consistent with the contextual approach and cannot serve as a basis for setting aside the jury verdict.

An appellate court is entitled to set aside a jury's verdict where it is found that the evidence did not permit a jury acting judicially to reach the conclusion that it did. In the present case, while there may not have been a full disclosure of all material facts by the appellant concerning his treatment and medication, an analysis of the record as a whole leads to the conclusion that the jury could have reasonably and judicially found that the appellant did not engage in dishonest conduct of a degree incompatible with his employment relationship. There is therefore no basis upon which to interfere with the jury's verdict that B.C. Tel had not proven just cause warranting dismissal.

There is also no basis for interfering with the trial decision on the issue of the extended notice period. Where a dismissal is accompanied by bad faith or unfair dealing on the part of the employer, *Wallace* establishes that such conduct merits compensation by way of an extension to the notice period. This remedy is not triggered by the dismissal itself, but by the exacerbating factors that, in and of themselves, inflict injury upon the employee. The trial judge's analysis and jury charge adhered to the principles set out by this Court in *Wallace*, and the jury could, based on the evidence, reasonably find that the notice period should be extended. Although the appellant may have agreed to terminate his employment contract, this did not necessarily imply a waiver of his right to be treated fairly and in good faith by his employer, nor did it preclude the protection that

l'absence d'une analyse des circonstances ayant entouré l'inconduite alléguée, de sa gravité et de la mesure dans laquelle elle a influé sur la relation employeur-employé, il se pourrait bien que le congédiement pour un motif aussi moralement déshonorant que la « malhonnêteté » soit lourd de conséquences pour un employé. En outre, permettre le congédiement pour un motif valable dans tous les cas où le comportement d'un employé peut être qualifié de « malhonnête » aurait injustement pour effet d'accroître la position de force des employeurs dans la relation employeur-employé. Un cadre analytique qui traite chaque cas comme un cas d'espèce et qui tient compte de la nature et de la gravité de la malhonnêteté pour déterminer si elle est conciliable avec la relation employeur-employé est préconisé. Les directives du juge de première instance étaient entièrement compatibles avec l'approche contextuelle et ne sauraient justifier l'annulation du verdict du jury.

Une cour d'appel a le droit d'annuler le verdict d'un jury si elle décide que la preuve ne permettait pas à ce jury, agissant de façon judiciaire, de conclure comme il l'a fait. En l'espèce, bien qu'il se puisse que l'appelant n'ait pas divulgué tous les faits pertinents relatifs à son traitement et à ses médicaments, il ressort de l'ensemble du dossier que le jury, agissant de façon judiciaire, aurait pu raisonnablement décider que l'appelant n'avait pas adopté un comportement malhonnête grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé. Il n'y a donc aucune raison de modifier le verdict du jury selon lequel BC Tel n'a pas démontré l'existence d'un motif valable de congédiement.

Il n'y a également aucune raison de modifier la décision de première instance sur la question de la période prolongée de préavis. L'arrêt *Wallace* prévoit que, lorsqu'un employeur fait preuve de mauvaise foi ou agit de façon inéquitable en effectuant un congédiement, ce comportement mérite d'être compensé par une prolongation de la période de préavis. Cette réparation résulte non pas du congédiement lui-même, mais des facteurs aggravants qui, à eux seuls, causent un préjudice à l'employé. Dans son analyse et son exposé au jury, le juge de première instance a respecté les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Wallace*, et le jury pouvait raisonnablement conclure, compte tenu de la preuve, qu'il y avait lieu de prolonger la période de préavis. Même si l'appelant peut avoir accepté de résilier son contrat de travail, cela n'impliquait pas nécessairement qu'il avait renoncé à son droit d'être traité équitablement et de bonne foi par son employeur, ni qu'il ne pouvait, de ce fait, bénéficier de la protection que la Cour a voulu accorder, dans l'arrêt *Wallace*, en permettant l'at-

Wallace intended to confer by recognizing an award for extended notice.

The order for aggravated damages must be set aside since the criteria for allowing the question of aggravated damages to go to the jury were not met. The proper threshold for allowing the issue of aggravated damages to be determined by a jury is whether sufficient evidence exists. The standard set out by the trial judge fell short of that test by suggesting, in effect, that any evidence, even a mere scintilla thereof, would suffice to put the matter of aggravated damages to the jury for its consideration. Applying the correct standard to the present case, there was not sufficient evidence before the trial judge to allow the jury to deliberate on the question of aggravated damages.

Finally, the trial judge's ruling that the question of punitive damages should be withheld from the jury was sound and should be left undisturbed. The evidence did not support a finding of an "independent wrong", including discrimination, and B.C. Tel's conduct was not sufficiently harsh, vindictive, reprehensible, malicious or extreme in nature to warrant punishment.

Cases Cited

Applied: *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; **referred to:** *McPhillips v. British Columbia Ferry Corp.* (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 1; *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831; *Clouston & Co. v. Corry*, [1906] A.C. 122; *Laws v. London Chronicle, Ltd.*, [1959] 2 All E.R. 285; *R. v. Arthurs, Ex parte Port Arthur Shipbuilding Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 342; *Blackburn v. Victory Credit Union Ltd.* (1998), 36 C.C.E.L. (2d) 94; *Jewitt v. Prism Resources Ltd.* (1981), 30 B.C.L.R. 43; *Hill v. Dow Chemical Canada Inc.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 66; *MacNaughton v. Sears Canada Inc.* (1997), 186 N.B.R. (2d) 384; *Dougherty v. Bathurst Golf Association Ltd.* (1997), 189 N.B.R. (2d) 230; *Butler v. Canadian National Railways*, [1939] 3 W.W.R. 625; *Holloway v. Encor Energy Corp.* (1991), 93 Sask. R. 226; *Epoch v. Beaver Lumber Co.* (1997), 45 C.C.E.L. (2d) 135; *Thompson v. Boise Cascade Canada Ltd.* (1994), 7 C.C.E.L. (2d) 17; *Justason v. Cox Radio & T.V. Ltd.* (1997), 190 N.B.R. (2d) 228; *McCluskey v. Lawtons Drug Stores Ltd.* (1998), 204 N.B.R. (2d) 137, aff'd (1999), 210 N.B.R. (2d) 198; *Boston Deep Sea*

tribution de dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis.

L'ordonnance relative aux dommages-intérêts majorés doit être annulée étant donné que les conditions requises pour que la question des dommages-intérêts majorés soit soumise au jury n'étaient pas remplies. Pour permettre au jury d'examiner la question des dommages-intérêts majorés, il faut préalablement décider qu'il existe une preuve suffisante. La norme énoncée par le juge de première instance n'est pas conforme à ce critère, car elle laisse entendre en fait que tout élément de preuve, y compris le moindre élément de preuve, suffirait pour que la question des dommages-intérêts majorés soit soumise à l'appréciation du jury. L'application de la bonne norme au présent pourvoi permet de constater que le juge de première instance ne disposait pas d'une preuve suffisante pour permettre au jury de délibérer sur la question des dommages-intérêts majorés.

Enfin, la décision du juge de première instance de ne pas soumettre au jury la question des dommages-intérêts punitifs était bien fondée et il n'y a pas lieu de la modifier. La preuve ne permettait pas de conclure à l'existence d'une « faute indépendante », y compris la discrimination, et le comportement de BC Tel n'était pas assez dur, vengeur, répréhensible, malicieux ou extrême pour justifier une peine.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; **arrêts mentionnés :** *McPhillips c. British Columbia Ferry Corp.* (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 1; *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831; *Clouston & Co. c. Corry*, [1906] A.C. 122; *Laws c. London Chronicle, Ltd.*, [1959] 2 All E.R. 285; *R. c. Arthurs, Ex parte Port Arthur Shipbuilding Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 342; *Blackburn c. Victory Credit Union Ltd.* (1998), 36 C.C.E.L. (2d) 94; *Jewitt c. Prism Resources Ltd.* (1981), 30 B.C.L.R. 43; *Hill c. Dow Chemical Canada Inc.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 66; *MacNaughton c. Sears Canada Inc.* (1997), 186 R.N.-B. (2e) 384; *Dougherty c. Bathurst Golf Association Ltd.* (1997), 189 R.N.-B. (2e) 230; *Butler c. Canadian National Railways*, [1939] 3 W.W.R. 625; *Holloway c. Encor Energy Corp.* (1991), 93 Sask. R. 226; *Epoch c. Beaver Lumber Co.* (1997), 45 C.C.E.L. (2d) 135; *Thompson c. Boise Cascade Canada Ltd.* (1994), 7 C.C.E.L. (2d) 17; *Justason c. Cox Radio & T.V. Ltd.* (1997), 190 R.N.-B. (2e) 228; *McCluskey c. Lawtons Drug Stores Ltd.* (1998), 204 R.N.-B. (2e) 137, conf. par (1999), 210 R.N.-B. (2e)

Fishing and Ice Co. v. Ansell (1888), 39 Ch. D. 339; *Federal Supply and Cold Storage Co. of South Africa v. Angehrn & Piel* (1910), 80 L.J.P.C. 1; *Real Canadian Superstore (Saskatchewan) v. United Food and Commercial Workers, Local 1400* (1998), 173 Sask. R. 203; *Reade v. Newfoundland Co-Ordinating Council on Deafness* (1987), 63 Nfld. & P.E.I.R. 194; *Smith v. Dawson Memorial Hospital and Flood* (1978), 29 N.S.R. (2d) 277; *Evans v. Sobeys Capital Inc.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 197; *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*, [1961] S.C.R. 553; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341; *Gray Coach Lines Ltd. v. Payne*, [1945] S.C.R. 614; *Scotland v. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 S.C.R. 471; *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Horton v. Niagara (Regional Municipality)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4611; *Wamboldt v. Department of National Defence* (1983), 4 C.H.R.R. D/1479; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Collinson v. William E. Coutts Co.*, [1995] B.C.J. No. 2766 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29 [mod. SOR/95-325, s. 2].

Authors Cited

Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 123 B.C.A.C. 295, 67 B.C.L.R. (3d) 337, 42 C.C.E.L. (2d) 168, [1999] B.C.J. No. 1075 (QL), allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a decision of Paris J. Appeal allowed. Cross-appeal dismissed.

D. Murray Tevlin, Geoffrey J. Litherland and *Jennifer A. Lamont*, for the appellant/respondent on the cross-appeal.

198; *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co. c. Ansell* (1888), 39 Ch. D. 339; *Federal Supply and Cold Storage Co. of South Africa c. Angehrn & Piel* (1910), 80 L.J.P.C. 1; *Real Canadian Superstore (Saskatchewan) c. United Food and Commercial Workers, Local 1400* (1998), 173 Sask. R. 203; *Reade c. Newfoundland Co-Ordinating Council on Deafness* (1987), 63 Nfld. & P.E.I.R. 194; *Smith c. Dawson Memorial Hospital and Flood* (1978), 29 N.S.R. (2d) 277; *Evans c. Sobeys Capital Inc.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 197; *Lake Ontario Portland Cement Co. c. Groner*, [1961] R.C.S. 553; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341; *Gray Coach Lines Ltd. c. Payne*, [1945] R.C.S. 614; *Scotland c. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 R.C.S. 471; *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Horton c. Niagara (Regional Municipality)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4611; *Wamboldt c. Department of National Defence* (1983), 4 C.H.R.R. D/1479; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Collinson c. William E. Coutts Co.*, [1995] B.C.J. No. 2766 (QL).

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29 [mod. DORS/95-325, art. 2].

Doctrine citée

Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1992.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 123 B.C.A.C. 295, 67 B.C.L.R. (3d) 337, 42 C.C.E.L. (2d) 168, [1999] B.C.J. No. 1075 (QL), qui a accueilli un appel et rejeté un appel incident interjetés contre une décision du juge Paris. Pourvoi principal accueilli. Pourvoi incident rejeté.

D. Murray Tevlin, Geoffrey J. Litherland et *Jennifer A. Lamont*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Jack Giles, Q.C., and *Karen Shirley-Paterson*, for the respondents/appellants on the cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

This appeal arises out of a wrongful dismissal action. It calls upon the Court to elaborate the circumstances in which an employer would be justified in summarily dismissing an employee as a result of the latter's dishonest conduct. More specifically, the question is whether any dishonesty, in and of itself, suffices to warrant an employee's termination, or whether the nature and context of such dishonesty must be considered in assessing whether just cause for dismissal exists.

The appeal also raises ancillary questions relating to the propriety of the trial judge's decision to put to the jury questions related to awards for an extended notice period, aggravated damages, and punitive damages. In addition, the parties sought a review of the reasonableness of the jury verdict on various matters decided at trial. A cross-appeal also has been brought, wherein the respondents submitted that, if the Court dismissed the appeal, it ought to dismiss the appellant's wrongful dismissal action outright rather than order a new trial.

For the reasons that follow, I am of the view that this appeal should be allowed and that the jury's verdict should be restored on all questions except that related to aggravated damages. As I would allow the appeal, the cross-appeal must per force be dismissed.

II. Factual Background

The appellant, Martin Richard McKinley, is a chartered accountant who was employed by the respondents, the BC Tel group of companies ("BC Tel"). While working for BC Tel, he held various

Jack Giles, c.r., et *Karen Shirley-Paterson*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi émane d'une action pour congédiement injustifié. La Cour est appelée à préciser les circonstances dans lesquelles un employeur serait en droit de congédier sommairement un employé en raison de son comportement malhonnête. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si tout comportement malhonnête suffit en soi à justifier le congédiement d'un employé, ou s'il faut prendre en considération la nature et le contexte de ce comportement pour déterminer s'il existe un motif valable de congédiement. 1

Le pourvoi soulève également des questions accessoires concernant l'opportunité de la décision du juge de première instance de soumettre à l'appréciation du jury des questions liées à l'attribution de dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis, ainsi que de dommages-intérêts majorés et punitifs. Les parties ont en outre sollicité l'examen du caractère raisonnable du verdict que le jury a rendu sur divers points au procès. Les intimées ont également formé un pourvoi incident dans lequel elles font valoir que, si la Cour rejette le pourvoi, elle devra simplement rejeter l'action pour congédiement injustifié de l'appelant au lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. 2

Pour les motifs qui suivent, j'estime qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict du jury sur toutes les questions, à l'exception de celles concernant les dommages-intérêts majorés. Étant donné que je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, le pourvoi incident doit forcément être rejeté. 3

II. Les faits

L'appelant Martin Richard McKinley est un comptable agréé qui travaillait pour les intimées, le groupe d'entreprises de BC Tel (« BC Tel »). Pendant sa carrière chez BC Tel, l'appelant a occupé 4

positions, earned promotions, and received salary increases. In 1991, he became Controller, Treasurer and Assistant Secretary to certain BC Tel companies. But in 1993, the appellant began to experience high blood pressure as a result of hypertension. Initially, this condition was brought under control through medication, and by taking some time away from work. However, by May of 1994, the appellant's health took a turn for the worse. His blood pressure had begun to rise again, and by June of that year, it was rising on a daily basis. Following his physician's advice, the appellant took a leave of absence from work.

5 By July 1994, the appellant's superior, Ian Mansfield ("Mansfield"), raised the issue of the appellant's termination from his employment. During discussions with his employers, the appellant indicated that he wished to return to work, but in a position that carried less responsibility. He was advised that BC Tel would attempt to find another suitable position for him within its corporate structure. However, alternative employment was never offered to the appellant. Although at least two positions for which the appellant qualified opened during the period in question, these were filled by other employees.

6 While the appellant was still on leave from work owing to his health condition, Mansfield telephoned him and instructed him to report to the respondents' offices on August 31, 1994. The appellant complied, and on that day, the respondents terminated his employment. By that time, the appellant had worked for BC Tel for almost 17 years and was 48 years of age.

7 Although the respondents made the appellant a severance offer, this was rejected. According to the appellant, his employment was terminated without just cause and without reasonable notice or pay in lieu of reasonable notice. He thus brought a wrongful dismissal action in the Supreme Court of British Columbia, arguing that his termination was an arbitrary and wilful breach of his employment contract, which was conducted in a high-handed and flagrant manner. The appellant maintained that the respondents' actions amounted to an intentional infliction of mental suffering. He alleged

plusieurs postes, obtenu des promotions et touché des augmentations salariales. En 1991, il a été nommé contrôleur, trésorier et secrétaire adjoint pour certaines entreprises de BC Tel. Cependant, l'appelant a commencé à souffrir d'hypertension en 1993. Au début, il a été en mesure de stabiliser sa tension artérielle en prenant des médicaments et du repos, mais, en mai 1994, sa santé s'est gravement détériorée. Sa tension artérielle a recommencé à augmenter et, dès juin de la même année, elle augmentait tous les jours. L'appelant a pris un congé autorisé sur le conseil de son médecin.

Dès juillet 1994, le supérieur de l'appelant, Ian Mansfield (« Mansfield »), a évoqué la possibilité de mettre fin à l'emploi de l'appelant. Au cours des discussions avec son employeur, l'appelant a indiqué qu'il souhaitait retourner au travail, mais occuper un poste comportant moins de responsabilités. Il a été avisé qu'on s'efforcerait de lui trouver un autre poste qui lui conviendrait au sein de BC Tel. L'appelant ne s'est toutefois jamais vu offrir un autre poste. Bien que l'appelant eût été qualifié pour occuper au moins deux autres postes devenus vacants pendant la période en question, ces postes ont été confiés à d'autres employés.

Alors que l'appelant était encore en congé de maladie autorisé, Mansfield lui a demandé, par téléphone, de se présenter aux bureaux des intimées le 31 août 1994. L'appelant a obtempéré à cette demande et, ce jour-là, les intimées ont mis fin à son emploi. L'appelant était alors âgé de 48 ans et comptait près de 17 années d'ancienneté chez BC Tel.

Les intimées ont offert à l'appelant une indemnité de départ qu'il a cependant rejetée. Celui-ci a prétendu qu'on avait mis fin à son emploi sans motif valable et sans lui donner un préavis raisonnable ou une indemnité tenant lieu de préavis raisonnable. Il a donc intenté une action pour congédiement injustifié devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en faisant valoir que la façon autoritaire et flagrante dont on avait mis fin à son emploi constituait une rupture arbitraire et délibérée de son contrat de travail. L'appelant a soutenu que, par leurs actes, les intimées lui

that, as a result of the wrongful dismissal, he lost his employment income and benefits, as well as the short-term disability benefits he was then receiving. He also argued that the dismissal prevented him from qualifying for, or receiving, any long-term disability benefits, and caused him to lose his future pension benefits. As such, the appellant sought an order for general compensatory damages, special damages for the expenses incurred in attempting to find new employment, aggravated damages, and damages for mental distress and the intentional infliction of mental suffering, as well as punitive damages.

avaient infligé intentionnellement des souffrances morales. Il a allégué que, à la suite de ce congédiement injustifié, il avait perdu son revenu d'emploi et ses avantages sociaux ainsi que les prestations d'invalidité de courte durée qu'il touchait à cette époque. Il a également affirmé que son congédiement l'avait rendu inadmissible à des prestations d'invalidité de longue durée et lui avait fait perdre les prestations de retraite auxquelles il aurait eu droit à l'avenir. L'appelant a donc sollicité une ordonnance accordant des dommages-intérêts compensatoires généraux, des dommages-intérêts spéciaux pour les dépenses liées à la recherche d'un nouvel emploi, des dommages-intérêts majorés, des dommages-intérêts pour souffrances morales et pour l'infliction intentionnelle de telles souffrances, ainsi que des dommages-intérêts punitifs.

Aside from his wrongful dismissal action, the appellant filed an information with the Canadian Human Rights Commission, based on the same allegations of fact. He argued that his dismissal contravened the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6. At the time of trial, he had not yet filed a formal complaint.

8 Outre son action pour congédiement injustifié, l'appelant a dénoncé la mesure en question auprès de la Commission canadienne des droits de la personne en alléguant les mêmes faits. Il a maintenu que son congédiement contrevenait à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6. Il n'avait pas encore déposé une plainte officielle au moment du procès.

The respondents admitted to having terminated the appellant's employment on August 31, 1994. However, their initial defence rested on the ground that, in dismissing the appellant, they offered him a compensation package of salary and benefits in lieu of reasonable notice. Moreover, the respondents maintained that throughout the months of July and August 1994, they used their best efforts, to the appellant's knowledge, to locate an alternate suitable position for him within BC Tel. Finally, the respondents denied the appellant's allegations with respect to the flagrant nature of the dismissal, and submitted that the termination actually occurred in a professional manner, and in consultation with the appellant.

9 Les intimées ont reconnu avoir congédié l'appelant le 31 août 1994. Cependant, elles ont d'abord fait valoir pour leur défense qu'au moment du congédiement elles lui avaient offert un salaire et des avantages sociaux à titre d'indemnité compensatrice de préavis raisonnable. Les intimées ont ajouté que, pendant les mois de juillet et d'août 1994, elles avaient fait leur possible pour trouver à l'appelant un autre poste convenable au sein de BC Tel, et que ce dernier était au courant de ces démarches. Enfin, elles ont nié les allégations de l'appelant concernant la nature flagrante du congédiement et ont soutenu que le congédiement avait été effectué de manière professionnelle et à la suite de consultations avec l'appelant.

In a Further Amended Statement of Defence (October 6, 1997), the respondents maintained that the appellant's illness "frustrated the object of the [appellant's] employment". They thus claimed that they were justified in treating the employment con-

10 Dans une défense modifiée (6 octobre 1997), les intimées ont prétendu que la maladie de l'appelant [TRADUCTION] « l'empêchait d'accomplir son travail ». Elles ont donc ajouté qu'elles étaient en droit de considérer que le contrat de travail avait

tract as at an end, and in terminating it as they did on August 31, 1994. The respondents submitted that in dismissing the appellant, they offered him a compensation package in lieu of reasonable notice.

11 However, on November 20, 1997, three days into the trial of this case, the respondents obtained permission from the court to amend their pleadings once again. They abandoned the defence of frustration, and instead argued that just cause for the appellant's summary dismissal existed. Specifically, the respondents alleged that the appellant had been dishonest about his medical condition, and the treatments available for it. This argument was based on the respondents' recent discovery of a letter (dated December 12, 1994) written by the appellant to Dr. Peter Graff, an internal medicine and cardiac specialist, who was one of the appellant's attending physicians. In this letter, the appellant wrote to Dr. Graff acknowledging that, during a previous medical appointment, Dr. Graff had recommended a certain medication — the "beta blocker" — as the next method of treatment for the appellant's hypertension. Although beta blockers were not prescribed at that time, the letter indicated that Dr. Graff had advised the appellant that such treatment should begin upon the latter's return to work, if his blood pressure remained high.

12 The respondents claimed that the appellant deliberately withheld the truth as to Dr. Graff's recommendations regarding the use of beta blockers and their ability to enable him to return to his job without incurring any health risks. However, the appellant's evidence at trial revealed that, insofar as he was concerned, he had not lied to the respondents.

13 At trial, the appellant's wrongful dismissal action was heard before a judge and jury. Paris J. held that there was sufficient evidence to put the question of just cause for dismissal to the jury. In instructing the jury on this point, Paris J. stated that, in order for just cause to exist, it must find (a) that the appellant's conduct was dishonest in fact, and (b) that "the dishonesty was of a degree that was incompatible with the employment relationship". Paris J. also held that the jury could consider

pris fin et de le résilier comme elles l'ont fait le 31 août 1994. Les intimées ont fait valoir qu'en congédiant l'appelant elles lui avaient offert une indemnité compensatrice de préavis raisonnable.

Cependant, le 20 novembre 1997, soit trois jours après l'ouverture du procès, la cour a autorisé les intimées à modifier une fois de plus leurs actes de procédure. Elles ont abandonné leur moyen de défense fondé sur l'impossibilité d'accomplir le travail et ont plutôt soutenu que le congédiement sommaire de l'appelant reposait sur un motif valable. Plus précisément, les intimées ont allégué que l'appelant n'avait pas été honnête à propos de son état de santé et des traitements qu'il pourrait suivre. Cet argument faisait suite à la découverte récente par les intimées d'une lettre (datée du 12 décembre 1994) que l'appelant avait adressée au Dr Peter Graff, cardiologue et interniste qui était l'un de ses médecins traitants. Dans cette lettre, l'appelant reconnaissait que, lors d'un rendez-vous précédent, le Dr Graff lui avait recommandé un certain médicament — le « béta-bloquant » — comme prochain moyen de traiter l'hypertension dont il souffrait. Même si les béta-bloquants n'ont pas alors été prescrits, la lettre indiquait que le Dr Graff avait conseillé à l'appelant de suivre ce traitement si sa tension artérielle demeurait élevée, après son retour au travail.

Les intimées ont prétendu que l'appelant avait délibérément caché le fait que le Dr Graff avait recommandé un traitement aux béta-bloquants qui lui permettrait de reprendre le travail sans que cela pose un risque pour sa santé. Cependant, le témoignage de l'appelant au procès a révélé que, pour sa part, il n'avait pas menti aux intimées.

En première instance, l'action pour congédiement injustifié de l'appelant a été instruite devant un juge et un jury. Le juge Paris a décidé qu'il existait suffisamment d'éléments de preuve pour soumettre au jury la question du motif valable de congédiement. Dans ses directives au jury sur ce point, le juge Paris a déclaré que, pour qu'il y ait motif valable, le jury doit conclure a) que le comportement de l'appelant était effectivement malhonnête et b) que [TRADUCTION] « cette malhonnê-

whether aggravated damages, as well as damages for bad faith in the conduct or manner of the dismissal were warranted. On the other hand, he held that there was no evidence upon which a claim for punitive damages could be based, and thus, this question was not put to the jury.

teté était grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé ». Le juge a également décidé que le jury pouvait se demander s'il y avait lieu d'accorder des dommages-intérêts majorés et des dommages-intérêts pour les actes de mauvaise foi accomplis lors du congédiement. Par ailleurs, il a estimé qu'aucun élément de preuve ne justifiait l'attribution de dommages-intérêts punitifs et il n'a donc pas soumis cette question à l'appréciation du jury.

The jury found in favour of the appellant, awarding him the following amounts: $108,793 in general damages; $1,233 in special damages; $100,000 in aggravated damages; $6,091 in pension contributions; prejudgment interest; and costs. Paris J. refused to make an order for special costs, and for increased costs.

14 Le jury a donné raison à l'appelant et lui a accordé les sommes suivantes : 108 793 $ à titre de dommages-intérêts généraux, 1 233 $ à titre de dommages-intérêts spéciaux, 100 000 $ à titre de dommages-intérêts majorés, 6 091 $ à titre de cotisations à un régime de retraite, des intérêts avant jugement et des dépens. Le juge Paris a refusé de rendre une ordonnance accordant des dépens spéciaux et des dépens majorés.

The Court of Appeal for British Columbia set the jury award aside and ordered a new trial. The appellant's cross-appeal on the question of punitive damages was dismissed. According to the Court of Appeal, dishonesty is always cause for dismissal. Thus, by instructing jurors that the appellant's dishonesty would merit termination only if it was of a degree that was "incompatible with the employment relationship", Paris J. committed a reversible error.

15 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé les sommes accordées par le jury et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a également rejeté l'appel incident interjeté par l'appelant sur la question des dommages-intérêts punitifs. D'après elle, la malhonnêteté est toujours un motif de congédiement. Par conséquent, le juge Paris a commis une erreur justifiant annulation en affirmant au jury que la malhonnêteté de l'appelant ne justifierait son congédiement que si elle était [TRADUCTION] « grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé ».

III. Judicial History

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Supreme Court of British Columbia* (Paris J.), November 27, 1997

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (le juge Paris), le 27 novembre 1997

16 Paris J. made several observations regarding the instructions and questions he would put to the jury. First, with respect to the question of just cause for dismissal, he stated that — without making any comments as to its weight — he was bound to note that there was some evidence of a lack of frankness by the appellant regarding his ability to return to his previous position. But, it was to be left to the jury to decide whether the evidence amounted to

16 Le juge Paris a fait plusieurs observations concernant les directives qu'il donnerait au jury et les questions qu'il lui soumettrait. D'abord, en ce qui concerne le motif valable de congédiement, il a affirmé qu'il était tenu de signaler — sans toutefois en commenter l'importance — qu'il existait une certaine preuve de manque de franchise de la part de l'appelant quant à sa capacité de retourner à son ancien poste. Cependant, il appartenait au

proof of "dishonesty of a degree incompatible with the employment relationship".

jury de décider si cette preuve établissait l'existence d'une [TRADUCTION] « malhonnêteté grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé ».

17 Paris J. held further that questions regarding damages related to bad faith in the conduct or manner of dismissal were to be put to the jury. In this regard, it was to determine whether the evidence revealed that there was bad faith or unfair conduct by the respondents, as contemplated by this Court in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701. If so, it was to decide by how many months the notice period should be extended beyond that which would be considered as the "reasonable" period of notice in this case.

Le juge Paris a en outre décidé que le jury devait être saisi des questions relatives aux dommages-intérêts pour les actes de mauvaise foi accomplis lors du congédiement. À cet égard, le jury devrait décider si la preuve révélait l'existence de mauvaise foi ou d'un comportement inéquitable de la part des intimées, comme le prévoit notre Cour dans l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701. Dans l'affirmative, il devrait déterminer de combien de mois la période de préavis devrait être prolongée au-delà de ce qui serait jugé « raisonnable » en l'espèce.

18 The trial judge also found that the question of aggravated damages should be decided by the jury. In his view, there was some evidence to support the appellant's contention that, within the context of the dismissal, the respondents engaged in a wilful or deliberate infliction of mental distress amounting to tortious conduct. Whether the appellant actually suffered such mental distress, and whether there existed an intention to inflict such distress was to be inferred from the evidence, and was for the jury to decide.

Le juge de première instance a également conclu qu'il appartenait au jury de trancher la question des dommages-intérêts majorés. À son avis, certains éléments de preuve étayaient la prétention de l'appelant qu'en le congédiant les intimées lui avaient infligé volontairement ou délibérément des souffrances morales et avaient ainsi adopté un comportement délictueux. Il appartenait au jury de décider si l'appelant avait réellement éprouvé de telles souffrances morales et si l'intention d'infliger ces souffrances devait être inférée de la preuve.

19 However, Paris J. held that there was no evidence upon which the appellant's claim for punitive damages could be based. He found that human rights legislation did not add anything to this dimension of the case, and there was no evidence of discrimination on the basis of disability. Moreover, Paris J. stated that there was no proof of harsh, vindictive, and malicious conduct on the respondents' part.

Le juge Paris a cependant conclu qu'aucun élément de preuve ne pouvait justifier la demande de dommages-intérêts punitifs de l'appelant. Il a déterminé que la législation en matière de droits de la personne n'ajoutait rien à cet aspect de l'affaire et qu'il n'existait aucune preuve de discrimination fondée sur une déficience (*disability*). Il a ajouté qu'il n'existait aucune preuve de comportement dur, vengeur et malicieux de la part des intimées.

20 In charging the jury on the issue of dismissal for just cause on the basis of an employee's dishonesty, Paris J.'s instructions were as follows:

Le juge Paris a donné au jury les directives suivantes au sujet de la question du congédiement justifié par la malhonnêteté d'un employé :

> Now in this case, the defendant puts forward the defence that it had just cause for dismissal of the plaintiff. If just cause existed at the time of the dismissal, the defendant had the right to terminate the employment contract without giving any notice. That is because conduct amounting to just cause for dismissal constitutes a breach of the contract. Now the burden of proving just

> [TRADUCTION] Dans la présente affaire, la défenderesse fait valoir, pour sa défense, qu'elle avait un motif valable de congédier le demandeur. Si ce motif valable existait au moment du congédiement, la défenderesse avait le droit de résilier le contrat de travail sans donner de préavis. Il en est ainsi parce que le comportement qui constitue un motif valable de congédiement équivaut à

cause is on the defendant. Now what constitutes just cause for dismissal may vary depending upon the circumstances of the case which must be assessed by you the jury. Generally speaking, however, examples of just cause would be an employee's serious misconduct, habitual neglect of duty, incompetence, repeated willful [*sic*] disobedience, or dishonesty of a degree incompatible with the employment relationship. The conduct must be such as to undermine or seriously impair the trust and confidence the employer is entitled to place in the employee in the circumstances of their particular relationship. Something less than that is not sufficient cause for dismissal without reasonable notice. Perhaps I should repeat that for you. As to just cause for dismissal the conduct of the employee must be such as to undermine or seriously impair the trust and confidence the employer is entitled to place on the employee in the circumstances of their particular relationship. In the case of dishonesty it must be of a degree incompatible with the employment relationship. Something less than that is not sufficient cause for dismissal without reasonable notice.

. . .

Remember that as I have told you to find cause for dismissal you would have to find not only that the plaintiff was deceitful as the defendant contends but that the dishonesty was of a degree that was incompatible with the employment relationship. [Emphasis added.]

The question put to the jury on this point asked simply:

Have the Defendants proven that (unknown to them at the time), cause for dismissal existed when they terminated the Plaintiff on August 31, 1994?

The jury responded to this question in the negative.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (Hollinrake J.A. for the Court) (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 337

On appeal, the respondents argued that the trial judge's jury instructions were incorrect in law. They maintained that an employee's dishonest conduct, irrespective of its degree, is always cause

une rupture du contrat. Maintenant, il incombe à la défenderesse d'établir l'existence de ce motif valable. Ce qui constitue un motif valable de congédiement peut varier selon les circonstances que vous, les membres du jury, devez apprécier. En règle générale, cependant, constitueraient un motif valable, notamment, l'inconduite grave, le manquement habituel au devoir, l'incompétence, la désobéissance répétée et délibérée et la malhonnêteté grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé. Le comportement en cause doit être de nature à miner ou à ébranler sérieusement la confiance que l'employeur a le droit d'avoir en son employé dans les circonstances particulières de leur relation. Un comportement moindre n'est pas un motif suffisant de congédier un employé sans lui donner un préavis raisonnable. Je devrais peut-être vous le répéter. Pour constituer un motif valable de congédiement, le comportement de l'employé doit être de nature à miner ou à ébranler sérieusement la confiance que l'employeur a le droit d'avoir en lui dans les circonstances particulières de leur relation. S'il y a malhonnêteté, elle doit être grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé. Si elle ne l'est pas, il n'y a pas de motif suffisant de congédier l'employé sans lui donner un préavis raisonnable.

. . .

Rappelez-vous, je vous le répète, que pour conclure à l'existence d'un motif de congédiement, vous devez conclure non seulement que le demandeur a eu un comportement dolosif, comme le prétend la défenderesse, mais encore que sa malhonnêteté était grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé. [Je souligne.]

La question qui a été soumise au jury à ce propos est simple :

[TRADUCTION] Les défenderesses ont-elles prouvé qu'il existait (à leur insu à l'époque) un motif de congédiement au moment où elles ont mis fin à l'emploi du demandeur, le 31 août 1994?

Le jury a répondu par la négative à cette question.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (le juge Hollinrake au nom de la cour) (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 337

21 En appel, les intimées ont fait valoir que les directives du juge de première instance au jury étaient erronées en droit. Elles ont maintenu que le comportement malhonnête d'un employé est tou-

for dismissal. In this respect, the respondents relied on *McPhillips v. British Columbia Ferry Corp.* (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); leave to S.C.C. refused, [1995] 1 S.C.R. ix.

22 The Court of Appeal held that the dishonesty asserted by the respondents was not as clear as in *McPhillips*, where an employee billed his employer for unauthorized personal expenses. However, it found that Paris J. invited the jury to consider the extent of the dishonesty alleged, and to determine whether this "was of a degree that was incompatible with the employment relationship," and thus "sufficient to warrant dismissal". According to the Court of Appeal, such instructions were incorrect as a matter of law. In this regard, Hollinrake J.A. stated at para. 25:

> Dishonesty within the contract of employment, as is the case alleged here, is cause and that cause is not founded on the basis of the "degree" of the dishonesty.

Considering the evidence before the jury and the question that had been put to it in regard to the existence of just cause, Hollinrake J.A. held that it was not possible to discern the jury's exact findings. It may have found that, on the basis of the evidence as a whole, there was no dishonesty. However, the jury also may have concluded that there was dishonesty related to the employment contract, but that such dishonesty was not of the requisite "degree" to provide just cause for dismissal, as articulated by the trial judge. If the second scenario were true, a miscarriage of justice had resulted in this case.

23 In considering the specific nature of the flaw within the jury charge, Hollinrake J.A. stated at paras. 27 and 28:

> In my opinion, this jury should have been instructed that if it found dishonesty on the evidence as asserted by the [respondents] it must, as a matter of law, conclude that there existed cause for dismissal. The only finding of fact for the jury to make was dishonesty or no dishon-

jours un motif de congédiement, peu importe sa gravité. À cet égard, les intimées se sont appuyées sur l'arrêt *McPhillips c. British Columbia Ferry Corp.* (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la CSC refusée, [1995] 1 R.C.S. ix.

La Cour d'appel a statué que la malhonnêteté invoquée par les intimées n'était pas aussi manifeste que dans l'affaire *McPhillips*, où un employé avait réclamé à son employeur le paiement de dépenses personnelles non autorisées. Cependant, elle a conclu que le juge Paris avait invité le jury à examiner l'ampleur de la malhonnêteté alléguée et à déterminer si elle [TRADUCTION] « était grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé » et donc « suffisante pour justifier le congédiement ». La Cour d'appel a estimé que ces directives étaient erronées en droit. À ce propos, le juge Hollinrake a déclaré, au par. 25 :

> [TRADUCTION] La malhonnêteté dans l'exécution d'un contrat de travail, comme celle alléguée en l'espèce, est un motif de congédiement et ce motif ne dépend pas de la « gravité » de la malhonnêteté.

Après avoir examiné la preuve dont disposait le jury et la question qui lui a été soumise quant à l'existence d'un motif valable de congédiement, le juge Hollinrake a décidé qu'il n'était pas possible de déterminer exactement ce que le jury avait conclu. Il pouvait avoir conclu à l'absence de malhonnêteté, compte tenu de l'ensemble de la preuve. Toutefois, il pouvait également avoir conclu qu'il y avait eu malhonnêteté dans le contexte du contrat de travail, mais que cette malhonnêteté n'était pas « grave » au point de constituer un motif valable de congédiement, comme l'a expliqué le juge de première instance. Dans ce dernier cas, il y aurait eu erreur judiciaire en l'espèce.

En examinant la nature particulière de la lacune que comportait l'exposé au jury, le juge Hollinrake a affirmé (aux par. 27-28) :

> [TRADUCTION] À mon avis, on aurait dû dire au jury que, s'il concluait à l'existence de malhonnêteté compte tenu de la preuve soumise par les [intimées], il devrait conclure qu'il existait en droit un motif de congédiement. La seule conclusion de fait que le jury était appelé

esty and if the former was found by the jury the judge would then have been bound as a matter of law to conclude that there was cause for dismissal. That conclusion is mandated by the *McPhillips* case.

I am unable to see any difference in substance from the charge before us and that in *McPhillips*. In my opinion, they both suffer from the identical fatal flaw. That being, it cannot be determined on appeal whether or not the jury had found there was no dishonesty or there was dishonesty found but in the collective mind of the jury that dishonesty did not "justify the firing" (*McPhillips*) or was not "of a degree incompatible with the employment relationship" (the instant case).

The court thus stated that the jury charge in this case — which referred to the "degree of dishonesty" incompatible with the employment relationship — put a mixed question of fact and law to the jury. Whether the appellant had been dishonest with his employers was a question of fact for the jury to decide. However, the jury should not have been permitted to determine whether the "degree" of dishonesty sufficed to warrant dismissal, since as a matter of law, all dishonesty within an employment relationship provides just cause.

Before the Court of Appeal, the respondents, referring to the case of *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831, submitted that the appellant's wrongful dismissal claim should be dismissed in preference to ordering a new trial. They argued that it would be impossible for any jury acting judicially to reach the conclusion that the appellant was honest with his employers about his ability to return to work. The Court of Appeal declined to dismiss the action. It held that, given the evidence, there was some measure of confusion in the mind of the appellant as to the availability of a different job, the medical advice he received, and what future steps he should take for his own health and well-being. Thus, while the evidence could allow a jury to arrive at a finding of dishonesty justifying dismissal without notice, it

à tirer concernait l'existence de malhonnêteté et, si le jury concluait qu'il y avait eu malhonnêteté, le juge était alors tenu en droit de statuer qu'il existait un motif de congédiement. Telle est la conclusion que commande l'arrêt *McPhillips*.

Je suis incapable de voir une différence, sur le plan du fond, entre l'exposé au jury en l'espèce et celui dont il était question dans l'arrêt *McPhillips*. J'estime qu'elles comportent la même lacune fatale. Cela étant, on ne peut déterminer en appel si le jury a conclu à l'absence de malhonnêteté, ou encore décider que le jury a conclu qu'il y avait eu malhonnêteté, mais qu'il était collectivement d'avis qu'elle ne « justifiait pas le congédiement » (*McPhillips*) ou qu'elle n'était pas « grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé » (en l'espèce).

24 La cour a donc statué que, dans son exposé au jury en l'espèce — où il était question de la « malhonnêteté grave » au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé — le juge avait soumis à l'appréciation du jury une question mixte de fait et de droit. La question de savoir si l'appelant avait agi malhonnêtement avec son employeur était une question de fait qu'il appartenait au jury de trancher. Cependant, on n'aurait pas dû lui permettre de déterminer si la malhonnêteté en cause était « grave » au point de justifier un congédiement, puisque, en droit, toute malhonnêteté dans le cadre d'une relation employeur-employé est un motif valable de congédiement.

25 Mentionnant l'arrêt *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831, les intimées ont fait valoir en cour d'appel que le rejet de l'action pour congédiement injustifié de l'appelant serait préférable à la délivrance d'une ordonnance de nouveau procès. Selon elles, aucun jury agissant de façon judiciaire ne pourrait conclure que l'appelant a été franc avec son employeur au sujet de sa capacité de retourner au travail. La Cour d'appel a refusé de rejeter l'action. Elle a statué que, d'après la preuve, il régnait dans l'esprit de l'appelant une certaine confusion au sujet de la possibilité d'obtenir un autre emploi, du conseil qu'il avait reçu de son médecin et des mesures qu'il devrait prendre pour recouvrer la santé et assurer son bien-être. Donc, même si la preuve pouvait permettre à un jury de conclure à l'existence de malhonnêteté jus-

also would be open to the trier of fact to conclude that there was no dishonest conduct on the part of the appellant. As such, the appellant's action against his former employers could not be dismissed.

26 Accordingly, the appeal was allowed, the order of the British Columbia Supreme Court set aside, and a new trial was ordered on all issues. The appellant's cross-appeal on the issue of whether the trial judge erred by failing to put the question of punitive damages to the jury was unnecessary to deal with, given the order for a new trial on all issues. As such, the cross-appeal was dismissed without reasons.

IV. Issues

27 This appeal raises the following issues:

A. Did the trial judge err by instructing the jury that, to find just cause for dismissal, it would have to find not only that the plaintiff was deceitful, but that the dishonesty was "of a degree that was incompatible with the employment relationship"?

B. Based on the evidence before it, could the jury, acting judicially, have reasonably found that the appellant's conduct was not dishonest and thus, that just cause for summary dismissal did not exist?

C. Was the jury award for damages representing an extended notice period reasonable?

D. Should the question of aggravated damages have been put to the jury in this case?

E. Should the question of punitive damages have been put to the jury in this case?

tifiant un congédiement sans préavis, le juge des faits aurait pu tout aussi bien conclure à l'absence de comportement malhonnête de la part de l'appelant. Voilà pourquoi l'action de l'appelant contre ses anciens employeurs ne pouvait pas être rejetée.

En conséquence, la Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé l'ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur toutes les questions en litige. En raison de son ordonnance de nouveau procès sur toutes les questions en litige, la cour n'avait plus à examiner l'appel incident que l'appelant avait interjeté au sujet de la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en ne soumettant pas la question des dommages-intérêts punitifs à l'appréciation du jury. L'appel incident a donc été rejeté sans motifs à l'appui.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

A. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en affirmant au jury que, pour conclure à l'existence d'un motif valable de congédiement, il lui faudrait déterminer non seulement que le demandeur a eu un comportement dolosif, mais encore que sa malhonnêteté était « grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé »?

B. Compte tenu de la preuve dont il disposait, le jury agissant de façon judiciaire pouvait-il raisonnablement conclure que le comportement de l'appelant n'était pas malhonnête et qu'il n'y avait donc aucun motif valable de le congédier sommairement?

C. Les dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis, que le jury a accordés, sont-ils raisonnables?

D. La question des dommages-intérêts majorés aurait-elle dû être soumise à l'appréciation du jury en l'espèce?

E. La question des dommages-intérêts punitifs aurait-elle dû être soumise à l'appréciation du jury en l'espèce?

V. Analysis

A. *The Standard for Dishonest Conduct in the Employment Relationship*

Although this Court has yet to consider the question of whether an employee's dishonesty, in and of itself, necessarily gives rise to just cause for summary dismissal, this issue has been examined by the English courts, as well as appellate and lower courts in Canada. From an analysis of this jurisprudence, no clear principle or standard emerges. Rather, while one line of authority suggests that the nature of the dishonesty and the circumstances surrounding its occurrence must be considered, another seems to indicate that dishonest conduct alone — regardless of its degree — creates just cause for dismissal. A brief review of these two strands of jurisprudence would be useful before determining which should guide this Court's analysis in the present case.

1. Authority Indicating that *Context* Must Be Considered when Assessing Whether Dishonesty Amounts to Just Cause for Dismissal

When examining whether an employee's misconduct — including dishonest misconduct — justifies his or her dismissal, courts have often considered the context of the alleged insubordination. Within this analysis, a finding of misconduct does not, by itself, give rise to just cause. Rather, the question to be addressed is whether, in the circumstances, the behaviour was such that the employment relationship could no longer viably subsist.

The Privy Council's decision in *Clouston & Co. v. Corry*, [1906] A.C. 122, adopted this analytical framework. The question arising in that case was whether an employee's public drunkenness and disobedient conduct warranted his dismissal. The Privy Council's ruling spoke generally to the concept of "misconduct" and held that there was no

V. Analyse

A. *La norme applicable au comportement malhonnête dans le cadre d'une relation employeur-employé*

Bien que notre Cour n'ait pas encore été appelée à se demander si la malhonnêteté d'un employé constitue nécessairement, en soi, un motif valable de congédiement sommaire, des tribunaux anglais ainsi que des cours d'appel et des tribunaux d'instance inférieure au Canada ont déjà examiné la question. Aucune norme ni aucun principe clairs ne se dégagent de l'analyse de cette jurisprudence. Au contraire, alors qu'un courant jurisprudentiel veut qu'il faille prendre en considération la nature du comportement malhonnête et les circonstances qui l'ont entouré, un autre semble indiquer que le comportement malhonnête — peu importe sa gravité — constitue à lui seul un motif valable de congédiement. Il serait utile d'examiner brièvement ces deux courants jurisprudentiels avant de décider lequel devrait guider l'analyse de notre Cour dans le présent pourvoi. 28

1. La jurisprudence selon laquelle il faut prendre en considération le *contexte* pour déterminer si la malhonnêteté est un motif valable de congédiement

Lorsqu'ils examinent si l'inconduite d'un employé — y compris l'inconduite malhonnête — justifie son congédiement, les tribunaux prennent souvent en considération le contexte dans lequel il y aurait eu insubordination. Le fait de conclure à l'inconduite, dans le cadre de cette analyse, n'établit pas en soi l'existence d'un motif valable de congédiement. Il s'agit plutôt de savoir si, dans les circonstances, le comportement adopté a fait en sorte que la relation employeur-employé n'était plus viable. 29

Le Conseil privé a adopté ce cadre analytique dans *Clouston & Co. c. Corry*, [1906] A.C. 122, où il s'agissait de savoir si l'ivresse et la désobéissance en public d'un employé justifiaient son congédiement. Dans sa décision, le Conseil privé s'en est tenu en général au concept d'« inconduite » et a statué qu'aucune règle de droit figée ne permettait 30

fixed rule of law to define when termination would be warranted. The question is one of degree. The trial judge must first determine whether there is any evidence to submit to the jury in support of the allegation of justifiable dismissal. He or she also may direct jurors by informing them of the nature of the acts which, as a matter of law, will justify dismissal. However, the ultimate question of whether just cause for such dismissal exists is one of fact that the jury must decide. Thus, the Privy Council indicated that it is not sufficient that the jury find misconduct alone, since this will not necessarily provide a basis for dismissal. Rather, the jury must determine that the misconduct is impossible to reconcile with the employee's obligations under the employment contract. In this regard, Lord James of Hereford stated at p. 129:

> In the present case the tribunal to try all issues of fact was a jury. Now the sufficiency of the justification depended upon the extent of misconduct. There is no fixed rule of law defining the degree of misconduct which will justify dismissal. Of course there may be misconduct in a servant which will not justify the determination of the contract of service by one of the parties to it against the will of the other. On the other hand, misconduct inconsistent with the fulfilment of the express or implied conditions of service will justify dismissal. [Emphasis added.]

31 A similar analysis was undertaken in subsequent decisions dealing with this issue. For instance, in *Laws v. London Chronicle, Ltd.*, [1959] 2 All E.R. 285, the English Court of Appeal stated the following at p. 287:

> [S]ince a contract of service is but an example of contracts in general, so that the general law of contract will be applicable, it follows that, if summary dismissal is claimed to be justifiable, the question must be whether the conduct complained of is such as to show the servant to have disregarded the essential conditions of the contract of service. [Emphasis added.]

As such, Lord Evershed, M.R., held that a single act of disobedience justified dismissal only if it demonstrated that the servant had repudiated the contract or one of its essential conditions. In this

de déterminer dans quels cas le congédiement serait justifié. C'est une question de gravité. Le juge de première instance doit d'abord déterminer s'il est possible de soumettre au jury des éléments de preuve étayant l'allégation de congédiement justifié. Il peut également donner aux jurés des directives concernant la nature des actes qui, en droit, justifient un congédiement. Cependant, la question de savoir, en définitive, s'il existe un motif valable de congédiement est une question de fait que le jury doit trancher. Ainsi, le Conseil privé a indiqué qu'il ne suffit pas que le jury conclue seulement à l'existence d'une inconduite étant donné que celle-ci n'est pas nécessairement un motif de congédiement. Le jury doit plutôt conclure qu'il est impossible de concilier l'inconduite avec les obligations qui incombent à l'employé aux termes du contrat de travail. À cet égard, lord James of Hereford a déclaré, à la p. 129 :

> [TRADUCTION] Dans la présente affaire, il appartenait au jury de trancher toutes les questions de fait. Or, le caractère suffisant de la justification dépendait de la gravité de l'inconduite. Aucune règle de droit figée ne permet de déterminer combien grave doit être l'inconduite pour justifier un congédiement. Il se peut évidemment que l'inconduite d'un employé ne justifie pas la résiliation du contrat de louage de services par une partie contre la volonté de l'autre partie. Par contre, l'inconduite incompatible avec le respect des conditions explicites ou implicites du louage de services justifie un congédiement. [Je souligne.]

Une analyse similaire a été effectuée dans des décisions ultérieures portant sur cette question. Par exemple, dans l'arrêt *Laws c. London Chronicle, Ltd.*, [1959] 2 All E.R. 285, la Cour d'appel anglaise a affirmé ceci, à la p. 287 :

> [TRADUCTION] [P]uisqu'un contrat de louage de services n'est qu'un exemple de contrat en général, de sorte que le droit général des contrats s'applique, il s'ensuit que, si on prétend que le congédiement sommaire est justifié, il faut se demander si le comportement reproché démontre que l'employé a violé les conditions essentielles du contrat de louage de services. [Je souligne.]

Le maître des rôles lord Evershed a donc statué qu'un seul acte de désobéissance ne justifiait le congédiement que s'il démontrait que l'employé avait violé le contrat ou l'une de ses conditions

way, the ruling in *Laws* indicated that an analysis of whether an employee's misconduct warrants dismissal requires an assessment of its degree and surrounding circumstances.

This contextual approach also has been adopted in several decisions by Canadian appellate courts. For example, in *R. v. Arthurs, Ex parte Port Arthur Shipbuilding Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 342, at p. 348, the Ontario Court of Appeal stated that an employer's right to summarily dismiss an employee is triggered by "serious misconduct", which was recognized as including habitual neglect of duty, incompetence, wilful disobedience or "conduct incompatible with his duties, or prejudicial to the employer's business."

More recently, the Nova Scotia Court of Appeal in *Blackburn v. Victory Credit Union Ltd.* (1998), 36 C.C.E.L. (2d) 94, adopted a contextual analysis for assessing whether misconduct — and in particular, dishonest misconduct — warranted summary dismissal. On this point, Flinn J.A., writing for the court at p. 110, held:

> The difficulty which I have with the position of counsel for the employer is that, in dealing with this aspect of his first ground of appeal, he treats the acts of misconduct in isolation. The courts do not consider an act of misconduct, in and of itself, to be grounds for dismissal without notice, unless it is so grievous that it gives rise to the inference that the employee intends no longer to be bound by the contract of service.
>
> There is no definition which sets out, precisely, what conduct, or misconduct, justifies dismissal without notice, and rightly so. Each case must be determined on its own facts. . . .

Thus, according to this reasoning, an employee's misconduct does not inherently justify dismissal without notice unless it is "so grievous" that it intimates the employee's abandonment of the intention to remain part of the employment relationship. In drawing this conclusion, the Nova Scotia Court of Appeal relied on the following passage in H. A.

essentielles. L'arrêt *Laws* indique ainsi que, pour déterminer si l'inconduite d'un employé justifie de le congédier, il faut évaluer la gravité de cette inconduite et les circonstances qui l'ont entourée.

32 Cette approche contextuelle a également été adoptée dans plusieurs décisions de cours d'appel canadiennes. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Arthurs, Ex parte Port Arthur Shipbuilding Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 342, p. 348, la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé qu'un employeur a le droit de congédier sommairement un employé coupable [TRADUCTION] d'« inconduite grave », que la cour définit notamment comme étant le manquement habituel au devoir, l'incompétence, la désobéissance volontaire ou le [TRADUCTION] « comportement incompatible avec les obligations [de l'employé] ou préjudiciable à l'entreprise de l'employeur ».

33 Plus récemment, dans l'arrêt *Blackburn c. Victory Credit Union Ltd.* (1998), 36 C.C.E.L. (2d) 94, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a procédé à une analyse contextuelle pour déterminer si l'inconduite — plus particulièrement l'inconduite malhonnête — justifiait un congédiement sommaire. Voici ce que le juge Flinn a affirmé à ce propos, au nom de la cour (à la p. 110) :

> [TRADUCTION] Selon moi, le problème que pose la thèse de l'avocat de l'employeur est que, lorsqu'il aborde cet aspect du premier moyen d'appel invoqué, il examine les actes d'inconduite séparément. Les tribunaux ne considèrent pas qu'un acte d'inconduite constitue en soi un motif de congédiement sans préavis, à moins qu'il ne soit si grave qu'il amène à déduire que l'employé n'a plus l'intention d'être lié par le contrat de louage de services.
>
> C'est à juste titre qu'aucune définition ne précise quelle conduite ou quelle inconduite justifie un congédiement sans préavis. Chaque cas est un cas d'espèce . . .

Par conséquent, selon ce raisonnement, l'inconduite d'un employé ne justifie en soi un congédiement sans préavis, que si elle est [TRADUCTION] « si grave » qu'elle laisse entendre que l'employé n'a plus l'intention d'être partie à la relation employeur-employé. En tirant cette conclusion, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est fondée

Levitt's *The Law of Dismissal in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 124:

> What constitutes just cause in a specific situation is particularly difficult to enumerate because it depends not only on the category and possible consequences of the misconduct, but also on both the nature of the employment and the status of the employee . . . .
>
> The existence of misconduct sufficient to justify cause cannot be looked at in isolation. Whether misconduct constitutes just cause has to be analyzed in the circumstances of each case. Misconduct must be more serious in order to justify the termination of a more senior, longer-service employee who has made contributions to the company.

34 The jurisprudence also reveals that an application of a contextual approach — which examines both the circumstances surrounding the conduct as well as its nature or degree — leaves the trier of fact with discretion as to whether a dishonest act gives rise to just cause. For example, in *Jewitt v. Prism Resources Ltd.* (1981), 30 B.C.L.R. 43 (C.A.), Taggart J.A. held that an analysis of the employee's misconduct "in the circumstances" of that case did constitute cause for dismissal. *Jewitt* involved an employee who allowed a co-director's signature to be traced on a balance sheet. In contrast, an examination of the surrounding circumstances in *Hill v. Dow Chemical Canada Inc.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 66 led the Alberta Court of Queen's Bench to conclude that the misconduct in question merely reflected a single incident of "poor judgment". This finding, along with the conclusion that the employee lacked an intention to deceive, caused the court to conclude that the impugned behaviour did not warrant summary dismissal. At issue in *Hill* was an employee's unauthorized donation of bandages and ice packs owned by his employer to a local hockey team, in breach of company procedure. Similarly, in *MacNaughton v. Sears Canada Inc.* (1997), 186 N.B.R. (2d) 384 (C.A.), Bastarache J.A., as he then was, found that the impugned conduct of the employee was not sufficiently serious to justify his dismissal, as it did not repudiate an essential condition of the

sur l'extrait suivant de l'ouvrage de H. A. Levitt, intitulé *The Law of Dismissal in Canada* (2e éd. 1992), p. 124 :

> [TRADUCTION] Il est particulièrement difficile d'énumérer ce qui constitue un motif valable dans une situation donnée, car cela dépend non seulement de la catégorie et des conséquences possibles de l'inconduite, mais encore de la nature de l'emploi et du statut de l'employé . . .
>
> On ne peut considérer séparément l'existence d'une inconduite suffisante pour justifier un congédiement. La question de savoir si l'inconduite est un motif valable de congédiement doit être analysée à la lumière des circonstances de chaque cas. L'inconduite doit être plus grave pour justifier le congédiement d'un employé plus haut placé qui compte plus d'années d'ancienneté et qui a contribué à l'entreprise.

Il ressort en outre de la jurisprudence que, selon l'approche contextuelle — qui tient compte autant des circonstances ayant entouré le comportement que de sa nature ou sa gravité — , le juge des faits a le pouvoir discrétionnaire de décider si un acte malhonnête constitue un motif valable de congédiement. Par exemple, dans l'arrêt *Jewitt c. Prism Resources Ltd.* (1981), 30 B.C.L.R. 43 (C.A.), le juge Taggart a conclu que l'inconduite de l'employé, [TRADUCTION] « dans les circonstances » de cette affaire, était un motif de congédiement. Dans cette affaire, un employé avait permis que la signature d'un codirecteur soit calquée sur un bilan. Par contre, un examen des circonstances de l'affaire *Hill c. Dow Chemical Canada Inc.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 66 a amené la Cour du Banc de Reine de l'Alberta à conclure que l'inconduite en cause ne reflétait qu'un seul épisode de [TRADUCTION] « mauvais jugement ». Cette conclusion, conjuguée à celle que l'employé n'avait pas l'intention de tromper, a amené la cour à décider que le comportement reproché ne justifiait pas le congédiement sommaire de cet employé. Dans l'affaire *Hill*, un employé avait contrevenu à la procédure de la compagnie en donnant, sans autorisation, à une équipe de hockey locale des pansements et des cryosacs appartenant à son employeur. De même, dans l'arrêt *MacNaughton c. Sears Canada Inc.* (1997), 186 R.N.-B. (2e) 384 (C.A.), le juge Bastarache, aujourd'hui juge à la Cour suprême du

employment contract. Although the employee had been subject to prior reprimands, these reprimands must also be taken in context, and do not eliminate the need for the misconduct "to be of some importance" (p. 394). This same court affirmed, in *Dougherty v. Bathurst Golf Association Ltd.* (1997), 189 N.B.R. (2d) 230, that just cause exists where the misconduct in question is "clearly inconsistent" with the employee's duties under the employment contract.

Cases in which courts have explicitly ruled that the issue of just cause is one of fact to be put to a jury lend further support to an approach that considers the particular circumstances surrounding the alleged employee misconduct. Rather than viewing cause for dismissal as a legal conclusion that must be drawn in any case where disobedience (including dishonesty) is proven, these cases indicate that just cause can only be determined through an inquiry by the trier of fact into (a) whether the evidence demonstrated employee misconduct and (b) whether, in the circumstances, such misconduct sufficed to justify the employee's termination without notice.

This approach was adopted in *Butler v. Canadian National Railways*, [1939] 3 W.W.R. 625 (Sask. C.A.), a case in which an employee was dismissed from his position based on evidence that CNR property was missing from a department that he was charged with overseeing. In the appeal from the verdict finding insufficient cause for dismissal, Turgeon C.J.S., citing *Clouston*, *supra*, held that the issue of cause was unquestionably one of fact to be put to the jury. In a concurring judgment, Gordon J.A. also cited *Clouston* to reject the employer's argument that the question of whether it had sufficient cause for dismissal was

Canada, a conclu que le comportement reproché à l'employé n'était pas assez grave pour justifier son congédiement, étant donné qu'il n'avait pas violé une condition essentielle de son contrat de travail. Même si l'employé avait déjà fait l'objet de réprimandes, celles-ci devaient également être situées dans leur contexte et n'écartaient pas la nécessité que l'inconduite « ait une certaine importance » (p. 394). Dans l'arrêt *Dougherty c. Bathurst Golf Association Ltd.* (1997), 189 R.N.-B. (2e) 230, cette même cour a confirmé que l'inconduite [TRADUCTION] « clairement inconciliable » avec l'exercice des fonctions incombant à l'employé en vertu du contrat de travail constitue un motif valable de congédiement.

35 La jurisprudence dans laquelle les tribunaux ont explicitement décidé que la question du motif valable de congédiement est une question de fait devant être soumise à l'appréciation du jury étaye davantage l'approche consistant à prendre en considération les circonstances particulières qui ont entouré la prétendue inconduite de l'employé. Au lieu de considérer le motif de congédiement comme une conclusion de droit qui doit être tirée dans tous les cas où il est établi qu'il y a eu désobéissance (y compris malhonnêteté), cette jurisprudence indique que le juge des faits ne peut se prononcer sur l'existence d'un motif valable de congédiement qu'après avoir examiné a) si la preuve démontre qu'il y a eu inconduite de la part de l'employé et b) si, dans les circonstances, cette inconduite était suffisante pour justifier le congédiement sans préavis de l'employé.

36 Cette approche a été adoptée dans l'arrêt *Butler c. Canadian National Railways*, [1939] 3 W.W.R. 625 (C.A. Sask.), où un employé avait été congédié sur la foi d'une preuve que des biens appartenant au CN avaient disparu dans le département qu'il était chargé de superviser. Lors de l'appel interjeté contre le verdict concluant à l'absence de motif suffisant de congédiement, le juge Turgeon, juge en chef de la Saskatchewan, a statué, en citant l'arrêt *Clouston*, précité, qu'il n'y avait aucun doute que la question du motif du congédiement était une question de fait devant être soumise à l'appréciation du jury. Dans des motifs concor-

an issue of law. In this regard, Gordon J.A. made the following comments at p. 631:

> I think, therefore, with deference, that the learned trial Judge was right in submitting the question to the jury. It was only necessary for the plaintiff to establish that he was employed for an indefinite time and that he was dismissed without notice. The onus then shifted to the defendant to prove that such dismissal was justified. . . . With deference therefore, I think that the learned trial Judge was right in submitting the question to the jury. The plaintiff has a statutory right to have the issues in the action decided by the jury. A Judge can intervene and say that there is no evidence to go to a jury so far as the plaintiff is concerned but I know of no authority which gives the Judge power to say that the defendant had given sufficient evidence to satisfy the onus thrown upon him and that therefore he will not submit the case to the jury. [Emphasis added.]

37 This reasoning was endorsed by the Saskatchewan Court of Appeal in *Holloway v. Encor Energy Corp.* (1991), 93 Sask. R. 226. Referring explicitly to *Butler* and *Clouston*, Gerwing J.A. held at p. 228 that "[i]t was not open to the trial judge to reserve to himself the question of just cause". Rather, this issue was considered to be one of fact, to be left for the jury to decide.

38 In addition to the appellate decisions mentioned above, the contextual approach to assessing employee misconduct also has been followed in several trial judgments in Canada. See for example: *Epoch v. Beaver Lumber Co.* (1997), 45 C.C.E.L. (2d) 135 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 143; *Thompson v. Boise Cascade Canada Ltd.* (1994), 7 C.C.E.L. (2d) 17 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 34. Further in *Justason v. Cox Radio & T.V. Ltd.* (1997), 190 N.B.R. (2d) 228 (Q.B.), and *McCluskey v. Lawtons Drug Stores Ltd.* (1998), 204 N.B.R. (2d) 137 (Q.B.), aff'd (1999), 210 N.B.R. (2d) 198 (C.A.), the court examined the

dants, le juge Gordon a également cité l'arrêt *Clouston* pour rejeter l'argument de l'employeur selon lequel la question de savoir s'il existait un motif suffisant de congédiement était une question de droit. À cet égard, le juge Gordon a fait observer ceci, à la p. 631 :

> [TRADUCTION] J'estime donc, en toute déférence, que le juge de première instance a eu raison de soumettre la question au jury. Le demandeur avait seulement à démontrer qu'il avait été embauché pour une période indéterminée et qu'il a été congédié sans préavis. Il incombait alors à la défenderesse de prouver que ce congédiement était justifié. [. . .] J'estime donc, en toute déférence, que le juge de première instance a eu raison de soumettre la question au jury. Le demandeur a, en vertu de la loi, le droit de voir les questions en litige tranchées par le jury. En ce qui concerne le demandeur, le juge peut intervenir et affirmer qu'il n'existe aucun élément de preuve à soumettre au jury, mais je ne connais aucune source doctrinale ou jurisprudentielle qui habilite le juge à affirmer que la défenderesse a présenté suffisamment d'éléments de preuve pour s'acquitter de l'obligation qui lui incombait et que c'est pourquoi il ne soumettra pas l'affaire à l'appréciation du jury. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Saskatchewan a adopté ce raisonnement dans l'arrêt *Holloway c. Encor Energy Corp.* (1991), 93 Sask. R. 226. Renvoyant explicitement aux arrêts *Butler* et *Clouston*, le juge Gerwing a conclu, à la p. 228, [TRADUCTION] « [qu'i]l n'était pas loisible au juge de première instance de s'approprier l'examen de la question du motif valable de congédiement ». Il a plutôt considéré qu'il s'agissait là d'une question de fait devant être tranchée par le jury.

La méthode contextuelle d'évaluation de l'inconduite d'un employé a été suivie non seulement dans les décisions de tribunaux d'appel susmentionnées, mais encore dans plusieurs jugements de première instance au Canada. Voir par exemple : *Epoch c. Beaver Lumber Co.* (1997), 45 C.C.E.L. (2d) 135 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 143; *Thompson c. Boise Cascade Canada Ltd.* (1994), 7 C.C.E.L. (2d) 17 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 34. De plus, dans les décisions *Justason c. Cox Radio & T.V. Ltd.* (1997), 190 R.N.-B. (2e) 228 (B.R.), et *McCluskey c. Lawtons Drug Stores Ltd.* (1998), 204 R.N.-B. (2e) 137 (B.R.), conf. par (1999), 210 R.N.-B. (2e)

nature and extent of the misconduct, as well as the surrounding circumstances, in order to determine whether the employment relationship could be sustained.

To summarize, this first line of case law establishes that the question whether dishonesty provides just cause for summary dismissal is a matter to be decided by the trier of fact, and to be addressed through an analysis of the particular circumstances surrounding the employee's behaviour. In this respect, courts have held that factors such as the nature and degree of the misconduct, and whether it violates the "essential conditions" of the employment contract or breaches an employer's faith in an employee, must be considered in drawing factual conclusions as to the existence of just cause.

But a second branch of jurisprudence sets out a separate analytical structure for this issue, and suggests that the only question for a trier of fact is whether employee dishonesty exists. Once this is established, the conclusion that must be reached as a matter of law is that the employer had the right to dismiss its employee. It is to this second line of authority that I now turn.

2. Authority Indicating that Dishonesty *In and Of Itself* Warrants Dismissal Without Notice

The broad language used in a second line of decisions indicates that dishonesty, in and of itself, provides just cause, irrespective of the factors and circumstances surrounding the conduct, the nature or degree of such dishonesty, or whether it breached the essential conditions of the employment relationship.

This approach was articulated by the English Court of Appeal in *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co. v. Ansell* (1888), 39 Ch. D. 339. In that case, an agent had been instructed to arrange for several fishing boats to be built for his employer.

198 (C.A.), la cour a examiné la nature et la gravité de l'inconduite, ainsi que les circonstances l'ayant entourée, afin de déterminer si la relation employeur-employé pouvait être maintenue.

39 En résumé, d'après ce premier courant jurisprudentiel, il appartient au juge des faits de trancher la question de savoir si la malhonnêteté est un motif valable de congédiement sommaire et, ce faisant, il doit tenir compte des circonstances particulières ayant entouré le comportement de l'employé. À cet égard, les tribunaux ont statué que, pour tirer des conclusions de fait concernant l'existence d'un motif valable de congédiement, il faut prendre en considération des éléments comme la nature et la gravité de l'inconduite, et se demander si cette inconduite viole les [TRADUCTION] « conditions essentielles » du contrat de travail ou si elle constitue un abus de la confiance que l'employeur a en son employé.

40 Cependant, un second courant jurisprudentiel préconise le recours à un cadre analytique distinct pour cette question et laisse entendre que le juge des faits doit seulement décider s'il a eu malhonnêteté de la part de l'employé. Dès qu'il est établi qu'il y a eu malhonnêteté, la conclusion de droit qui doit être tirée est que l'employeur a le droit de congédier son employé. Je vais maintenant examiner ce deuxième courant de jurisprudence.

2. La jurisprudence selon laquelle la malhonnêteté justifie *en soi* un congédiement sans préavis

41 Il ressort de la formulation générale d'un deuxième courant de jurisprudence que la malhonnêteté constitue en soi un motif valable de congédiement, peu importe les facteurs et les circonstances ayant entouré le comportement, la nature ou la gravité de cette malhonnêteté, ou encore la question de savoir s'il y a eu violation des conditions essentielles de la relation employeur-employé.

42 Cette approche a été formulée par la Cour d'appel anglaise dans *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co. c. Ansell* (1888), 39 Ch. D. 339. Dans cette affaire, un mandataire s'était vu confier la tâche de faire construire plusieurs bateaux de pêche pour la

The agent then received a secret commission from the boat builder, which the company learned of approximately one year later. The employee's conduct was found to be fraudulent, and this was held to provide ample justification for dismissal without notice. In reaching this conclusion, Bowen L.J. discussed the standard applicable for determining when dishonesty suffices as cause for terminating the employment relationship. At p. 363 he stated:

> [I]n cases where the character of the isolated act is such as of itself to be beyond all dispute a violation of the confidential relation, and a breach of faith towards the master, the rights of the master do not depend on the caprice of the jury, or of the tribunal which tries the question. Once the tribunal has found the fact — has found that there is a fraud and breach of faith — then the rights of the master to determine the contract follow as matter of law.

This passage indicates that once the confidence inherent to the master-servant relationship is breached, just cause for dismissal — as a matter of law — is automatically triggered, and must not depend on whether the trier of fact finds that such cause exists. Although Bowen L.J. spoke primarily to fraud, he also indicated that "breach of faith" in general may warrant dismissal. Such broad language suggests that any dishonest conduct which ruptures the trust inherent to the employer-employee relationship provides just cause.

43 A similar view was adopted by the Privy Council in *Federal Supply and Cold Storage Co. of South Africa v. Angehrn & Piel* (1910), 80 L.J.P.C. 1. This case made plain that an employee who engages in a fraudulent act of a serious nature (in that case, taking a secret commission) intimates that he or she has forfeited the right to be continued in the employer's service. In this respect, it was stated at p. 3:

> An agent who takes a secret commission does a dishonest act, and that act shews he is unfit for a position of

compagnie qui l'employait. Le mandataire avait alors touché une commission secrète auprès du constructeur de bateaux, et ce fait était venu à la connaissance de la compagnie environ un an plus tard. Le lord juge Bowen a conclu que le comportement de l'employé était frauduleux et qu'il justifiait amplement un congédiement sans préavis. Cette conclusion résultait d'une analyse de la norme applicable pour déterminer dans quels cas la malhonnêteté constitue un motif suffisant pour mettre fin à la relation employeur-employé. Le lord juge Bowen a écrit, à la p. 363 :

> [TRADUCTION] [D]ans les cas où la nature de l'acte isolé fait en sorte que, à lui seul, cet acte constitue incontestablement une violation de la relation confidentielle et un abus de la confiance de l'employeur, les droits de ce dernier ne dépendent pas du bon vouloir du jury ou du tribunal qui examine la question. Dès que le tribunal constate le fait reproché — c'est-à-dire la fraude et l'abus de confiance — l'employeur est dès lors habilité en droit à mettre fin au contrat.

Ce passage indique que, dès qu'il y a abus de la confiance inhérente à la relation employeur-employé, il existe alors automatiquement en droit un motif valable de congédiement et il n'est pas nécessaire que le juge des faits conclue à l'existence d'un tel motif. Même si le lord juge Bowen s'en est tenu d'abord et avant tout à la fraude, il a également indiqué que l'« abus de confiance » en général peut justifier le congédiement. Des termes aussi généraux laissent entendre que tout comportement malhonnête qui constitue un abus de la confiance inhérente à la relation employeur-employé est un motif valable de congédiement.

Le Conseil privé a adopté un point de vue similaire dans *Federal Supply and Cold Storage Co. of South Africa c. Angehrn & Piel* (1910), 80 L.J.P.C. 1. Cet arrêt indique clairement qu'un employé qui accomplit un acte frauduleux de nature grave (en l'occurrence, accepter une commission secrète) laisse entendre qu'il a renoncé à son droit de continuer à travailler pour l'employeur. On peut lire à ce propos, à la p. 3 :

> [TRADUCTION] Un mandataire qui accepte une commission secrète accomplit un acte malhonnête qui démontre

trust and confidence. It is the revelation of character which justifies dismissal. . . .

Although the dishonest act alone served as a basis for cause, it is also important to note that the misconduct was fraudulent in character, a point that was emphasized by the Privy Council. This suggests an awareness and consideration of the "nature" of the misconduct in rendering judgment.

In British Columbia, the leading case on the matter in issue — and the authority that the Court of Appeal relied on in the instant case — is *McPhillips*, *supra*. The judicial history underlying that case is quite similar to that in the present appeal. In *McPhillips*, an employee billed unauthorized personal items ordered from one of his employer's suppliers to his employer. Upon discovering this, the employer terminated the employee for just cause, which was then challenged by the employee before the courts. In a recharge to the jury, the trial judge provided the following instructions on the issue of cause (at pp. 5-6):

The defendant must convince you in this case that the plaintiff was dishonest, that he breached a trust imposed on him. And as I said whether there is a cause to dismiss is a finding of fact. *If you are convinced that the plaintiff was dishonest, you must be convinced that that fact, in all the circumstances of the relationship between the plaintiff and the defendant, justified the firing.* [Emphasis added by Hollinrake J.A.]

In reviewing this jury charge, the Court of Appeal in *McPhillips* held that the trial judge erred by leaving it to the jury to decide whether the employee's dishonesty was, "in all the circumstances" of the employment relationship, sufficient to warrant dismissal. Rather, relying on *Boston Deep Sea Fishing*, *supra*, the court held at p. 6 that "[d]ishonesty is always cause for dismissal because it is a breach of the condition of faithful service" (emphasis added).

qu'il est incapable d'occuper un poste de confiance. C'est la révélation de la nature de l'acte qui justifie le congédiement . . .

Bien que l'acte malhonnête ait constitué en soi un motif de congédiement, il importe également de noter que l'inconduite était de nature frauduleuse, comme l'a souligné le Conseil privé. Cela indique qu'il était conscient de la « nature » de l'inconduite et qu'il en a tenu compte au moment de rendre jugement.

En Colombie-Britannique, l'arrêt de principe qui porte sur la question en litige — et sur lequel la Cour d'appel s'est fondée en l'espèce — est *McPhillips*, précité. L'historique des procédures judiciaires de cet arrêt est assez similaire à celui de la présente affaire. Dans *McPhillips*, un employé avait réclamé à son employeur le paiement d'articles personnels non autorisés qu'il avait commandés à un fournisseur de l'employeur. Lorsqu'il a pris connaissance de ce fait, l'employeur a congédié l'employé en invoquant un motif valable que l'employé a contesté par la suite devant les tribunaux. Lors d'un nouvel exposé au jury, le juge de première instance a donné les directives suivantes au sujet du motif du congédiement (aux p. 5-6) : 44

[TRADUCTION] La défenderesse doit vous convaincre en l'espèce que le demandeur a été malhonnête, qu'il a abusé de la confiance qu'on lui faisait. Et, je le répète, la question de savoir s'il existe un motif de congédiement est une question de fait. *Si vous êtes convaincus que le demandeur a été malhonnête, vous devez être convaincus que ce fait justifiait le congédiement, compte tenu de l'ensemble des circonstances ayant entouré la relation entre le demandeur et la défenderesse.* [Italiques ajoutés par le juge Hollinrake.]

Dans l'arrêt *McPhillips*, la Cour d'appel a jugé, en examinant cet exposé au jury, que le juge de première instance avait commis une erreur en laissant le jury décider si, [TRADUCTION] « compte tenu de l'ensemble des circonstances » ayant entouré la relation employeur-employé, la malhonnêteté de l'employé était suffisante pour justifier son congédiement. Invoquant l'arrêt *Boston Deep Sea Fishing*, précité, la cour a plutôt statué, à la p. 6, que [TRADUCTION] « la malhonnêteté constitue toujours un motif de congédiement car elle viole la condition des loyaux services » (je souligne).

45 Writing for the Court of Appeal in *McPhillips*, Hollinrake J.A. went on to distinguish that case from *Clouston* by indicating that the contextual approach for assessing whether misconduct amounts to just cause could not be extended to cases in which such misconduct was rooted in dishonest behaviour. He thus concluded that the law on this issue required that the jury be instructed that, if dishonesty on the part of the employee was found, cause was thereby established as a matter of law, and thus, the employer was justified in terminating employment.

46 The strict approach reflected in *McPhillips* resonates in several other decisions rendered by Canadian courts, which have held that a finding of dishonesty, in and of itself, creates just cause for summary dismissal. In each of these cases, however, the courts dealt with forms of dishonesty that, as in *McPhillips*, bordered on theft, misappropriation, forgery or a fraudulent sham. In that connection, the courts drew parallels between dishonesty and fraud, either by noting their common ingredients (see *Real Canadian Superstore (Saskatchewan) v. United Food and Commercial Workers, Local 1400* (1998), 173 Sask. R. 203 (Q.B.), *per* Klebuc J.), or by characterizing both as equal causes for dismissal (see *Reade v. Newfoundland Co-Ordinating Council on Deafness* (1987), 63 Nfld. & P.E.I.R. 194 (Nfld. S.C.T.D.), at p. 198, *per* Wells J.; and *Smith v. Dawson Memorial Hospital and Flood* (1978), 29 N.S.R. (2d) 277 (S.C.), *per* Morrison J.). In this vein, courts also emphasized that, for dishonesty to amount to cause, the employer must prove intent on the employee's part to engage in deceitful conduct (see *Evans v. Sobeys Capital Inc.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 197 (Nfld. C.A.), *per* Cameron J.A.).

47 This line of jurisprudence seems to indicate that a finding of dishonesty gives rise to just cause as a matter of law. However, I am struck by the fact that, in all of the cases considered here, where cause was found to exist, courts were confronted

S'exprimant au nom de la Cour d'appel dans *McPhillips*, le juge Hollinrake a ensuite établi une distinction d'avec l'arrêt *Clouston* en indiquant que l'approche contextuelle, qui permet de déterminer si l'inconduite constitue un motif valable de congédiement, ne pouvait pas s'appliquer dans les cas où l'inconduite résultait d'un comportement malhonnête. Par conséquent, il a conclu que le droit applicable en la matière exigeait qu'on dise au jury que, s'il concluait que l'employé a été malhonnête, l'existence d'un motif de congédiement était alors établie en droit et l'employeur avait ainsi eu raison de congédier l'employé.

L'approche restrictive qui se dégage de l'arrêt *McPhillips* trouve écho dans plusieurs autres décisions de tribunaux canadiens où l'on a statué que la conclusion qu'il y a eu malhonnêteté établit en soi l'existence d'un motif valable de congédiement sommaire. Dans chacun de ces cas, cependant, les tribunaux étaient saisis de formes de malhonnêteté qui, comme dans *McPhillips*, frisaient le vol, la malversation, la contrefaçon ou les manœuvres frauduleuses. À cet égard, les tribunaux ont mis en parallèle la malhonnêteté et la fraude, soit en relevant les points communs (voir *Real Canadian Superstore (Saskatchewan) c. United Food and Commercial Workers, Local 1400* (1998), 173 Sask. R. 203 (B.R.), le juge Klebuc), soit en les qualifiant toutes les deux de motifs équivalents de congédiement (voir *Reade c. Newfoundland Co-Ordinating Council on Deafness* (1987), 63 Nfld. & P.E.I.R. 194 (C.S.T.-N., 1re inst.), p. 198, le juge Wells; *Smith c. Dawson Memorial Hospital and Flood* (1978), 29 N.S.R. (2d) 277 (C.S.), le juge Morrison). Dans le même ordre d'idées, les tribunaux ont également souligné que, pour que la malhonnêteté constitue un motif de congédiement, l'employeur doit prouver que l'employé avait l'intention d'adopter un comportement dolosif (voir *Evans c. Sobeys Capital Inc.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 197 (C.A.T.-N.), le juge Cameron).

Ce courant jurisprudentiel semble indiquer que la conclusion qu'il y a eu malhonnêteté établit en droit l'existence d'un motif valable de congédiement. Cependant, je suis frappé de constater que, dans tous les cas examinés en l'espèce où on a

with very serious forms of employee dishonesty. This point is instructive for determining the proper analytical approach to be adopted in the case at bar.

3. Applicable Standard for Assessing Whether and in What Circumstances Dishonesty Provides Just Cause

In light of the foregoing analysis, I am of the view that whether an employer is justified in dismissing an employee on the grounds of dishonesty is a question that requires an assessment of the context of the alleged misconduct. More specifically, the test is whether the employee's dishonesty gave rise to a breakdown in the employment relationship. This test can be expressed in different ways. One could say, for example, that just cause for dismissal exists where the dishonesty violates an essential condition of the employment contract, breaches the faith inherent to the work relationship, or is fundamentally or directly inconsistent with the employee's obligations to his or her employer.

In accordance with this test, a trial judge must instruct the jury to determine: (1) whether the evidence established the employee's deceitful conduct on a balance of probabilities; and (2) if so, whether the nature and degree of the dishonesty warranted dismissal. In my view, the second branch of this test does not blend questions of fact and law. Rather, assessing the seriousness of the misconduct requires the facts established at trial to be carefully considered and balanced. As such, it is a factual inquiry for the jury to undertake.

While ample case law supports this position, as discussed above, a second line of jurisprudence seems to run counter to it, suggesting that dishonest conduct always, irrespective of its surrounding circumstances, amounts to cause for dismissal. However, a closer inspection of these cases reveals that they actually support a contextual approach. As noted, these judgments involved dishonesty that was symptomatic of an overarching, and very serious misconduct. In most cases, the courts were

conclu à l'existence d'un motif de congédiement, les tribunaux étaient saisis de formes très graves de malhonnêteté de la part d'un employé. Cela est intéressant pour ce qui est de décider quelle méthode d'analyse doit être adoptée en l'espèce.

3. La norme applicable pour déterminer si et dans quelles circonstances la malhonnêteté constitue un motif valable de congédiement

48 À la lumière de l'analyse qui précède, je suis d'avis que, pour déterminer si un employeur est en droit de congédier un employé pour cause de malhonnêteté, il faut apprécier le contexte de l'inconduite alléguée. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si la malhonnêteté de l'employé a eu pour effet de rompre la relation employeur-employé. Ce critère peut être énoncé de plusieurs façons. On pourrait dire, par exemple, qu'il existe un motif valable de congédiement lorsque la malhonnêteté viole une condition essentielle du contrat de travail, constitue un abus de la confiance inhérente à l'emploi ou est fondamentalement ou directement incompatible avec les obligations de l'employé envers son employeur.

49 Selon ce critère, le juge de première instance doit demander au jury de déterminer (1) si la preuve démontre, selon la prépondérance des probabilités, que l'employé a adopté un comportement dolosif et (2), dans l'affirmative, si la nature et la gravité de la malhonnêteté justifiaient un congédiement. À mon sens, le second volet de ce critère ne mélange pas des questions de fait et de droit. L'évaluation de la gravité de l'inconduite exige plutôt que les faits démontrés au procès soient soigneusement examinés et soupesés. Il s'agit donc pour le jury d'entreprendre un examen factuel.

50 Bien qu'une jurisprudence abondante étaye ce point de vue, comme je l'ai mentionné plus haut, un second courant jurisprudentiel semble le contredire en laissant entendre qu'un comportement malhonnête constitue toujours un motif de congédiement, peu importe les circonstances qui l'ont entouré. Cependant, si on examine de plus près cette jurisprudence, on constate qu'elle favorise en réalité une approche contextuelle. Comme nous l'avons vu, il y était question de malhonnêteté

faced with allegations to the effect that an employee had intentionally devised to extract some financial gain or profit to which he or she was not entitled, at his or her employer's expense. Such conduct was frequently tantamount to a serious form of fraud, and explicitly characterized by the courts as such.

51 This being the case, I conclude that a contextual approach to assessing whether an employee's dishonesty provides just cause for dismissal emerges from the case law on point. In certain contexts, applying this approach might lead to a strict outcome. Where theft, misappropriation or serious fraud is found, the decisions considered here establish that cause for termination exists. This is consistent with this Court's reasoning in *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*, [1961] S.C.R. 553, where this Court found that cause for dismissal on the basis of dishonesty exists where an employee acts fraudulently with respect to his employer. This principle necessarily rests on an examination of the nature and circumstances of the misconduct. Absent such an analysis, it would be impossible for a court to conclude that the dishonesty was severely fraudulent in nature and thus, that it sufficed to justify dismissal without notice.

52 This is not to say that there cannot be lesser sanctions for less serious types of misconduct. For example, an employer may be justified in docking an employee's pay for any loss incurred by a minor misuse of company property. This is one of several disciplinary measures an employer may take in these circumstances.

53 Underlying the approach I propose is the principle of proportionality. An effective balance must be struck between the severity of an employee's misconduct and the sanction imposed. The importance of this balance is better understood by considering the sense of identity and self-worth individuals frequently derive from their employment, a

symptomatique d'une inconduite générale très grave. Dans la plupart des cas, les tribunaux étaient saisis d'allégations que l'employé avait projeté intentionnellement de tirer un profit ou gain pécuniaire auquel il n'avait pas droit, et ce, au détriment de son employeur. Un tel comportement s'apparentait souvent à un type de fraude grave et les tribunaux l'ont explicitement qualifié ainsi.

Cela étant, je suis d'avis qu'il ressort de la jurisprudence pertinente qu'il faut recourir à une approche contextuelle pour déterminer si la malhonnêteté d'un employé constitue un motif valable de congédiement. Dans certains cas, le recours à cette approche peut entraîner d'âpres résultats. D'après la jurisprudence examinée en l'espèce, il y a motif de congédiement lorsqu'on conclut qu'il y a eu vol, malversation ou fraude grave. Cela est compatible avec le raisonnement adopté dans l'arrêt *Lake Ontario Portland Cement Co. c. Groner*, [1961] R.C.S. 553, où notre Cour a jugé qu'il y a matière à congédiement pour cause de malhonnêteté lorsqu'un employé agit frauduleusement à l'égard de son employeur. Ce principe repose nécessairement sur un examen de la nature de l'inconduite et des circonstances l'ayant entourée. Le tribunal qui ne procéderait pas à cet examen ne pourrait pas conclure que la malhonnêteté dont on a fait preuve était de nature profondément frauduleuse et qu'elle était donc suffisante pour justifier un congédiement sans préavis.

Cela ne signifie pas qu'il ne saurait y avoir de sanctions moins sévères pour des types d'inconduite moins graves. Par exemple, un employeur peut être en droit de déduire du salaire d'un employé toute somme d'argent perdue à la suite d'une mauvaise utilisation mineure des biens de l'entreprise. Il s'agit là d'une des nombreuses mesures disciplinaires qu'un employeur peut prendre dans ces circonstances.

C'est le principe de la proportionnalité qui sous-tend l'approche que je propose. Il faut établir un équilibre utile entre la gravité de l'inconduite d'un employé et la sanction infligée. On saisit mieux l'importance de cet équilibre si on tient compte du sens de l'identité et de la valorisation que les gens tirent fréquemment de leur emploi, un concept qui

concept that was explored in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, where Dickson C.J. (writing in dissent) stated at p. 368:

> Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

This passage was subsequently cited with approval by this Court in *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1002, and in *Wallace*, *supra*, at para. 95. In *Wallace*, the majority added to this notion by stating that not only is work itself fundamental to an individual's identity, but "the manner in which employment can be terminated is equally important".

Given this recognition of the integral nature of work to the lives and identities of individuals in our society, care must be taken in fashioning rules and principles of law which would enable the employment relationship to be terminated without notice. The importance of this is underscored by the power imbalance that this Court has recognized as ingrained in most facets of the employment relationship. In *Wallace*, both the majority and dissenting opinions recognized that such relationships are typically characterized by unequal bargaining power, which places employees in a vulnerable position *vis-à-vis* their employers. It was further acknowledged that such vulnerability remains in place, and becomes especially acute, at the time of dismissal.

In light of these considerations, I have serious difficulty with the absolute, unqualified rule that the Court of Appeal endorsed in this case. Pursuant to its reasoning, an employer would be entitled to dismiss an employee for just cause for a single act of dishonesty, however minor. As a result, the consequences of dishonesty would remain the same, irrespective of whether the impugned behaviour was sufficiently egregious to violate or undermine

a été étudié dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, où le juge en chef Dickson (dissident) a déclaré, à la p. 368 :

> Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

Notre Cour a, par la suite, cité ce passage en l'approuvant dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 1002, et dans l'arrêt *Wallace*, précité, par. 95. Dans l'arrêt *Wallace*, les juges majoritaires ont développé cette notion en précisant que l'emploi lui-même n'est pas seulement essentiel à l'identité d'une personne, mais que « la façon dont il peut être mis fin à un emploi revêt tout autant d'importance ».

54 Compte tenu de cette reconnaissance du fait que l'emploi est une composante essentielle de la vie et de l'identité des personnes dans notre société, la prudence est de mise lorsqu'il s'agit de façonner des règles et des principes de droit qui permettront de mettre fin sans préavis à la relation employeur-employé. L'importance de cette prudence ressort de l'inégalité du rapport de force qui, selon notre Cour, caractérise la plupart des aspects de la relation employeur-employé. Dans l'arrêt *Wallace*, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont reconnu l'inégalité du pouvoir de négociation qui caractérise habituellement ces relations et qui rend les employés vulnérables face à leur employeur. On a de plus reconnu que cette vulnérabilité subsiste, et s'accentue d'autant plus, au moment du congédiement.

55 Compte tenu de ces facteurs, la règle absolue et inconditionnelle que la Cour d'appel a adoptée en l'espèce me pose un problème sérieux. Suivant son raisonnement, un employeur serait en droit de congédier un employé pour un seul acte malhonnête, si négligeable soit-il. En conséquence, la malhonnêteté entraînerait les mêmes conséquences, peu importe que le comportement reproché ait été ou non suffisamment insigne pour miner ou ébranler

the obligations and faith inherent to the employment relationship.

56 Such an approach could foster results that are both unreasonable and unjust. Absent an analysis of the surrounding circumstances of the alleged misconduct, its level of seriousness, and the extent to which it impacted upon the employment relationship, dismissal on a ground as morally disreputable as "dishonesty" might well have an overly harsh and far-reaching impact for employees. In addition, allowing termination for cause wherever an employee's conduct can be labelled "dishonest" would further unjustly augment the power employers wield within the employment relationship.

57 Based on the foregoing considerations, I favour an analytical framework that examines each case on its own particular facts and circumstances, and considers the nature and seriousness of the dishonesty in order to assess whether it is reconcilable with sustaining the employment relationship. Such an approach mitigates the possibility that an employee will be unduly punished by the strict application of an unequivocal rule that equates all forms of dishonest behaviour with just cause for dismissal. At the same time, it would properly emphasize that dishonesty going to the core of the employment relationship carries the potential to warrant dismissal for just cause.

4. Application to Paris J.'s Jury Instructions

58 Applying the foregoing analysis to this case, unlike the Court of Appeal, I see no reason to interfere with the trial decision on the basis of Paris J.'s instructions to the jury. This charge — to the effect that the appellant's dishonesty had to be "of a degree incompatible with the employment relationship" — properly advised jurors to consider the circumstances surrounding the appellant's conduct with a view to appreciating whether the extent of the alleged dishonesty undermined his essential obligations to his employers. Paris J.'s instructions therefore were entirely consistent with the contextual approach discussed above, and thus

les obligations et la confiance inhérentes à la relation employeur-employé.

Une telle approche pourrait favoriser des résultats à la fois déraisonnables et injustes. En l'absence d'une analyse des circonstances ayant entouré l'inconduite alléguée, de sa gravité et de la mesure dans laquelle elle a influé sur la relation employeur-employé, il se pourrait bien que le congédiement pour un motif aussi moralement déshonorant que la « malhonnêteté » soit lourd de conséquences pour un employé. En outre, permettre le congédiement pour un motif valable dans tous les cas où le comportement d'un employé peut être qualifié de « malhonnête » aurait injustement pour effet d'accroître la position de force des employeurs dans la relation employeur-employé.

Pour les motifs qui précèdent, je préconise un cadre analytique qui traite chaque cas comme un cas d'espèce et qui tient compte de la nature et de la gravité de la malhonnêteté pour déterminer si elle est conciliable avec la relation employeur-employé. Une telle approche réduit le risque qu'un employé soit pénalisé indûment par l'application stricte d'une règle catégorique qui assimile toutes les formes de malhonnêteté à un motif valable de congédiement. En même temps, cette approche soulignerait à juste titre que la malhonnêteté qui touche au cœur même de la relation employeur-employé peut constituer un motif valable de congédiement.

4. Application aux directives du juge Paris au jury

Appliquant l'analyse précédente au présent pourvoi, j'estime, contrairement à la Cour d'appel, qu'il n'y a pas lieu de modifier la décision de première instance en raison des directives que le juge Paris a données au jury. Dans cet exposé — selon lequel la malhonnêteté de l'appelant devait être [TRADUCTION] « grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé » — , c'est à juste titre que l'on a recommandé aux jurés de tenir compte des circonstances entourant le comportement de l'appelant pour apprécier si la malhonnêteté alléguée était de nature à miner les obligations essentielles qu'il avait envers son

do not serve as a basis for setting the jury verdict aside.

B. *Reasonableness of the Jury Verdict*

The respondents maintain that, even if Paris J. did not err in charging the jury, the jury's verdict was unreasonable and unjust, and thus should be overturned. This Court has repeatedly used a test of "reasonableness" when considering whether to set aside a jury's verdict. In *Vancouver-Fraser Park District*, *supra*, at p. 839, de Grandpré J. held that while jury verdicts must be treated with considerable respect and be accorded great weight, they should not be regarded with awe. Rather, where it is found that the evidence "did not permit a jury acting judicially to reach the conclusion" that it did, an appellate court is entitled to set it aside.

Similarly, in *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341, Duff C.J. stated the reasonableness test as follows at p. 343:

> [T]he verdict of a jury will not be set aside as against the weight of evidence unless it is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it.

In addition, an appellate court that finds there was "no evidence" supporting a particular verdict has "the right and the duty" to set aside that verdict (see *Gray Coach Lines Ltd. v. Payne*, [1945] S.C.R. 614, at p. 618). Although these two tests are distinct, in neither case may the appellate court set aside a verdict on "mere doubts [it] may entertain" or on its "reaching on the reading of the evidence a conclusion different from that the jury reached" (see *Scotland v. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 S.C.R. 471, at p. 477, *per* Davies C.J.).

employeur. Les directives du juge Paris étaient donc entièrement compatibles avec l'approche contextuelle analysée précédemment et ne justifient donc pas l'annulation du verdict du jury.

B. *Le caractère raisonnable du verdict du jury*

Les intimées font valoir que, même si le juge Paris n'avait pas commis d'erreur dans son exposé au jury, le verdict du jury est déraisonnable et injuste et doit donc être annulé. Notre Cour a maintes fois appliqué un critère du « caractère raisonnable » pour décider s'il y avait lieu d'annuler le verdict d'un jury. Dans l'arrêt *Vancouver-Fraser Park District*, précité, p. 839, le juge de Grandpré a statué que, bien qu'il faille traiter les verdicts des jurys avec beaucoup de respect et leur accorder beaucoup de poids, ils ne devraient pas nous en imposer. Au contraire, si une cour d'appel décide que la preuve « ne permettait pas à un jury agissant de façon judiciaire de conclure » comme il l'a fait, elle a le droit d'annuler le verdict de ce jury. 59

De même, dans l'arrêt *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341, le juge en chef Duff a énoncé le critère du caractère raisonnable en ces termes, à la p. 343 : 60

> [TRADUCTION] [I]l n'y a pas lieu d'écarter le verdict d'un jury comme allant à l'encontre du poids de la preuve à moins qu'il ne soit nettement déraisonnable et injuste au point de convaincre la cour qu'aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire n'aurait pu rendre ce verdict.

En outre, une cour d'appel qui statue [TRADUCTION] « [qu']aucun élément de preuve » n'étayait un verdict particulier a « le droit et le devoir » d'annuler ce verdict (voir *Gray Coach Lines Ltd. c. Payne*, [1945] R.C.S. 614, p. 618). Bien que ces deux critères soient distincts, dans ni l'un ni l'autre cas la cour d'appel peut-elle annuler un verdict en s'appuyant sur [TRADUCTION] « de simples doutes qu['elle] pourrai[t] avoir » ou « sur le fait qu'à la lecture des témoignages [elle] conclurai[t] différemment » (voir *Scotland c. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 R.C.S. 471, p. 477, le juge en chef Davies).

61 In the present case, given the variance in the evidence before the jury, I must conclude that it could have reasonably and judicially found that the appellant did not engage in dishonest conduct of a degree incompatible with his employment relationship. Therefore, the requisite standard for setting aside the verdict was not met, as I now will discuss.

62 The December 12, 1994 letter from the appellant to Dr. Graff, an internal medicine and cardiac specialist and one of his treating physicians, provides an instructive starting point for the analysis of this issue. In this letter, the appellant requested that Dr. Graff clarify his recollection of the treatment recommended during a medical appointment that had taken place on July 20, 1994. The most relevant passage of this letter for the purposes of the present appeal states the following:

> The only issue that concerns me is that while I agree that you recommended a "beta blocker" as the next method of treatment on July 20, 1994, it is my understanding that you did not want me to start treatment until I returned to work. I remember telling you that BCTEL did not want me back at work until my blood pressure was fully controlled — a concept that bothered you at the time.... My recollection is that you said that if I was not returning to the stressfull [*sic*] job that causing [*sic*] my elevated blood pressure, then I should remain on Adalat until I was in my new job. If my blood pressure remained elevated in my new job, I was to return to see you to begin a "beta blocker" treatment. You did not issue me a prescription or give me any "beta blocker" samples on July 20.
>
> ... It does not make sense to me that I would refuse to try "beta blockers" as it also does not make sense that you would prescibe [*sic*] medication where the apparent cause or trigger was removed!

According to the respondents, this letter revealed the appellant's knowledge of the availability of a medication, namely, the beta blocker, which one of his physicians believed could effectively enable him to return to his former position without any

Dans la présente affaire, je dois conclure qu'en raison de la preuve contradictoire dont il disposait, le jury, agissant de façon judiciaire, aurait pu raisonnablement décider que l'appelant n'avait pas adopté un comportement malhonnête grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé. En conséquence, la norme requise pour annuler le verdict n'a pas été respectée, comme nous allons maintenant le voir.

La lettre du 12 décembre 1994 que l'appelant a adressée au Dr Graff, cardiologue et interniste qui était l'un de ses médecins traitants, fournit un point de départ intéressant pour analyser cette question. Dans sa lettre, l'appelant demandait au Dr Graff de lui rafraîchir la mémoire à propos du traitement qu'il lui avait recommandé lors de son rendez-vous du 20 juillet 1994. Le passage le plus pertinent de cette lettre pour les fins de la présente affaire est le suivant :

> [TRADUCTION] La seule chose qui me préoccupe, c'est que, même si je conviens que, le 20 juillet 1994 vous avez recommandé les « béta-bloquants » comme prochaine méthode de traitement, je crois comprendre que vous ne vouliez pas que je commence le traitement avant mon retour au travail. Je me rappelle vous avoir indiqué que BCTEL ne voulait pas que je retourne au travail avant que ma tension artérielle soit entièrement stabilisée — ce qui vous embêtait à l'époque. [...] Si je me rappelle bien, vous m'avez dit que si je ne reprenais pas les fonctions stressantes qui étaient à l'origine de mon hypertension, je devrais alors continuer de prendre de l'Adalat jusqu'à ce que j'occupe mon nouveau poste. Si ma tension artérielle demeurait élevée pendant que j'exercerais ces nouvelles fonctions, je devrais alors revenir vous voir pour suivre un traitement aux « béta-bloquants ». Vous ne m'avez rédigé aucune ordonnance ni donné aucun échantillon de « béta-bloquants » le 20 juillet.
>
> ... Il serait insensé que je refuse d'essayer les « béta-bloquants », et il serait tout aussi insensé que vous me prescriviez des médicaments si l'élément qui semble avoir été à l'origine de mon problème de santé a disparu!

Selon les intimées, cette lettre révélait que l'appelant savait qu'il existait un médicament, soit le béta-bloquant, qui, selon l'un de ses médecins, lui permettrait de reprendre ses anciennes fonctions sans que cela pose un risque pour sa santé. De

risk to his health. Moreover, the respondents pointed out that, on cross-examination, the appellant testified that Dr. Graff did not discuss any of the adverse side effects of this medication with him. The appellant further testified that Dr. Graff was of the view that, while this medication should not be prescribed at that time, if the appellant returned to work in his former position and his blood pressure continued to rise, there would be a reason to consider administering the beta blockers.

The respondents also argued that this letter indicated that Dr. Graff had implied during the July 20, 1994 appointment that the appellant could return to work, in which case beta blockers might eventually become necessary. However, in voice mail messages left for his immediate superior just after that appointment (on July 20th and 27th, 1994), the appellant stressed that both his family doctor and Dr. Graff were of the view that "a new job, a new change of environment" was what he truly needed. While the appellant alluded to the possibility of trying a "new medication", he indicated that Dr. Graff was of the view that it should not be attempted — given its adverse side effects — if his health could be improved by "a job change in a different kind of environment".

From this evidence, a certain degree of inconsistency can be identified between what the appellant appears to have been told by Dr. Graff, and the information he subsequently conveyed to his employers. The evidence suggests that Dr. Graff believed that the appellant could return to work, even in his former position as Controller, and, if his hypertension became more acute at that point, it could be controlled through the use of beta blockers. However, the voice mail messages of July 20th and July 27th indicate that the appellant did not put this information forward as fully and clearly as he might have. Rather than mention the possibility of returning to his former position if beta blockers were administered, he instead stressed that his physicians were of the view that a change in jobs would in fact be the most beneficial

plus, les intimées ont souligné que, pendant le contre-interrogatoire, l'appelant avait déclaré que le Dr Graff n'avait pas discuté avec lui des effets secondaires du médicament. L'appelant avait ajouté que le Dr Graff était d'avis que, même s'il n'y avait pas lieu de prescrire des béta-bloquants à ce moment-là, il y aurait lieu d'envisager cette forme de traitement si l'appelant retournait à son ancien poste et que sa tension artérielle continuait alors d'augmenter.

Les intimées ont également soutenu que cette lettre indiquait que, lors du rendez-vous du 20 juillet 1994, le Dr Graff avait laissé entendre que l'appelant pourrait retourner au travail, et que, le cas échéant, l'administration de béta-bloquants pourrait se révéler nécessaire. Cependant, dans des messages laissés dans la boîte vocale de son supérieur immédiat tout juste après ce rendez-vous (les 20 et 27 juillet 1994), l'appelant a souligné que son médecin de famille et le Dr Graff étaient tous deux d'avis qu'il avait réellement besoin de [TRADUCTION] « changer d'emploi, de changer de milieu ». Bien qu'il ait mentionné la possibilité d'essayer un [TRADUCTION] « nouveau médicament », l'appelant a ajouté que le Dr Graff estimait qu'il ne devrait pas faire l'essai de ce médicament — en raison de ses effets secondaires — si son état de santé pouvait être amélioré grâce à [TRADUCTION] « un nouvel emploi dans un milieu différent ». 63

On peut dégager de cette preuve une certaine contradiction entre ce que le Dr Graff semble avoir dit à l'appelant et les renseignements que ce dernier a, par la suite, transmis à son employeur. La preuve indique que le Dr Graff croyait que l'appelant pourrait retourner au travail, même à son ancien poste de contrôleur, et que si jamais son hypertension s'aggravait, sa tension artérielle pourrait alors être stabilisée au moyen de béta-bloquants. Cependant, il ressort des messages laissés dans la boîte vocale, les 20 et 27 juillet, que l'appelant n'a pas communiqué ces renseignements de la façon la plus complète et la plus claire possible. Au lieu de mentionner qu'il pourrait reprendre ses anciennes fonctions si des béta-bloquants lui étaient administrés, l'appelant a souligné que ses médecins étaient d'avis qu'un changement d'em- 64

form of "treatment". At trial, however, the appellant admitted on cross-examination that this advice had not in fact been given by his specialist.

65 This contradiction could raise some suspicion in the minds of jurors as to the trustworthiness of the appellant's character. But, does the evidence lead unquestionably and unequivocally to the conclusion that the appellant's conduct was sufficiently dishonest to provide just cause for summary dismissal? A review of the evidence in its entirety leads me to answer this question in the negative. To my mind, the material in the record provides a sufficient basis for a jury to conclude that the appellant reasonably and truly believed that his physicians, including Dr. Graff, were of the view that beta blockers should be considered only as a "last resort" treatment, and that they were not yet required at that point in time. The soundness of this interpretation is reinforced by Dr. Graff's assessment of the appellant on July 6, 1994, in which he stated that he "would be reluctant to change the medications [the appellant] is on at this point in time", and instead "suggested that he return to work, and closely monitor his blood pressure at the office and at home". If the appellant's blood pressure continued to rise, Dr. Graff was of the view that another form of medication (Hytrin) should be used. He indicated that beta blockers should be considered only if this proved unsuccessful. Given that the appellant testified to being under the impression that his employers were seeking out alternate positions for him within BC Tel, a rational and logical inference to draw from the evidence is that he believed, on his physician's advice, that beta blockers would be administered only if he returned to work in his original job.

66 The respondents claimed in oral argument that the appellant's falsehood lay in giving Dr. Graff's imprimatur to the notion that beta blockers carried adverse side effects. However, a review of the evidence that attested to the potential risks of this medication suggests that the appellant's physicians would have been reluctant to prescribe it unless it

ploi constituerait, en fait, le meilleur « traitement ». Lorsqu'il était contre-interrogé au procès, l'appelant a toutefois admis qu'en réalité son spécialiste ne lui avait pas donné ce conseil.

Cette contradiction pourrait soulever un doute dans l'esprit des jurés quant à savoir si l'appelant est digne de foi. Cependant, la preuve amène-t-elle incontestablement et clairement à conclure que le comportement de l'appelant était suffisamment malhonnête pour justifier un congédiement sommaire? Compte tenu de l'ensemble de la preuve, je réponds par la négative à cette question. Selon moi, il existe, en l'espèce, suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury puisse conclure que l'appelant croyait raisonnablement et vraiment que ses médecins, y compris le Dr Graff, estimaient que le traitement aux béta-bloquants n'était pas encore nécessaire à ce moment-là et qu'il ne devrait être envisagé qu'en « dernier recours ». Cette interprétation est renforcée par l'évaluation effectuée par le Dr Graff le 6 juillet 1994, dans laquelle celui-ci a affirmé qu'il [TRADUCTION] « hésiterait en ce moment à prescrire d'autres médicaments [à l'appelant] » et « lui suggér[ait] [plutôt] de retourner au travail et de surveiller de près sa tension artérielle au bureau et à la maison ». Le Dr Graff était d'avis que, si la tension artérielle de l'appelant continuait à augmenter, il y aurait alors lieu de lui prescrire un autre médicament (le Hytrin). Il a indiqué que l'administration de béta-bloquants ne devrait être envisagée que dans le cas où cette dernière forme de traitement se révélerait inefficace. Vu que l'appelant a témoigné qu'il avait l'impression que son employeur lui cherchait un autre poste au sein de BC Tel, on peut rationnellement et logiquement déduire de la preuve qu'il croyait, après avoir consulté son médecin, que des béta-bloquants ne lui seraient administrés que s'il retournait à son poste initial.

Au cours de leur plaidoirie, les intimées ont fait valoir que l'appelant avait menti en disant que le Dr Graff convenait que les béta-bloquants avaient des effets secondaires. Toutefois, un examen de la preuve attestant les risques liés à ce médicament porte à croire que les médecins de l'appelant l'auraient prescrit sans hésiter si cela avait été néces-

was required to bring the appellant's hypertension under control. At trial, Dr. Charles R. Brasfield, a medical doctor and psychiatrist who treated the appellant on an intermittent basis between 1993 and 1996, testified that the side effects of beta blockers could include an increase in depression, as well as specific sexual side effects, congestive heart failure, and respiratory arrest. Moreover, the evidence suggests the appellant's awareness of these side effects. In a document entitled "History of High Blood Pressure and BC Tel Involvement", which was introduced as an exhibit at trial, the appellant stated that another one of his physicians (Dr. Andersen) refused to prescribe beta blockers because of their "unacceptable side effects".

saire pour stabiliser sa tension artérielle. Au procès, le Dr Charles R. Brasfield, médecin et psychiatre ayant traité l'appelant de façon intermittente entre 1993 et 1996, a témoigné que les effets secondaires des béta-bloquants pouvaient comprendre une accentuation de l'état dépressif ainsi que certains effets secondaires d'ordre sexuel, l'insuffisance cardiaque globale et l'arrêt respiratoire. La preuve démontre, en outre, que l'appelant connaissait ces effets secondaires. Dans le document intitulé « History of High Blood Pressure and BC Tel Involvement », qui a été déposé au procès, l'appelant a affirmé qu'un autre de ses médecins (le Dr Andersen) avait refusé de lui prescrire des béta-bloquants en raison de leurs [TRADUCTION] « effets secondaires inacceptables ».

Despite these potential risks, the evidence also suggests that the appellant would have been willing to accept treatment through beta blockers had he believed this would be necessary for enabling him to return to work at BC Tel. In the December 12, 1994 letter, the appellant told Dr. Graff that "[i]t does not make sense" that he would refuse to try beta blockers. Furthermore, the appellant testified that he kept his employers aware of his medical issues, and even explained the potential for beta blockers to be used as treatment. According to this evidence, the appellant asked his employers whether he should return to Dr. Graff to try beta blockers; yet, his superior indicated that this would not be necessary, since he would likely be placed in another, less stressful position. The appellant's testimony in regard to his willingness to attempt beta blockers is corroborated by a note handwritten by BC Tel's Human Resources Manager on September 1, 1994, the day following the appellant's dismissal. This document indicates that in a telephone conversation that morning, the appellant told the Human Resource Manager that "if he had known the only job was his old one the Doctor would have changed his medication and he could have returned to work". 67

La preuve indique aussi que, malgré ces risques, l'appelant aurait été disposé à suivre un traitement aux béta-bloquants s'il avait été convaincu que cela lui permettrait de retourner au travail chez BC Tel. Dans la lettre du 12 décembre 1994, l'appelant a déclaré au Dr Graff [TRADUCTION] « [qu'i]l serait insensé » qu'il refuse d'essayer les béta-bloquants. L'appelant a de plus témoigné qu'il avait tenu son employeur au courant de ses problèmes de santé et qu'il lui avait même expliqué qu'un traitement aux béta-bloquants serait possible. Selon ce témoignage, l'appelant aurait demandé à son employeur s'il devait retourner voir le Dr Graff pour faire l'essai des béta-bloquants; or, son supérieur lui aurait répondu que ce ne serait pas nécessaire puisqu'on lui assignerait probablement un autre poste moins stressant. Le témoignage de l'appelant selon lequel il était disposé à faire l'essai des béta-bloquants est corroboré par une note manuscrite du gestionnaire des ressources humaines de BC Tel, datée du 1er septembre 1994, soit le lendemain du congédiement de l'appelant. Ce document indique que, lors d'une conversation téléphonique ce matin-là, l'appelant avait informé le gestionnaire des ressources humaines que [TRADUCTION] « s'il avait su que le seul poste disponible était son ancien poste, le médecin lui aurait prescrit un autre médicament qui lui aurait permis de retourner au travail ».

The respondents claimed that this evidence revealed that the appellant truly did not believe 68

Les intimées ont soutenu que cet élément de preuve démontrait que l'appelant ne croyait pas

beta blockers to be unsafe. To my mind, however, it provided a sufficient basis upon which the jury could reasonably conclude that the appellant was willing, as a "last resort", to take a risky medication if this became necessary to return to BC Tel.

69 Thus, while there may not have been a full disclosure of all material facts by the appellant, this was not required of him. Rather, the question is whether he engaged in dishonesty in a manner that undermined, or was incompatible with his employment relationship. An analysis of the record as a whole leads me to conclude that the jury, acting judicially, could have reasonably found that this was not the case. For this reason, there is no basis upon which to interfere with the jury's verdict that the respondents had not proven just cause warranting dismissal.

C. *Extended Notice Period*

70 At the outset, it should be noted that the reasonableness of the extended notice period, as well as the question of aggravated damages (discussed below), were not called into question by the appellant, but by the respondents. Normally, a respondent seeking to raise an issue on appeal must do so by applying for leave to cross-appeal, pursuant to Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74. However, this was unnecessary in this case. Rule 29 indicates that "[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" (emphasis added). In the present case, the Court of Appeal for British Columbia allowed the respondents' appeal and ordered a new trial on all issues. The respondents do not seek to have any part of this disposition set aside or varied. Rather, they have raised the issues of the extended notice period and aggravated damages as alternative arguments, stating that if the trial judgment is restored, the awards under these heads should be struck. The respondents never reached these alternative arguments before the

vraiment que les béta-bloquants présentaient un danger. À mon sens, cependant, il était suffisant pour que le jury puisse raisonnablement conclure que l'appelant était disposé, en « dernier recours », à prendre un médicament qui présentait des risques si cela devait lui permettre de retourner au travail chez BC Tel.

Ainsi, bien qu'il se puisse que l'appelant n'ait pas divulgué tous les faits pertinents, il n'était pas tenu de le faire. Il s'agit plutôt de savoir si la malhonnêteté dont l'appelant a fait preuve était grave au point d'ébranler la relation employeur-employé ou d'être incompatible avec elle. Compte tenu de l'ensemble du dossier, je conclus que le jury, agissant de façon judiciaire, aurait pu raisonnablement décider que la malhonnêteté de l'appelant n'était pas grave à ce point. Il n'y a donc aucune raison de modifier le verdict du jury selon lequel les intimées n'ont pas démontré l'existence d'un motif valable de congédiement.

C. *La période prolongée de préavis*

Au départ, il y a lieu de noter que ce sont les intimées, et non pas l'appelant, qui ont mis en doute le caractère raisonnable de la période prolongée de préavis et qui ont soulevé la question des dommages-intérêts majorés (abordée plus loin). Normalement, l'intimé qui cherche à soulever une question en appel doit déposer une demande d'autorisation d'appel incident conformément à l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74. Cependant, il n'était pas nécessaire de le faire en l'espèce. Aux termes de l'art. 29, « [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 » (je souligne). Dans le présent pourvoi, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel des intimées et ordonné un nouveau procès sur toutes les questions en litige. Les intimées ne cherchent pas à faire infirmer ou modifier quelque partie que ce soit de ce dispositif. Elles ont plutôt soulevé les questions de la période prolongée de préavis et des dommages-intérêts majorés à titre d'arguments

Court of Appeal, since that court accepted their main position that the trial judgment should be set aside in its entirety. Consequently, the Court of Appeal never ruled on the propriety of the jury's awards for an extended notice period and aggravated damages.

subsidiaires, affirmant que si le jugement de première instance était rétabli, il y aurait lieu d'annuler les dommages-intérêts accordés en la matière. Les intimées n'ont jamais eu à avancer ces arguments subsidiaires devant la Cour d'appel, étant donné que celle-ci a accepté leur argument principal selon lequel le jugement de première instance devait être annulé intégralement. En conséquence, la Cour d'appel ne s'est jamais prononcée sur l'opportunité de l'attribution par le jury de dommages-intérêts majorés et de dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis.

Before this Court, the respondents again raised these issues in the alternative. I thus begin by examining the extended notice award, and will proceed to consider the question of aggravated damages in the discussion that follows.

71 Les intimées ont une fois de plus soulevé ces questions à titre subsidiaire devant notre Cour. Je vais donc commencer par examiner l'attribution de dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis, pour ensuite passer à la question des dommages-intérêts majorés.

At trial, Paris J., referring to this Court's decision in *Wallace*, *supra*, ruled that whether damages representing an extended period of notice should be awarded in this case was a question for the jury to decide. He stated that it would be for jurors to determine whether such a remedy was warranted, based on "whether the matters pointed to by counsel in submissions, if proven by the evidence, constitute such bad faith or unfair conduct as contemplated by the *Wallace* case". Pursuant to its deliberations, the jury concluded that a reasonable notice period in this case was 22 months. Having found that the respondents acted in a manner that was unfair or in bad faith in conducting the dismissal, the jury extended this notice period by an additional four months to represent the damage caused by these exacerbating factors.

72 Lors du procès, le juge Paris a décidé, en mentionnant l'arrêt *Wallace*, précité, de notre Cour, qu'il appartenait au jury de trancher la question de savoir s'il y avait lieu en l'espèce d'accorder des dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis. Il a déclaré qu'il incombait aux jurés de déterminer si une telle réparation était justifiée, après avoir décidé [TRADUCTION] « si, d'après les faits allégués par l'avocat lors de l'argumentation et démontrés par la preuve, il y a eu conduite de mauvaise foi ou traitement inéquitable au sens de l'arrêt *Wallace* ». Au terme de ses délibérations, le jury a évalué à 22 mois la période de préavis raisonnable en l'espèce. Après avoir conclu que les intimées avaient fait preuve de mauvaise foi et agi de manière inéquitable en effectuant le congédiement, le jury a prolongé cette période de préavis de quatre mois additionnels afin de tenir compte du préjudice causé par ces facteurs aggravants.

In *Wallace*, this Court recognized that the parties to an employment contract are subject to obligations of good faith and fair dealing. These obligations subsist throughout the relationship up until, and including its termination. In the context of dismissal from employment, the majority in *Wallace*

73 Dans l'arrêt *Wallace*, notre Cour a reconnu que les parties à un contrat de travail sont assujetties à des obligations d'agir de bonne foi et de manière équitable. Ces obligations existent pendant toute la relation jusqu'à la cessation de l'emploi, y compris au moment de la cessation de l'emploi. Les juges

described the employer's duties at para. 98 as follows:

> [A]t a minimum, I believe that in the course of dismissal employers ought to be candid, reasonable, honest and forthright with their employees and should refrain from engaging in conduct that is unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive.

74 Where a dismissal is accompanied by bad faith or unfair dealing on the part of the employer, *Wallace* establishes that such conduct merits compensation by way of an extension to the notice period. This remedy is not triggered by the dismissal itself, but by the exacerbating factors that, in and of themselves, inflict injury upon the employee. The nature of this remedy thus was described in *Wallace*, at para. 103, as follows:

> [W]here an employee can establish that an employer engaged in bad faith conduct or unfair dealing in the course of dismissal, injuries such as humiliation, embarrassment and damage to one's sense of self-worth and self-esteem might all be worthy of compensation depending upon the circumstances of the case. In these situations, compensation does not flow from the fact of dismissal itself, but rather from the manner in which the dismissal was effected by the employer.

Wallace also made clear that the extent by which a notice period should be extended for bad faith or unfair dealing in the conduct of a dismissal will depend, in each case, on the degree of injury that an employee sustains. While recognizing that tactics that affect the employee's ability to find new employment is particularly deserving of such a remedy and may merit more compensation, the majority also ruled that "intangible injuries", which give rise to emotional damage, also may suffice to attract an award in the form of an extended notice period (para. 104).

75 In the present case, the respondents argued that Paris J. erred by putting the question of an

majoritaires dans l'arrêt *Wallace* ont décrit en ces termes les obligations incombant à l'employeur dans le cadre d'un congédiement (au par. 98) :

> [J]e crois tout au moins que, dans le cadre d'un congédiement, les employeurs doivent être francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés et éviter de se comporter de façon inéquitable ou de faire preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteurs, trompeurs ou trop implacables.

L'arrêt *Wallace* prévoit que, lorsqu'un employeur fait preuve de mauvaise foi ou agit de façon inéquitable en effectuant un congédiement, ce comportement mérite d'être compensé par une prolongation de la période de préavis. Cette réparation résulte non pas du congédiement lui-même, mais des facteurs aggravants qui, à eux seuls, causent un préjudice à l'employé. La nature de cette réparation a été décrite ainsi dans l'arrêt *Wallace*, par. 103 :

> [L]orsqu'un employé peut établir qu'un employeur a eu un comportement de mauvaise foi ou l'a traité de façon inéquitable en le congédiant, les préjudices tels que l'humiliation, l'embarras et la perte d'estime de soi et de conscience de sa propre valeur peuvent tous ouvrir droit à indemnisation selon les circonstances de l'affaire. Dans ces cas, l'indemnisation résulte non pas du congédiement lui-même, mais plutôt de la façon dont le congédiement a été effectué par l'employeur.

L'arrêt *Wallace* a également précisé que la mesure dans laquelle la période de préavis doit être prolongée s'il y a eu comportement de mauvaise foi ou traitement inéquitable lors du congédiement dépend, dans chaque cas, de la gravité du préjudice subi par l'employé. Tout en reconnaissant que les tactiques qui ont pour effet de diminuer la capacité d'un employé de se trouver un nouvel emploi justifient particulièrement une telle réparation et peuvent donner droit à une plus grande indemnisation, les juges majoritaires ont également statué que les « préjudices immatériels », qui causent un préjudice émotionnel, peuvent eux aussi être suffisants pour justifier l'attribution de dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis (par. 104).

75 Les intimées ont prétendu, en l'espèce, que le juge Paris avait commis une erreur en soumettant

extended notice period before the jury. They maintained that because the appellant agreed to his termination pending an acceptable severance package, he should not be entitled to complain about the "manner" of this dismissal once it actually occurred. I respectfully disagree. Although the appellant may have agreed to terminate his employment contract, it certainly cannot be said that this necessarily implied a waiver of his right to be treated fairly and in good faith by his employers, nor that it precluded the protection that *Wallace* intended to confer by recognizing an award for extended notice.

In putting the question of extended notice to the jury, Paris J.'s reasoning was entirely consistent with the decision in *Wallace*. An examination of his charge to jurors reveals that, in his view, there was sufficient evidence that the respondents engaged in bad faith or unfair dealing in dismissing the appellant. In this respect, Paris J. pointed to the fact that the appellant submitted that he was dismissed while on short-term disability and suffering from hypertension and depression, and that the respondents took this route rather than find him another position within the company. The trial judge further noted the evidence pointed to by the appellant, which related to the difficulty the appellant experienced in obtaining a copy of his long-term disability plan from his employers, and the fact that the respondents reduced their severance offer during negotiations over the appellant's termination. Paris J. then properly instructed the jury that it was to decide, based on this Court's decision in *Wallace*, whether, in light of this evidence, bad faith conduct or unfair dealing on the part of the respondents had been proven. If so, Paris J. explained that the length of the notice period was to be extended by "such further period that [was thought to be] reasonable in the circumstances".

la question de la période prolongée de préavis à l'appréciation du jury. Elles ont fait valoir que, vu que l'appelant a accepté d'être congédié en attendant de toucher une indemnité de départ acceptable, il ne devrait pas pouvoir se plaindre du « mode » de congédiement après qu'il a été effectivement congédié. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Même si l'appelant peut avoir accepté de résilier son contrat de travail, on ne peut sûrement pas dire que cela impliquait nécessairement qu'il avait renoncé à son droit d'être traité équitablement et de bonne foi par son employeur, ni qu'il ne pouvait, de ce fait, bénéficier de la protection que la Cour a voulu accorder, dans l'arrêt *Wallace*, en permettant l'attribution de dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis.

76 Lorsqu'il a décidé de soumettre au jury la question de la période prolongée de préavis, le juge Paris a agi de manière entièrement conforme à l'arrêt *Wallace*. En examinant son exposé au jury, on constate qu'il était d'avis qu'il existait une preuve suffisante que les intimées avaient agi de mauvaise foi ou d'une manière inéquitable en congédiant l'appelant. À cet égard, le juge Paris a souligné que l'appelant avait fait valoir qu'il avait été congédié au moment où il était en congé d'invalidité de courte durée et où il souffrait d'hypertension et de dépression, et que les intimées avaient choisi d'agir ainsi plutôt que de lui trouver un autre poste au sein de l'entreprise. Le juge de première instance a aussi relevé la preuve indiquée par l'appelant au sujet de la difficulté d'obtenir de son employeur une copie de son régime d'assurance invalidité de longue durée, et le fait que les intimées avaient réduit le montant de l'indemnité de départ au cours des négociations relatives au congédiement de l'appelant. C'est à bon droit que le juge Paris a ensuite informé le jury qu'il lui appartenait de décider, compte tenu de l'arrêt *Wallace* de notre Cour et de la preuve susmentionnée, s'il avait été démontré que les intimées avaient agi de mauvaise foi ou d'une manière inéquitable. Le juge Paris a expliqué au jury que, dans l'affirmative, la période de préavis devrait être prolongée [TRADUCTION] « dans la mesure [jugée] raisonnable dans les circonstances ».

77 Considering that Paris J.'s analysis and jury charge adhered to the principles set out in *Wallace*, and because the jury could, based on the evidence before it, reasonably find that the notice period should be extended by four months, I see no basis for interfering with the trial decision on this point.

Étant donné que le juge Paris a respecté les principes de l'arrêt *Wallace* dans son analyse et son exposé au jury et étant donné que le jury pouvait raisonnablement conclure, selon la preuve dont il disposait, qu'il y avait lieu de prolonger de quatre mois la période de préavis, je ne vois aucune raison de modifier la décision de première instance sur ce point.

D. *Aggravated Damages*

D. *Les dommages-intérêts majorés*

78 The key principles for establishing the circumstances in which aggravated damages in wrongful dismissal actions may be awarded were set out by this Court in *Wallace* and in *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085. In *Vorvis*, McIntyre J. (writing for the majority) highlighted that unlike punitive damages, aggravated damages serve the purpose of compensation for intangible injuries. He stated that such damages could be awarded where: (1) an employer's conduct was "independently actionable", (2) it amounted to a wrong that was separate from the breach of contract for failure to give reasonable notice of termination, and (3) it arises from the dismissal itself, rather than the employer's conduct before or after the dismissal (pp. 1103-4).

Dans les arrêts *Wallace* et *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, notre Cour a énoncé les principes essentiels qui doivent être appliqués pour établir dans quels cas des dommages-intérêts majorés peuvent être accordés à la suite d'une action pour congédiement injustifié. Dans l'arrêt *Vorvis*, le juge McIntyre (s'exprimant au nom des juges majoritaires) a souligné que, contrairement aux dommages-intérêts punitifs, les dommages-intérêts majorés servent à l'indemnisation des préjudices immatériels. Il a déclaré que ces dommages-intérêts peuvent être accordés lorsque (1) le comportement de l'employeur donne « [lui-même] ouverture à un droit d'action », (2) ce comportement constitue une faute distincte de la rupture de contrat résultant de l'omission de donner un préavis raisonnable de congédiement, et (3) la faute de l'employeur découle du congédiement lui-même, plutôt que du comportement adopté par l'employeur avant ou après le congédiement (p. 1103-1104).

79 These criteria were considered in *Wallace*, where the majority also recognized that aggravated damages could be awarded for mental distress flowing from a wrongful dismissal. However, in *Vorvis* and *Wallace* alike, aggravated damages were denied to the plaintiff.

Ces critères ont été examinés dans l'arrêt *Wallace*, où les juges majoritaires ont également reconnu que des dommages-intérêts majorés pouvaient être attribués pour les souffrances morales résultant d'un congédiement injustifié. Cependant, dans l'arrêt *Vorvis* comme dans l'arrêt *Wallace*, on a refusé d'accorder au demandeur des dommages-intérêts majorés.

80 In the present case, Paris J. noted that the standard to apply in assessing the issue of aggravated damages is that set out in *Wallace*. While he properly recognized that such damages require "an

Dans le présent pourvoi, le juge Paris a fait remarquer que la norme applicable en matière de dommages-intérêts majorés est celle énoncée dans l'arrêt *Wallace*. Après avoir reconnu à juste titre que l'attribution de ces dommages-intérêts nécessite [TRADUCTION] « un droit d'action indépen-

independent cause of action", he then articulated the applicable threshold in the following way:

> It seems to me that, speaking at least in a general way, the evidence pointed to by counsel as the manner of the conduct of dismissal has to be considered as some evidence of willfull [*sic*] or deliberate infliction of mental distress which would be tortious conduct. Whether the plaintiff suffered such mental distress and whether an intention to inflict any such mental distress can be inferred from the evidence is for the jury to say. I cannot say there is no evidence of such things. [Emphasis added.]

On this basis, Paris J. allowed the jury to consider the issue of aggravated damages. The jury decided that the appellant was entitled to damages under this head in the amount of $100,000.

The respondents disputed the trial decision on this point, stating that Paris J. employed an incorrect standard in allowing the jury to consider the question of aggravated damages. I am also of that opinion. According to *Wallace*, the proper threshold for allowing this issue to be determined by a jury is whether or not sufficient evidence exists. It was found on the facts of that case that there was no basis upon which to interfere with the finding that "there was insufficient evidence" of a separately actionable wrong (emphasis added). The standard set out by Paris J. fell short of the *Wallace* test by suggesting, in effect, that any evidence, even a mere scintilla thereof, would suffice to put the matter of aggravated damages to the jury for its consideration.

Applying the correct standard to the present case, I would conclude that there was not sufficient evidence before Paris J. to allow the jury to deliberate on the question of aggravated damages. More specifically, a fair reading of the evidence does not, in my view, suggest that the respondents acted with an intention to harm the appellant either by deliberately inflicting mental distress or by acting in a discriminatory manner. It is true that, as the appellant noted, the illness from which he suffered,

dant », le juge Paris en a formulé le critère applicable en ces termes :

> [TRADUCTION] Il me semble, de manière générale tout au moins, qu'il faut considérer que la preuve que l'avocat a produite au sujet du mode de congédiement indique, dans une certaine mesure, qu'il y a eu infliction volontaire ou délibérée de souffrances morales équivalant à un comportement délictueux. Il appartient au jury de décider si le demandeur a éprouvé de telles souffrances morales et si l'intention d'infliger ces souffrances peut être inférée de la preuve. Je ne peux affirmer qu'il n'existe aucune preuve à ce sujet. [Je souligne.]

C'est sur ce fondement que le juge Paris a permis au jury d'examiner la question des dommages-intérêts majorés. Ce dernier a décidé que l'appelant avait droit à des dommages-intérêts de 100 000 $ à cet égard.

81 Les intimées ont contesté la décision rendue en première instance sur ce point, en faisant valoir que le juge Paris n'avait pas appliqué la bonne norme en permettant au jury d'examiner la question des dommages-intérêts majorés. Je partage leur avis. Selon l'arrêt *Wallace*, pour permettre au jury d'examiner cette question, il faut préalablement décider qu'il existe une preuve suffisante. La Cour avait conclu, à la lumière des faits de cette affaire, qu'il n'y avait aucune raison de modifier la conclusion qu'il « n'y avait pas assez d'éléments de preuve » pour établir l'existence d'une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action (je souligne). La norme énoncée par le juge Paris n'est pas conforme au critère de l'arrêt *Wallace*, car elle laisse entendre en fait que tout élément de preuve, y compris le moindre élément de preuve, suffirait pour que la question des dommages-intérêts majorés soit soumise à l'appréciation du jury.

82 Appliquant la bonne norme au présent pourvoi, je suis d'avis de conclure que le juge Paris ne disposait pas d'une preuve suffisante pour permettre au jury de délibérer sur la question des dommages-intérêts majorés. Plus particulièrement, j'estime que, interprétée objectivement, la preuve n'indique pas que les intimées avaient l'intention de causer un préjudice à l'appelant, soit en lui infligeant délibérément des souffrances morales, soit en agissant de manière discriminatoire. Comme l'appelant l'a

namely hypertension, has been considered a disability in human rights jurisprudence (see *Horton v. Niagara (Regional Municipality)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4611 (Ont. Bd. Inq.), and *Wamboldt v. Department of National Defence* (1983), 4 C.H.R.R. D/1479 (Can. Trib.)). Yet, while the appellant was never offered an alternate position within BC Tel to accommodate his health needs, the evidence is far from clear that the respondents did not make a *bona fide* effort to find other viable work for him. This is evidence negating any wilful intention to harm, as was argued by the appellant. In this connection, the record indicates that the appellant was aware that the respondents were in the process of downsizing during the time in question, and it thus would be difficult to find a suitable alternate position. Moreover, although two positions for which the appellant was qualified did become available while he was on disability leave, the evidence does not establish that he was the victim of discrimination, and denied such work on the basis of his illness. Rather, legitimate explanations were offered to clarify why the respondents decided that the appellant should not fill these positions.

fait observer, il est vrai que la maladie dont il souffre, soit l'hypertension, a été considérée comme une déficience dans la jurisprudence relative aux droits de la personne (voir *Horton c. Niagara (Regional Municipality)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4611 (Com. d'enq. Ont.), et *Wamboldt c. Department of National Defence* (1983), 4 C.H.R.R. D/1479 (Trib. Can.)). Pourtant, même si l'appelant ne s'était jamais vu offrir chez BC Tel un autre poste qui lui conviendrait en raison de son état de santé, la preuve est loin d'indiquer clairement que les intimées n'ont pas fait un effort raisonnable pour trouver à l'appelant un autre poste qui lui conviendrait. Cette preuve réfute l'argument de l'appelant voulant qu'il y ait eu intention d'infliger délibérément un préjudice. À cet égard, il ressort du dossier que l'appelant savait que les intimées procédaient à une réduction des effectifs à l'époque en cause et qu'il serait donc difficile de lui trouver un autre poste qui lui conviendrait. En outre, bien qu'il eût été qualifié pour occuper deux autres postes devenus vacants pendant qu'il était en congé d'invalidité, la preuve n'établit pas qu'il a été victime de discrimination ni qu'il s'est vu refuser ces postes en raison de sa maladie. Au contraire, les intimées ont fourni à l'appelant des explications légitimes au sujet de la raison pour laquelle elles avaient décidé de ne pas lui offrir ces postes.

83 Thus, despite the allegations raised by the appellant, the evidence fails to establish any separate actionable wrong on the respondents' part. In this respect, I would emphasize that the conduct of the parties must be assessed in light of the context in which it was undertaken. Here, the impugned behaviour occurred during negotiations between the parties over the appellant's termination from BC Tel. Within this bargaining relationship, both sides were entitled to put their strongest case forward. Consequently, in this setting, clear evidence is required to substantiate a claim that the employer's conduct rises to the level of an intentional infliction of harm.

Ainsi, contrairement aux allégations de l'appelant, la preuve n'établit pas que les intimées ont commis une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action. À cet égard, je souligne que le comportement des parties doit être situé dans son contexte. En l'espèce, le comportement reproché a été adopté pendant que les parties se livraient à des négociations concernant le congédiement de l'appelant par BC Tel. Pendant ces négociations, les parties étaient en droit d'avancer leurs arguments les plus convaincants. Dans ce contexte, il faut donc une preuve claire pour étayer l'argument que, par son comportement, l'employeur a causé intentionnellement un préjudice.

84 Having considered all of this, I find that the criteria for allowing the question of aggravated damages to go to the jury were not met in the

Compte tenu de tous ces facteurs, j'estime qu'en l'espèce on n'a pas rempli les conditions requises pour que la question des dommages-intérêts

instant case. Therefore, the order for aggravated damages must be set aside.

E. *Punitive Damages*

As is the case for aggravated damages, the starting point for assessing the propriety of an award for punitive damages in the context of a wrongful dismissal action begins with this Court's decisions in *Vorvis* and *Wallace*. As alluded to earlier, in *Vorvis*, McIntyre J. recognized the confusion that sometimes exists between aggravated and punitive damages, and explained that these two heads of damages are distinguishable by their different purposes. While aggravated damages aim to compensate for intangible injury, punitive damages are penal and exemplary in nature, and may be awarded only where the conduct giving rise to the complaint is found to merit punishment.

In *Vorvis*, the Court sought to determine whether punitive damages may be awarded in an action for breach of contract based on the wrongful dismissal of an employee, and if so, whether the circumstances of that case called for such an award. Pursuant to a review of the relevant common law authorities on this issue, McIntyre J. held that although punitive damages will very rarely be appropriate in breach of contract cases, there are some situations in which such an award would be warranted. More specifically, such damages may be awarded where the defendant's conduct constituted a separate, actionable wrong, independent of the dismissal itself. Furthermore, the conduct must be deserving of punishment because of its extreme and injurious character. In this respect, McIntyre J. stated, at pp. 1107-8:

[P]unitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have

majorés soit soumise à l'appréciation du jury. L'ordonnance relative aux dommages-intérêts majorés doit donc être annulée.

E. *Les dommages-intérêts punitifs*

Comme dans le cas des dommages-intérêts majorés, les arrêts *Vorvis* et *Wallace* de notre Cour doivent servir de point de départ à l'analyse de l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié. Comme nous l'avons vu précédemment, dans l'arrêt *Vorvis*, le juge McIntyre a reconnu que l'on confond parfois les dommages-intérêts majorés et les dommages-intérêts punitifs, et il a expliqué que ces deux types de dommages-intérêts se distinguent sur le plan de leur objet. Alors que les dommages-intérêts majorés visent l'indemnisation des préjudices immatériels, les dommages-intérêts punitifs sont de nature pénale et exemplaire et ne peuvent être accordés que si on conclut que le comportement à l'origine de la plainte mérite d'être puni. 85

Dans l'arrêt *Vorvis*, la Cour a tenté de déterminer si des dommages-intérêts punitifs pouvaient être accordés dans le cadre d'une action pour rupture de contrat résultant du congédiement injustifié d'un employé, et, dans l'affirmative, si les circonstances de l'affaire justifiaient l'attribution de tels dommages-intérêts. Après avoir examiné la jurisprudence et la doctrine de common law pertinentes en la matière, le juge McIntyre a statué que, bien qu'il convienne très rarement d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans les cas où il y a eu rupture de contrat, l'attribution de tels dommages-intérêts peut parfois être justifiée. Plus particulièrement, ces dommages-intérêts peuvent être accordés dans le cas où le comportement du défendeur constitue une faute qui donne elle-même ouverture à un droit d'action et qui n'a rien à voir avec le congédiement même. De plus, le comportement en cause doit mériter d'être puni en raison de sa nature extrême et préjudiciable. À cet égard, le juge McIntyre affirme, aux p. 1107-1108 : 86

[I]l n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré

exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment.

Within the particular circumstances of *Vorvis*, the employer's conduct, standing alone, was not considered sufficiently offensive to constitute an actionable wrong, nor of a nature that would justify the imposition of a punitive damages award.

87 This analysis was adopted in *Wallace*, where it was held that an award for damages beyond compensation for breach of an employment contract "must be founded on a separately actionable course of conduct" (para. 73). This criterion applies to both aggravated and punitive damages. However, punitive damages were distinguished in *Wallace*, at para. 79, as follows:

> Punitive damages are an exception to the general rule that damages are meant to compensate the plaintiff. The purpose of such an award is the punishment of the defendant: S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3rd ed. 1997), at p. 483. The appellant argued that the trial judge and the Court of Appeal erred in refusing to award punitive damages. I do not agree. Relying on *Vorvis*, *supra*, Lockwood J. found that UGG did not engage in sufficiently "harsh, vindictive, reprehensible and malicious" conduct to merit condemnation by such an award. He also noted the absence of an actionable wrong. The Court of Appeal concurred. Again, there is no reason to interfere with these findings. Consequently, I agree with the courts below that there is no foundation for an award of punitive damages.

88 In the present appeal, the trial judge held that the appellant had not adduced evidence upon which to base a viable claim for punitive damages. In his view, the proof was not indicative of harsh, vindictive and malicious conduct by the respondents, nor of contempt for the appellant's rights. Paris J. further held that human rights legislation did not add

tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni.

Dans les circonstances particulières de l'arrêt *Vorvis*, le comportement de l'employeur n'a été jugé ni suffisamment offensant en soi pour constituer une faute donnant ouverture à un droit d'action, ni de nature à justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

Cette analyse a été reprise dans l'arrêt *Wallace* où on a conclu que l'attribution de dommages-intérêts en sus d'une indemnité pour rupture du contrat de travail [TRADUCTION] « doit se fonder sur un comportement donnant lui-même ouverture à un droit d'action » (par. 73). Ce critère s'applique tant aux dommages-intérêts majorés qu'aux dommages-intérêts punitifs. Cependant, l'arrêt *Wallace* décrit en ces termes ce qui distingue les dommages-intérêts punitifs (au par. 79) :

> Les dommages-intérêts punitifs sont l'exception à la règle générale voulant que les dommages-intérêts soient destinés à indemniser le demandeur. Ces dommages-intérêts visent à punir le défendeur: S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3e éd. 1997), à la p. 483. L'appelant a fait valoir que le juge de première instance et la Cour d'appel ont commis une erreur en refusant d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Je ne suis pas d'accord. Le juge Lockwood s'est fondé sur l'arrêt *Vorvis*, précité, pour décider que UGG n'avait pas adopté un comportement «dur, vengeur, répréhensible et malicieux» au point de commander l'imposition de tels dommages-intérêts. Il a également noté l'absence de faute donnant ouverture à un droit d'action. La Cour d'appel a partagé le même avis. Encore une fois, il n'y a aucune raison de modifier ces conclusions. Par conséquent, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire que rien ne justifie l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que l'appelant n'avait pas produit une preuve suffisante pour pouvoir réclamer avec succès des dommages-intérêts punitifs. À son avis, la preuve n'indiquait pas que les intimées avaient adopté un comportement dur, vengeur et malicieux ou qu'elles avaient méprisé les droits de l'appelant.

anything to this dimension of the case, as there was no evidence to substantiate an argument that the appellant suffered discrimination on the basis of disability in the sense contemplated by such legislation. The appellant's cross-appeal from this holding before the Court of Appeal for British Columbia was dismissed without reasons.

Le juge Paris a également décidé que la législation relative aux droits de la personne n'ajoutait rien à cet aspect de l'affaire, puisqu'aucune preuve n'étayait l'argument selon lequel l'appelant avait été victime de discrimination fondée sur une déficience au sens de cette législation. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté, sans motifs à l'appui, l'appel incident que l'appelant avait interjeté contre cette décision.

Paris J.'s reasoning on this issue was consistent with the principles and analytical framework set out in *Vorvis* and *Wallace*. First, as discussed in regard to the propriety of the aggravated damages award, there is insufficient evidence to establish an actionable wrong, separate and apart from the dismissal, on the respondents' part. As discussed, the appellant was correct to state that his hypertension constituted a disability in law. Thus, the failure to find him another position may create a *prima facie* case of discrimination, given the employer's duty to accommodate disabled employees to the point of undue hardship. See *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, and *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868. Moreover, this discrimination may in turn give rise to a punitive damages award. See *Collinson v. William E. Coutts Co.*, [1995] B.C.J. No. 2766 (S.C.) (QL). But, for the reasons set out above, I am of the view that there is no basis for interfering with Paris J.'s conclusion that the evidence did not support a finding of an "independent wrong", including discrimination. Furthermore, based on my review of the evidence, I cannot say that Paris J. erred in concluding that the respondents' conduct was not of a character contemplated by McIntyre J. in *Vorvis*. In other words, it was not sufficiently harsh, vindictive, reprehensible, malicious or extreme in nature to warrant punishment. As such, Paris J.'s ruling that the question of puni-

89 Le raisonnement adopté par le juge Paris sur cette question est conforme aux principes et au cadre analytique énoncés dans les arrêts *Vorvis* et *Wallace*. Premièrement, comme nous l'avons vu au sujet de l'opportunité de l'attribution de dommages-intérêts majorés, la preuve est insuffisante pour établir que les intimées ont commis une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action et n'ayant rien à voir avec le congédiement. Comme je l'ai indiqué, l'appelant a eu raison d'affirmer que son hypertension était, en droit, une déficience. Par conséquent, l'omission de lui trouver un autre poste peut constituer une preuve *prima facie* de discrimination, étant donné que l'employeur est tenu de répondre aux besoins de ses employés atteints d'une déficience sans qu'il n'en résulte pour lui une contrainte excessive. Voir les arrêts *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868. En outre, cette discrimination peut à son tour donner lieu à des dommages-intérêts punitifs. Voir *Collinson c. William E. Coutts Co.*, [1995] B.C.J. No. 2766 (C.S.) (QL). Cependant, pour les raisons exposées ci-dessus, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier la conclusion du juge Paris selon laquelle la preuve ne permettait pas de conclure à l'existence d'une [TRADUCTION] « faute indépendante », y compris la discrimination. De plus, la preuve ne me permet pas d'affirmer que le juge Paris a eu tort de conclure que le comportement des intimées n'était pas aussi grave que celui envisagé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Vorvis*. Autrement dit, il n'était pas assez dur, vengeur, répréhensible, malicieux ou extrême pour justifier une peine. Par conséquent, la décision du

tive damages should be withheld from the jury was sound, and should be left undisturbed.

VI. Disposition

90 For the foregoing reasons, the appeal is allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal is set aside, and the order of Paris J. is restored, with the exception of the award for aggravated damages, which is struck. Having allowed the appeal, it is unnecessary for this Court to deal with the cross-appeal, which is therefore dismissed. Because of the appellant's substantial success, I would grant him costs here and in the courts below.

Appeal allowed with costs. Cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on the cross-appeal: Tevlin, Gleadle, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on the cross-appeal: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

juge Paris de ne pas soumettre au jury la question des dommages-intérêts punitifs était bien fondée et il n'y a pas lieu de la modifier.

VI. Dispositif

Pour les raisons qui précèdent, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulé et l'ordonnance du juge Paris est rétablie, sauf que l'attribution des dommages-intérêts majorés est annulée. Vu que le pourvoi est accueilli, il n'est pas nécessaire que nous examinions le pourvoi incident qui est donc rejeté. Comme l'appelant a en grande partie gain de cause, je suis d'avis de lui accorder ses dépens devant nous et devant les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi principal accueilli avec dépens. Pourvoi incident rejeté.

Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Tevlin, Gleadle, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2001 Vol. 2

2e cahier, 2001 Vol. 2

[2001] 2 S.C.R. 207-411

Renvoi [2001] 2 R.C.S. 207-411

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

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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, 2001.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

CONTENTS

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) *v.* Hudson (Town) **241**

Municipal law — By-laws — Regulation and restriction of pesticide use — Town adopting by-law restricting use of pesticides within its perimeter to specified locations and enumerated activities — Whether Town had statutory authority to enact by-law — Whether by-law rendered inoperative because of conflict with federal or provincial legislation — Town of Hudson By-law 270 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 410(1).

Mount Sinai Hospital Center *v.* Quebec (Minister of Health and Social Services) **281**

Administrative law — Judicial review — Ministerial discretion — Minister promising to issue modified permit upon Hospital Center's relocation to Montreal — Minister subsequently refusing to issue modified permit — Whether ministerial discretion exercised — Whether exercise of ministerial discretion validly reversed — An Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-5, ss. 138, 139.1.

Administrative law — Judicial review — Mandamus — Ministerial discretion — Minister promising to issue modified permit upon Hospital Center's relocation to Montreal — Minister subsequently refusing to issue modified permit — Minister failing to act in accordance with prior exercise of discretion — Whether an order in the nature of mandamus appropriate — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 100.

Noël *v.* Société d'énergie de la Baie James **207**

Judgments and orders — Res judicata — Conditions — Employee contesting legality of arbitral award — Superior Court dismissing employee's application for judicial review on ground he lacked requisite interest to bring proceeding — Employee then commencing direct action in nullity to quash arbitral award — Whether principle of res judicata prevents bringing new proceeding.

Civil procedure — Direct action in nullity — Interest — Labour relations — Employee dismissed by employer — Arbitrator dismissing grievance contesting dismissal — Union refusing to bring matter before Superior Court — Whether employee has requisite interest to bring direct action in nullity to quash arbitral award — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 55.

Labour relations — Arbitral award — Direct action in nullity — Interest — Union's duty of representation — Employee dismissed by employer — Arbitrator dismissing grievance contesting dismissal — Union refusing to bring matter before Superior Court — Whether employee has requisite interest to bring direct action in nullity to quash arbitral award — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 55.

Continued on next page

SOMMAIRE

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) *c.* Hudson (Ville) **241**

Droit municipal — Règlements — Réglementation et restriction de l'utilisation des pesticides — Adoption par la Ville d'un règlement limitant l'utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et à des activités énumérées — La Ville avait-elle le pouvoir légal d'adopter le règlement? — Le règlement a-t-il été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale? — Règlement 270 de la ville de Hudson — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 410(1).

Centre hospitalier Mont-Sinaï *c.* Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux) **281**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Pouvoir ministériel discrétionnaire — Promesse du ministre de délivrer un permis modifié une fois le Centre hospitalier déménagé à Montréal — Ministre refusant par la suite de délivrer un permis modifié — Le pouvoir ministériel discrétionnaire a-t-il été exercé? — L'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire a-t-il été validement infirmé? — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 138, 139.1.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — Pouvoir ministériel discrétionnaire — Promesse du ministre de délivrer un permis modifié une fois le Centre hospitalier déménagé à Montréal — Ministre refusant par la suite de délivrer un permis modifié — Ministre n'agissant pas conformément à l'exercice antérieur de son pouvoir discrétionnaire — Une ordonnance de type mandamus est-elle appropriée? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 100.

Noël *c.* Société d'énergie de la Baie James **207**

Jugements et ordonnances — Chose jugée — Conditions — Légalité d'une sentence arbitrale contestée par un salarié — Rejet par la Cour supérieure de la requête en révision judiciaire de la sentence arbitrale présentée par le salarié vu l'absence d'intérêt requis pour intenter une telle procédure — Salarié intentant par la suite une action directe en nullité contre la sentence arbitrale — Le principe de la chose jugée interdit-il l'introduction d'une nouvelle instance?

Procédure civile — Action directe en nullité — Intérêt pour agir — Relations de travail — Salarié congédié par son employeur — Rejet par l'arbitre du grief contestant le congédiement — Refus du syndicat de porter l'affaire devant la Cour supérieure — Le salarié a-t-il l'intérêt requis pour intenter une action directe en nullité contre la sentence arbitrale? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 55.

Relations de travail — Sentence arbitrale — Action directe en nullité — Intérêt pour agir — Obligation de représentation du syndicat — Salarié congédié par son employeur — Rejet par l'arbitre du grief contestant le congédiement — Refus du syndicat de porter l'affaire devant la Cour supérieure — Le salarié a-t-il l'intérêt requis pour intenter une action directe en nullité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Pan; R. *v.* Sawyer **344**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether common law rule of jury secrecy and Criminal Code prohibition on disclosure of information about "proceedings of the jury" consistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 649.

Criminal law — Juries — Rule of jury secrecy — Common law rule of jury secrecy providing that evidence concerning jury deliberations is inadmissible on appeal to impeach jury's verdict — Whether common law rule of jury secrecy constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Juries — Disclosure of jury proceedings — Criminal Code prohibiting disclosure of information about "proceedings of the jury" except where disclosure is in context of obstruction of justice proceedings involving a juror — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 649.

Criminal law — Abuse of process — Fundamental justice — Double jeopardy — Whether mistrial improperly declared at end of accused's second trial — Whether proceedings against accused should have been stayed at outset of third trial — Whether holding of third trial violated principle against double jeopardy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(h).

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

SOMMAIRE (Fin)

contre la sentence arbitrale? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 55.

R. *c.* Pan; R. *c.* Sawyer **344**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — La règle de common law sur le secret des délibérations du jury et la disposition du Code criminel interdisant aux jurés de divulguer tout renseignement relatif aux « délibérations du jury » sont-elles compatibles avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 649.

Droit criminel — Jurys — Règle sur le secret des délibérations du jury — Règle de common law sur le secret des délibérations du jury établissant que tout élément de preuve relatif aux délibérations du jury est inadmissible en appel pour contester le verdict du jury — Cette règle est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Jurys — Divulgation des délibérations du jury — Disposition du Code criminel interdisant la divulgation de tout renseignement relatif aux « délibérations du jury », sauf dans le cadre de procédures judiciaires intentées contre un juré pour entrave à la justice — Cette disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 649.

Droit criminel — Abus de procédure — Justice fondamentale — Double incrimination — L'annulation du deuxième procès de l'accusé était-elle justifiée? — L'arrêt des procédures aurait-il dû être ordonné dès le début du troisième procès de l'accusé? — La tenue du troisième procès a-t-elle contrevenu au principe de la protection contre la double incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11h).

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

Christian Noël *Appellant*

v.

Société d'énergie de la Baie James *Respondent*

and

United Steelworkers of America, Local 6833 (FTQ) *Mis en cause*

and

Bernard Lefebvre *Mis en cause*

INDEXED AS: NOËL *v.* SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DE LA BAIE JAMES

Neutral citation: 2001 SCC 39.

File No.: 26914.

2000: October 11; 2001: June 28.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Judgments and orders — Res judicata — Conditions — Employee contesting legality of arbitral award — Superior Court dismissing employee's application for judicial review on ground he lacked requisite interest to bring proceeding — Employee then commencing direct action in nullity to quash arbitral award — Whether principle of res judicata prevents bringing new proceeding.

Civil procedure — Direct action in nullity — Interest — Labour relations — Employee dismissed by employer — Arbitrator dismissing grievance contesting dismissal — Union refusing to bring matter before Superior Court — Whether employee has requisite interest to bring direct action in nullity to quash arbitral award — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 55.

Labour relations — Arbitral award — Direct action in nullity — Interest — Union's duty of representation

Christian Noël *Appelant*

c.

La Société d'énergie de la Baie James *Intimée*

et

Le Syndicat des métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6833 (FTQ) *Mis en cause*

et

Maître Bernard Lefebvre *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ : NOËL *c.* SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DE LA BAIE JAMES

Référence neutre : 2001 CSC 39.

N° du greffe : 26914.

2000 : 11 octobre; 2001 : 28 juin.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Jugements et ordonnances — Chose jugée — Conditions — Légalité d'une sentence arbitrale contestée par un salarié — Rejet par la Cour supérieure de la requête en révision judiciaire de la sentence arbitrale présentée par le salarié vu l'absence d'intérêt requis pour intenter une telle procédure — Salarié intentant par la suite une action directe en nullité contre la sentence arbitrale — Le principe de la chose jugée interdit-il l'introduction d'une nouvelle instance?

Procédure civile — Action directe en nullité — Intérêt pour agir — Relations de travail — Salarié congédié par son employeur — Rejet par l'arbitre du grief contestant le congédiement — Refus du syndicat de porter l'affaire devant la Cour supérieure — Le salarié a-t-il l'intérêt requis pour intenter une action directe en nullité contre la sentence arbitrale? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 55.

Relations de travail — Sentence arbitrale — Action directe en nullité — Intérêt pour agir — Obligation de

— Employee dismissed by employer — Arbitrator dismissing grievance contesting dismissal — Union refusing to bring matter before Superior Court — Whether employee has requisite interest to bring direct action in nullity to quash arbitral award — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 55.

After being dismissed by his employer, an employee, represented by his union, sought reinstatement, but his grievance was dismissed by an arbitrator. Under the collective agreement, the union had the exclusive authority to represent the employees for the purposes of the grievance and arbitration procedure; none of its provisions gave an employee the right to take a grievance to arbitration personally or to be a party to a proceeding before the arbitrator. Following the arbitration award, the union decided, despite the employee's demands, that it would not take the matter further. The employee then decided to act on his own and filed an application for judicial review under art. 846 *C.C.P.* The Superior Court granted the employer's motion to dismiss and found that the employee did not have the requisite interest to bring such proceedings since he was not a party within the meaning of art. 846. The employee then brought a direct action in nullity under art. 33 *C.C.P.* The Superior Court again granted the employer's motion to dismiss, on the ground that the employee did not have the requisite interest. The Court of Appeal, in a majority judgment, affirmed the judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Res Judicata*

The principle of *res judicata* did not prevent the employee from bringing a direct action in nullity. For a judgment to amount to *res judicata* with respect to a proceeding, it is not enough that the main legal issue be identical. It must be established that three things are identical: parties, object and cause. In this case, the parties and the object are identical. The cause of the action, which is the presumed illegality of the award, was common to the two proceedings; only the procedural route differs. However, in order for the *res judicata* principle to apply, the first Superior Court judgment would have had to deal with the substance of the case. That judgment made no determination concerning the employee's substantive right. It dealt solely with an important procedural issue: the interest required for the purposes of art. 846 *C.C.P.* Accordingly, that decision does not amount to *res judicata*, except on the question of the employee's status as a party for the purposes of art. 846 *C.C.P.*

représentation du syndicat — Salarié congédié par son employeur — Rejet par l'arbitre du grief contestant le congédiement — Refus du syndicat de porter l'affaire devant la Cour supérieure — Le salarié a-t-il l'intérêt requis pour intenter une action directe en nullité contre la sentence arbitrale? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 55.

Congédié par son employeur, un salarié représenté par son syndicat tente d'obtenir sa réintégration, mais un arbitre rejette son grief. En vertu de la convention collective, le syndicat a le pouvoir exclusif de représenter les salariés pour les fins de la procédure de grief et d'arbitrage et aucune disposition de la convention n'accorde à un salarié le droit de soumettre personnellement un grief à l'arbitrage ou de se porter partie à l'instance devant l'arbitre. Après la sentence arbitrale, le syndicat décide de ne pas porter l'affaire plus loin, malgré les demandes du salarié. Ce dernier décide alors d'agir lui-même et dépose une requête en révision judiciaire en vertu de l'art. 846 *C.p.c.* La Cour supérieure accueille la requête en irrecevabilité de l'employeur, concluant à l'absence de l'intérêt requis pour intenter une telle procédure, puisque le salarié n'était pas une partie au sens de l'art. 846. Le salarié intente alors une action directe en nullité en vertu de l'art. 33 *C.p.c.* La Cour supérieure accueille à nouveau une requête en irrecevabilité de l'employeur vu l'absence d'intérêt du salarié. La Cour d'appel, à la majorité, confirme ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

(1) *Chose jugée*

Le principe de la chose jugée n'interdit pas au salarié d'intenter une action directe en nullité. Pour qu'un jugement acquière l'autorité de la chose jugée à l'égard d'une procédure, il ne suffit pas que la question de droit principale soit identique. Il faut démontrer la présence des trois identités, soit l'identité de parties, d'objet et de cause. En l'espèce, il y a identité de parties et d'objet. La cause de l'action, qui est l'illégalité présumée de la sentence, est également commune aux deux recours; seule la voie procédurale diffère. Cependant, pour que le principe de la chose jugée s'applique, il faudrait que le premier jugement de la Cour supérieure ait touché le fond du litige. Or, ce jugement ne statue pas sur la substance du droit du salarié. Il tranche uniquement un problème procédural important, celui de l'intérêt pour agir en vertu de l'art. 846 *C.p.c.* Ainsi, cette décision n'emportait pas chose jugée, sauf quant à la question du statut du salarié comme partie, au sens de l'art. 846 *C.p.c.*

(2) *Interest*

The existence of an interest in bringing a judicial proceeding depends on the existence of a substantive right; it is not enough to assert that a procedure exists. In applying art. 33 *C.C.P.*, we must be careful not to assess the procedural interest using only a purely literal analysis of art. 55 *C.C.P.* which applies a broad definition of the legal interest. In this case, the employee's direct action in nullity alleges that the arbitrator made a patently unreasonable decision. The employee's procedural interest, within the meaning of art. 55, must be interpreted and assessed in the context of a labour relations scheme that is based on collective bargaining and the union's monopoly on representation.

The union's duty of representation is not limited to bargaining and the arbitration process. Where a union has an exclusive representation mandate, the corresponding duty extends to everything that is done that affects the legal framework of the relationship between the employee and the employer. However, a union cannot be placed under a duty to challenge each and every arbitration award at the behest of the employee in question on the ground of unreasonableness of the decision, even in dismissal cases. The rule is that the employer and the union are entitled to the stability that results from s. 101 of the *Labour Code*, which provides that an "arbitration award is without appeal, binds the parties and, where such is the case, any employee concerned". The arbitration process represents the normal and exclusive method of resolving the conflicts that arise in the course of administering collective agreements, including disciplinary action. Judicial review cannot therefore be seen as a routine way of challenging awards or as a right of appeal. While judicial review by the superior courts is an important principle, it cannot allow employees to jeopardize this expectation of stability in labour relations in a situation where there is union representation. Allowing an employee to take action against a decision made by his or her union, by applying for judicial review where he or she believes that the arbitration award was unreasonable, would offend the union's exclusive right of representation and the legislative intent regarding the finality of the arbitration process, and would jeopardize the effectiveness and speed of the arbitration process. Recognition of this kind of right to challenge an arbitration award would also offend the fundamental principles governing relations with the employer where there is a right of exclusive collective representation. In a case where the arbitration process has been carried out in accordance with the collective agreement, the employer is entitled to expect that a grievance that has been disposed of by the arbitrator

(2) *Intérêt pour agir*

L'existence d'un intérêt pour intenter un recours judiciaire dépend de l'existence d'un droit substantiel; il ne suffit pas d'alléguer qu'une procédure existe. Dans la mise en œuvre de l'art. 33 *C.p.c.*, il faut se garder d'apprécier l'intérêt procédural en recourant à une analyse purement textuelle de l'art. 55 *C.p.c.* qui retient une définition large de l'intérêt juridique. En l'espèce, dans son action directe en nullité, le salarié allègue que l'arbitre a rendu une décision manifestement déraisonnable. L'intérêt procédural du salarié, au sens de l'art. 55, doit s'interpréter et s'évaluer dans le contexte d'un régime de relations de travail fondé sur la négociation collective et le monopole de représentation du syndicat.

L'obligation de représentation d'un syndicat ne s'arrête pas à la négociation et à la procédure arbitrale. Lorsqu'un syndicat jouit de l'exclusivité du mandat de représentation, l'obligation corrélative s'étend à l'ensemble des actes qui affectent le cadre juridique de la relation entre le salarié et l'employeur. Un syndicat ne saurait toutefois être placé dans l'obligation de contester au gré du salarié intéressé toutes et chacune des sentences arbitrales, même en matière de congédiement, pour le motif d'irrationalité de la décision. L'employeur et le syndicat ont en principe le droit de bénéficier de la stabilité découlant de l'art. 101 du *Code du travail*, qui prévoit qu'une « sentence arbitrale est sans appel, lie les parties et, le cas échéant, tout salarié concerné ». La procédure d'arbitrage représente le mode normal et exclusif de règlement des différends que provoque l'application des conventions collectives y compris en matière disciplinaire. Le contrôle judiciaire ne peut donc être perçu comme un moyen de contestation normal ou comme un droit d'appel. Le contrôle judiciaire par les cours supérieures est un principe important, mais il ne saurait permettre au salarié de remettre en cause cette expectative de stabilité des relations de travail dans un contexte de représentation syndicale. Permettre au salarié d'agir à l'encontre de la décision de son syndicat en ayant recours au contrôle judiciaire lorsqu'il estime la sentence arbitrale irrationnelle serait une violation de l'exclusivité de la fonction de représentation du syndicat, de l'intention législative de finalité de la procédure arbitrale et mettrait en péril l'efficacité et la rapidité de cette dernière. La reconnaissance d'un tel droit à la contestation d'une décision arbitrale contredit également les principes fondamentaux régissant les rapports avec l'employeur dans un contexte de représentation collective et exclusive. Dans un cas où la procédure d'arbitrage a été menée conformément à la convention collective, l'employeur peut s'attendre à ce que le grief tranché par l'arbitre demeure en principe réglé et à ce

will, as a rule, be disposed of permanently, and that the arbitration process will not be exposed to challenges that are launched without any control being exercised by its union interlocutor.

The concept of interest for the purposes of art. 33 *C.C.P.* must therefore be analyzed in that context. An employee does not have the requisite interest if the union's decision appears to fall within the leeway it is allowed with respect to the performance of its representation mandate. The nature of the labour relations scheme established by the *Labour Code* is an impediment to recognizing that an employee has a sufficient interest to challenge an arbitration award which he or she contends is unreasonable, on the sole ground that the union refuses to institute judicial review proceedings. However, in some situations — for example, collusion between employer and union or violation of the rules of natural justice — the employee could bring an action in nullity himself or herself.

In this case, the employee does not have the requisite interest to bring a direct action in nullity. It can be concluded from his action that he personally intends to commence judicial review proceedings based on the unreasonableness of the arbitration award. This falls within the reasonable exercise of the union's discretion in the conduct of collective labour relations with the employer.

Cases Cited

Referred to: *Lessard v. Gare d'autobus de Sherbrooke ltée*, J.E. 94-1854; *Vachon v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Séminaire de Chicoutimi v. City of Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *François Nolin Ltée v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 168; *Comité d'appel du bureau provincial de médecine v. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123; *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal v. City of Montreal*, [1980] 1 S.C.R. 740; *Fortier v. Thermolec Ltée*, [1985] R.D.J. 81; *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne v.*

que la procédure arbitrale ne soit pas exposée à des contestations déclenchées hors de tout contrôle de son interlocuteur syndical.

Le concept d'intérêt pour agir en vertu de l'art. 33 *C.p.c.* doit donc s'analyser dans ce contexte. Un salarié n'a pas l'intérêt requis pour agir si la décision du syndicat paraît se situer à l'intérieur de la marge de discrétion reconnue à l'égard de l'exécution de son mandat de représentation. La nature du régime de relations de travail établi par le *Code du travail* fait obstacle à la reconnaissance au salarié d'un intérêt juridique suffisant pour contester une sentence arbitrale qu'il prétend déraisonnable pour le seul motif que le syndicat se refuse à déclencher une procédure de contrôle judiciaire. Toutefois, dans certaines situations — par exemple, dans des cas de collusion entre l'employeur et le syndicat ou de violation de règles fondamentales de justice naturelle — le salarié pourrait instituer lui-même une action directe en nullité.

En l'espèce, le salarié ne possède pas l'intérêt requis pour intenter une action directe en nullité. Il ressort de son action qu'il entend mener lui-même une procédure de contrôle judiciaire basée sur le caractère déraisonnable de la décision arbitrale. Ceci relève de l'exercice raisonné de la discrétion du syndicat dans la conduite des relations collectives de travail avec l'employeur.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Lessard c. Gare d'autobus de Sherbrooke ltée*, J.E. 94-1854; *Vachon c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *François Nolin Ltée c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 168; *Comité d'appel du bureau provincial de médecine c. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123; *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Ville de Montréal*, [1980] 1 R.C.S. 740; *Fortier c. Thermolec Ltée*, [1985] R.D.J. 81; *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c.*

Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde, [1979] C.A. 491; *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509; *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196; *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *Becotte v. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231; *Haley and Canadian Airline Employees' Association* (1981), 41 di 311; *Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court*, [1990] 1 S.C.R. 1330; *Gendron v. Municipalité de la Baie-James*, [1986] 1 S.C.R. 401; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Hoogendoorn v. Greening Metal Products and Screening Equipment Co.*, [1968] S.C.R. 30.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Code of Civil Procedure, the Act respecting the Régie du logement, the Jurors Act and other legislative provisions, S.Q. 1996, c. 5, s. 6.
Act to amend the Code of Civil Procedure, the Civil Code and other legislation, S.Q. 1983, c. 28, s. 34.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2848.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 55, 165, 834.1, 840, 846, 847.
Code of Civil Procedure, S.Q. 1965, c. 80, art. 834.
Constitution Act, 1867, s. 96.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 47.2, 47.3 to 47.5, 53, 67, 68, 69, 100.5, 101.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf).
Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.
Brown, Raymond E. "The 'Arbitrary', 'Discriminatory' and 'Bad Faith' Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 412.
Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde, [1979] C.A. 491; *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Becotte c. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231; *Haley et l'Association canadienne des employés du transport aérien* (1981), 41 di 311; *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330; *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, [1986] 1 R.C.S. 401; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Hoogendoorn c. Greening Metal Products and Screening Equipment Co.*, [1968] R.C.S. 30.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2848.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 55, 165, 834.1, 840, 846, 847.
Code de procédure civile, S.Q. 1965, ch. 80, art. 834.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 47.2, 47.3 à 47.5, 53, 67, 68, 69, 100.5, 101.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi modifiant le Code de procédure civile, la Loi sur la Régie du logement, la Loi sur les jurés et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1996, ch. 5, art. 6.
Loi modifiant le Code de procédure civile, le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1983, ch. 28, art. 34.

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora : Canada Law Book, 2000 (loose-leaf).
Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.
Brown, Raymond E. « The "Arbitrary", "Discriminatory" and "Bad Faith" Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario » (1982), 60 *R. du B. can.* 412.
Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.

Veilleux, Diane. "Le devoir de représentation syndicale: Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes" (1993), 48 *Relat. ind.* 661.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 2270, [1998] R.J.D.T. 1064, [1998] Q.J. No. 2746 (QL), affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Paule Lafontaine and *Paul Faribault*, for the appellant.

Jean Beauregard, for the respondent.

Laurent Roy and *Christiane Morrisseau*, for the *mis en cause* United Steelworkers of America, Local 6833 (FTQ).

English version of the judgment of the Court delivered by

1 LEBEL J. — After being dismissed by his employer, the Société d'énergie de la Baie James ("SEBJ"), Noël filed a grievance seeking reinstatement. When his grievance was dismissed, he applied for judicial review of the arbitration award. When he found that an application for judicial review did not lie under art. 846 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"), he filed a direct action in nullity under art. 33 *C.C.P.* The Superior Court and the Quebec Court of Appeal, in turn, ruled against him and dismissed his action on the ground that he had no legal interest. In this Court, the appeal by Noël raises the problem of an employee's interest in obtaining judicial review of an arbitration award made under the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 ("*L.C.*"), by way of a direct action in nullity. The issue directly raised by the case is the relationship between the procedural rules governing interest and the substantive law rules defining the collective bargaining scheme that applies in Quebec labour law. For

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.

Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995.

Veilleux, Diane. « Le devoir de représentation syndicale : Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes » (1993), 48 *Relat. ind.* 661.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 2270, [1998] R.J.D.T. 1064, [1998] A.Q. nº 2746 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Paule Lafontaine et *Paul Faribault*, pour l'appelant.

Jean Beauregard, pour l'intimée.

Laurent Roy et *Christiane Morrisseau*, pour le mis en cause Syndicat des métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6833 (FTQ).

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL — Congédié par son employeur, la Société d'énergie de la Baie James (SEBJ), Noël tenta d'obtenir sa réintégration par un arbitrage de grief. Une fois son grief rejeté, il demanda la révision judiciaire de la décision arbitrale. Confronté à l'irrecevabilité d'une demande de contrôle judiciaire sous l'art. 846 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »), il déposa une action directe en nullité en vertu de l'art. 33 *C.p.c.* La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec lui donnèrent successivement tort et renvoyèrent son action, en lui niant l'intérêt juridique à agir. Devant notre Cour, le pourvoi de Noël soulève le problème de l'existence de l'intérêt d'un salarié à obtenir la révision judiciaire d'une sentence arbitrale rendue sous l'autorité du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« *C.t.* »), par la voie de l'action directe en nullité. L'affaire pose directement la question des rapports entre le régime procédural qui encadre l'intérêt à agir en justice et les règles de droit substantiel qui définissent le régime de

reasons that differ in part from those of the majority of the Quebec Court of Appeal, I would dismiss the appeal.

I. Facts

This case first arose in 1992. At that time, Noël was working for the SEBJ as a flight dispatcher at the Fontanges airport on James Bay. The appellant was subject to the terms of a collective agreement between the United Steelworkers of America, Local 6833 (FTQ) (hereinafter the "union") and the respondent, negotiated under the *Labour Code*. The union had been certified to represent the members of the bargaining unit to which Noël belonged.

Under the collective agreement, the union had the exclusive authority to represent the employees for the purposes of the grievance and arbitration procedure. None of its provisions gave an employee the right to take a grievance to arbitration personally or to be a party to a proceeding before the arbitrator.

Over the preceding years, Noël had been involved in disputes with his employer. Although they were resolved, further incidents occurred. Following a train of events which there is no need to describe, the employer terminated the appellant's employment, and the appellant filed eight grievances, including one relating to his dismissal.

The *mis en cause*, Bernard Lefebvre, who was appointed as the arbitrator, heard these grievances. Subject to compliance with the rules and means of proof that apply to arbitration, the parties agreed to allow Noël the option of stating his case directly to the arbitrator. However, the union retained control of the arbitration process; it had carriage of the case and covered the associated costs. Noël testified as a witness and made submissions to the arbitrator. On February 20, 1995, the arbitration award dismissed the eight grievances, and accordingly upheld Noël's dismissal.

Although the union had until then supported the appellant and initiated the arbitration process, it

négociation collective applicable en droit du travail québécois. Pour des motifs partiellement différents de ceux de la majorité de la Cour d'appel du Québec, je suggère de rejeter le pourvoi.

I. Faits

L'affaire remonte à 1992. Noël occupait alors un poste de régulateur de transport aérien à l'aéroport de Fontanges à la Baie James, pour le compte de la SEBJ. L'appelant se trouvait régi par une convention collective conclue en vertu du *Code du travail* entre le Syndicat des métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6833 (FTQ) (ci-après le « syndicat ») et l'intimée. Le syndicat avait été accrédité pour représenter les membres de l'unité de négociation à laquelle appartenait Noël. 2

La convention collective attribuait au syndicat le pouvoir exclusif de représenter les salariés pour les fins de la procédure de grief et d'arbitrage. Aucune de ses dispositions n'accordait à un salarié le droit de soumettre personnellement un grief à l'arbitrage ou de se porter partie à l'instance devant l'arbitre. 3

Au cours des années précédentes, Noël avait déjà vécu quelques conflits avec son employeur. Ceux-ci s'étaient réglés, mais de nouveaux incidents survinrent. Après des péripéties qu'il est inutile de relater, l'employeur mit fin à l'emploi de l'appelant. Celui-ci déposa huit griefs, dont l'un portait sur son congédiement. 4

Le mis en cause, Me Bernard Lefebvre, désigné comme arbitre, entendit ces griefs. Sous réserve du respect des règles et des moyens de preuve prévalant en arbitrage, les parties convinrent de laisser à Noël la possibilité de s'exprimer directement devant l'arbitre. Le syndicat conserva toutefois le contrôle de la procédure arbitrale, dirigea celle-ci et en assuma les frais. Noël témoigna et fit certaines représentations devant l'arbitre. Le 20 février 1995, la sentence arbitrale rejeta les huit griefs. Elle maintint ainsi le congédiement de Noël. 5

Après la sentence arbitrale, alors qu'il avait jusque-là soutenu l'appelant et mis à exécution la pro- 6

decided, following the arbitration award, despite Noël's demands, that it would not take the matter further. It refused to apply for judicial review of the arbitration award. Noël then decided to act on his own.

II. Judicial History

7 In June 1995, approximately four months after the arbitration award, Noël filed an application for judicial review under art. 846 *C.C.P.* The employer immediately filed a motion to dismiss citing various grounds, but primarily the fact that Noël did not have the requisite interest to bring such proceedings, since Noël was not a party within the meaning of art. 846 *C.C.P.* Michel Côté J. of the Superior Court accepted that argument and dismissed the action on October 25, 1995. Noël did not appeal that decision. A few weeks later, on November 16, 1995, the appellant filed a direct action in nullity in the Superior Court. That proceeding challenged the legality of the arbitration award and sought to have it quashed. The SEBJ again filed a motion to have the appellant's action dismissed, citing the principle of *res judicata*, the unreasonable delay in bringing the action and the fact that its former employee did not have the requisite interest.

8 Halperin J. of the Superior Court allowed the motion to dismiss and dismissed the appellant's action on January 26, 1996. He believed that he was bound by the decision of the Quebec Court of Appeal in *Lessard v. Gare d'autobus de Sherbrooke ltée*, J.E. 94-1854, and accordingly he held that the interest that an employee must have in order to bring a direct action in nullity against an arbitration award on the ground of excess of jurisdiction is the same as is required for filing an application for judicial review under art. 846 *C.C.P.*

9 Noël then appealed to the Quebec Court of Appeal. That court's decision on the appeal was divided: [1998] R.J.Q. 2270. Mailhot J.A., for the majority, found that a party's interest should be determined on the basis not of the title of the pleading, but of the relief sought. The legal basis

cédure d'arbitrage, le syndicat décida de ne pas porter l'affaire plus loin malgré les demandes de Noël. Le syndicat refusa de demander la révision judiciaire de la sentence arbitrale. Noël résolut alors d'agir lui-même.

II. Historique judiciaire

En juin 1995, environ quatre mois après le dépôt de la sentence arbitrale, Noël déposa une requête en révision judiciaire en vertu de l'art. 846 *C.p.c.* L'employeur lui opposa immédiatement une requête en irrecevabilité. Celle-ci souleva différents moyens, mais, principalement, celui de l'absence de l'intérêt requis pour intenter une telle procédure, puisque Noël n'était pas une partie au sens de l'art. 846 *C.p.c.* Le juge Michel Côté de la Cour supérieure retint cet argument et rejeta l'action le 25 octobre 1995. Noël n'interjeta pas appel de cette décision. Quelques semaines plus tard, le 16 novembre 1995, l'appelant déposa une action directe en nullité en Cour supérieure. Cette procédure attaquait la légalité de la sentence arbitrale et demandait son annulation. La SEBJ présenta à nouveau une requête en irrecevabilité pour obtenir le rejet de la demande en invoquant le principe de la chose jugée, le caractère déraisonnable du délai d'institution de la procédure et l'absence d'intérêt de son ancien employé.

Le juge Halperin de la Cour supérieure accueillit le moyen d'irrecevabilité et rejeta l'action de l'appelant le 26 janvier 1996. S'estimant lié par un arrêt de la Cour d'appel du Québec, *Lessard c. Gare d'autobus de Sherbrooke ltée*, J.E. 94-1854, il affirma que l'intérêt du salarié à intenter une action directe en nullité contre une sentence arbitrale pour le motif d'excès de compétence, doit correspondre à ce qu'exige la présentation d'une requête en révision judiciaire, suivant l'art. 846 *C.p.c.*

Noël se pourvut alors devant la Cour d'appel du Québec. Cette dernière se divisa, lorsqu'elle statua sur le pourvoi : [1998] R.J.Q. 2270. Au nom de la majorité, Madame le juge Mailhot conclut que l'intérêt d'un justiciable ne devait pas s'analyser d'après le titre de l'acte de procédure, mais selon

for the exercise of the superintending and reforming power was the same in proceedings under both art. 33 and art. 846 *C.C.P.* The appellant sought a declaration of the nullity of the arbitration award on the ground of excess of jurisdiction because it was unreasonable, and thereby to be reinstated in his employment. *Lessard*, *supra*, therefore had to be applied. In the labour law context, where the rule is exclusive legal representation by the union, the interest required for bringing a direct action in nullity is the same as is required by art. 846 *C.C.P.* for an application for judicial review. Only a party to the case in the lower tribunal would have sufficient interest. An employee who was represented by his or her union would not have that status. Mailhot J.A. excluded from that finding such hypothetical cases as collusion between employer and union or injustice amounting to fraud. In such situations, an employee could bring a direct action in nullity himself or herself.

les conclusions recherchées. Le recours au pouvoir de contrôle et de la surveillance reposait sur les mêmes fondements en droit dans les deux procédures des art. 33 et 846 *C.p.c.* L'appelant entendait faire annuler la sentence arbitrale pour excès de compétence, en raison du caractère déraisonnable de celle-ci, et obtenir ainsi sa réintégration dans ses fonctions. L'arrêt *Lessard*, précité, devait alors s'appliquer. Dans le cadre du droit du travail qui retient un principe de représentation légale exclusive par le syndicat, l'intérêt requis pour intenter une action directe en nullité doit correspondre à celui qu'exige l'art. 846 *C.p.c.* pour la requête en révision judiciaire. Seule une partie au litige devant le tribunal inférieur posséderait un intérêt suffisant. Le salarié, qu'a représenté son syndicat, ne jouirait pas de ce statut. Le juge Mailhot exclut de cette conclusion des cas hypothétiques où l'on constaterait, par exemple, de la collusion entre l'employeur et le syndicat ou une injustice équivalant à fraude. En pareille situation, le salarié pourrait instituer lui-même l'action directe en nullité.

Robert J.A., dissenting, would have allowed the appeal and recognized the appellant's interest. He accepted that apart from exceptional situations that did not exist in that case, the grievance still belongs to the union, which has carriage of it during the arbitration process, to the exclusion of the employee. However, a fundamental distinction would have to be made between an employee's interest in the arbitration case initiated for the purpose of applying and interpreting the collective agreement and the interest that would enable him or her to invoke the superintending and reforming power of the Superior Court to have the legality of the arbitrator's decision determined.

10 Le juge Robert, dissident, aurait accueilli le pourvoi et reconnu l'intérêt à agir de l'appelant. Il admet que, sauf des situations exceptionnelles que l'on ne retrouvait pas dans le dossier, le syndicat demeure titulaire et maître du grief pendant l'instance d'arbitrage, à l'exclusion du salarié. Cependant, une distinction fondamentale s'imposerait entre l'intérêt du salarié dans le litige arbitral, engagé aux fins d'appliquer et d'interpréter la convention collective, et celui qui lui permet de faire appel au pouvoir de surveillance et le contrôle de la Cour supérieure pour faire statuer sur la légalité de la décision de l'arbitre.

In the view of Robert J.A., the proceedings provided for in arts. 846 and 33 *C.C.P.* are governed by two separate procedural schemes and raise different legal policy issues. Direct actions in nullity originate in the case law. Applications for judicial review are creatures of statute. Accordingly, there are two separate procedural schemes that apply with respect to interest. A direct action in nullity would require only sufficient interest within the meaning of art. 55 *C.C.P.* Any person who

11 Selon le juge Robert, les procédures prévues par l'art. 846 et l'art. 33 *C.p.c.* relèvent de régimes procéduraux distincts et soulèvent des problèmes de politique juridique différents. L'action directe en nullité tire son origine de la jurisprudence. La requête en révision judiciaire représente une création législative. Deux régimes procéduraux distincts s'appliquent ainsi, notamment quant à l'intérêt à agir. L'action directe en nullité n'exigerait que la possession d'un intérêt suffisant au sens de

believed that his or her rights had been infringed would have that interest. The requirement of status as a party in the lower tribunal would then apply only to an application for judicial review under art. 846 *C.C.P.*

12 Robert J.A. pointed out that these two procedural routes are optional and apply in the alternative since the decision of this Court in *Vachon v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555. A litigant therefore has the option of selecting the procedural vehicle he or she considers appropriate. Interest is a relevant factor in making this choice. Recognition of such an interest would prevail over concern for the stability of arbitration awards or over the risk of upsetting the general labour relations scheme.

13 In the view of Robert J.A., applying the test in art. 846 to art. 33 in order to determine a litigant's interest would unduly limit the superintending and reforming power vested in the Superior Court by virtue of the general common law principles. A direct action in nullity under art. 33 *C.C.P.* is the route generally taken to invoke the superintending and reforming power. The reasons for preferring to proceed by way of judicial review, or evocation as it is often called, is often one of efficiency, in terms of the procedural conduct of the two proceedings, in that the application procedure frequently seems simpler and speedier. In addition, where there is no legislative provision relating to the interest that is required in order to bring a direct action in nullity, the sufficient interest standard in art. 55 *C.C.P.* would apply. Also, any other conclusion would leave the employee with no recourse, other than an action against his or her union where it refused to apply for judicial review of the arbitration award. The specific recourse provided in ss. 47.3 to 47.5 *L.C.* does not mean that an employee can obtain a second arbitration once the arbitration has taken place and the arbitrator has rendered a decision on the merits.

14 Robert J.A. therefore found that the employee had the necessary interest to bring a direct action in nullity. Because he was adversely affected by

l'art. 55 *C.p.c.* Toute personne lésée dans ses droits subjectifs détiendrait celui-ci. L'exigence du statut de partie devant le tribunal inférieur resterait attachée au seul recours en révision judiciaire prévu par l'art. 846 *C.p.c.*

Le juge Robert souligna que ces deux voies procédurales revêtent un caractère facultatif et alternatif depuis l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Vachon c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555. Le plaideur jouit donc de la faculté de choisir le véhicule procédural qu'il estime approprié. L'intérêt pour agir représente l'un des facteurs pertinents dans l'exercice de ce choix. La reconnaissance de cet intérêt primerait sur le souci d'assurer la stabilité des décisions arbitrales ou sur les risques de perturbations du régime général des relations de travail.

Selon le juge Robert, l'application du critère de l'art. 846 à l'art. 33, pour déterminer l'intérêt du plaideur, restreindrait indûment le pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure. Celle-ci le détient, en vertu de la common law et de ses principes généraux. L'action directe en nullité, en vertu de l'art. 33 *C.p.c.*, constitue la voie générale de mise en œuvre du pouvoir de contrôle et de surveillance. La faveur du recours en révision judiciaire ou en évocation, selon un vocabulaire fréquemment employé, s'explique souvent par des raisons d'efficacité qui tiennent à l'aménagement procédural des deux recours, la procédure pour requête apparaissant souvent plus simple et plus rapide. De plus, à défaut d'une disposition législative traitant de l'intérêt requis pour l'exercice de l'action directe en nullité, la norme d'intérêt suffisant que prévoit l'art. 55 *C.p.c.* subsiste. Enfin, toute autre conclusion priverait le salarié de recours, sauf une action en dommages contre son syndicat, lorsque celui-ci refuse de se pourvoir en révision judiciaire de la sentence arbitrale. En effet, le recours spécifique, prévu aux art. 47.3 à 47.5 *C.t.*, ne permet pas au salarié d'obtenir un nouvel arbitrage lorsque celui-ci a eu lieu et que l'arbitre a rendu une décision sur le fond du litige.

Le juge Robert conclut donc que le salarié bénéficiait d'un intérêt juridique pour intenter une action directe en nullité. Lésé par la sentence arbi-

the arbitration award, he had sufficient interest within the meaning of art. 55, even though he was not a party for the purposes of art. 846 *C.C.P.* The decision in *Lessard*, *supra*, was incompatible with an accurate understanding of the nature of an application under art. 33 and was contradicted by a strong trend in the decisions of the Superior Court; it was not binding on the Court of Appeal and should be overturned.

Robert J.A. considered it necessary to make a ruling on the other two arguments raised by the SEBJ in its motion to dismiss. The SEBJ had argued, first, that the judgment of Côté J. dismissing the application for judicial review was *res judicata*. Robert J.A. rejected that argument because that decision was *res judicata* only with respect to lack of interest for judicial review purposes under art. 846 *C.C.P.*, and not in relation to the merits.

Robert J.A. then addressed the argument that the application was brought out of time, but made no ruling on that point. He acknowledged that the delay seemed long to be reasonable, but felt that it would be difficult for the Court of Appeal to rule in that regard, there being insufficient evidence on that point. He would therefore have allowed the appeal and referred the case to the Superior Court to determine whether the delay had been reasonable and then, if it was, to dispose of the matter on the merits.

III. Relevant Legislation

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

33. Excepting the Court of Appeal, the courts within the jurisdiction of the Parliament of Québec, and bodies politic, legal persons established in the public interest or for a private interest within Québec are subject to the superintending and reforming power of the Superior Court in such manner and form as by law provided, save in matters declared by law to be of the exclusive competency of such courts or of any one of the latter, and save in cases where the jurisdiction resulting from this article is excluded by some provision of a general or special law.

55. Whoever brings an action at law, whether for the enforcement of a right which is not recognized or is

trale, il posséderait un intérêt suffisant, au sens de l'art. 55, même s'il n'était pas partie au sens de l'art. 846 *C.p.c.* Incompatible avec une compréhension exacte de la nature du recours en vertu de l'art. 33, et contredit par un fort courant jurisprudentiel en Cour supérieure, l'arrêt *Lessard*, précité, ne lierait pas la Cour d'appel et devrait être renversé.

15 Le juge Robert crut nécessaire de se prononcer sur les deux autres moyens soulevés par la SEBJ dans son exception d'irrecevabilité. D'abord, celle-ci avait soutenu que le jugement rendu par le juge Côté rejetant la requête en révision judiciaire constituait chose jugée. Le juge Robert écarte ce moyen puisque cette décision n'avait l'effet de la chose jugée que sur l'absence d'intérêt à agir en révision judiciaire, sous l'art. 846 *C.p.c.*, et non pas sur le fond de l'affaire.

16 Le juge Robert examina ensuite l'allégation de tardiveté du recours, mais ne se prononça pas sur cette question. Il reconnut que le délai raisonnable semblait long, mais estima que la Cour d'appel pouvait difficilement statuer, en l'absence de preuve adéquate sur la question. Il aurait donc accueilli l'appel et retourné le dossier devant la Cour supérieure pour qu'elle examine le caractère raisonnable du délai, puis, le cas échéant, afin qu'elle dispose du fond du débat.

III. Dispositions législatives pertinentes

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25 17

33. À l'exception de la Cour d'appel, les tribunaux relevant de la compétence du Parlement du Québec, ainsi que les corps politiques, les personnes morales de droit public ou de droit privé au Québec, sont soumis au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, en la manière et dans la forme prescrites par la loi, sauf dans les matières que la loi déclare être du ressort exclusif de ces tribunaux, ou de l'un quelconque de ceux-ci, et sauf dans les cas où la compétence découlant du présent article est exclue par quelque disposition d'une loi générale ou particulière.

55. Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou

jeopardized or denied, or otherwise to obtain a pronouncement upon the existence of a legal situation, must have a sufficient interest therein.

165. The defendant may ask for the dismissal of the action if:

(1) There is *lis pendens* or *res judicata*;

(2) One of the parties is incapable or has not the necessary capacity;

(3) The plaintiff has clearly no interest in the suit;

(4) The suit is unfounded in law, even if the facts alleged are true.

846. The Superior Court may, at the demand of one of the parties, evoke before judgment a case pending before a court subject to its superintending and reforming power, or revise a judgment already rendered by such court, in the following cases:

(1) when there is want or excess of jurisdiction;

(2) when the enactment upon which the proceedings have been based or the judgment rendered is null or of no effect;

(3) when the proceedings are affected by some gross irregularity, and there is reason to believe that justice has not been, or will not be done;

(4) when there has been a violation of the law or an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.

However, in the cases provided in paragraphs 2, 3 and 4 above, the remedy lies only if, in the particular case, the judgments of the court seized with a proceeding are not susceptible of appeal.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27

47.2. A certified association shall not act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or show serious negligence in respect of employees comprised in a bargaining unit represented by it, whether or not they are members.

dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant.

165. Le défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet :

1. S'il y a litispendance ou chose jugée;

2. Si l'une ou l'autre des parties est incapable ou n'a pas qualité;

3. Si le demandeur n'a manifestement pas d'intérêt;

4. Si la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.

846. La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou réviser le jugement déjà rendu par tel tribunal :

1. dans le cas de défaut ou d'excès de compétence;

2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;

3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;

4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27

47.2. Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.

47.3. If an employee who has been the subject of dismissal or of a disciplinary sanction believes that the certified association is, in that respect, violating section 47.2, he shall, if he wishes to invoke this section, submit a written complaint to the Minister within six months. The Minister shall appoint an investigator who shall endeavour to settle the dispute to the satisfaction of the interested parties and of the certified association.

47.3. Si un salarié qui a subi un renvoi ou une sanction disciplinaire croit que l'association accréditée viole à cette occasion l'article 47.2, il doit, s'il veut se prévaloir de cet article, porter plainte par écrit au ministre dans les six mois. Le ministre nomme un enquêteur qui tente de régler la plainte à la satisfaction de l'intéressé et de l'association accréditée.

47.4. If no settlement has been reached within thirty days of the appointment of the investigator or if the association does not carry out the agreement, the employee shall, if he wishes to invoke section 47.2, apply to the Court within the fifteen ensuing days to request that his claim be referred to arbitration.

47.4. Si aucun règlement n'intervient dans les trente jours de la nomination de l'enquêteur ou si l'association ne donne pas suite à l'entente, le salarié doit, s'il veut se prévaloir de l'article 47.2, faire une requête au tribunal dans les quinze jours suivants et demander à ce dernier d'ordonner que sa réclamation soit déférée à l'arbitrage.

47.5. If the Court considers that the association has violated section 47.2, it may authorize the employee to submit his claim to an arbitrator appointed by the Minister for decision in the manner provided for in the collective agreement, as in the case of a grievance. Sections 100 to 101.10 apply *mutatis mutandis*. The association shall pay the employee's costs.

47.5. Si le tribunal estime que l'association a violé l'article 47.2, il peut autoriser le salarié à soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le ministre pour décision selon la convention collective comme s'il s'agissait d'un grief. Les articles 100 à 101.10 s'appliquent, *mutatis mutandis*. L'association paie les frais encourus par le salarié.

The Court may, in addition, make any other order it considers necessary in the circumstances.

Le tribunal peut, en outre, rendre toute autre ordonnance qu'il juge nécessaire dans les circonstances.

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *Unreasonable Delay*

A. *Le délai déraisonnable*

The motion to dismiss filed by the SEBJ raised three issues: unreasonable delay, *res judicata* and lack of interest. As Robert J.A. found, it is not possible, given what is in the record, to consider the issue of unreasonable delay. In the absence of any factual basis, had this appeal been allowed, the only fair solution for both parties would have been to refer the case back to the Superior Court on this point for the evidence that was needed to be introduced in that court.

L'exception d'irrecevabilité déposée par la SEBJ soulevait trois questions : le délai déraisonnable, la chose jugée et l'absence d'intérêt. Comme le concluait le juge Robert, l'état du dossier ne permet pas d'examiner le problème du délai déraisonnable. En raison de l'absence de base factuelle, si ce pourvoi avait été accueilli, la seule solution juste pour les deux parties aurait consisté dans le renvoi de l'affaire, sur ce point, devant la Cour supérieure pour que la preuve nécessaire y soit administrée. 18

Accordingly, I will not address that question. This leaves the issue of *res judicata* and the problem of interest, and I will address them in order.

En conséquence, je ne traiterai pas de cette question. Restent la chose jugée et le problème de l'intérêt que j'examinerai successivement. 19

B. *Res Judicata*

20 The SEBJ argues that the principle of *res judicata* applies. That principle would operate to prevent a fresh action being brought following the judgment by Côté J. of the Superior Court, who dismissed the application for judicial review filed by Noël under art. 846 *C.C.P.* Quebec civil procedure defines the concept of *res judicata* narrowly, as it does the concept of *lis pendens*, with which it is closely connected (see D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (3rd ed. 1997), vol. 1, at pp. 206-9; J.-C. Royer, *La preuve civile* (2nd ed. 1995), at pp. 463-64). For a judgment to amount to *res judicata* with respect to a proceeding, it is not enough that the main legal issue be identical. It must be established that three things are identical: parties, object and cause (art. 2848 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64). (See *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440, at p. 448; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 404-27.) In this case, the parties are undoubtedly identical. The object, a declaration of the nullity of the arbitration award, also appears to be the same. The cause of the action, which is the presumed illegality of the award, was common to the two proceedings. Only the procedural route differs. However, in order for the *res judicata* exception to apply, the first judgment would have had to deal with the actual substance of the case. It did not. The first decision, the Superior Court judgment delivered by Côté J., made no determination concerning the appellant's substantive right. It dealt solely with an important procedural issue: the interest required for the purposes of art. 846 *C.C.P.*; it went no further than that. The Superior Court did not decide whether the application for judicial review had any merit. Accordingly, the decision of that court does not amount to *res judicata*, except on the question of Noël's status as a party for the purposes of art. 846 *C.C.P.* We must therefore now consider the main issue raised by the appellant, his interest within the meaning of art. 33 *C.C.P.*

B. *La chose jugée*

La SEBJ prétend à l'application du principe de la chose jugée. Celui-ci interdirait l'introduction d'une nouvelle instance après le jugement du juge Côté de la Cour supérieure qui rejetait la requête en révision judiciaire présentée par Noël en vertu de l'art. 846 *C.p.c.* La procédure civile québécoise définit strictement le concept de chose jugée, comme celui de litispendance qui lui est étroitement lié (voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (3e éd. 1997), vol. 1, p. 206-209; J.-C. Royer, *La preuve civile* (2e éd. 1995), p. 463-464). Pour qu'un jugement acquière l'autorité de la chose jugée à l'égard d'une procédure, il ne suffit pas que la question de droit principale soit identique. Il faut démontrer la présence des trois identités de parties, d'objet et de cause (art. 2848 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64). (Voir *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440, p. 448; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, p. 404-427.) Dans la présente affaire, on retrouve certes l'identité des parties. L'objet apparaît aussi le même, soit la recherche d'une déclaration de nullité de la sentence arbitrale. La cause de l'action, qui consiste dans l'illégalité présumée de la sentence, se trouve commune aux deux recours. Seule la voie procédurale diffère. Pour que l'exception de la chose jugée s'applique, il faudrait, cependant, que le premier jugement ait touché le fondement même du litige. Tel n'est pas le cas. Le premier jugement de la Cour supérieure prononcé par le juge Côté ne statue pas sur la substance du droit de l'appelant. Il tranche uniquement un problème procédural important, celui de l'intérêt à agir en vertu de l'art. 846 *C.p.c.*, sans se prononcer au-delà. La Cour supérieure n'a pas décidé si la demande de contrôle judiciaire était bien ou mal fondée. Ainsi, sa décision n'emportait pas chose jugée, sauf quant à la question du statut de Noël comme partie, au sens de l'art. 846 *C.p.c.* Il faut alors se pencher sur la principale question soulevée par l'appelant, celle de son intérêt pour agir au sens de l'art. 33 *C.p.c.*

C. *Interest — Relationship to Substantive Law*

1. Parties' Arguments

The debate regarding interest raises the question of the relationship between civil procedure and substantive law, that is, in this case, the fundamental institutions of Quebec labour law. In the appellant's submission, art. 33 *C.C.P.* neither defines nor limits interest. The general rule of sufficient interest in art. 55 *C.C.P.* then applies. Noël, who believes his rights to have been violated by the decision of the arbitrator, Lefebvre, claims to have the requisite interest and denies that the general principles of labour law can restrict that interest. Such a restriction would negate the very existence of the superintending and reforming power of the Superior Court, which is constitutional in nature and is derived not only from the *Code of Civil Procedure*, but from the fundamental general common law principles that apply in Quebec public law.

The appellant acknowledges the general rule of the unique nature of labour law institutions and specifically the union's exclusive representation mandate. However, he submits that this power of representation, and the legal consequences of that power, do not extend beyond the collective agreement bargaining process and measures taken to administer the agreement, such as the grievance procedure. Beyond the sphere to which that mandate applies, the principles of civil procedure governing interest again apply.

Noël argues that no external limitation on the provisions of the *Code of Civil Procedure* limits the power of the Superior Court in respect of the application of art. 33 *C.C.P.*, under which, he contends, all grounds for judicial review, including want of jurisdiction in the strict sense, breach of the rules of natural justice, collusion between the parties and the various types of errors subject to review by the Superior Court in accordance with the "reasonable" or "patently unreasonable" test, may be argued.

The SEBJ, with the union's support on this point, advocates a completely different approach,

C. *L'intérêt pour agir — La relation avec le droit substantiel*

1. Les prétentions des parties

Le débat sur l'intérêt pour agir remet en cause 21
les liens entre la procédure civile et le droit substantiel, c'est-à-dire, en l'espèce, les institutions fondamentales du droit du travail québécois. Selon l'appelant, l'art. 33 *C.p.c.* ne définit ni ne restreint l'intérêt pour agir. S'applique alors la règle générale de l'art. 55 *C.p.c.*, celle de l'intérêt suffisant. Lésé, à son avis, par la décision de l'arbitre Lefebvre, Noël prétend à cet intérêt et nie que les principes généraux de droit du travail puissent le restreindre. Une telle restriction nierait l'existence même du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure qui a valeur constitutionnelle et découle, non seulement du *Code de procédure civile*, mais des principes généraux fondamentaux de common law applicables en droit public québécois.

L'appelant reconnaît, en principe, le particula- 22
risme des institutions du droit du travail, notamment l'existence du mandat de représentation exclusif du syndicat. Cependant, il estime que ce pouvoir de représentation et ses conséquences juridiques s'arrêtent au cadre de la négociation de la convention collective et des mesures d'application de celle-ci, comme la procédure de grief. Au-delà de l'aire d'application de ce mandat revivent les principes de procédure civile régissant l'intérêt pour agir.

Noël soutient qu'aucune limite externe aux dis- 23
positions du *Code de procédure civile* ne restreint le pouvoir de la Cour supérieure, dans la mise en œuvre de l'art. 33 *C.p.c.* Celui-ci permettrait d'invoquer tous les moyens de contrôle judiciaire, autant l'absence de compétence au sens strict, que la violation des règles de justice naturelle, la collusion entre les parties, ainsi que la présence des différentes formes d'erreurs soumises au contrôle de la Cour supérieure suivant les critères du « raisonnable » ou du « manifestement déraisonnable ».

Appuyée sur ce point par le syndicat, la SEBJ 24
défend une approche toute différente, qui corres-

which reflects the approach taken by the Court of Appeal. It points out that it is important that there be co-ordination between labour law and civil procedure, to avoid jeopardizing the operation of the procedures for representation and for negotiating of working conditions. From this standpoint, a party's legal interest is defined in terms of the fundamental characteristics of a labour relations system, one of the most important features of which is exclusive representation of the employees by the union. This function, which is broader than the appellant suggests, would not be limited to negotiating the collective agreement and to the grievance and arbitration process. It would extend, for example, to subsequent measures to enforce or review the arbitration award. The existence of that function prevents an employee from challenging what the union has negotiated or what is decided in an arbitration in which the employee was represented by his or her union.

25 The SEBJ also points out that it is important that stability be the rule in terms of the results of bargaining and arbitrations involving the union. The union's representation mandate imposes obligations on the employer. It is therefore important that an employer which has properly performed its obligations to the union not be exposed to the possibility of untimely action taken by every one of the employees who belong to the bargaining unit seeking to challenge the solutions reached through the process of collective bargaining or of administering the labour agreement.

26 The SEBJ also submits that the nature of the proceeding that the employee chooses to institute is immaterial. The proceedings are fundamentally identical, whether they are brought under art. 846 or art. 33. The interest is therefore identical. The nature of the labour relations scheme defines and limits that interest for purposes of exercising the power of judicial review, and the interest required is therefore the interest specified in art. 846, with the exception of situations in which the employee was a party to the proceedings before the arbitrator as an individual, or extreme situations such as collusion between employer and union, as recognized by the Court of Appeal. That argument having

pond à celle de la Cour d'appel. Elle souligne qu'il importe d'assurer une coordination du droit du travail et de la procédure civile, pour éviter de compromettre le fonctionnement des mécanismes de représentation et de négociation des conditions de travail. Dans cette perspective, l'intérêt d'une partie se définit par rapport aux caractéristiques fondamentales d'un système de relations de travail dont l'un des traits les plus importants consiste dans l'exclusivité de représentation du syndicat par rapport au salarié. Plus large que ce qu'allègue l'appelant, cette fonction ne s'arrêterait pas à la négociation de la convention collective et à la procédure de grief et d'arbitrage. Elle s'étend notamment aux mesures ultérieures d'exécution ou de contrôle de l'arbitrage. Son existence interdit au salarié de remettre en cause les résultats d'une négociation ou d'un arbitrage au cours duquel il a été représenté par son syndicat.

La SEBJ souligne également l'importance d'un principe de stabilité des résultats des négociations et des débats arbitraux avec le syndicat. Le mandat de représentation du syndicat impose des obligations à l'employeur. Il importe alors que l'employeur, qui a exécuté correctement ses obligations à l'égard de la partie syndicale, ne soit pas exposé à des interventions intempestives de chaque salarié, membre de l'unité de négociation, pour remettre en cause les solutions dégagées au terme du processus de négociation collective ou d'application du contrat de travail.

Toujours selon la SEBJ, la voie de recours choisie par le salarié importerait peu. Les procédures demeurent fondamentalement identiques, que l'on agisse sous le régime de l'art. 846 ou de l'art. 33. L'intérêt pour agir doit être identique. La nature du régime de relations de travail le définit et le restreint pour les fins de l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire. L'intérêt pour agir demeure ainsi celui de l'art. 846, sous réserve de situations où le salarié, individuellement, a été fait partie au débat devant l'arbitre ou de situations extrêmes, comme la collusion entre l'employeur et le syndicat, comme la Cour d'appel le reconnaissait. Devant cette argumentation, il importe maintenant d'exa-

been made, we must now consider the procedural rules governing direct action in nullity and application for judicial review, in the civil procedure and administrative law of Quebec.

2. Procedural Rules Governing Applications for Judicial Review

Under the constitutional arrangements that prevail in Canada, each province has a superior court whose members are appointed under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. That court is the cornerstone of the Canadian judicial system. It has what has been characterized as a "core" jurisdiction, which cannot be removed from it by the provincial legislatures. (See *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at p. 740, Lamer C.J.) Among the essential powers reserved for a superior court, as a court of general jurisdiction, is the judicial review of lower tribunals and administrative bodies. While that power may be circumscribed, it cannot be totally removed from the Superior Court or transferred to another body. (See *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 235; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140, at p. 155; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Séminaire de Chicoutimi v. City of Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681.)

Quebec civil procedure provides a structure for bringing proceedings which ask the Superior Court to exercise its superintending and reforming power. We are concerned in this case with applications for judicial review (art. 846 *C.C.P.*) and direct actions in nullity (art. 33 *C.C.P.*). These are of course separate proceedings, but the rules governing the procedure in each instance have evolved to the point that the similarities between them have become increasingly pronounced. Both allow for the same form of review. In *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 358, Gonthier J. pointed out the common origin and objective of these proceedings.

These proceedings are now two procedural methods of achieving the same result. The fact that

miner le cadre procédural de l'action directe en nullité et de la requête en révision judiciaire en procédure civile et en droit administratif québécois.

2. Le cadre procédural des recours en contrôle judiciaire

Dans l'organisation constitutionnelle canadienne, chaque province possède une cour supérieure, dont les membres sont nommés sous l'autorité de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle constitue l'assise fondamentale du système judiciaire canadien. Elle jouit de compétences qualifiées de fondamentales que les législatures provinciales ne peuvent lui retirer. (Voir *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, p. 740, le juge en chef Lamer.) Parmi les pouvoirs essentiels réservés à une cour supérieure, en tant que tribunal de droit commun, figure celui du contrôle judiciaire des tribunaux inférieurs et organismes administratifs. S'il peut être circonscrit, ce pouvoir ne saurait être enlevé dans sa totalité à la Cour supérieure ni transféré à un autre organisme. (Voir *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 235; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140, p. 155; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681.) 27

La procédure civile québécoise a aménagé l'exercice des recours qui font appel à la fonction de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. Nous intéressent ici la demande de révision judiciaire (art. 846 *C.p.c.*) et l'action directe en nullité (art. 33 *C.p.c.*). Certes, ces recours demeurent distincts, mais leur régime procédural a si bien évolué qu'il comporte maintenant des similitudes de plus en plus marquées. Ils permettent l'un et l'autre d'exercer une même forme de contrôle. Dans l'arrêt *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 358, le juge Gonthier a d'ailleurs souligné le fondement et l'objectif commun de ces procédures. 28

Ces recours constituent maintenant deux moyens procéduraux permettant d'atteindre le 29

one is available does not rule out the possibility of using the other, as this Court held in *Vachon, supra.* Direct actions in nullity and applications for judicial review derive from the same source: the jurisdiction given to the Superior Court to supervise administrative bodies or lower tribunals. Their objective is also identical. Only their procedural rules differ, although an increasingly pronounced convergence between the two may be observed.

3. Evolution of the Procedure

30 The wording of art. 33 has undergone only minor amendments since the enactment of the 1965 *Code of Civil Procedure* (S.Q. 1965, c. 80). Direct actions in nullity follow the procedure for ordinary actions in courts at first instance. They are introduced by a declaration and then, following joinder of the action, they are heard on the merits by the Superior Court. The only significant change to this procedure since 1965 was to eliminate the writ of summons in 1996, as was done in respect of all proceedings by declaration (*An Act to amend the Code of Civil Procedure, the Act respecting the Régie du logement, the Jurors Act and other legislative provisions*, S.Q. 1996, c. 5, s. 6). Furthermore, no judicial leave is required in order to institute the proceeding. The decision to bring a matter before the court lies entirely with the party.

31 The procedure for judicial review, which is governed by art. 846 *C.C.P.*, is one of the extraordinary recourses provided for in Title VI of Book II of the *Code of Civil Procedure*. A party introduces it by motion, in accordance with art. 834. In practice, this means that, unlike proceedings instituted by declaration, the case will be heard without any preliminary exchange of pleadings by the parties. As a rule, the readiness process is speedier.

32 However, the Quebec National Assembly has substantially altered the procedure that applies to these extraordinary recourses. When the 1965 *Code of Civil Procedure* was originally enacted, the procedure was different. Like the other

même résultat. La disponibilité de l'un n'exclut pas la faculté d'utiliser l'autre, comme l'a décidé notre Cour dans *Vachon*, précité. L'action directe en nullité et la requête en révision judiciaire proviennent d'une même source, la compétence reconnue à la Cour supérieure pour surveiller les corps administratifs et les tribunaux inférieurs. Leur objectif s'avère également identique. Seul leur régime procédural se distingue, encore que l'on note une convergence de plus en plus marquée de celui-ci.

3. L'évolution de la procédure

Le texte de l'art. 33 n'a subi que des modifications mineures, depuis l'adoption du *Code de procédure civile* de 1965 (S.Q. 1965, ch. 80). L'action directe en nullité suit la procédure des actions ordinaires en première instance. Introduite par une déclaration, après contestation liée, elle est entendue au fond par la Cour supérieure. La seule modification d'importance de cette procédure depuis 1965 se résume à l'élimination du bref d'assignation en 1996, comme dans le cas de toutes les procédures par déclaration (*Loi modifiant le Code de procédure civile, la Loi sur la Régie du logement, la Loi sur les jurés et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1996, ch. 5, art. 6). Par ailleurs, l'institution de la procédure n'exige aucune autorisation judiciaire préalable. L'ouverture du débat judiciaire relève uniquement de la décision d'une partie.

La procédure de révision judiciaire, régie par l'art. 846 *C.p.c.*, appartient à l'ensemble des procédures extraordinaires régies par le titre VI du livre II du *Code de procédure civile*. Les parties l'introduisent par requête, conformément à l'art. 834. En pratique, cela signifie que la cause sera entendue sans échange préalable de procédures entre les parties, contrairement à la procédure par déclaration. En principe, le processus de mise en état s'en trouve accéléré.

L'Assemblée nationale du Québec a cependant modifié substantiellement la procédure applicable à ces recours spéciaux. Lors de l'adoption du *Code de procédure civile* de 1965, la procédure différait. Comme les autres recours extraordinaires tels que

extraordinary recourses such as *quo warranto* and *mandamus*, "evocation", as it was called at the time, necessitated a two-stage procedure. This recourse could be exercised only with the leave of a judge, under art. 834 *C.C.P.* The purpose of the initial application was to obtain leave. If it were granted, a writ of summons was issued and the case proceeded on the merits. After the first stage, the allegations made in the application became, so to speak, the allegations in the action itself.

In the case of recourses such as *quo warranto* and *mandamus*, the judge to whom the application for leave was made, in the first stage, did not go beyond a summary of the applicant's arguments for the purposes of granting leave. In the case of evocation, based on this Court's interpretation of art. 847 *C.C.P.* in *François Nolin Ltée v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 168, the judge was required to satisfy himself that the facts alleged in the application, which were assumed to be proven, justified the exercise of the recourse in law. In other words, the judge ruled on the law before hearing the case on the facts, as in the case of motions to dismiss.

That interpretation soon caused problems with respect to the exercise of the recourse. The question arose whether the conclusions of law stated by the judge who granted leave were binding on the judge who heard the case on the merits. After considerable debate in the Quebec Court of Appeal (see, *inter alia*, *Comité d'appel du bureau provincial de médecine v. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123), this Court held that the judge who heard a case on the merits was not bound by the conclusions of law stated by the first judge. The Court held that the decision rendered in the leave application had only the weight of an interlocutory judgment, and that it was not *res judicata*. (See *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal v. City of Montreal*, [1980] 1 S.C.R. 740.)

To solve these problems, the legislature of Quebec amended the procedure for exercising the extraordinary recourses. (See *An Act to amend the Code of Civil Procedure, the Civil Code and other legislation*, S.Q. 1983, c. 28, s. 34.) By repealing

le *quo warranto* et le *mandamus*, l'« évocation », ainsi que la désignait le vocabulaire du temps, était soumise à une procédure en deux étapes. Le recours ne pouvait être exercé qu'avec l'autorisation préalable d'un juge, en vertu de l'art. 834 *C.p.c.* La requête initiale visait à obtenir cette autorisation. Si celle-ci était accordée, un bref d'assignation était délivré, et l'affaire procédait au fond. Après la première étape, les allégations de la requête devenaient, en quelque sorte, celles de l'action.

33 Dans le cas des procédures comme le *quo warranto* et le *mandamus*, à la première étape, le juge de l'autorisation se contentait d'une analyse sommaire des prétentions du requérant pour autoriser l'exercice du recours. Dans le cas de l'évocation, suivant l'interprétation donnée par notre Cour à l'art. 847 *C.p.c.* dans *François Nolin Ltée c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 168, le juge devait s'assurer que les faits allégués dans la requête, tenus pour avérés, justifiaient l'exercice du recours en droit. En d'autres mots, le juge statuait sur le droit avant d'entendre le débat sur les faits, comme dans le cas des requêtes en irrecevabilité.

34 Cette interprétation causa rapidement des difficultés quant à l'exercice du recours. En effet, l'on se demanda si les conclusions de droit du juge de l'autorisation liaient son collègue appelé à trancher le fond du litige. Après une controverse jurisprudentielle en Cour d'appel du Québec (voir notamment l'arrêt *Comité d'appel du bureau provincial de médecine c. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123), notre Cour décida que le juge du fond n'était pas lié par les conclusions du premier juge. Elle n'attribua à la décision rendue lors de l'autorisation que la valeur d'un jugement interlocutoire, dépourvu de la force de la chose jugée. (Voir *Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Ville de Montréal*, [1980] 1 R.C.S. 740.)

35 Afin de régler ces difficultés, le législateur québécois modifia la procédure d'exercice des recours spéciaux. (Voir la *Loi modifiant le Code de procédure civile, le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1983, ch. 28, art. 34.) Par l'aboli-

art. 847 *C.C.P.*, it eliminated the obligation to obtain leave to issue a writ of summons. The application itself became the originating pleading to introduce the case on the merits.

36 The judicial review procedure under art. 846 also permits a suspension of proceedings before the final judgment (art. 834.1 *C.C.P.*). The rules for direct actions in nullity did not expressly provide for such a procedure. However, civil procedure now recognizes the possibility of suspension as incidental to the main action (*Fortier v. Thermolec Ltée*, [1985] R.D.J. 81 (C.A.)). The procedural rules governing direct actions in nullity and applications for judicial review therefore look extremely similar, except with respect to the readiness provisions. Merger of these judicial review proceedings into a single recourse would be a logical conclusion to this evolutionary process. That reform has not yet occurred and the issue of interest therefore remains unresolved.

4. Concept of Procedural Interest

37 A rapid review of the provisions of the *Code of Civil Procedure* might suggest that a simple solution to this case can be found in art. 55, which applies a broad definition of the legal interest that must be characterized as sufficient when it amounts to a legal, direct, personal, acquired and existing interest (see Ferland and Emery, *supra*, at pp. 89 *et seq.*; see also *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne v. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491, at p. 493). In the appellant's submission, his rights were violated by the arbitration award. His interest in having it quashed is personal, acquired and existing. If we refer only to the wording of art. 55 *C.C.P.*, this is a recognized legal interest.

38 However, the concept of procedural interest refers to the substantive right. We must then be careful not to assess it, in applying art. 33, using only a purely literal analysis of art. 55. The existence of an interest in bringing a judicial proceeding depends on the existence of a substantive right. It is not enough to assert that a procedure exists. A right enforceable by the courts must be asserted.

tion de l'art. 847 *C.p.c.*, le législateur supprima l'obligation d'obtenir une autorisation préalable pour la délivrance d'un bref d'assignation. La requête devenait elle-même la procédure introductive de l'instance au fond.

La procédure de révision judiciaire, prévue à l'art. 846, permet aussi l'obtention d'un sursis avant jugement final (art. 834.1 *C.p.c.*). Le régime de l'action directe en nullité ne prévoyait pas expressément une telle procédure. Cependant, la procédure civile reconnaît maintenant la possibilité d'un tel sursis, comme incident à l'instance principale (*Fortier c. Thermolec Ltée*, [1985] R.D.J. 81 (C.A.)). Ainsi, les régimes procéduraux de l'action directe en nullité et de la requête en révision judiciaire paraissent fortement similaires, sauf quant aux mesures de mise en état. L'unification des procédures de contrôle judiciaire en un seul recours représenterait un terme logique à cette évolution. Cette réforme n'a pas encore eu lieu et laisse alors entière la question de l'intérêt à agir.

4. La notion d'intérêt procédural

Une lecture rapide des textes du *Code de procédure civile* pourrait inviter à conclure que ce litige trouve une solution simple dans l'art. 55. Celui-ci retient une définition large de l'intérêt juridique qu'il faut qualifier de suffisant lorsqu'il correspond à un intérêt juridique, directe et personnel, et né et actuel (voir Ferland et Emery, *op. cit.*, p. 89 et suiv.; voir aussi *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491, p. 493). Suivant ses prétentions, l'appelant se trouve lésé par la sentence arbitrale. Son intérêt à faire casser celle-ci est personnel, né et actuel. Il s'agit d'un intérêt juridique reconnu, si l'on s'en tient au seul texte de l'art. 55 *C.p.c.*

Le concept d'intérêt procédural réfère toutefois au droit substantiel. Il faut alors se garder de l'apprécier, dans la mise en œuvre de l'art. 33, en recourant à une analyse purement textuelle de l'art. 55. L'existence d'un intérêt à intenter un recours judiciaire dépend de l'existence d'un droit substantiel. Il ne suffit pas d'alléguer qu'une procédure existe. L'on doit invoquer un droit suscepti-

This understanding of the concept of interest thus calls for consideration of the substantive law on which the cause of action is based. This is the nub of the case at bar.

5. Right Asserted by the Appellant

The appellant's action is simply worded and alleges that the arbitrator made a patently unreasonable decision. It states that the *mis en cause* union refused to bring judicial review proceedings and seeks to have the arbitration award quashed. The motion contains no allegations, other than the unreasonableness of the arbitration award, to justify quashing the award. It does not allege improper performance of the union's representation mandate; it alleges merely that the union refused to challenge the legality of the arbitrator's decision. It does not allege collusion between employer and union or bad faith on the part of the union. The motion is narrowly framed as one for judicial review of an arbitration award on the grounds of the "unreasonableness of the decision", to use the technical language of this branch of administrative law.

The award that is challenged was made under the provisions of the Quebec *Labour Code* and the collective agreement that applies to the parties. It is therefore situated in the broader framework of the entire relationship between the union and the employer in respect of which it is certified and with which it has entered into collective agreements.

6. Principle of Exclusive Representation under Quebec Labour Law

One of the fundamental principles we find in Quebec labour law, and one which it has in common with federal law and the law of the other provinces, is the monopoly that the union is granted over representation. This principle applies in respect of a defined group of employees or bargaining unit, in relation to a specific employer or company, at the end of a procedure of certification by an administrative tribunal or agency. Once certification is granted, it imposes significant obligable d'être reconnu par les tribunaux. Ce caractère de la notion d'intérêt incite ainsi à l'examen du droit substantiel d'où provient le droit d'action exercé. C'est ici que se situe le nœud de cette affaire.

5. Le droit réclamé par l'appelant

39 De rédaction simple, l'action de l'appelant allègue que l'arbitre a rendu une décision manifestement déraisonnable. Elle affirme que le syndicat mis en cause refuse d'entamer une procédure de contrôle judiciaire et demande de casser la sentence arbitrale. La procédure ne comporte aucune allégation, autre que celle du caractère déraisonnable de la sentence arbitrale, pour justifier son annulation. Elle n'invoque pas la mauvaise exécution du mandat de représentation du syndicat, mais seulement le refus de celui-ci d'attaquer la légalité de la décision de l'arbitre. Elle n'allègue pas la collusion entre l'employeur et le syndicat ou la mauvaise foi de celui-ci. La demande se situe strictement dans le domaine du contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale pour le motif d'« irrationalité de la décision », selon le vocabulaire technique propre à cette branche du droit administratif.

40 La sentence attaquée a été rendue en application des dispositions du *Code du travail* du Québec et de la convention collective applicable aux parties. Elle se situe donc dans le cadre plus large de l'ensemble des rapports entre le syndicat et l'employeur à l'égard duquel il est accrédité et avec qui il a conclu des conventions collectives.

6. Le principe de représentation exclusive en droit du travail québécois

41 Parmi les principes fondamentaux du droit du travail québécois — qu'il partage d'ailleurs avec le droit fédéral et celui des autres provinces — se retrouve d'abord le monopole de représentation accordé à un syndicat. Ce principe s'applique à l'égard d'un groupe de salariés défini ou une unité de négociation, vis-à-vis un employeur ou une entreprise spécifique, à la suite d'une procédure d'accréditation par un tribunal ou un organisme administratif. L'octroi de cette accréditation

tions on the employer, imposing on it a duty to recognize the certified union and bargain with it in good faith with the aim of concluding a collective agreement (s. 53 *L.C.*). Once the collective agreement is concluded, it is binding on both the employees and the employer (ss. 67 and 68 *L.C.*). For the purposes of administering the collective agreement, the certified association exercises all the recourses of the employees whom it represents without being required to prove that the interested party has assigned his or her claim (s. 69 *L.C.*). (With respect to these mechanisms, see, for example: F. Morin and J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (1998), at pp. 867-70; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (4th ed. 1999), at p. 362.)

42 The collective agreement is implemented, first and foremost, between the union and the employer. Certification, followed by the collective agreement, takes away the employer's right to negotiate directly with its employees. Because of its exclusive representation function, the presence of the union erects a screen between the employer and the employees. The employer loses the option of negotiating different conditions of employment with individual employees. In *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509, at p. 519, Chouinard J., who wrote the reasons of this Court, quoted the following passage from the decision of the British Columbia Labour Relations Board in *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196, at pp. 200-201, regarding the situation created by certification:

> Once a majority of the employees in an appropriate bargaining unit have decided they want to engage in collective bargaining and have selected a union as their representative, this union becomes the exclusive bargaining agent for all the employees in that unit, irrespective of their individual views. The union is granted the legal authority to negotiate and administer a collective agreement setting terms and conditions of employment for the unit . . . . This legal position expresses the rationale of the Labour Code as a whole that the bargaining power of each individual employee must be combined with that of all the others to provide a sufficient counter-

impose des obligations importantes à l'employeur. Elle le contraint à reconnaître le syndicat accrédité et à négocier de bonne foi avec lui, dans le but de conclure une convention collective (art. 53 *C.t.*). Une fois conclue, la convention collective lie aussi bien les salariés que l'employeur (art. 67 et 68 *C.t.*). Dans l'application de cette convention collective, l'association accréditée exerce tous les recours des salariés qu'elle représente sans nécessité de justifier d'une cession de créance (art. 69 *C.t.*). (Sur ces mécanismes, voir par exemple : F. Morin et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (1998), p. 867-870; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories* (4e éd. 1999), p. 362.)

La mise en œuvre de la convention collective s'effectue de façon primordiale entre le syndicat et l'employeur. L'existence de l'accréditation, et ensuite de la convention collective, prive l'employeur du droit de négocier directement avec ses employés. En raison de sa fonction de représentation exclusive, la présence du syndicat forme écran entre l'employeur et les salariés. L'employeur est privé de la possibilité de négocier des conditions de travail différentes avec les salariés individuels. Dans l'affaire *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509, p. 519, le juge Chouinard citait au nom de notre Cour l'extrait suivant de la décision du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique dans *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196, p. 200-201, sur la situation créée par l'accréditation :

> [TRADUCTION] Dès que les employés d'une unité de négociation appropriée ont décidé à la majorité qu'ils veulent négocier collectivement et dès qu'ils ont choisi le syndicat qui doit les représenter, ce syndicat devient l'agent négociateur exclusif de tous les employés de cette unité, indépendamment de leurs opinions individuelles. Le syndicat a le pouvoir légal de négocier et d'appliquer une convention collective qui établit les modalités d'emploi à l'égard de l'unité de négociation [. . .] Cette situation juridique est une manifestation de la raison d'être du Code du travail dans son ensemble, savoir que le pouvoir de négociation de chaque employé

vailing force to the employer so as to secure the best overall bargain for the group. [Emphasis added.]

Some years later, in *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962, at p. 975, Gonthier J. again pointed out the change in labour relations within a company brought about by certification of the union. A collective framework supersedes the traditional contractual process, which is based on individual relations between the employer and its employees. Gonthier J. then cited this passage from this Court's decision in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, at p. 725:

The common law as it applies to individual employment contracts is no longer relevant to employer-employee relations governed by a collective agreement which, as the one involved here, deals with discharge, termination of employment, severance pay and a host of other matters that have been negotiated between union and company as the principal parties thereto.

The impact of this system on the employer is sometimes overlooked. Although the scheme imposes obligations on the employer relating to the employees and the union, it offers employers, in return, the prospect of temporary peace in their companies. An employer can expect that the problems negotiated and resolved with the union will remain resolved and will not be reopened in an untimely manner on the initiative of a group of employees, or even a single employee. This means that, for the life of a collective agreement approved by the bargaining unit, the employer gains the right to stability and compliance with the conditions of employment in the company and to have the work performed continuously and properly. However reluctant the members of a dissenting or minority group of employees may be, they will be bound by the collective agreement and will have to abide by it.

In administering collective agreements, the same rule will apply to the processing and disposition of grievances. Administering the collective agreement is one of the union's essential roles, and

pris individuellement doit être combiné avec celui de tous les autres pour fournir une force compensatoire suffisante opposable à l'employeur de manière à garantir la meilleure entente globale pour le groupe. [Je souligne.]

43 Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962, p. 975, le juge Gonthier soulignait à nouveau le changement que l'accréditation du syndicat entraînait dans les rapports de travail à l'intérieur de l'entreprise. Un cadre collectif se substitue au mécanisme contractuel traditionnel, fondé sur des rapports individuels entre l'employeur et ses salariés. Le juge Gonthier citait alors ce passage de l'arrêt de notre Cour dans *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, p. 725 :

Le droit commun applicable aux contrats individuels de travail ne vaut plus quand les relations employeur-employé sont régies par une convention collective qui traite, comme celle présentement en cause, de licenciement, de cessation d'emploi, d'indemnité de cessation d'emploi et d'une foule d'autres choses qui ont été négociées entre le syndicat et la compagnie en tant que parties principales à la convention.

44 On perd parfois de vue les effets de ce système à l'égard de l'employeur. S'il lui impose des obligations vis-à-vis les salariés et le syndicat, en contrepartie, ce régime lui offre la perspective d'une paix temporaire dans son entreprise. L'employeur peut s'attendre à ce que les problèmes négociés et réglés avec le syndicat le demeurent et ne soient pas remis en cause intempestivement à l'initiative d'un groupe de salariés, sinon d'un seul d'entre eux. Ainsi, pendant la durée d'une convention collective approuvée par l'unité de négociation, l'employeur acquiert le droit à la stabilité et au respect des conditions de travail dans l'entreprise et à l'exécution continue et correcte des prestations de travail. Quelles que soient leurs réticences, les membres d'un groupe de salariés dissident ou minoritaire se trouveront liés par la convention collective et devront s'y conformer.

45 Dans l'application des conventions, la même règle prévaudra quant au traitement et au règlement des griefs. La fonction d'application de la convention collective représente l'un des rôles

in this it acts as the employer's mandatory interlocutor. If the representation function is performed properly in this respect, the employer is entitled to compliance with the solutions agreed on. Collective agreements may of course recognize the right of employees to file grievances and take them to certain levels, even to arbitration, or to participate directly in grievances as parties. That is not the case here. With that exception, the rule is that the grievance and arbitration process is controlled by the union, to which that control belongs (R. Blouin and F. Morin, *Droit de l'arbitrage de grief* (5th ed. 2000), at pp. 178-81). The union's power to control the process includes the power to settle cases or bring cases to a conclusion in the course of the arbitration process, or to work out a solution with the employer, subject to compliance with the parameters of the legal duty of representation.

7. Scope of Duty of Representation

46 While the *Labour Code* gives the union exclusive power of representation, that Code, like the ordinary law of civil liability, imposes a duty on it to perform its representative function properly. As we will see, this means that the duty does not cease once the negotiation and arbitration process is over. As labour law has evolved, the scope of that duty has expanded.

47 The Quebec *Labour Code* has partially codified the duty of representation. It is defined in the following terms in s. 47.2 *L.C.*:

> **47.2.** A certified association shall not act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or show serious negligence in respect of employees comprised in a bargaining unit represented by it, whether or not they are members.

48 This duty prohibits four types of conduct: bad faith, discrimination, arbitrary conduct and serious negligence. The conduct that is demanded applies both at the collective bargaining stage and in administering the collective agreement (see Gagnon, *supra*, at p. 308). First, s. 47.2 prohibits acting in bad faith, which presumes intent to harm or malicious, fraudulent, spiteful or hostile conduct

essentiels de la partie syndicale, où elle agit comme l'interlocuteur obligatoire de l'employeur. Si la fonction de représentation est exécutée correctement, dans ce domaine, l'employeur a droit au respect des solutions intervenues. Les conventions collectives peuvent certes reconnaître le droit des salariés de porter des griefs, de les continuer à certaines étapes, sinon à l'arbitrage, ou d'y agir directement comme parties. Ce n'est pas le cas ici. Sous cette réserve, le principe demeure celui du contrôle par la procédure de grief et d'arbitrage par le syndicat, qui en est le titulaire (R. Blouin et F. Morin, *Droit de l'arbitrage de grief* (5e éd. 2000), p. 178-181). Ce pouvoir de contrôle emporte celui de régler ou de mener les dossiers à une conclusion au cours d'un arbitrage ou de définir une solution avec l'employeur, à condition de respecter les paramètres de l'obligation légale de représentation.

7. La portée de l'obligation de représentation

S'il lui accorde un pouvoir de représentation exclusive, le *Code du travail*, comme le droit commun de la responsabilité civile, impose au syndicat une obligation d'exécuter correctement sa fonction représentative. Ainsi, on le verra, cette obligation ne s'arrête pas au terme de la procédure de négociation et d'arbitrage. L'évolution du droit du travail lui a donné une portée plus large.

Le *Code du travail* du Québec a codifié partiellement le devoir de représentation. L'article 47.2 *C.t.* le définit en ces termes :

> **47.2.** Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.

Cette obligation interdit quatre types de conduite : la mauvaise foi, la discrimination, le comportement arbitraire et la négligence grave. Cette obligation de comportement s'applique aussi bien au stade de la négociation collective que pendant son administration (voir Gagnon, *op. cit.*, p. 308). L'article 47.2 sanctionne d'abord une conduite empreinte de mauvaise foi qui suppose une inten-

(see *Becotte v. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231, at p. 235; and *Rayonier*, *supra*, at p. 201). In practice, this element alone would be difficult to prove (see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 13-15 to 13-18; R. E. Brown "The 'Arbitrary', 'Discriminatory' and 'Bad Faith' Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 412, at pp. 453-54).

tion de nuire, un comportement malicieux, frauduleux, malveillant ou hostile (voir *Becotte c. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231, p. 235; également *Rayonier*, précité, p. 201). En pratique, cet élément seul serait difficile à établir (voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 13-15 à 13-18; R. E. Brown, « The "Arbitrary", "Discriminatory" and "Bad Faith" Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario » (1982), 60 *R. du B. can.* 412, p. 453-454).

The law also prohibits discriminatory conduct. This includes any attempt to put an individual or group at a disadvantage where this is not justified by the labour relations situation in the company. For example, an association could not refuse to process an employee's grievance, or conduct it differently, on the ground that the employee was not a member of the association, or for any other reason unrelated to labour relations with the employer (see D. Veilleux, "Le devoir de représentation syndicale: Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes" (1993), 48 *Relat. ind.* 661, at pp. 681-82; Adams, *supra*, at pp. 13-18 to 13-20.1). 49

La loi interdit aussi les comportements discriminatoires. Ceux-ci comprennent toutes les tentatives de défavoriser un individu ou un groupe sans que le contexte des relations de travail dans l'entreprise ne le justifie. Ainsi, une association ne saurait refuser de traiter le grief d'un salarié ou de le mener de façon différente au motif qu'il n'appartient pas à l'association, ou pour toute autre raison extérieure aux relations de travail avec l'employeur (voir D. Veilleux, « Le devoir de représentation syndicale : Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes » (1993), 48 *Relat. ind.* 661, p. 681-682; Adams, *op. cit.*, p. 13-18 à 13-20.1).

The concepts of arbitrary conduct and serious negligence, which are closely related, refer to the quality of the union representation. The inclusion of arbitrary conduct means that even where there is no intent to harm, the union may not process an employee's complaint in a superficial or careless manner. It must investigate the complaint, review the relevant facts or seek whatever advice may be necessary; however, the employee is not entitled to the most thorough investigation possible. The association's resources, as well as the interests of the unit as a whole, should also be taken into account. The association thus has considerable discretion as to the type and extent of the efforts it will undertake in a specific case. (See Adams, *supra*, at pp. 13-20.1 to 13-20.6.) 50

Se reliant étroitement, les concepts d'arbitraire et de négligence grave définissent la qualité de la représentation syndicale. L'élément de l'arbitraire signifie que, même sans intention de nuire, le syndicat ne saurait traiter la plainte d'un salarié de façon superficielle ou inattentive. Il doit faire enquête au sujet de celle-ci, examiner les faits pertinents ou obtenir les consultations indispensables, le cas échéant, mais le salarié n'a cependant pas droit à l'enquête la plus poussée possible. On devrait aussi tenir compte des ressources de l'association, ainsi que des intérêts de l'ensemble de l'unité de négociation. L'association jouit donc d'une discrétion importante quant à la forme et à l'intensité des démarches qu'elle entreprendra dans un cas particulier. (Voir Adams, *op. cit.*, p. 13-20.1 à 13-20.6.)

The fourth element in s. 47.2 *L.C.* is serious negligence. A gross error in processing a grievance may be regarded as serious negligence despite the absence of intent to harm. However, mere incompetence in processing the case will not breach the 51

Le quatrième élément retenu dans l'art. 47.2 *C.t.* est la négligence grave. Une faute grossière dans le traitement d'un grief peut être assimilée à celle-ci malgré l'absence d'une intention de nuire. Cependant, la simple incompétence dans le traitement du

duty of representation, since s. 47.2 does not impose perfection as the standard in defining the duty of diligence assumed by the union. In assessing the union's conduct, regard must be had to the resources available, the experience and training of the union representatives, who are usually not lawyers, and the priorities connected with the functioning of the bargaining unit (see Gagnon, *supra*, at pp. 310-13; Veilleux, *supra*, at pp. 683-87; Adams, *supra*, at p. 13-37).

52 Bad faith and discrimination both involve oppressive conduct on the part of the union. The analysis therefore focuses on the reasons for the union's action. In the case of the third or fourth element, what is involved is acts which, while not motivated by malicious intent, exceed the limits of discretion reasonably exercised. The implementation of each decision by the union in processing grievances and administering the collective agreement therefore calls for a flexible analysis which will take a number of factors into account.

53 The importance of the grievance to the employee is one of these factors. There is no doubt that abandoning or losing a discharge grievance will have more serious effects for the employee than a dispute over vacation dates or overtime payment arrangements. The union's duty will be more onerous in cases of that nature. For example, in *Haley and Canadian Airline Employees' Association* (1981), 41 di 311, at p. 316, the Canada Labour Relations Board pointed out that discharge grievances would call for closer scrutiny of the duty of fair representation, although employees enjoy no absolute right to have the grievance procedure initiated or carried to its conclusion in this type of case. (On this point, see *Canadian Merchant Service Guild*, *supra*, at p. 527; *Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court*, [1990] 1 S.C.R. 1330, at p. 1352, *per* L'Heureux-Dubé J.)

54 In a situation of that type, the chances of the grievance succeeding will also be carefully weighed. Speedy abandonment of an apparently

dossier ne violera pas l'obligation de représentation, l'art. 47.2 n'imposant pas une norme de perfection dans la définition de l'obligation de diligence qu'assume le syndicat. L'évaluation du comportement syndical tiendra compte des ressources disponibles, de l'expérience et de la formation des représentants syndicaux, le plus souvent des non juristes, ainsi que des priorités reliées au fonctionnement de l'unité de négociation (voir Gagnon, *op. cit.*, p. 310-313; Veilleux, *loc. cit.*, p. 683-687; Adams, *op. cit.*, p. 13-37).

Mauvaise foi et discrimination impliquent toutes deux un comportement vexatoire de la part du syndicat. L'analyse se concentre alors sur les motifs de l'action syndicale. Dans le cas du troisième ou du quatrième élément, on se trouve devant des actes qui, sans être animés par une intention malicieuse, dépassent les limites de la discrétion raisonnablement exercée. La mise en œuvre de chaque décision du syndicat dans le traitement des griefs et de l'application de la convention collective implique ainsi une analyse flexible, qui tiendra compte de plusieurs facteurs.

L'importance du grief pour le salarié est l'un de ces facteurs. Indéniablement, l'abandon ou l'échec d'un grief de congédiement aura des effets plus sérieux pour le salarié qu'un débat sur une date de congé ou sur les modalités d'indemnisation d'une période de temps supplémentaire. On impose une intensité plus grande à l'obligation du syndicat dans pareil cas. Ainsi, dans l'affaire *Haley et l'Association canadienne des employés du transport aérien* (1981), 41 di 311, p. 316, le Conseil canadien des relations de travail avait souligné que les griefs de congédiement provoqueraient un examen plus serré du devoir de juste représentation, sans toutefois que les salariés possèdent un droit absolu à ce que la procédure de grief soit entamée ou portée à son terme dans ce type de dossier. (Voir sur la question *Guilde de la marine marchande*, précité, p. 527; *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330, p. 1352, le juge L'Heureux-Dubé.)

Dans ce contexte, les chances de succès du grief seront aussi pesées. L'abandon rapide après un traitement sommaire d'un grief de congédiement

serious, if not valid, discharge grievance after only summary processing may suggest, *prima facie*, that there has been a breach of the duty of representation. Once again, there is still some leeway. Abandonment of some grievances that would normally be valid is sometimes necessary in the interests of the bargaining unit as a whole, as L'Heureux-Dubé J., writing for this Court, acknowledged in *Centre hospitalier Régina*, *supra*, at pp. 1349-50.

apparemment sérieux, sinon bien fondé, peut permettre de conclure, à première vue, à une violation du devoir de représentation. Encore là, une marge de discrétion subsiste. L'abandon de certains griefs, en principe bien fondés, s'impose parfois en raison des intérêts de l'unité de négociation dans son ensemble, comme cette Cour l'a reconnu sous la plume de Madame le juge L'Heureux-Dubé dans *Centre hospitalier Régina*, précité, p. 1349-1350.

The concurrent interests of other employees in the bargaining unit is an important factor in assessing the union's conduct. This element reflects the collective nature of labour relations, which include the administration of the collective agreement. The interests of the unit as a whole may justify conduct on the part of the union that is otherwise detrimental to certain specific employees. A union may decide to make concessions or to develop a policy for the administration of the agreement in order not to adversely affect other employees, or to maintain good relations with the employer with a view to future negotiations. (See *Canadian Merchant Service Guild*, *supra*, at p. 527; *Rayonier*, *supra*, at p. 204.)

55 Les intérêts concurrents des autres salariés dans l'unité de négociation constituent un facteur important dans l'évaluation de la conduite syndicale. Cet élément reflète la nature collective des relations de travail, y compris dans l'administration de la convention collective. Les intérêts de l'ensemble de l'unité pourront justifier des comportements du syndicat par ailleurs désavantageux pour certains salariés en particulier. Un syndicat peut décider de faire des concessions ou de développer une politique d'application de la convention pour ne pas nuire à d'autres salariés ou pour maintenir de bonnes relations avec l'employeur en vue de négociations futures. (Voir *Guilde de la marine marchande*, précité, p. 527; *Rayonier*, précité, p. 204.)

8. Judicial Review and Duty of Representation

8. Le recours à la révision judiciaire et l'obligation de représentation

The basic sanctions that apply where the duty of representation has been breached are set out in the *Labour Code*, in respect of certain types of decisions. Others fall under the law of civil liability. The *Labour Code* provides remedies in ss. 47.3 *et seq.* for cases in which a union fails to take a discharge grievance or disciplinary sanctions to arbitration. In a case of the nature, the Labour Court may direct arbitration in the manner provided for in the collective agreement. That process cannot be invoked here. It does not apply where there has been an arbitration as provided in the collective agreement. (See *Gendron v. Municipalité de la Baie-James*, [1986] 1 S.C.R. 401.)

56 Au cas de violation du devoir de représentation, les sanctions principales se retrouvent dans le *Code du travail*, à l'égard de certains types de décisions. D'autres relèvent du droit de la responsabilité civile. Le *Code du travail* offre des recours aux art. 47.3 et suiv. dans les cas où un syndicat fait défaut de porter à l'arbitrage un grief de congédiement ou de sanctions disciplinaires. En pareil cas, le Tribunal du travail peut ordonner que l'arbitrage se tienne, conformément à la convention collective. Cette procédure ne saurait être invoquée ici. En effet, elle ne joue pas lorsque l'arbitrage a eu lieu conformément à la convention collective. (Voir *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, [1986] 1 R.C.S. 401.)

However, the duty of representation is not limited to bargaining and the arbitration process.

57 Cependant, l'obligation de représentation ne s'arrête pas à la négociation et à la procédure arbi-

Where the union has an exclusive representation mandate, the corresponding duty extends to everything that is done that affects the legal framework of the relationship between the employee and the employer within the company. This Court has clearly recognized that a union could be in breach of its duty of representation by failing to bring an action in nullity against an arbitration award. As the following comments by L'Heureux-Dubé J. in *Centre hospitalier Régina*, *supra*, at p. 1347, suggest, the release of the arbitration award neither terminates nor circumscribes that duty:

> In this connection I should say at the outset that a union's duty of fair representation does not cease in relation to a grievance proceeding once the grievance has gone to arbitration. It may continue even after the arbitrator's final decision . . . subject to *Gendron v. Municipalité de la Baie-James*, *supra*, which held that in such a case the s. 47.5 L.C. procedure could not be applied.

58 After the arbitration award is made, the union still has the exclusive right to represent the employees. As a corollary, the decision to challenge the legality of an arbitration award is still governed by the principles relating to proper performance of the duty of good faith and by the same prohibitions on acting in bad faith, in a discriminatory manner or without giving the case the appropriate consideration.

59 The union may believe that at this stage, by taking the grievance to arbitration, it has applied the procedure that is routinely followed in a case of its nature. It does not have a duty to obtain a result for the employee. An unfavourable arbitration award does not create a presumption of improper performance of the duty of representation.

60 How can it be determined whether the union's failure to challenge an arbitration award is a breach of the duty of fair representation? In a case like that, the actual nature of the arguments that would be made in a judicial review application to challenge the legality of an arbitration award and asking the Superior Court to exercise its superintending power will have to be examined. This brings us back to the general principles governing judicial review. The grounds on which the validity of an

trale. Lorsque le syndicat jouit de l'exclusivité du mandat de représentation, l'obligation corrélative s'étend à l'ensemble des actes qui affectent le cadre juridique de la relation entre le salarié et l'employeur dans l'entreprise. Notre Cour a clairement reconnu qu'un syndicat pouvait violer son obligation de représentation en omettant de se pourvoir en nullité d'une sentence arbitrale. Le dépôt de la sentence arbitrale n'en marque ni le terme ni les limites comme le soulignent ces commentaires du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Centre hospitalier Régina*, précité, p. 1347 :

> Dans cette optique, je souligne dès maintenant que le devoir de juste représentation d'un syndicat ne s'éteint pas, dans le cadre de la procédure de grief, une fois le grief porté à l'arbitrage. Il peut subsister même après la décision finale de l'arbitre [. . .] sous réserve de l'arrêt *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, précité, où il fut décidé que, dans un tel cas, la procédure de l'art. 47.5 C.t. ne saurait trouver application.

Après la sentence arbitrale, le syndicat détient toujours l'exclusivité de représentation des salariés. Comme corollaire de celle-ci, la décision de contester la légalité d'une sentence arbitrale reste régie par les principes relatifs à l'exécution correcte de l'obligation de bonne foi, par les mêmes interdictions d'agir de mauvaise foi, de façon discriminatoire et sans examen approprié du dossier.

Le syndicat peut considérer qu'à cette étape, en ayant porté le grief à l'arbitrage, il a exercé le recours normal en pareil cas. Il n'est pas tenu à une obligation de résultat envers le salarié. Une sentence arbitrale défavorable ne crée pas une présomption de mauvaise exécution de l'obligation de représentation.

Comment déterminer si le fait pour le syndicat de ne pas contester une sentence arbitrale constitue une violation du devoir de juste représentation? En pareille matière, il faut alors examiner concrètement la nature des moyens que l'on invoquerait dans une procédure de révision judiciaire pour contester la légalité d'une sentence arbitrale et faire appel au pouvoir de contrôle de la Cour supérieure. Ceci nous ramène aux principes généraux régissant le contrôle judiciaire. Les motifs suscep-

arbitration award could be questioned and the power of the Superior Court to review the award invoked will vary. The inferior tribunal may have been improperly constituted, in a manner contrary to the law. It may also have acted without jurisdiction within the strict meaning of that expression, if the subject matter was not within its authority, having been assigned to another body. The arbitration board may also have committed an error that could be characterized as "patently unreasonable", and in accordance with the decisions of this Court over a period of more than 20 years, this would mean that the legality of the award could be reviewed.

tibles de mettre en cause la validité d'une sentence arbitrale et de recourir au contrôle de légalité de la Cour supérieure varient. Le tribunal inférieur peut avoir été constitué irrégulièrement, contrairement à la loi. Il arrive aussi qu'il ait agi sans compétence, au sens strict du terme, parce que la matière ne relevait pas de lui, étant confiée à un autre organisme. Le tribunal d'arbitrage peut aussi avoir commis une erreur que l'on qualifie de « manifestement déraisonnable », ce qui, suivant la jurisprudence établie par notre Cour depuis plus de 20 ans, donne ouverture au contrôle de légalité.

We know that there have been significant conflicts in the case law regarding review of the reasonableness of an arbitration award. Even in the cases decided by this Court, discussion of the reasonableness of certain lower court decisions sometimes leads to analyses that are diametrically opposed. There have been significant dissenting opinions regarding the application of the standards of reasonableness to specific cases. (See, for example, *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983.)

61 Comme nous le savons, le contrôle du caractère déraisonnable d'une sentence arbitrale donne lieu à des conflits jurisprudentiels marqués. Même dans la jurisprudence de notre Cour, la discussion de la rationalité de certaines décisions de tribunaux inférieurs conduit parfois à des appréciations diamétralement opposées. Des dissidences importantes se manifestent sur l'appréciation des normes de rationalité à des cas précis. (Voir, par exemple, *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale* 454, [1998] 1 R.C.S. 1079; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983.)

Given the day-to-day reality of managing collective agreements, the interpretation of arbitration awards, and the abundance of litigation in this area, a union cannot be placed under a duty to challenge each and every arbitration award at the behest of the employee in question on the ground of unreasonableness of the decision, even in dismissal cases. The rule is that the employer and the union are entitled to the stability that results from s. 101 *L.C.*, which provides: "The arbitration award is without appeal, binds the parties and, where such is the case, any employee concerned . . .". Judicial review must therefore not be seen as a routine way of challenging awards or as a right of appeal. Accordingly, even in discipline and dismissal cases, the normal process provided by the Act ends with arbitration. That process represents the normal and exclusive method of resolv-

62 Étant donné la réalité quotidienne des conventions collectives, l'interprétation des sentences arbitrales, ainsi que la richesse foisonnante du contentieux en cette matière, un syndicat ne saurait être placé dans l'obligation de contester au gré du salarié intéressé toutes et chacune des sentences arbitrales, même en matière de congédiement, pour le motif d'irrationalité de la décision. L'employeur et le syndicat ont en principe le droit de bénéficier de la stabilité découlant de l'art. 101 *C.t.* qui dispose que « [l]a sentence arbitrale est sans appel, lie les parties et, le cas échéant, tout salarié concerné . . . ». Le contrôle judiciaire ne doit pas être perçu comme un moyen de contestation normal ou comme un droit d'appel. Même en matière de mesure disciplinaire et de congédiement, le processus usuel prévu par la loi s'arrête donc à l'arbitrage. Cette procédure représente le mode normal

ing the conflicts that arise in the course of administering collective agreements, including disciplinary action. In fact, this Court gave strong support for the principle of exclusivity and finality in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at pp. 956-957 and 959, *per* McLachlin J. That approach is also intended to discourage challenges that are collateral to disputes which, as a general rule, will be definitively disposed of under the procedure for administering collective agreements. While judicial review by the superior courts is an important principle, it cannot allow employees to jeopardize this expectation of stability in labour relations in a situation where there is union representation. Allowing an employee to take action against a decision made by his or her union, by applying for judicial review where he or she believes that the arbitration award was unreasonable, would offend the union's exclusive right of representation and the legislative intent regarding the finality of the arbitration process, and would jeopardize the effectiveness and speed of the arbitration process.

63 Recognition of this kind of right to challenge an arbitration award would necessarily offend the fundamental principles governing relations with the employer where there is a right of exclusive collective representation. In a case where the arbitration process has been carried out, in accordance with the collective agreement, the employer is entitled to expect that a grievance that has been disposed of by the arbitrator will, as a rule, be disposed of permanently, and that the arbitration process will not be exposed to challenges that are launched without any control being exercised by its union interlocutor. As a general rule, the proper performance by the employer of the duty to negotiate and apply collective agreements must carry with it an assurance of stability in terms of the conditions of employment in its company.

9. Concept of Interest and Performance of Duty of Representation

64 The concept of interest for the purposes of art. 33 *C.C.P.* must be analyzed in the context described above. An employee does not have the requisite interest if the union's decision appears to

et exclusif de règlement des conflits que provoque l'application des conventions collectives y compris en matière disciplinaire. Notre Cour a d'ailleurs rappelé fortement ce principe d'exclusivité et de finalité dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, p. 956-957 et 959, le juge McLachlin. Cette approche veut aussi décourager des contestations à caractère collatéral de litiges qui trouvent, en règle générale, leur règlement définitif dans le mécanisme d'application des conventions collectives. Le contrôle judiciaire par les cours supérieures est un principe important, mais il ne saurait permettre au salarié de remettre en cause cette expectative de stabilité des relations de travail dans un contexte de représentation syndicale. Permettre au salarié d'agir à l'encontre de la décision de son syndicat en ayant recours au contrôle judiciaire lorsqu'il estime la sentence arbitrale irrationnelle serait une violation de l'exclusivité de la fonction de représentation du syndicat, de l'intention législative de finalité de la procédure arbitrale, et mettrait en péril l'efficacité et la rapidité de cette dernière.

La reconnaissance d'un tel droit à la contestation d'une décision arbitrale contredit nécessairement les principes fondamentaux gouvernant les rapports avec l'employeur dans un contexte de représentation collective et exclusive. Dans un cas où la procédure d'arbitrage a été menée, conformément à la convention collective, l'employeur peut s'attendre à ce que le grief, tranché par l'arbitre, demeure en principe réglé et à ce que la procédure arbitrale ne soit pas exposée à des contestations déclenchées hors de tout contrôle de son interlocuteur syndical. En règle générale, l'exécution correcte de l'obligation de négocier et d'appliquer les conventions collectives doit s'accompagner pour l'employeur d'une stabilité effective des conditions de travail dans son entreprise.

9. La notion d'intérêt pour agir et l'exécution de l'obligation de représentation

Le concept d'intérêt pour agir sous le régime de l'art. 33 *C.p.c.* doit s'analyser dans le contexte ci-haut décrit. Le salarié n'a pas l'intérêt requis pour agir si la décision du syndicat paraît se situer à

fall within the leeway it is allowed with respect to the performance of its representation mandate. The nature of the labour relations scheme established by the *Labour Code* is an impediment to recognizing that an employee has a sufficient interest to challenge an arbitration award which he or she contends is unreasonable, on the sole ground that the union refuses to institute judicial review proceedings. That would negate the exclusive nature of the union's representation mandate, and would be problematic not only for the union, but also in respect of an employer that has performed its legal obligations by negotiating a collective agreement and administering that agreement in a manner that has been found by the arbitrator to be proper. It would be difficult to reconcile the principle of stability in labour relations and industrial peace that underlie the organization of the representation and collective bargaining scheme in the *Labour Code* with the procedural system proposed by the appellant. That system would allow the union's decisions in matters that are central to its function and to the reasonable leeway it is allowed under its duty of representation to be challenged by any employee who might decide to bring a direct action in nullity, asserting that his or her rights had been breached.

l'intérieur de la marge de discrétion reconnue à l'égard de l'exécution de son mandat de représentation. La nature du régime des relations de travail établi par le *Code du travail* fait obstacle à la reconnaissance d'un intérêt juridique suffisant au salarié pour contester une sentence arbitrale qu'il prétend déraisonnable, pour le seul motif que le syndicat se refuse à déclencher une procédure de contrôle judiciaire. Ce serait nier l'exclusivité du mandat de représentation syndical. Cela serait problématique pour le syndicat, mais également vis-à-vis de l'employeur qui a exécuté ses obligations légales en négociant une convention collective et en appliquant celle-ci d'une façon que l'arbitre a estimé correcte. Le principe de stabilité des relations de travail et de paix industrielle qui sous-tend l'organisation du régime de représentation et de négociation collective du *Code du travail* s'harmoniserait difficilement avec le système procédural proposé par l'appelant. Ce système permettrait, au gré de chaque salarié affirmant avoir été lésé, de remettre en cause à l'aide de l'action directe en nullité des décisions du syndicat dans des matières qui se situent au cœur de sa fonction et de la marge de discrétion raisonnable que lui laisse son obligation de représentation.

The question of unduly limiting the Superior Court's power of review does not arise in this case. While review of the legality of actions by public authorities is a central element of the Superior Court's jurisdiction, the legitimacy of defining certain limits to which that function must be subject is recognized in administrative and constitutional law. That function is not absolute. Provided they do not abolish it, legislatures may circumscribe and limit it, and may do so specifically by express legislative policy, for example by enacting privative clauses (see *Crevier*, *supra*; see also *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at p. 800).

65 En l'espèce, il ne s'agit pas d'imposer une limite indue au pouvoir de contrôle de la Cour supérieure. Bien que le contrôle de légalité de l'administration publique constitue un élément central de la compétence de la Cour supérieure, le droit administratif et le droit constitutionnel reconnaissent la légitimité de la définition de certaines limites à cette fonction. Celle-ci ne constitue pas un absolu. Pourvu qu'elles ne le suppriment pas, les législatures peuvent l'encadrer et le restreindre, notamment par des politiques législatives explicites, comme l'adoption de clauses privatives (voir *Crevier*, précité; voir aussi *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 800).

The principle of the rule of law does not require that all decisions of a lower court or administrative tribunal necessarily be subject to microscopic judicial review. Indeed, the fact that review is often

66 Le principe de la primauté du droit n'exige pas que toutes les décisions d'un tribunal inférieur ou administratif soient nécessairement soumises à un contrôle judiciaire poussé. D'ailleurs, le fait que le

limited to jurisdictional errors provides clear confirmation that it is legitimate to limit this superintending power. Those limits may affect the interest that is required in order for a party to have standing.

67 Imposing this limit on interest is also consistent with the very nature of the power of judicial review, in one form or another, under art. 840 *C.C.P.* or art. 33 *C.C.P.*, as this Court pointed out in *Immeubles Port Louis*, *supra*. Discretion is inherent in the concept of judicial review itself. The exercise of that discretion must therefore take into account the demands of the legal policy that is apparent on examining the labour relations scheme that is in effect in Quebec. While that discretion is an invaluable tool for remedying serious injustices, it cannot generally recognize as valid a method of judicial challenge that would jeopardize the expectations of stability and finality that are an inherent result of the legal mandate of representation that is given to the union.

68 In judicial review of arbitration decisions, the need to respect the collective framework of the labour relations system, the roles of the players in that system and the employer's reasonable expectations will justify these kinds of restrictions on the concept of interest and on the interpretation of that concept and the manner in which it is applied by the Superior Court. Those limitations will not, of course, rule out any possibility of action under art. 33. The Court of Appeal referred to situations such as collusion between employer and union, fraud or bad faith. We might also think of cases in which the arbitration tribunal was not constituted in accordance with the law. As well, a case might be brought before an arbitrator that falls within the jurisdiction of another body such as a human rights tribunal or a workers' compensation board, or an arbitrator might be asked to determine a matter that the parties had decided to exclude from the collective agreement. In such cases, those legal policy issues would not come into play, and the employee could legitimately argue the fundamental nullity of the entire process that had been fol-

contrôle soit souvent restreint aux seules erreurs juridictionnelles atteste bien que des limites à ce pouvoir de surveillance ne sont pas illégitimes. Ces limites peuvent toucher l'intérêt pour agir en justice.

L'imposition de cette limite à l'intérêt pour agir se concilie aussi avec la nature même du pouvoir de contrôle judiciaire, sous une forme ou sous une autre, en vertu de l'art. 840 *C.p.c.* ou de l'art. 33 *C.p.c*, comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *Immeubles Port Louis*, précité. Le concept même de contrôle judiciaire fait appel à un pouvoir de nature discrétionnaire. L'exercice de ce pouvoir doit donc prendre en compte les exigences de la politique juridique qui se dégage de l'étude du régime des relations de travail en vigueur au Québec. Bien qu'il demeure un instrument précieux pour remédier à des injustices graves, il ne pourrait généralement reconnaître la validité d'une méthode de contestation judiciaire qui remettrait en cause les expectatives de stabilité et de finalité résultant inhérentes au mandat légal de représentation dévolu au syndicat.

Dans le contrôle judiciaire des décisions arbitrales, la nécessité de respecter le cadre collectif du système de relations de travail, le rôle de ses acteurs et les expectatives raisonnables de l'employeur, justifie de telles restrictions au concept d'intérêt pour agir, à son interprétation et à sa mise en œuvre par la Cour supérieure. Certes, de telles limites n'excluront pas toute possibilité d'action en vertu de l'art. 33. La Cour d'appel a mentionné des situations telles que la collusion entre l'employeur et le syndicat, la fraude ou mauvaise foi. L'on peut envisager de plus des cas où le tribunal d'arbitrage n'aurait pas été constitué conformément à la loi. Il arrive aussi qu'un arbitre se soit saisi d'une matière relevant de la compétence d'un autre organisme, comme par exemple un tribunal des droits de la personne ou une commission sur les accidents du travail ou d'un sujet que les parties auraient décidé de soustraire à la convention collective. En pareil cas, les mêmes questions de politique juridique ne joueraient pas et le salarié pourrait légitimement soulever la nullité fondamentale de l'ensemble du processus qui aurait été mené à

lowed, to his or her detriment. A direct action in nullity would then provide the employee with an appropriate remedy.

As well, some violations of the *audi alteram partem* rule, such as situations in which the employee had been systematically prevented from presenting a point of view that might have differed from the union's, could legitimately be raised using that procedure. An employee cannot be left without a remedy. However, it should be noted, on this point, that the *Labour Code* already requires that the arbitrator give the interested employee notice of the arbitration (s. 100.5 *L.C.*). In addition, the courts have recognized the employee's right to separate representation where the employee's interests conflict with the union's (*Hoogendoorn v. Greening Metal Products and Screening Equipment Co.*, [1968] S.C.R. 30). Ultimately, however, where the subject matter of the challenge that it is proposed to bring in the courts is the very essence of the primary function of union representation — the interpretation or application of the collective agreement — the decision is for the union to make and it cannot be challenged, regardless of the procedural method adopted, except by way of a complaint made under s. 47.3 *L.C.* or by a proceeding based on the general principle of civil liability, as discussed earlier. In this instance, the procedure followed cannot redefine the content of the substantive law and the underlying legal policy.

In this case, as was indicated earlier, the direct action in nullity alleges only that the decision was unreasonable. It does not contend that the fundamental rules of natural justice were violated, nor does it claim that the tribunal acted without jurisdiction and that its process was vitiated by absolute nullity. All that can be concluded from Noël's action is that he personally intends to commence judicial review proceedings based on the unreasonableness of the arbitration award. This falls within the reasonable exercise of the union's discretion in the conduct of collective labour relations with the employer. The employee's procedural interest, within the meaning of art. 55 *C.C.P.*, must therefore be interpreted and assessed in the context of a labour relations scheme that is based on collective

son détriment. L'action directe en nullité lui offrirait alors un recours approprié.

69 De même, certaines formes de violation de la règle *audi alteram partem*, comme par exemple les situations où on aurait systématiquement empêché le salarié de présenter un point de vue différent de celui de la partie syndicale, pourraient être légitimement soulevées par cette procédure. On ne saurait laisser le salarié sans remède. Il faut toutefois noter ici que le *Code du travail* oblige déjà l'arbitre à avertir le salarié de la tenue de l'arbitrage (art. 100.5 *C.t.*). De plus, la jurisprudence reconnaît le droit du salarié à une représentation distincte lorsqu'il se trouve en situation de conflit d'intérêt avec le syndicat (*Hoogendoorn c. Greening Metal Products and Screening Equipment Co.*, [1968] R.C.S. 30). Ultimement, cependant, lorsque la contestation judiciaire projetée vise le cœur de la fonction principale de représentation syndicale, soit l'interprétation ou l'application de la convention collective, la décision appartient au syndicat et ne peut être remise en cause, quel que soit le moyen procédural utilisé, sauf par une plainte portée en vertu de l'art. 47.3 *C.t.* ou par un recours basé sur les principes généraux de responsabilité civile, tel qu'exposé plus haut. La procédure ne saurait ici redéfinir le contenu du droit substantiel et la politique juridique qui le sous-tend.

70 En l'espèce, tel qu'indiqué plus haut, l'action directe en nullité n'allègue que le caractère déraisonnable de la décision. Elle ne soutient pas que les règles fondamentales de justice naturelle ont été violées. Elle ne prétend pas que le tribunal a agi sans compétence et que sa procédure soit entachée d'une nullité absolue. Il ressort uniquement de l'action de Noël que celui-ci entend mener lui-même une procédure de contrôle judiciaire basée sur le caractère déraisonnable de la décision arbitrale. Ceci relève de l'exercice raisonné de la discrétion du syndicat dans la conduite des relations collectives de travail avec l'employeur. L'intérêt procédural du salarié, au sens de l'art. 55 *C.p.c.*, doit donc s'interpréter et s'évaluer dans le contexte d'un régime de relations de travail fondé sur la

bargaining and the union's monopoly on representation. Accordingly, the majority of the Court of Appeal did not err in finding that Noël did not have the requisite interest to bring a direct action in nullity in the circumstances.

71 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Eidinger & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the mis en cause United Steelworkers of America, Local 6833 (FTQ): Trudel, Nadeau, Lesage, Larivière & Associés, Montréal.

négociation collective et le monopole de représentation du syndicat. Ainsi, la majorité de la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que Noël ne possédait pas l'intérêt requis pour instituer une action directe en nullité dans ce contexte.

Pour ces motifs, je suggère de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Eidinger & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs du mis en cause Syndicat des métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6833 (FTQ) : Trudel, Nadeau, Lesage, Larivière & Associés, Montréal.

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) and Services des espaces verts Ltée/Chemlawn *Appellants*

v.

Town of Hudson *Respondent*

and

Federation of Canadian Municipalities, Nature-Action Québec Inc. and World Wildlife Fund Canada, Toronto Environmental Alliance, Sierra Club of Canada, Canadian Environmental Law Association, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns – Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee and Dr. Merryl Hammond, and Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec *Interveners*

INDEXED AS: 114957 CANADA LTÉE (SPRAYTECH, SOCIÉTÉ D'ARROSAGE) *v.* HUDSON (TOWN)

Neutral citation: 2001 SCC 40.

File No.: 26937.

2000: December 7; 2001: June 28.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — By-laws — Regulation and restriction of pesticide use — Town adopting by-law restricting use of pesticides within its perimeter to specified locations and enumerated activities — Whether Town had statutory authority to enact by-law — Whether by-law rendered inoperative because of conflict with federal or

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) et Services des espaces verts Ltée/Chemlawn *Appelantes*

c.

Ville de Hudson *Intimée*

et

Fédération canadienne des municipalités, Nature-Action Québec Inc. et Fonds mondial pour la nature (Canada), Toronto Environmental Alliance, Sierra Club du Canada, Association canadienne du droit de l'environnement, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns – Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee et Dr Merryl Hammond et la Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : 114957 CANADA LTÉE (SPRAYTECH, SOCIÉTÉ D'ARROSAGE) *c.* HUDSON (VILLE)

Référence neutre : 2001 CSC 40.

N° du greffe : 26937.

2000 : 7 décembre; 2001 : 28 juin.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Règlements — Réglementation et restriction de l'utilisation des pesticides — Adoption par la Ville d'un règlement limitant l'utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et à des activités énumérées — La Ville avait-elle le pouvoir légal d'adopter le règlement? — Le règlement a-t-il été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale? — Règlement 270

provincial legislation — Town of Hudson By-law 270 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 410(1).

The appellants are landscaping and lawn care companies operating mostly in the greater Montreal area, with both commercial and residential clients. They make regular use of pesticides approved by the federal *Pest Control Products Act* in the course of their business activities and hold the requisite licences under Quebec's *Pesticides Act*. In 1991 the respondent Town, located west of Montreal, adopted By-law 270, which restricted the use of pesticides within its perimeter to specified locations and for enumerated activities. The definition of pesticides in By-law 270 replicates that in the *Pesticides Act*. Under s. 410(1) of the Quebec *Cities and Towns Act* ("*C.T.A.*"), the council may make by-laws to "secure peace, order, good government, health and general welfare in the territory of the municipality", while under s. 412(32) *C.T.A.* it may make by-laws to "regulate or prohibit the . . . use of . . . combustible, explosive, corrosive, toxic, radioactive or other materials that are harmful to public health or safety, in the territory of the municipality or within 1 km therefrom". In 1992 the appellants were charged with having used pesticides in violation of By-law 270. They brought a motion for declaratory judgment asking the Superior Court to declare By-law 270 to be inoperative and *ultra vires* the Town's authority. The Superior Court denied the motion, and the Court of Appeal affirmed that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and Arbour JJ.: As statutory bodies, municipalities may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation. Included in this authority are "general welfare" powers, conferred by provisions in provincial enabling legislation, on which municipalities can draw. Section 410 *C.T.A.* is an example of such a general welfare provision and supplements the specific grants of power in s. 412. While enabling provisions that allow municipalities to regulate for the "general welfare" within their territory authorize the enactment of by-laws genuinely aimed at furthering goals such as public health and safety, courts faced with

de la ville de Hudson — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 410(1).

Les appelantes sont des entreprises d'aménagement paysager et d'entretien des pelouses qui exercent leurs activités surtout dans la région métropolitaine de Montréal et qui ont aussi bien des clients commerciaux que des clients résidentiels. Elles utilisent régulièrement, dans le cadre de leurs activités commerciales, des pesticides conformes à la *Loi sur les produits antiparasitaires* du gouvernement fédéral et détiennent les permis requis par la *Loi sur les pesticides* du Québec. En 1991, la Ville intimée, située à l'ouest de Montréal, a adopté le règlement 270, qui limite l'utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et aux activités énumérées. La définition de pesticides contenue dans le règlement 270 est la réplique exacte de celle adoptée dans la *Loi sur les pesticides*. En vertu du par. 410(1) de la *Loi sur les cités et villes* du Québec (« *L.C.V.* »), le conseil peut faire des règlements « [p]our assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité », tandis qu'en vertu du par. 412(32) *L.C.V.*, il peut faire des règlements « [p]our réglementer ou défendre [. . .] l'usage de [. . .] matières combustibles, explosives, corrosives, toxiques, radioactives ou autrement dangereuses pour la santé ou la sécurité publiques, sur le territoire de la municipalité ou dans un rayon de 1 km à l'extérieur de ce territoire ». En 1992, les appelantes ont été accusées d'avoir utilisé des pesticides contrairement au règlement 270. Elles ont introduit une requête en jugement déclaratoire demandant à la Cour supérieure de déclarer inopérant le règlement 270 et *ultra vires* le pouvoir de la Ville. La Cour supérieure a rejeté la requête, et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et Arbour : En tant qu'organismes créés par la loi, les municipalités peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme. Y sont inclus les pouvoirs en matière de « bien-être général » conférés par la loi provinciale habilitante, sur laquelle les municipalités peuvent se fonder. L'article 410 *L.C.V.* constitue un exemple d'une telle disposition générale de bien-être et il ajoute aux pouvoirs spécifiques conférés par l'art. 412. Bien que les dispositions habilitantes permettant aux municipalités de réglementer pour le « bien-être général » sur leur territoire autorisent l'adoption de

an impugned by-law enacted under an "omnibus" provision such as s. 410 *C.T.A.* must be vigilant in scrutinizing the true purpose of the by-law.

By-law 270 does not fall within the ambit of s. 412(32) *C.T.A.* There is no equation of pesticides and "toxic . . . materials" either in the terms of the by-law or in any evidence presented during this litigation. Since there is no specific provision in the provincial enabling legislation referring to pesticides, the by-law must fall within the purview of s. 410(1) *C.T.A.* By-law 270 read as a whole does not impose a total prohibition, but rather permits the use of pesticides in certain situations where that use is not purely an aesthetic pursuit. Based on the distinction between essential and non-essential uses of pesticides, it is reasonable to conclude that the Town by-law's purpose is to minimize the use of allegedly harmful pesticides in order to promote the health of its inhabitants. This purpose falls squarely within the "health" component of s. 410(1) *C.T.A.* The distinctions impugned by the appellants as restricting their businesses are necessary incidents to the power delegated by the province under s. 410(1) *C.T.A.* Moreover, reading s. 410(1) to permit the Town to regulate pesticide use is consistent with principles of international law and policy. The interpretation of By-law 270 set out here respects international law's "precautionary principle". In the context of the precautionary principle's tenets, the Town's concerns about pesticides fit well under their rubric of preventive action.

By-law 270 was not rendered inoperative because of a conflict with federal or provincial legislation. As a product of provincial enabling legislation, By-law 270 is subject to the "impossibility of dual compliance" test for conflict between federal and provincial legislation set out in *Multiple Access*. The federal *Pest Control Products Act* regulates which pesticides can be registered for manufacture and/or use in Canada. This legislation is permissive, rather than exhaustive, and there is no operational conflict with By-law 270. The *Multiple Access* test also applies to the inquiry into whether there is a conflict between the by-law and provincial legislation. In this case, there is no barrier to dual compliance with By-law 270 and the Quebec *Pesticides Act*, nor any plausible evidence that the legislature intended to preclude municipal regulation of pesticide use. The *Pesticides Act* establishes a permit and licensing system for

règlements visant véritablement à faciliter la réalisation d'objectifs telles la santé et la sécurité publiques, les tribunaux saisis d'un règlement contesté adopté en vertu d'une disposition « omnibus » comme l'art. 410 *L.C.V.* doivent être vigilants lorsqu'ils cherchent à déterminer le but véritable du règlement.

Le règlement 270 ne tombe pas sous l'égide du par. 412(32) *L.C.V.* Le texte du règlement et la preuve présentée au cours du présent litige n'assimilent pas les pesticides aux « matières [. . .] toxiques ». Étant donné qu'aucune disposition particulière de la loi provinciale habilitante ne mentionne les pesticides, le règlement doit tomber dans le champ d'application du par. 410(1) *L.C.V.* Interprété dans son ensemble, le règlement 270 n'impose pas une interdiction totale, mais permet plutôt l'usage de pesticides dans certains cas où cet usage n'a pas un but purement esthétique. Selon la distinction entre l'usage essentiel et l'usage non essentiel des pesticides, il est raisonnable de conclure que le règlement de la Ville a pour objet de minimiser l'utilisation de pesticides qui seraient nocifs afin de protéger la santé de ses habitants. Cet objet relève directement de l'aspect « santé » du par. 410(1) *L.C.V.* Les distinctions contestées par les appelantes au motif qu'elles restreignent leurs activités commerciales sont des conséquences nécessaires à l'application du pouvoir délégué par la province en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* De plus, interpréter le par. 410(1) comme permettant à la Ville de réglementer l'utilisation des pesticides correspond aux principes de droit et de politique internationaux. L'interprétation du règlement 270 exposée ici respecte le « principe de précaution » du droit international. Dans le contexte des postulats du principe de précaution, les craintes de la Ville au sujet des pesticides s'inscrivent confortablement sous la rubrique de l'action préventive.

Le règlement 270 n'a pas été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale. Découlant d'une loi provinciale habilitante, le règlement 270 est sujet au critère de « l'impossibilité de se conformer aux deux textes » en cas de conflit entre la législation fédérale et la législation provinciale, critère qui a été énoncé dans l'arrêt *Multiple Access*. La *Loi sur les produits antiparasitaires* du gouvernement fédéral dicte quels pesticides peuvent être agréés à des fins de fabrication et/ou d'utilisation au Canada. Cette loi est permissive, et non pas exhaustive, de sorte qu'il n'y a aucun conflit d'application avec le règlement 270. Le critère de l'arrêt *Multiple Access* s'applique également à l'examen de la question de savoir s'il y a conflit entre le règlement municipal et la législation provinciale. Dans la présente affaire, rien n'empêche que l'on se conforme à la fois au règlement 270 et à la *Loi sur les*

vendors and commercial applicators of pesticides and thus complements the federal legislation's focus on the products themselves. Along with By-law 270, these laws establish a tri-level regulatory regime.

Per Iacobucci, Major and LeBel JJ.: The basic test to determine whether there is an operational conflict remains the impossibility of dual compliance. From this perspective, the alleged conflict with federal legislation simply does not exist. Nor does a conflict exist with the Quebec *Pesticides Act*, for the reasons given by the majority.

The issues in this case remain strictly first whether the *C.T.A.* authorizes municipalities to regulate the use of pesticides within their territorial limits, and second whether the particular regulation conforms with the general principles applicable to delegated legislation. The Town concedes that the only provision under which its by-law can be upheld is the general clause of s. 410(1) *C.T.A.* While it appears to be sound legislative and administrative policy, under general welfare provisions, to grant local governments a residual authority to address emerging or changing issues concerning the welfare of the local community living within their territory, it is not enough that a particular issue has become a pressing concern in the opinion of a local community. This concern must be closely related to the immediate interests of the community within the territorial limits defined by the legislature in a matter where local governments may usefully intervene. In this case, the by-law targets problems of use of land and property, and addresses neighborhood concerns that have always been within the realm of local government activity. The by-law was thus properly authorized by s. 410(1).

Two basic and longstanding principles of delegated legislation state that a by-law may not be prohibitory and may not discriminate unless the enabling legislation so authorizes. While on its face, By-law 270 involves a general prohibition and then authorizes some specific uses, when it is read as a whole its overall effect is to prohibit purely aesthetic use of pesticides while allowing other uses, mainly for business or agricultural

pesticides du Québec, et il n'y a aucun élément de preuve plausible indiquant que la législature avait l'intention d'empêcher la réglementation par les municipalités de l'utilisation des pesticides. La *Loi sur les pesticides* établit un régime de permis pour les vendeurs et les applicateurs commerciaux de pesticides et elle est donc complémentaire à la législation fédérale, qui porte sur les produits eux-mêmes. Conjointement avec le règlement 270, ces lois établissent un régime de réglementation à trois niveaux.

Les juges Iacobucci, Major et LeBel : Le critère fondamental permettant de déterminer s'il existe conflit d'application demeure l'impossibilité de se conformer aux deux textes. Dans cette optique, le présumé conflit avec la législation fédérale n'existe tout simplement pas. Il n'y a pas non plus conflit avec la *Loi sur les pesticides* du Québec pour les raisons données par la majorité.

En l'espèce, les questions se résument à savoir si, premièrement, la *L.C.V.* autorise les municipalités à réglementer l'utilisation des pesticides sur leur territoire et, deuxièmement, si le règlement en cause respecte les principes généraux applicables à la législation déléguée. La Ville admet que la seule disposition qui permette de confirmer la légalité de son règlement est la clause générale du par. 410(1) *L.C.V.* Bien qu'il paraisse logique, sur les plans législatif et administratif, de recourir à des dispositions générales de bien-être pour conférer aux administrations publiques locales le pouvoir résiduaire de traiter des questions nouvelles ou évolutives relativement au bien-être de la collectivité locale vivant sur leur territoire, il ne suffit pas qu'une question particulière soit devenue une préoccupation urgente selon la collectivité locale. Cette préoccupation doit être étroitement liée aux intérêts immédiats de la collectivité se trouvant dans les limites territoriales définies par la législature pour ce qui concerne toute question pour laquelle l'intervention des administrations publiques locales peut se révéler utile. En l'espèce, le règlement vise les problèmes liés à l'utilisation des terres et des biens et il porte sur des préoccupations de quartier qui ont toujours relevé du domaine d'activité des administrations publiques locales. Le règlement était donc autorisé en bonne et due forme par le par. 410(1).

Selon deux principes fondamentaux établis depuis longtemps en matière de législation déléguée, un règlement ne peut pas être prohibitif et discriminatoire à moins que la loi habilitante ne l'autorise. Bien que le règlement 270 établisse de prime abord une prohibition générale pour ensuite permettre certaines utilisations particulières, lu dans son ensemble, il a comme effet d'interdire l'utilisation des pesticides pour des raisons

purposes. Moreover, although the by-law discriminates, there can be no regulation on such a topic without some form of discrimination in the sense that the by-law must determine where, when and how a particular product may be used. An implied authority to discriminate was thus unavoidably part of the delegated regulatory power.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; **applied:** *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to:** *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Re Weir and The Queen* (1979), 26 O.R. (2d) 326; *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *A.P. Pollution Control Board v. Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53; *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India*, [1996] Supp. 5 S.C.R. 241; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Attorney General for Ontario v. City of Mississauga* (1981), 15 M.P.L.R. 212; *Township of Uxbridge v. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1975), 7 O.R. (2d) 484; *British Columbia Lottery Corp. v. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141; *Law Society of Upper Canada v. Barrie (City)* (2000), 46 O.R. (3d) 620; *Huot v. St-Jérôme (Ville de)*, J.E. 93-1052; *St-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875.

By LeBel J.

Applied: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to:** *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45;

purement esthétiques tout en permettant d'autres utilisations, surtout pour des activités commerciales et agricoles. De plus, bien que le règlement soit discriminatoire, il ne peut y avoir aucune réglementation sur un tel sujet sans une certaine forme de discrimination, en ce sens que le règlement doit établir où, quand et comment un produit particulier peut être utilisé. Le pouvoir de réglementation délégué comportait donc inévitablement le pouvoir implicite de faire de la discrimination.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; **arrêt appliqué :** *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés :** *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Re Weir and The Queen* (1979), 26 O.R. (2d) 326; *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *A.P. Pollution Control Board c. Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53; *Vellore Citizens Welfare Forum c. Union of India*, [1996] Supp. 5 S.C.R. 241; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Attorney General for Ontario c. City of Mississauga* (1981), 15 M.P.L.R. 212; *Township of Uxbridge c. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1975), 7 O.R. (2d) 484; *British Columbia Lottery Corp. c. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141; *Law Society of Upper Canada c. Barrie (City)* (2000), 46 O.R. (3d) 620; *Huot c. St-Jérôme (Ville de)*, J.E. 93-1052; *St-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875.

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés :** *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000]

Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General), [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Environmental Protection Act, 1999, S.C. 1999, c. 33, s. 2(1)(*a*).

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 410 [am. 1982, c. 64, s. 5; am. 1996, c. 2, s. 150], 412(32) [am. 1984, c. 47, s. 213; am. 1986, c. 31, s. 5; am. 1996, c. 2, s. 151], 463.1 [ad. 1998, c. 31, s. 15].

Cities, Towns and Villages Act, R.S.N.W.T. 1988, c. C-8, ss. 54, 102.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 453.

Endangered Species Act, S.N.S. 1998, c. 11, ss. 2(1)(*h*), 11(1).

Local Government Act, R.S.B.C. 1996, c. 323, s. 249.

Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 102.

Municipal Act, R.S.Y. 1986, c. 119, s. 271.

Municipal Act, S.M. 1996, c. 58, C.C.S.M. c. M225, ss. 232, 233.

Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M-26.1, ss. 3(*c*), 7.

Municipal Government Act, S.N.S. 1998, c. 18, s. 172.

Municipalities Act, R.S.N.B. 1973, c. M-22, s. 190(2), First Schedule.

Oceans Act, S.C. 1996, c. 31, Preamble (para. 6).

Pest Control Products Act, R.S.C. 1985, c. P-9, ss. 4(1), (3), 6(1)(*j*) [am. 1993, c. 44, s. 200].

Pest Control Products Regulations, C.R.C. 1978, c. 1253, s. 45.

Pesticides Act, R.S.Q., c. P-9.3, ss. 102 [am. 1987, c. 29, s. 102; am. 1990, c. 85, s. 122; repl. 1993, c. 77, s. 9], 105 [am. 1987, c. 29, s. 105], 105.1 [ad. 1993, c. 77, s. 11], 106 [am. 1987, c. 29, s. 106], 107 [am. 1987, c. 29, s. 107].

Town of Hudson By-law 248.

Town of Hudson By-law 270 [am. 1995, by-law 327; am. 1996, by-law 341], arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10.

2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 453.

Endangered Species Act, S.N.S. 1998, ch. 11, art. 2(1)(*h*), 11(1).

Local Government Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 249.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), L.C. 1999, ch. 33, art. 2(1)*a*).

Loi municipale, L.R.Y. 1986, ch. 119, art. 271.

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 410 [mod. 1982, ch. 64, art. 5; mod. 1996, ch. 2, art. 150], 412(32) [mod. 1984, ch. 47, art. 213; mod. 1986, c. 31, art. 5; mod. 1996, c. 2, art. 151], 463.1 [aj. 1998, ch. 31, art. 15].

Loi sur les cités, villes et villages, L.R.T.N.-O. 1988, ch. C-8, art. 54, 102.

Loi sur les municipalités, L.M. 1996, ch. 58, C.P.L.M. ch. M225, art. 232, 233.

Loi sur les municipalités, L.R.N.-B. 1973, ch. M-22, art. 190(2), annexe I.

Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M-45, art. 102.

Loi sur les océans, L.C. 1996, ch. 31, préambule (par. 6).

Loi sur les pesticides, L.R.Q., ch. P-9.3, art. 102 [mod. 1987, ch. 29, art. 102; mod. 1990, ch. 85, art. 122; rempl. 1993, ch. 77, art. 9], 105 [mod. 1987, ch. 29, art. 105], 105.1 [aj. 1993, ch. 77, art. 11], 106 [mod. 1987, ch. 29, art. 106], 107 [mod. 1987, ch. 29, art. 107].

Loi sur les produits antiparasitaires, L.R.C. 1985, ch. P-9, art. 4(1), (3), 6(1)*j*) [mod. 1993, ch. 44, art. 200].

Municipal Government Act, S.A. 1994, ch. M-26.1, art. 3(*c*), 7.

Municipal Government Act, S.N.S. 1998, ch. 18, art. 172.

Règlement 248 de la ville de Hudson.

Règlement 270 de la ville de Hudson [mod. 1995, règlement 327; mod. 1996, règlement 341], art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10.

Règlement sur les produits antiparasitaires, C.R.C. 1978, ch. 1253, art. 45.

Authors Cited

Cameron, James, and Juli Abouchar. "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in David Freestone and Ellen Hey, eds., *The Precautionary Principle and International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

Canada. *CEPA Issue Elaboration Paper No. 18 — CEPA and the Precautionary Principle/Approach*. Paper prepared by Dr. David VanderZwaag, Director of Marine and Environmental Law Program (MELP), Dalhousie Law School. Ottawa: Environment Canada, 1995.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Duplessis, Yvon, et Jean Hétu. *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement*, 2e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1994.

Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.

Freestone, David, and Ellen Hey, eds. *The Precautionary Principle and International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1996.

Hétu, Jean, Yvon Duplessis, et Dennis Pakenham. *Droit Municipal: Principes généraux et contentieux*. Montréal: Hébert Denault, 1998.

Hoehn, Felix. *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments*. Saskatoon: Purich Publishing, 1996.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).

McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law" (1997), 9 *J. Env. L.* 221.

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, Cum. Supp. to vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2001, release 1).

Swaigen, John. "The *Hudson* Case: Municipal Powers to Regulate Pesticides Confirmed by Quebec Courts" (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162.

United Nations. General Assembly. Preparatory Committee for the United Nations Conference on Environment and Development. Report of the Economic Commission for Europe on the Bergen Conference, Annex I, *Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Developments*, A/CONF.151/PC/10, August 6, 1990, para. 7.

Doctrine citée

Cameron, James, and Juli Abouchar. « The Status of the Precautionary Principle in International Law », in David Freestone and Ellen Hey, eds., *The Precautionary Principle and International Law*. The Hague : Kluwer Law International, 1996.

Canada. *Document d'élaboration des enjeux 18 — La LCPE et le principe ou l'approche précaution*. Document publié par David VanderZwaag, directeur, Marine and Environmental Law Program (MELP), Dalhousie Law School. Ottawa: Environment Canada, 1995.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Éditions Thémis, 1999.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.

Duplessis, Yvon, et Jean Hétu. *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement*, 2e éd. Cowansville : Yvon Blais, 1994.

Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. I, 2e éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 1984.

Freestone, David, and Ellen Hey, eds. *The Precautionary Principle and International Law*. The Hague : Kluwer Law International, 1996.

Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4e éd. Cowansville : Yvon Blais, 1996.

Hétu, Jean, Yvon Duplessis, et Dennis Pakenham. *Droit Municipal : Principes généraux et contentieux*. Montréal : Hébert Denault, 1998.

Hoehn, Felix. *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments*. Saskatoon : Purich Publishing, 1996.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).

McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law » (1997), 9 *J. Env. L.* 221.

Nations Unies. Assemblée générale. Préparatifs de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Rapport de la Commission économique pour l'Europe sur la Conférence de Bergen, annexe I, *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable*, A/CONF.151/PC/10, 6 août 1990, par. 7.

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, Cum. Supp. to vol. 1, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2001, release 1).

Swaigen, John. « The *Hudson* Case: Municipal Powers to Regulate Pesticides Confirmed by Quebec Courts » (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] Q.J. No. 2546 (QL), J.E. 98-1855, affirming a decision of the Superior Court (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224, dismissing the appellants' motion for declaratory judgment. Appeal dismissed.

Gérard Dugré and *Denis Manzo*, for the appellants.

Stéphane Brière and *Pierre Lepage*, for the respondent.

Stewart A. G. Elgie and *Jerry V. DeMarco*, for the interveners Federation of Canadian Municipalities, Nature-Action Québec Inc. and World Wildlife Fund Canada.

Written submissions only by *Theresa A. McClenaghan* and *Paul Muldoon*, for the interveners Toronto Environmental Alliance, Sierra Club of Canada, Canadian Environmental Law Association, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns – Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee and Dr. Merryl Hammond.

Jean Piette, for the intervener Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and Arbour JJ. was delivered by

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — The context of this appeal includes the realization that our common future, that of every Canadian community, depends on a healthy environment. In the words of the Superior Court judge: "Twenty years ago, there was very little concern over the effect of chemicals such as pesticides on the population. Today, we are more conscious of what type of an environment we wish to live in, and what quality of life we wish to expose our children [to]" ((1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224, at p. 230). This Court has recognized that

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] A.Q. nº 2546 (QL), J.E. 98-1855, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224, qui avait rejeté la requête en jugement déclaratoire des appelantes. Pourvoi rejeté.

Gérard Dugré et *Denis Manzo*, pour les appelantes.

Stéphane Brière et *Pierre Lepage*, pour l'intimée.

Stewart A. G. Elgie et *Jerry V. DeMarco*, pour les intervenants la Fédération canadienne des municipalités, Nature-Action Québec Inc. et le Fonds mondial pour la nature (Canada).

Argumentation écrite seulement par *Theresa A. McClenaghan* et *Paul Muldoon*, pour les intervenants Toronto Environmental Alliance, Sierra Club du Canada, l'Association canadienne du droit de l'environnement, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns — Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee et Dr Merryl Hammond.

Jean Piette, pour l'intervenante la Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et Arbour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le contexte de ce pourvoi nous invite à constater que notre avenir à tous, celui de chaque collectivité canadienne, dépend d'un environnement sain. Comme l'a affirmé le juge de la Cour supérieure : [TRADUCTION] « Il y a vingt ans, on se préoccupait peu de l'effet des produits chimiques, tels les pesticides, sur la population. Aujourd'hui, nous sommes plus sensibles au genre d'environnement dans lequel nous désirons vivre et à la qualité de vie que nous voulons procurer à nos enfants » ((1993), 19

"[e]veryone is aware that individually and collectively, we are responsible for preserving the natural environment . . . environmental protection [has] emerged as a fundamental value in Canadian society": *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 55. See also *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 16-17.

M.P.L.R. (2d) 224, p. 230). Notre Cour a reconnu que « [n]ous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l'environnement naturel [. . .] la protection de l'environnement est [. . .] devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne » : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 55. Voir également *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 16-17.

Regardless of whether pesticides are in fact an environmental threat, the Court is asked to decide the legal question of whether the Town of Hudson, Quebec, acted within its authority in enacting a by-law regulating and restricting pesticide use.

2 Peu importe que les pesticides constituent ou non en fait une menace pour l'environnement, la Cour est appelée à trancher la question de droit consistant à savoir si la ville de Hudson (Québec) a agi dans le cadre de ses pouvoirs en adoptant un règlement régissant et restreignant l'utilisation de pesticides.

The case arises in an era in which matters of governance are often examined through the lens of the principle of subsidiarity. This is the proposition that law-making and implementation are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity. La Forest J. wrote for the majority in *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 127, that "the protection of the environment is a major challenge of our time. It is an international problem, one that requires action by governments at all levels" (emphasis added). His reasons in that case also quoted with approval a passage from *Our Common Future*, the report produced in 1987 by the United Nations' World Commission on the Environment and Development. The so-called "Brundtland Commission" recommended that "local governments [should be] empowered to exceed, but not to lower, national norms" (p. 220).

3 Cette instance surgit à une époque où les questions de gestion des affaires publiques sont souvent examinées selon le principe de la subsidiarité. Ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population. S'exprimant au nom de la majorité dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 127, le juge La Forest écrit que « la protection de l'environnement est un défi majeur de notre époque. C'est un problème international qui exige une action des gouvernements de tous les niveaux » (je souligne). Dans ses motifs, il cite avec approbation un extrait de *Notre avenir à tous*, rapport publié en 1988 par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (« Commission Brundtland »), créée par les Nations Unies. Cette commission a recommandé que « les autorités locales [soient] habilitées à renforcer, mais non pas à libéraliser, les normes nationales » (p. 262).

There are now at least 37 Quebec municipalities with by-laws restricting pesticides: J. Swaigen, "The *Hudson* Case: Municipal Powers to Regulate

4 Il existe aujourd'hui au Québec au moins 37 municipalités où l'utilisation des pesticides est restreinte par règlement : J. Swaigen, « The *Hudson*

Pesticides Confirmed by Quebec Courts" (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162, at p. 174. Nevertheless, each level of government must be respectful of the division of powers that is the hallmark of our federal system; there is a fine line between laws that legitimately complement each other and those that invade another government's protected legislative sphere. Ours is a legal inquiry informed by the environmental policy context, not the reverse.

Case: Municipal Powers to Regulate Pesticides Confirmed by Quebec Courts » (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162, p. 174. Chaque niveau de gouvernement doit, toutefois, respecter le partage des compétences, qui est la caractéristique de notre système fédéral; il existe une distinction subtile entre les lois qui se complètent légitimement les unes les autres et celles qui empiètent sur le domaine de compétence législative protégé de l'autre ordre de gouvernement. Notre examen en est donc un d'ordre juridique dans le contexte des politiques environnementales et non l'inverse.

I. Facts

I. Les faits

5 The appellants are landscaping and lawn care companies operating mostly in the region of greater Montreal, with both commercial and residential clients. They make regular use of pesticides approved by the federal *Pest Control Products Act*, R.S.C. 1985, c. P-9, in the course of their business activities and hold the requisite licences under Quebec's *Pesticides Act*, R.S.Q., c. P-9.3.

Les appelantes sont des entreprises d'aménagement paysager et d'entretien des pelouses qui exercent leurs activités surtout dans la région métropolitaine de Montréal et qui ont aussi bien des clients commerciaux que des clients résidentiels. Elles utilisent régulièrement, dans le cadre de leurs activités commerciales, des pesticides conformes à la *Loi sur les produits antiparasitaires* du gouvernement fédéral, L.R.C. 1985, ch. P-9, et détiennent les permis requis par la *Loi sur les pesticides* du Québec, L.R.Q., ch. P-9.3.

6 The respondent, the Town of Hudson ("the Town"), is a municipal corporation governed by the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 ("*C.T.A.*"). It is located about 40 kilometres west of Montreal and has a population of approximately 5,400 people, some of whom are clients of the appellants. In 1991, the Town adopted By-law 270, restricting the use of pesticides within its perimeter to specified locations and for enumerated activities. The by-law responded to residents' concerns, repeatedly expressed since 1985. The residents submitted numerous letters and comments to the Town's Council. The definition of pesticides in By-law 270 replicates that of the *Pesticides Act*.

L'intimée, la ville de Hudson (la « Ville »), est une municipalité régie par la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (« *L.C.V.* »). Elle est située à environ 40 kilomètres à l'ouest de Montréal et compte approximativement 5 400 habitants, dont certains sont des clients des appelantes. En 1991, la Ville adopte le règlement 270, qui limite l'utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et aux activités énumérées. Ce règlement fait suite aux craintes exprimées à maintes reprises depuis 1985 par les résidants, qui ont présenté de nombreuses lettres et observations au conseil municipal. La définition de pesticides contenue dans le règlement 270 est la réplique exacte de celle adoptée dans la *Loi sur les pesticides*.

7 In November 1992, the appellants were served with a summons by the Town to appear before the Municipal Court and respond to charges of having used pesticides in violation of By-law 270. The appellants pled not guilty and obtained a suspen-

En novembre 1992, les appelantes ont reçu signification, de la part de la Ville, de sommations leur enjoignant de comparaître devant la Cour municipale pour répondre à des accusations d'avoir utilisé des pesticides contrairement au

sion of proceedings in order to bring a motion for declaratory judgment before the Superior Court (under art. 453 of Quebec's *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25). They asked that the court declare By-law 270 (as well as By-law 248, which is not part of this appeal) to be inoperative and *ultra vires* the Town's authority.

The Superior Court denied the motion for declaratory judgment, finding that the by-laws fell within the scope of the Town's powers under the *C.T.A.* This ruling was affirmed by a unanimous Quebec Court of Appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

Town of Hudson By-law 270

1. The following words and expressions, whenever the same occur in this By-Law, shall have the following meaning:

   a) "PESTICIDES": means any substance, matter or micro-organism intended to control, destroy, reduce, attract or repel, directly or indirectly, an organism which is noxious, harmful or annoying for a human being, fauna, vegetation, crops or other goods or intended to regulate the growth of vegetation, excluding medicine or vaccine;

   b) "FARMER": means a farm producer within the meaning of the Farm Producers Act (R.S.Q., chap., P-28);

. . .

2. The spreading and use of a pesticide is prohibited throughout the territory of the Town.

3. Notwithstanding article 2, it is permitted to use a pesticide in the following cases:

   a) in a public or private swimming-pool;

   b) to purify water intended for the use of human beings or animals;

   c) inside of a building;

   d) to control or destroy animals which constitute a danger for human beings;

   e) to control or destroy plants which constitute a danger for human beings who are allergic thereto.

règlement 270. Les appelantes ont plaidé non coupable et ont obtenu la suspension des procédures afin d'introduire une requête en jugement déclaratoire devant la Cour supérieure (en vertu de l'art. 453 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25). Elles ont demandé à la cour de déclarer inopérant le règlement 270 (et le règlement 248, qui ne fait pas l'objet du pourvoi) et *ultra vires* le pouvoir de la Ville.

La Cour supérieure a rejeté la requête en jugement déclaratoire, concluant que les règlements relevaient des pouvoirs conférés à la Ville par la *L.C.V.* Cette décision a été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel du Québec. 8

II. Les dispositions législatives pertinentes

Règlement 270 de la ville de Hudson 9

1. Dans ce règlement, les mots et expressions suivants ont le sens et l'application que leur attribue le présent article :

   a) « PESTICIDE » : toute substance, matière ou micro-organisme destiné à contrôler, détruire, amoindrir, attirer ou repousser, directement ou indirectement, un organisme nuisible, nocif ou gênant pour l'être humain, la faune, la végétation, les récoltes ou les autres biens, ou destiné à servir de régulateur de croissance de la végétation, à l'exclusion d'un médicament ou d'un vaccin.

   b) « FERMIER » : un producteur agricole au sens de la Loi sur les producteurs agricoles (L.R.Q., chap. P-28);

. . .

2. L'épandage et l'utilisation de tout pesticide est interdit partout sur le territoire de la Ville.

3. Nonobstant l'article 2, l'utilisation d'un pesticide est permis dans les cas suivants :

   a) dans une piscine publique ou privée;

   b) pour purifier l'eau destinée à la consommation des humains ou des animaux;

   c) à l'intérieur d'un bâtiment;

   d) pour contrôler ou enrayer la présence d'animaux qui constituent un danger pour les humains;

   e) pour contrôler ou enrayer les plantes qui constituent un danger pour les humains qui y sont allergiques.

4. Notwithstanding article 2, a farmer using a pesticide on an immoveable which is exploited for purposes of agriculture or horticulture, in a hot house or in the open, is requested to

   a) register, by written declaration, with the Town, in the month of march of each year, the products which he stores and which he will be using during that year.

   b) also provide, in the written declaration at article 4 a), the schedule of application of said products and the area(s) of his property where the products will be applied.

5. Notwithstanding article 2, it is permitted to use a pesticide on a golf course, for a period not exceeding five (5) years from the date this by-law comes into force:

. . .

6. Notwithstanding article 2, it is permitted to use a biological pesticide to control or destroy insects which constitute a danger or an inconvenience for human beings.

. . .

10. For the purpose of article 8 of the Agricultural Abuses Act (R.S.Q. chap. A-2) an inspector designated by the Town may use a pesticide, notwithstanding article 2 of the By-Law, if there is no other efficient way of destroying noxious plants determined as such by the Provincial Government and the presence of which is harmful to a real and continuous agricultural exploitation.

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19

410. The council may make by-laws:

(1) To secure peace, order, good government, health and general welfare in the territory of the municipality, provided such by-laws are not contrary to the laws of Canada, or of Québec, nor inconsistent with any special provision of this Act or of the charter;

. . .

In no case may the council make by-laws on the matters contemplated in the Agricultural Products, Marine Products and Food Act (chapter P-29) or in the Dairy Products and Dairy Products Substitutes Act (chapter P-30). This paragraph applies notwithstanding any provision of a special Act granting powers on those matters

4. Nonobstant l'article 2, un fermier utilisant un pesticide sur une propriété qui est exploitée à des fins agricoles ou horticoles, dans une serre ou à l'extérieur, doit :

   a) enregistrer, par déclaration écrite à la Ville, au cours du mois de mars de chaque année, les produits qu'il entrepose et dont il entrevoit faire usage durant l'année;

   b) de plus fournir, dans la déclaration écrite à l'article 4a), la cédule d'épandage desdits produits et les secteurs de sa propriété où les produits seront appliqués.

5. Nonobstant l'article 2, il est permis d'utiliser un pesticide sur un terrain de golf, pour une période n'excédant pas cinq (5) ans, à partir de la date d'entrée en vigueur de ce règlement :

. . .

6. Nonobstant l'article 2, il est permis d'utiliser un pesticide biologique pour contrôler ou enrayer les insectes qui constituent un danger ou qui incommodent les humains;

. . .

10. Selon l'article 8 [de] la Loi sur les abus agricoles (L.R.Q. chap. A-2), un inspecteur désigné par la Ville peut utiliser un pesticide en dépit de l'article 2 du règlement, s'il n'existe aucune autre façon efficace d'enrayer les plantes nocives déterminées comme telles par le gouvernement provincial et la présence desquelles est nuisible à une exploitation agricole véritable et continue.

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19

410. Le conseil peut faire des règlements :

1° Pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité, pourvu que ces règlements ne soient pas contraires aux lois du Canada ou du Québec, ni incompatibles avec quelque disposition spéciale de la présente loi ou de la charte;

. . .

Le conseil ne peut faire des règlements sur des matières visées par la Loi sur les produits agricoles, les produits marins et les aliments (chapitre P-29) et par la Loi sur les produits laitiers et leurs succédanés (chapitre P-30). Le présent alinéa s'applique malgré une disposition d'une loi spéciale accordant des pouvoirs sur ces

to any municipality other than Ville de Trois-Rivières and Ville de Sherbrooke.

. . .

412. The council may make by-laws:

. . .

(32) To regulate or prohibit the storage and use of gun-powder, dry pitch, resin, coal oil, benzine, naphtha, gasoline, turpentine, gun-cotton, nitro-glycerine, and other combustible, explosive, corrosive, toxic or radioactive or other materials that are harmful to public health or safety, in the territory of the municipality or within 1 km therefrom;

By-laws passed under the first paragraph in respect of corrosive, toxic or radioactive materials require the approval of the Minister of the Environment;

. . .

463.1 Subject to the Pesticides Act (chapter P-9.3) and the Environment Quality Act (chapter Q-2), the municipality may, with the consent of the owner of an immovable, carry out pesticide application works on the immovable.

Pesticides Act, R.S.Q., c. P-9.3

102. The provisions of the Pesticide Management Code and of the other regulations of this Act prevail over any inconsistent provision of any by-law passed by a municipality or an urban community.

102. [As revised in 1993; not yet in force] The Pesticide Management Code and any other regulation enacted pursuant to this Act shall render inoperative any regulatory provision concerning the same matter enacted by a municipality or an urban community, except where the provision

– concerns landscaping or extermination activities, such as fumigation, as defined by government regulation, and

– prevents or further mitigates harmful effects on the health of humans or of other living species or damage to the environment or to property.

. . .

matières à une municipalité autre que la Ville de Trois-Rivières et la Ville de Sherbrooke.

. . .

412. Le conseil peut faire des règlements :

. . .

32° Pour réglementer ou défendre l'emmagasinage et l'usage de poudre, poix sèche, résine, pétrole, benzine, naphte, gazoline, térébenthine, fulmicoton, nitroglycérine, ainsi que d'autres matières combustibles, explosives, corrosives, toxiques, radioactives ou autrement dangereuses pour la santé ou la sécurité publiques, sur le territoire de la municipalité ou dans un rayon de 1 km à l'extérieur de ce territoire;

Un règlement adopté en vertu du premier alinéa à l'égard de matières corrosives, toxiques ou radioactives requiert l'approbation du ministre de l'Environnement;

. . .

463.1 Sous réserve de la Loi sur les pesticides (chapitre P-9.3) et de la Loi sur la qualité de l'environnement (chapitre Q-2), la municipalité peut, avec le consentement du propriétaire d'un immeuble, procéder à des travaux d'épandage de pesticides sur l'immeuble.

Loi sur les pesticides, L.R.Q., ch. P-9.3

102. Toute disposition du Code de gestion des pesticides et des autres règlements édictés en vertu de la présente loi prévaut sur toute disposition inconciliable d'un règlement édicté par une municipalité ou une communauté urbaine.

102. [Selon la modification de 1993; non en vigueur] Le Code de gestion des pesticides et tout autre règlement édictés en application de la présente loi rendent inopérante toute disposition réglementaire portant sur une même matière qui est édictée par une municipalité ou une communauté urbaine, sauf dans le cas où cette disposition réglementaire satisfait aux conditions suivantes :

– elle porte sur les activités d'entretien paysager ou d'extermination, notamment la fumigation, déterminées par règlement du gouvernement;

– elle prévient ou atténue davantage les atteintes à la santé des êtres humains ou des autres espèces vivantes, ainsi que les dommages à l'environnement ou aux biens.

. . .

105. [Not yet in force] The Government shall enact by regulation a Pesticide Management Code which may prescribe rules, restrictions or prohibitions respecting activities related to the distribution, storage, transportation, sale or use of any pesticide, pesticide container or any equipment used for any of those activities.

105. [Non en vigueur] Le gouvernement édicte, par règlement, un Code de gestion des pesticides. Ce code peut édicter des règles, restrictions ou prohibitions portant sur les activités relatives à la distribution, à la vente, à l'entreposage, au transport ou à l'utilisation de tout pesticide, de tout contenant d'un pesticide ou de tout équipement servant à l'une de ces activités.

105.1. [Not yet in force] The Pesticide Management Code may require a person who stores pesticides of a determined category or in a determined quantity to subscribe civil liability insurance, the kind, extent, duration, amount and other applicable conditions of which are determined in the said Code, and to furnish proof thereof to the Minister.

105.1. [Non en vigueur] Le Code de gestion des pesticides peut exiger d'une personne qui entrepose des pesticides d'une catégorie ou en quantité déterminée qu'elle contracte une assurance de responsabilité civile, dont il détermine la nature, l'étendue, la durée, le montant ainsi que les autres conditions applicables, et en fournisse l'attestation au ministre.

106. [Not yet in force] The Pesticide Management Code may cause any rule elaborated by another government or by a body to be mandatory.

In addition, the code may cause any instructions of the manufacturer of a pesticide or of equipment used for any activity referred to in the code to be mandatory.

106. [Non en vigueur] Le Code de gestion des pesticides peut rendre obligatoire une règle élaborée par un autre gouvernement ou par un organisme.

Il peut, en outre, rendre obligatoires les instructions du fabricant d'un pesticide ou d'un équipement servant à l'une des activités visées par le code.

107. [Not yet in force] The Government may prescribe that the contravention of the provisions of this code which it determines constitutes an offence.

107. [Non en vigueur] Le gouvernement peut, dans ce code, déterminer les dispositions dont la contravention constitue une infraction.

Pest Control Products Act, R.S.C. 1985, c. P-9

Loi sur les produits antiparasitaires, L.R.C. 1985, ch. P-9

4. (1) No person shall manufacture, store, display, distribute or use any control product under unsafe conditions.

4. (1) Il est interdit de fabriquer, stocker, présenter, distribuer ou utiliser un produit antiparasitaire dans des conditions dangereuses.

. . .

. . .

(3) A control product that is not manufactured, stored, displayed, distributed or used as prescribed or that is manufactured, stored, displayed, distributed or used contrary to the regulations shall be deemed to be manufactured, stored, displayed, distributed or used contrary to subsection (1).

(3) La fabrication, le stockage, la présentation, la distribution ou l'utilisation d'un produit antiparasitaire, réalisés de façon contraire ou non conforme aux règlements, sont réputés contrevenir au paragraphe (1).

. . .

. . .

6. (1) The Governor in Council may make regulations

6. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

. . .

. . .

(*j*) respecting the manufacture, storage, distribution, display and use of any control product;

j) régir la fabrication, le stockage, la présentation, la distribution et l'utilisation de produits antiparasitaires;

Pest Control Products Regulations, C.R.C. 1978, c. 1253

45. (1) No person shall use a control product in a manner that is inconsistent with the directions or limitations respecting its use shown on the label.

(2) No person shall use a control product imported for the importer's own use in a manner that is inconsistent with the conditions set forth on the importer's declaration respecting the control product.

(3) No person shall use a control product that is exempt from registration under paragraph 5(*a*) for any purpose other than the manufacture of a registered control product.

III. Judgments

A. *Superior Court* (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224

Kennedy J. held that by-laws are presumed valid and legal. He found that By-laws 248 and 270 were adopted under s. 410 *C.T.A.* and, thus, did not require ministerial approval to enter into effect. Both by-laws deal with pesticides and not toxic substances and since "pesticides" are not included in s. 412(32), ministerial approval is not required. According to Kennedy J., the Town, faced with a situation involving health and the environment, acted in the public interest by enacting the by-laws in question. Consequently, the Town could rely on s. 410(1) *C.T.A.* as the legislative provision that enabled it to adopt these by-laws.

Kennedy J. then considered the provisions of the *Pesticides Act* to determine whether the by-laws conflicted with provincial legislation. He found it clear that the *Pesticides Act* was enacted with the intention to allow municipalities to adopt by-laws of this nature. In this regard, Kennedy J. cited ss. 102 and 105 to 107 of the *Pesticides Act*, which envision the creation of a Pesticide Management Code allowing the provincial government to restrict or prohibit pesticides. Section 102 of that Act states that the provisions of the Code are to take precedence over inconsistent by-laws. Yet, given that the Code had yet to come into force, nothing prohibited municipalities from regulating

Règlement sur les produits antiparasitaires, C.R.C. 1978, ch. 1253

45. (1) Il est interdit d'utiliser un produit antiparasitaire d'une manière qui ne correspond pas au mode d'emploi, ni aux limitations figurant sur le label.

(2) Il est interdit d'utiliser un produit antiparasitaire importé par un utilisateur pour son propre usage d'une manière qui ne correspond pas aux conditions énoncées sur la déclaration de l'importateur visant ledit produit.

(3) Il est interdit d'utiliser un produit antiparasitaire exempté de l'enregistrement en vertu de l'alinéa 5*a*) pour une autre fin que la fabrication d'un produit antiparasitaire enregistré.

III. Les jugements

A. *Cour supérieure* (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224

10 Le juge Kennedy conclut que les règlements sont présumés valides et légaux. À son avis, les règlements 248 et 270 ont été adoptés en vertu de l'art. 410 *L.C.V.*, de sorte que leur entrée en vigueur ne nécessite pas l'approbation du ministre. Ils portent tous deux sur les pesticides et non pas sur les substances toxiques; vu que les « pesticides » ne sont pas visés par le par. 412(32), l'approbation du ministre n'est pas requise. Selon le juge Kennedy, la Ville, face à une situation où la santé et l'environnement sont en jeu, a agi dans l'intérêt public en adoptant les règlements en question. Elle pouvait donc se fonder sur le par. 410(1) *L.C.V.* en tant que disposition législative l'habilitant à adopter ces règlements.

11 Le juge Kennedy examine ensuite les dispositions de la *Loi sur les pesticides* pour déterminer si les règlements vont à l'encontre de cette loi provinciale. À son avis, l'adoption de la *Loi sur les pesticides* vise clairement à permettre aux municipalités d'adopter des règlements de cette nature. À cet égard, le juge Kennedy cite les art. 102 et 105 à 107 de la *Loi sur les pesticides*, qui prévoient la création d'un Code de gestion des pesticides permettant au gouvernement provincial de restreindre ou d'interdire l'utilisation des pesticides. Selon l'article 102 de cette loi, les dispositions du Code prévalent sur tout règlement inconciliable. Toutefois, étant donné que le Code n'était pas encore en

pesticide use in the interim. Kennedy J. thus concluded that there was no conflict between the by-laws and provincial or federal legislation.

vigueur, rien n'empêchait les municipalités de réglementer entre-temps l'utilisation des pesticides. Le juge Kennedy conclut donc qu'il n'y a aucun conflit entre les règlements et la législation provinciale ou fédérale.

B. *Court of Appeal*, [1998] Q.J. No. 2546 (QL)

B. *Cour d'appel*, [1998] A.Q. nº 2546 (QL)

12 Before the Court of Appeal, the Town conceded that By-law 248 was inoperative. Thus, only By-law 270 was at issue. The appellants challenged Kennedy J.'s ruling on two grounds. First, they argued that By-law 270 was inoperative given that it was incompatible with the *Pesticides Act*. Second, the appellants contended that since the regulation of toxic substances was covered by s. 412(32) *C.T.A.*, Kennedy J. erred in finding that the by-law was enacted under s. 410(1) *C.T.A.* While the latter provision allows a municipality to enact by-laws considered necessary for public health and welfare, s. 412(32) *C.T.A.* is concerned with "toxic" materials, and states that by-laws addressing this subject matter require approval from the Minister of the Environment. Given that the Town did not obtain such approval when it enacted By-law 270, the appellants argued that the by-law was invalid.

Devant la Cour d'appel, la Ville admet que le règlement 248 est inopérant. En conséquence, seul le règlement 270 est ici en cause. Les appelantes contestent la décision du juge Kennedy pour deux motifs. Premièrement, elles font valoir que le règlement 270 est inopérant du fait de son incompatibilité avec la *Loi sur les pesticides*. Deuxièmement, elles soutiennent que, la réglementation des substances toxiques étant visée par le par. 412(32) *L.C.V.*, le juge Kennedy a commis une erreur en concluant que le règlement avait été adopté en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* Même si cette dernière disposition autorise une municipalité à adopter les règlements jugés nécessaires pour la santé et le bien-être publics, le par. 412(32) *L.C.V.*, qui porte sur les matières « toxiques », prévoit que les règlements en cette matière doivent être approuvés par le ministre de l'Environnement. Les appelantes soutiennent que, la Ville n'ayant pas obtenu l'approbation requise lorsque le règlement 270 fut adopté, celui-ci est en conséquence invalide.

13 The Court of Appeal, *per* Delisle J.A., accepted the Town's position that By-law 270 was enacted under s. 410(1) *C.T.A.* In reaching this conclusion, the court noted that By-law 270 repeated the definition of "pesticide" that is found in the *Pesticides Act*. This definition makes no reference to terms used in s. 412(32) or to toxicity. Moreover, the *C.T.A.* itself does not discuss whether pesticides are "toxic . . . materials", nor does it require ministerial approval for regulations relating to pesticides. No evidence was submitted concerning the toxic character of pesticides. The Court of Appeal also held that By-law 270 furthered the objectives set out in s. 410(1) *C.T.A.* It reiterated the statements of Kennedy J. that by-laws are presumed to be valid and legal and that there is a presumption that legislators act in good faith and in the public interest. It found that s. 410(1) is a very general

Le juge Delisle, au nom de la Cour d'appel, accepte la position de la Ville selon laquelle le règlement 270 a été adopté en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* En tirant cette conclusion, la cour souligne que le règlement 270 reprend la définition de « pesticide » dans la *Loi sur les pesticides*. Cette définition ne réfère aucunement aux termes utilisés au par. 412(32) ni à la toxicité. De plus, la *L.C.V.* elle-même ne précise pas si les pesticides sont des « matières [. . .] toxiques » et elle n'exige pas non plus l'approbation du ministre pour les règlements visant les pesticides. Aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet de la toxicité des pesticides. La Cour d'appel conclut aussi que le règlement 270 facilite la réalisation des objectifs énoncés au par. 410(1) *L.C.V.* La cour réitère les déclarations du juge Kennedy voulant que les règlements sont présumés valides et légaux et qu'il existe une pré-

enabling clause and must receive a liberal interpretation.

The court agreed with Kennedy J.'s finding that the by-law was enacted by the Town in the public interest and in response to health concerns expressed by residents. The court noted that these concerns were recorded in the Town Council's meeting minutes and manifested themselves in letters to Council, as well as a petition with more than 300 signatures. Moreover, the Court of Appeal recognized that s. 410 *C.T.A.* describes when a municipality may not act under its general governance powers. By-laws on subjects contemplated in the *Pesticides Act* were not included in this list of unauthorized areas of regulation. The appellants argued that s. 410(1) does not permit the Town to ban pesticides. The Court of Appeal held that an absolute ban would be forbidden, but that the by-law does not impose an absolute ban.

The Court of Appeal then examined whether By-law 270 was in conflict with the *Pesticides Act* and thus inoperative. It found that s. 102 of the *Pesticides Act* — which states that the Pesticide Management Code and all regulations of the *Pesticides Act* take precedence over any incompatible municipal by-law — contemplated municipal regulation of pesticide use. The court also commented that the revised version of s. 102, as well as ss. 105 to 107 regarding the Pesticide Management Code, had yet to be enacted. As a result, it held that, as opposed to a real conflict, a potential future incompatibility between the by-law and the Code did not suffice to render the by-law inoperative.

Finally, the Court of Appeal noted that, although not yet in force, the revised version of s. 102 of the *Pesticides Act* allows municipalities to adopt by-laws concerning pesticides, so long as these are not incompatible with the Pesticide Management Code. At the same time, even if such incompatibil-

somption que le législateur agit de bonne foi et dans l'intérêt public. Elle juge que le par. 410(1) est une clause habilitante très générale qui doit recevoir une interprétation libérale.

14 La Cour d'appel partage l'avis du juge Kennedy, selon lequel la Ville a adopté le règlement dans l'intérêt public en réponse aux craintes liées à la santé exprimées par les résidants. Elle souligne que ces craintes ont été consignées dans les procès-verbaux du conseil municipal et qu'elles se sont manifestées par des lettres au conseil de même que par une pétition portant plus de 300 signatures. De plus, la cour reconnaît que l'art. 410 *L.C.V.* précise les cas où une municipalité ne peut pas agir en vertu de son pouvoir général de gestion des affaires publiques. Les règlements portant sur des matières visées par la *Loi sur les pesticides* ne figurent pas parmi les domaines de réglementation interdits. Les appelantes soutiennent que le par. 410(1) n'autorise pas la Ville à interdire les pesticides. La Cour d'appel conclut qu'une interdiction absolue serait interdite, mais que le règlement en question n'impose pas une telle interdiction.

15 La Cour d'appel examine ensuite la question de savoir si le règlement 270 entre en conflit avec la *Loi sur les pesticides* et s'il est en conséquence inopérant. Selon la cour, l'art. 102 de la *Loi sur les pesticides* — qui prévoit que le Code de gestion des pesticides et les règlements d'application de la *Loi sur les pesticides* prévalent sur tout règlement municipal incompatible — vise la réglementation par les municipalités de l'utilisation des pesticides. La cour fait aussi remarquer que la version modifiée de l'art. 102, de même que les art. 105 à 107 relatifs au Code de gestion des pesticides, n'étaient pas encore en vigueur. Elle conclut donc que, contrairement à un conflit réel, une éventuelle incompatibilité entre le règlement et le Code ne suffit pas pour rendre le règlement inopérant.

16 Enfin, la Cour d'appel souligne que, même si la nouvelle version de l'art. 102 de la *Loi sur les pesticides* n'était pas encore en vigueur, elle permettait aux municipalités d'adopter des règlements sur les pesticides dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec le Code de gestion des pesti-

ity arises, the by-laws can continue to be operative if they relate to landscaping activities, or if they aim to prevent or reduce injury or damage to people, animals, the environment or property. As such, this new regime would enable municipalities to enact by-laws that are more restrictive than the provisions set out in the provincial Pesticide Management Code. Based on these reasons, the Court of Appeal dismissed the appeal, holding that By-law 270 was validly enacted and operative.

IV. Issues

17 There are two issues raised by this appeal:

(1) Did the Town have the statutory authority to enact By-law 270?

(2) Even if the Town had authority to enact it, was By-law 270 rendered inoperative because of a conflict with federal or provincial legislation?

V. Analysis

A. *Did the Town Have the Statutory Authority to Enact By-law 270?*

18 In *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668, this Court recognized "the principle that, as statutory bodies, municipalities 'may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation' (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), at p. 115)". Included in this authority are "general welfare" powers, conferred by provisions in provincial enabling legislation, on which municipalities can draw. As I. M. Rogers points out, "the legislature cannot possibly foresee all the powers that are necessary to the statutory equipment of its creatures.... Undoubtedly the inclusion of 'general welfare' provisions was intended to circumvent, to some extent, the effect of the doctrine of *ultra vires* which puts the municipalities in the position of having to point to an express

cides. Par ailleurs, même en cas d'incompatibilité, les règlements continuent de s'appliquer s'ils ont trait à l'aménagement paysager ou s'ils visent à prévenir ou à réduire les blessures causées aux personnes ou aux animaux ou les dommages causés à l'environnement ou à la propriété. Ainsi, ce nouveau régime permettrait aux municipalités d'adopter des règlements plus restrictifs que le Code de gestion des pesticides de la province. Pour ces motifs, la Cour d'appel rejette le pourvoi, concluant que le règlement 270 a été valablement adopté et qu'il s'applique.

IV. Les questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions :

1) La Ville avait-elle le pouvoir légal d'adopter le règlement 270?

2) Dans l'hypothèse où la Ville avait le pouvoir de l'adopter, le règlement 270 a-t-il été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale?

V. Analyse

A. *La Ville avait-elle le pouvoir légal d'adopter le règlement 270?*

Dans l'arrêt *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, p. 668, notre Cour reconnaît que le « principe selon lequel, en tant qu'organismes créés par la loi, les municipalités [TRADUCTION] "peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme" (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), à la p. 115) ». Y sont inclus les pouvoirs en matière de « bien-être général » conférés par la loi provinciale habilitante, sur laquelle les municipalités peuvent se fonder. Comme le souligne I. M. Rogers, [TRADUCTION] « la législature ne peut pas prévoir tous les pouvoirs de réglementation nécessaires à ses créatures [...] Sans doute, l'inclusion de dispositions en matière de "bien-être général" visait à contourner dans une certaine mesure l'effet de la

grant of authority to justify each corporate act" (*The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), Cum. Supp. to vol. 1, at p. 367).

Section 410 *C.T.A.* is an example of such a general welfare provision and supplements the specific grants of power in s. 412. More open-ended or "omnibus" provisions such as s. 410 allow municipalities to respond expeditiously to new challenges facing local communities, without requiring amendment of the provincial enabling legislation. There are analogous provisions in other provinces' and territories' municipal enabling legislation: see *Municipal Government Act*, S.A. 1994, c. M-26.1, ss. 3(*c*) and 7; *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323, s. 249; *Municipal Act*, S.M. 1996, c. 58, C.C.S.M. c. M225, ss. 232 and 233; *Municipalities Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-22, s. 190(2), First Schedule; *Municipal Government* Act, S.N.S. 1998, c. 18, s. 172; *Cities, Towns and Villages Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-8, ss. 54 and 102; *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 102; *Municipal Act*, R.S.Y. 1986, c. 119, s. 271.

While enabling provisions that allow municipalities to regulate for the "general welfare" within their territory authorize the enactment of by-laws genuinely aimed at furthering goals such as public health and safety, it is important to keep in mind that such open-ended provisions do not confer an unlimited power. Rather, courts faced with an impugned by-law enacted under an "omnibus" provision such as s. 410 *C.T.A.* must be vigilant in scrutinizing the true purpose of the by-law. In this way, a municipality will not be permitted to invoke the implicit power granted under a "general welfare" provision as a basis for enacting by-laws that are in fact related to ulterior objectives, whether mischievous or not. As a Justice of the Ontario Divisional Court, Cory J. commented instructively on this subject in *Re Weir and The*

théorie de l'excès de pouvoir qui oblige les municipalités à invoquer une attribution expresse de pouvoir pour justifier chaque acte qu'elles accomplissent » (*The Law of Canadian Municipal Corporations* (2e éd. (feuilles mobiles)), suppl. cum. du vol. 1, p. 367).

19 L'article 410 *L.C.V.* constitue un exemple d'une telle disposition générale de bien-être et il ajoute aux pouvoirs spécifiques conférés par l'art. 412. Les dispositions moins limitatives ou « omnibus », tel l'art. 410, permettent aux municipalités de relever rapidement les nouveaux défis auxquels font face les collectivités locales sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi provinciale habilitante. Les lois habilitantes des autres provinces et des territoires qui autorisent l'adoption de règlements municipaux contiennent des dispositions analogues: voir *Municipal Government Act*, S.A. 1994, ch. M-26.1, al. 3*c*) et art. 7; *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 249; *Loi sur les municipalités*, L.M. 1996, ch. 58, C.P.L.M., ch. M225, art. 232-233; *Loi sur les municipalités*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-22, par. 190(2), annexe I; *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, ch. 18, art. 172; *Loi sur les cités, villes et villages*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. C-8, art. 54 et 102; *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 102; *Loi municipale*, L.R.Y. 1986, ch. 119, art. 271.

20 Bien que les dispositions habilitantes permettant aux municipalités de réglementer pour le « bien-être général » sur leur territoire autorisent l'adoption de règlements visant véritablement à faciliter la réalisation d'objectifs telles la santé et la sécurité publiques, il importe de garder à l'esprit le fait que ces dispositions non limitatives ne confèrent pas un pouvoir illimité. Les tribunaux saisis d'un règlement contesté adopté en vertu d'une disposition « omnibus » comme l'art. 410 *L.C.V.* doivent plutôt être vigilants lorsqu'ils cherchent à déterminer le but véritable du règlement. Ainsi, une municipalité ne pourra pas invoquer le pouvoir implicite conféré par une disposition de « bien-être général » pour adopter des règlements qui sont en fait liés à des objectifs inavoués, que ceux-ci soient ou non malicieux. Lorsqu'il était juge à la Cour division-

Queen (1979), 26 O.R. (2d) 326 (Div. Ct.), at p. 334. Although he found that the City of Toronto's power to regulate matters pertaining to health, safety and general welfare (conferred by the *Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284, s. 242) empowered it to pass a by-law regulating smoking in public retail shops, Cory J. also made the following remark about the enabling provision: "There is no doubt that a by-law passed pursuant to the provisions of s. 242 must be approached with caution. If such were not the case, the municipality could be deemed to be empowered to legislate in a most sweeping manner."

naire de l'Ontario, le juge Cory a fait des commentaires instructifs sur ce sujet dans l'affaire *Re Weir and The Queen* (1979), 26 O.R. (2d) 326 (C. div.), p. 334. Même s'il a conclu que le pouvoir de réglementation de la ville de Toronto en matière de santé, de sécurité et de bien-être général (conféré par la *Municipal Act*, R.S.O. 1970, ch. 284, art. 242) lui permettait d'adopter un règlement sur l'usage du tabac dans les commerces de détail, le juge Cory a aussi fait la remarque suivante au sujet de la disposition habilitante : [TRADUCTION] « Il ne fait aucun doute qu'un règlement adopté en vertu de l'art. 242 doit être examiné avec prudence. Sinon, la municipalité pourrait être réputée avoir un pouvoir de réglementation extrêmement étendu. »

21 Within this framework, I turn now to the specifics of the appeal. As a preliminary matter, I agree with the courts below that By-law 270 was not enacted under s. 412(32) *C.T.A.* This provision authorizes councils to "make by-laws: To regulate or prohibit the storage and use of gun-powder, dry pitch, resin, coal oil, benzine, naphtha, gasoline, turpentine, gun-cotton, nitro-glycerine, and other combustible, explosive, corrosive, toxic or radioactive or other materials that are harmful to public health or safety, in the territory of the municipality or within 1 km therefrom" (emphasis added). In replicating the definition of "pesticides" found in the provincial *Pesticides Act*, By-law 270 avoids falling under the ambit of s. 412(32). There is no equation of pesticides and "toxic . . . materials" either in the terms of the by-law or in any evidence presented during this litigation. The provincial government did not consider By-law 270 to fall under s. 412(32): see letter of July 5, 1991 from the Deputy Minister of the Environment. As Y. Duplessis and J. Hétu state in *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement* (2nd ed. 1994), at p. 110,

C'est sur cette toile de fond que j'aborde maintenant les questions spécifiques soulevées par ce pourvoi. Tout d'abord, je suis d'accord avec les cours d'instance inférieure que le règlement 270 n'a pas été adopté en vertu du par. 412(32) *L.C.V.* Cette disposition autorise les conseils à « faire des règlements: Pour réglementer ou défendre l'emmagasinage et l'usage de poudre, poix sèche, résine, pétrole, benzine, naphte, gazoline, térébenthine, fulmicoton, nitroglycérine, ainsi que d'autres matières combustibles, explosives, corrosives, toxiques, radioactives ou autrement dangereuses pour la santé ou la sécurité publiques, sur le territoire de la municipalité ou dans un rayon de 1 km à l'extérieur de ce territoire » (je souligne). Reprenant la définition de « pesticide » dans la *Loi sur les pesticides* de la province, le règlement 270 évite de tomber sous l'égide du par. 412(32). Le texte du règlement et la preuve présentée au cours du présent litige n'assimilent pas les pesticides aux « matières [. . .] toxiques ». Selon le gouvernement provincial, le règlement 270 ne relève pas du par. 412(32) : voir la lettre du 5 juillet 1991 du sous-ministre de l'Environnement. Comme le disent Y. Duplessis et J. Hétu dans *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement* (2e éd. 1994), p. 110 :

[TRANSLATION] . . . these subsections concerning "corrosive, toxic or radioactive materials" in no way limit the other more general powers granted to municipalities that

. . . ces paragraphes relatifs aux « matières corrosives, toxiques, radioactives » ne viennent aucunement limiter les autres pouvoirs plus généraux confiés aux munici-

could justify municipal intervention in relation to pesticides.

As a result, since there is no specific provision in the provincial enabling legislation referring to pesticides, the by-law must fall within the purview of s. 410(1) *C.T.A.* The party challenging a by-law's validity bears the burden of proving that it is *ultra vires*: see *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234, at p. 239, and *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, at p. 395.

The conclusion that By-law 270 does not fall within the purview of s. 412(32) *C.T.A.* distinguishes this appeal from *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674. In that case, various express provisions of the provincial enabling legislation at issue covered the regulation of Toronto sidewalks. The appellant was therefore trying to expand the ambit of these specific authorizations by recourse to the "omnibus" provision in Ontario's *Municipal Act*. Moreover, that provision, s. 102, stated that "[e]very council may pass such by-laws and make such regulations for the health, safety, morality and welfare of the inhabitants of the municipality in matters not specifically provided for by this Act as may be deemed expedient and are not contrary to law . . . ." (emphasis added). The Court thus held in *Greenbaum*, at p. 693, that "[t]hese express powers are . . . taken out of any power included in the general grant of power". Since the *C.T.A.* contains no such specific provisions concerning pesticides (nor a clause limiting its purview to matters not specifically provided for in the Act) the "general welfare" provision of the *C.T.A.*, s. 410(1), is not limited in this fashion.

Section 410(1) *C.T.A.* provides that councils may make by-laws:

(1) To secure peace, order, good government, health and general welfare in the territory of the municipality, provided such by-laws are not contrary to the laws of

paux [*sic*] et pouvant justifier une intervention municipale dans le domaine des pesticides.

Par conséquent, étant donné qu'aucune disposition particulière de la loi provinciale habilitante ne mentionne les pesticides, le règlement doit tomber dans le champ d'application du par. 410(1) *L.C.V.* Il incombe à la partie qui conteste la validité d'un règlement de prouver qu'il est *ultra vires* : voir *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234, p. 239, et *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, p. 395.

22 La conclusion selon laquelle le règlement 270 n'est pas visé par le par. 412(32) *L.C.V.* établit une distinction entre le présent pourvoi et l'affaire *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674. Dans cette affaire, différentes dispositions expresses de la loi provinciale habilitante en cause portaient sur la réglementation des trottoirs de Toronto. L'appelante tentait donc d'élargir la portée de ces autorisations spécifiques au moyen de la disposition « omnibus » de la *Loi sur les municipalités* de l'Ontario. De plus, cette disposition, soit l'art. 102, prévoit que « [l]e conseil peut adopter les règlements municipaux, ainsi que les règlements qui ne sont pas contraires à la loi, qui sont réputés pertinents, et qui portent sur la santé, la sécurité, la moralité et le bien-être des habitants de la municipalité, au sujet de questions qui ne sont pas expressément prévues par la présente loi . . . » (je souligne). Notre Cour a en conséquence conclu dans *Greenbaum*, p. 693, que [TRADUCTION] « [c]es pouvoirs explicites sont [. . .] soustraits de ceux qui sont compris dans le pouvoir général ». Étant donné que la *L.C.V.* ne contient aucune disposition particulière de ce genre au sujet des pesticides (et aucune disposition qui en limite la portée aux matières non expressément prévues par la loi), la disposition en matière de « bien-être général » de la *L.C.V.*, soit le par. 410(1), n'est pas ainsi limitée.

23 Le paragraphe 410(1) *L.C.V.* prévoit que les conseils peuvent faire des règlements :

1° Pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité, pourvu que ces règlements ne soient pas

Canada, or of Québec, nor inconsistent with any special provision of this Act or of the charter.

In *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 36, this Court quoted with approval the following statement by McLachlin J. (as she then was) in *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at p. 244:

> Recent commentary suggests an emerging consensus that courts must respect the responsibility of elected municipal bodies to serve the people who elected them and exercise caution to avoid substituting their views of what is best for the citizens for those of municipal councils. Barring clear demonstration that a municipal decision was beyond its powers, courts should not so hold. In cases where powers are not expressly conferred but may be implied, courts must be prepared to adopt the "benevolent construction" which this Court referred to in *Greenbaum*, and confer the powers by reasonable implication. Whatever rules of construction are applied, they must not be used to usurp the legitimate role of municipal bodies as community representatives. [Emphasis added.]

24 The appellants argue that By-law 270 imposes an impermissible absolute ban on pesticide use. They focus on s. 2 of the by-law, which states that: "The spreading and use of a pesticide is prohibited throughout the territory of the Town." In my view, the by-law read as a whole does not impose such a prohibition. By-law 270's ss. 3 to 6 state locations and situations for pesticide use. As one commentary notes, "by-laws like Hudson's typically target non-essential uses of pesticides. That is, it is not a total prohibition, but rather permits the use of pesticides in certain situations where the use of pesticides is not purely an aesthetic pursuit (e.g. for the production of crops)": Swaigen, *supra*, at p. 178.

contraires aux lois du Canada ou du Québec, ni incompatibles avec quelque disposition spéciale de la présente loi ou de la charte.

Dans *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 36, notre Cour cite avec approbation l'énoncé suivant du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 244 :

> Il ressort d'un commentaire récent que l'on commence à s'accorder pour dire que les tribunaux doivent respecter la responsabilité qu'ont les conseils municipaux élus de servir leurs électeurs et de prendre garde de substituer à l'opinion de ces conseils leur propre avis quant à ce qui est dans le meilleur intérêt des citoyens. À moins qu'il ne soit clairement démontré qu'une municipalité a excédé ses pouvoirs en prenant une décision donnée, les tribunaux ne devraient pas conclure qu'il en est ainsi. Dans les cas où il n'y a pas d'attribution expresse de pouvoirs, mais où ceux-ci peuvent être implicites, les tribunaux doivent se montrer prêts à adopter l'interprétation «bienveillante» évoquée par notre Cour dans l'arrêt *Greenbaum* et à conférer les pouvoirs par déduction raisonnable. Quelles que soient les règles d'interprétation appliquées, elles ne doivent pas servir à usurper le rôle légitime de représentants de la collectivité que jouent les conseils municipaux. [Je souligne.]

Les appelantes prétendent que le règlement 270 impose une interdiction absolue non permise relativement à l'utilisation de pesticides. Elles mettent l'accent sur l'art. 2 du règlement : « L'épandage et l'utilisation de tout pesticide est interdit partout sur le territoire de la Ville. » Selon moi, le règlement, interprété dans son ensemble, n'impose pas une telle interdiction. Les articles 3 à 6 du règlement 270 indiquent les lieux et les cas où l'utilisation de pesticides est permise. Comme le souligne Swaigen, *loc. cit.*, p. 178 : [TRADUCTION] « les règlements comme celui de Hudson visent généralement les usages non essentiels de pesticides. C'est-à-dire qu'ils ne prévoient pas une interdiction totale, mais permettent plutôt l'usage de pesticides dans certains cas où cet usage n'a pas un but purement esthétique (p. ex. pour la production de récoltes) ».

The appellants further submit that the province's adoption in 1997 of s. 463.1 *C.T.A.*, which states that a municipality may get permission to introduce pesticides onto private property, indicates, by virtue of the principle of *expressio unius est exclusio alterius* (express mention of one is the exclusion of the other), that the province did not intend to allow municipal regulation of pesticides. I find this argument to be without merit, since, even if this subsequent enactment were considered to instantiate prior legislative intent, there is absolutely no implication in s. 463.1 *C.T.A.*, a permissive provision, that it is meant to exhaust municipalities' freedom of action concerning pesticides.

Les appelantes soutiennent, en outre, que l'adoption par la province en 1997 de l'art. 463.1 *L.C.V.*, selon lequel une municipalité peut obtenir la permission d'épandre des pesticides sur une propriété privée, indique, d'après le principe *expressio unius est exclusio alterius* (la mention explicite de l'un signifie l'exclusion de l'autre), que la province n'avait pas l'intention de permettre la réglementation des pesticides par les municipalités. J'estime cet argument mal fondé, car, même si l'on considère que l'adoption ultérieure de cette disposition confirme l'intention antérieure du législateur, absolument rien dans l'art. 463.1 *L.C.V.*, une disposition permissive, ne vise à retirer aux municipalités leur liberté d'action en ce qui a trait aux pesticides. 25

In *Shell*, *supra*, at pp. 276-77, Sopinka J. for the majority quoted the following with approval from Rogers, *supra*, § 64.1:

> In approaching a problem of construing a municipal enactment a court should endeavour firstly to interpret it so that the powers sought to be exercised are in consonance with the purposes of the corporation. The provision at hand should be construed with reference to the object of the municipality: to render services to a group of persons in a locality with a view to advancing their health, welfare, safety and good government.

Dans l'arrêt *Shell*, précité, p. 276-277, le juge Sopinka, au nom de la majorité, cite avec approbation l'extrait suivant tiré de l'ouvrage de Rogers, *op. cit.*, § 64.1 : 26

> [TRADUCTION] Devant un problème d'interprétation d'une résolution ou d'un règlement adopté par une municipalité, les tribunaux doivent s'efforcer en premier lieu de donner une interprétation qui harmonise les pouvoirs que l'on cherche à exercer avec les objectifs de la municipalité. La disposition en cause devrait s'interpréter en fonction de l'objectif de la municipalité : fournir des services à un groupe de personnes, dans une localité, en vue d'en améliorer la santé, le bien-être, la sécurité et le bon gouvernement;

In that case, Sopinka J. enunciated the test of whether the municipal enactment was "passed for a municipal purpose". Provisions such as s. 410(1) *C.T.A.*, while benefiting from the generosity of interpretation discussed in *Nanaimo*, *supra*, must have a reasonable connection to the municipality's permissible objectives. As stated in *Greenbaum*, *supra*, at p. 689: "municipal by-laws are to be read to fit within the parameters of the empowering provincial statute where the by-laws are susceptible to more than one interpretation. However, courts must be vigilant in ensuring that municipalities do not impinge upon the civil or common law rights of citizens in passing *ultra vires* by-laws".

Dans cet arrêt, le juge Sopinka énonce le critère applicable afin de déterminer si le règlement municipal a été « adopt[é] à des fins municipales ». Même si elles bénéficient de l'interprétation large mentionnée dans *Nanaimo*, précité, les dispositions tel le par. 410(1) *L.C.V.* doivent être raisonnablement liées aux objectifs municipaux permis. Comme le mentionne l'arrêt *Greenbaum*, précité, p. 689 : « lorsqu'ils sont susceptibles de recevoir plus d'une interprétation, les règlements municipaux doivent être interprétés de manière à respecter les paramètres de la loi provinciale habilitante. Toutefois, les tribunaux doivent veiller à ce que les municipalités n'empiètent pas sur les droits civils ou de common law des citoyens en adoptant des règlements *ultra vires* ».

27 Whereas in *Shell*, the enactments' purpose was found to be "to affect matters beyond the boundaries of the City without any identifiable benefit to its inhabitants" (p. 280), that is not the case here. The Town's By-law 270 responded to concerns of its residents about alleged health risks caused by non-essential uses of pesticides within Town limits. Unlike *Shell*, in which the Court felt bound by the municipal enactments' "detailed recital of . . . purposes" (p. 277), the by-law at issue requires what Sopinka J. called the reading in of an implicit purpose. Based on the distinction between essential and non-essential uses of pesticides, it is reasonable to conclude that the Town by-law's purpose is to minimize the use of allegedly harmful pesticides in order to promote the health of its inhabitants. This purpose falls squarely within the "health" component of s. 410(1). As R. Sullivan appositely explains in a hypothetical example illustrating the purposive approach to statutory interpretation:

> Suppose, for example, that a municipality passed a by-law prohibiting the use of chemical pesticides on residential lawns. With no additional information, one might well conclude that the purpose of this by-law was to protect persons from health hazards contained in the chemical spray. This inference would be based on empirical beliefs about the harms chemical pesticides can cause and the risks of exposure created by their use on residential lawns. It would also be based on assumptions about the relative value of grass, insects and persons in society and the desirability of possible consequences of the by-law, such as putting people out of work, restricting the free use of property, interfering with the conduct of businesses and the like. These assumptions make it implausible to suppose that the municipal council was trying to promote the spread of plant-destroying insects or to put chemical workers out of work, but plausible to suppose that it was trying to suppress a health hazard.

Alors que, dans l'arrêt *Shell*, les règlements adoptés ont été jugés avoir « pour objet d'exercer une influence à l'extérieur des limites de la ville et ne comport[a]nt aucun bénéfice précis pour ses citoyens » (p. 280), tel n'est pas le cas ici. Le règlement 270 de la Ville répondait aux craintes de ses résidants au sujet des risques que pourrait présenter pour la santé l'usage non essentiel de pesticides dans les limites de la Ville. Contrairement à la situation dans *Shell*, où notre Cour s'est sentie liée par « l'énumération détaillée des objets » (p. 277) des règlements municipaux, le règlement en cause exige ce que le juge Sopinka a recommandé de faire, soit de lui prêter un objectif implicite. Selon la distinction entre l'usage essentiel et l'usage non essentiel des pesticides, il est raisonnable de conclure que le règlement de la Ville a pour objet de minimiser l'utilisation de pesticides qui seraient nocifs afin de protéger la santé de ses habitants. Cet objet relève directement de l'aspect « santé » du par. 410(1). Comme R. Sullivan l'explique pertinemment dans un exemple hypothétique illustrant l'interprétation téléologique des lois :

> [TRADUCTION] Supposons, par exemple, qu'une municipalité adopte un règlement interdisant l'utilisation de pesticides chimiques sur les pelouses résidentielles. Sans autre renseignement, on pourrait bien conclure que le règlement avait pour objet la protection contre les risques pour la santé que présente la vaporisation de produits chimiques. Cette conclusion serait fondée sur des croyances empiriques au sujet des problèmes que les pesticides chimiques peuvent causer et des risques d'exposition créés par leur utilisation sur des pelouses résidentielles. Elle serait également fondée sur des présomptions au sujet de la valeur relative de l'herbe, des insectes et des personnes dans la société ainsi qu'au sujet du caractère souhaitable des conséquences possibles du règlement, comme le fait de causer des pertes d'emploi, de restreindre la liberté d'utilisation de la propriété, de s'ingérer dans l'exploitation des entreprises et les autres conséquences semblables. Ces présomptions font en sorte qu'il n'est pas plausible de supposer que le conseil municipal tentait de favoriser la propagation des insectes qui détruisent les plantes ou de causer la mise à pied de travailleurs du domaine des produits chimiques, mais qu'il est plausible de supposer qu'il tentait d'éliminer un risque pour la santé.

(*Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 53)

Kennedy J. correctly found (at pp. 230-31) that the Town Council, "faced with a situation involving health and the environment", "was addressing a need of their community." In this manner, the municipality is attempting to fulfill its role as what the Ontario Court of Appeal has called a "trustee of the environment" (*Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255, at p. 257).

The appellants claim that By-law 270 is discriminatory and therefore *ultra vires* because of what they identify as impermissible distinctions that affect their commercial activities. There is no specific authority in the *C.T.A.* for these distinctions. Writing for the Court in *Sharma*, *supra*, at p. 668, Iacobucci J. stated the principle that:

> ... in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, this Court recognized that discrimination in the municipal law sense was no more permissible between than within classes (at pp. 405-6). Further, the general reasonableness or rationality of the distinction is not at issue: discrimination can only occur where the enabling legislation specifically so provides or where the discrimination is a necessary incident to exercising the power delegated by the province (*Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, at pp. 404-6). [Emphasis added.]

See also *Shell*, *supra*, at p. 282; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, at p. 413.

Without drawing distinctions, By-law 270 could not achieve its permissible goal of aiming to improve the health of the Town's inhabitants by banning non-essential pesticide use. If all pesticide uses and users were treated alike, the protection of health and welfare would be sub-optimal. For example, withdrawing the special status given to farmers under the by-law's s. 4 would work at cross-purposes with its salubrious intent. Section 4 thus justifiably furthers the objective of By-law 270. Having held that the Town can regulate the use of pesticides, I conclude that the distinctions

(*Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), p. 53)

Le juge Kennedy a conclu à bon droit (aux p. 230-231) que, [TRADUCTION] « devant une situation où la santé et l'environnement sont en jeu », le conseil municipal « voyait à un besoin de sa collectivité ». Ainsi, la municipalité tente d'exercer son rôle, qualifié par la Cour d'appel de l'Ontario de [TRADUCTION] « fiduciaire de l'environnement » (*Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255, p. 257).

28 Les appelantes font valoir que le règlement 270 est discriminatoire et en conséquence est *ultra vires* en raison de ce qu'elles identifient comme des distinctions non permises affectant leurs activités commerciales. La *L.C.V.* n'autorise pas explicitement de telles distinctions. S'exprimant au nom de la Cour dans *Sharma*, précité, p. 668, le juge Iacobucci énonce le principe suivant :

> ... dans l'arrêt *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, notre Cour a reconnu que la discrimination au sens du droit municipal n'était pas plus permise entre des catégories qu'au sein de catégories (aux pp. 405 et 406). En outre, le caractère raisonnable ou rationnel général de la distinction n'est pas en cause: il ne saurait y avoir de discrimination que si la loi habilitante le prévoit précisément ou si la discrimination est nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué par la province (*Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, aux pp. 404 à 406). [Je souligne.]

Voir également *Shell*, précité, p. 282; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, p. 413.

29 Sans faire ces distinctions, le règlement 270 ne pourrait pas atteindre l'objectif y autorisé, soit d'améliorer la santé des habitants de la Ville en interdisant l'usage non essentiel de pesticides. Si l'on traitait de façon similaire tous les usages et utilisateurs de pesticides, la protection de la santé et du bien-être ne serait pas optimale. Par exemple, le retrait du statut spécial que l'art. 4 du règlement confère aux fermiers irait à l'encontre de l'objectif de salubrité de ce règlement. L'article 4 facilite ainsi, et il est justifié de le faire, la réalisation de l'objectif visé par le règlement 270. Ayant conclu

impugned by the appellants for restricting their businesses are necessary incidents to the power delegated by the province under s. 410(1) *C.T.A.* They are "so absolutely necessary to the exercise of those powers that [authorization has] to be found in the enabling provisions, by necessary inference or implicit delegation"; *Arcade Amusements*, *supra*, at p. 414, quoted in *Greenbaum*, *supra*, at p. 695.

30 To conclude this section on statutory authority, I note that reading s. 410(1) to permit the Town to regulate pesticide use is consistent with principles of international law and policy. My reasons for the Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70, observed that "the values reflected in international human rights law may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review". As stated in *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at p. 330:

> [T]he legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred. [Emphasis added.]

31 The interpretation of By-law 270 contained in these reasons respects international law's "precautionary principle", which is defined as follows at para. 7 of the *Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development* (1990):

> In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for

que la Ville peut réglementer l'utilisation des pesticides, je juge que les distinctions contestées par les appelantes au motif qu'elles restreignent leurs activités commerciales sont des conséquences nécessaires à l'application du pouvoir délégué par la province en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* Elles sont « indispensable[s] à l'exercice de ces pouvoirs de telle sorte que [l'autorisation] doive [être] trouv[ée] dans ces dispositions habilitantes, par inférence nécessaire ou délégation implicite »; *Arcade Amusements*, précité, p. 414, cité dans *Greenbaum*, précité, p. 695.

En conclusion quant à cette partie relative au pouvoir conféré par la loi, je souligne qu'interpréter le par. 410(1) comme permettant à la Ville de réglementer l'utilisation des pesticides correspond aux principes de droit et de politique internationaux. Au nom de la Cour dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70, je note dans mon opinion que « [l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent [. . .] être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire ». Comme il est mentionné dans *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, p. 330 :

> [TRADUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [Je souligne.]

L'interprétation que je fais ici du règlement 270 respecte le « principe de précaution » du droit international, qui est défini ainsi au par. 7 de la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable* (1990) :

> Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne

postponing measures to prevent environmental degradation.

Canada "advocated inclusion of the precautionary principle" during the Bergen Conference negotiations (D. VanderZwaag, CEPA Issue Elaboration Paper No. 18, *CEPA and the Precautionary Principle/Approach* (1995), at p. 8). The principle is codified in several items of domestic legislation: see for example the *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, Preamble (para. 6); *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33, s. 2(1)(*a*); *Endangered Species Act*, S.N.S. 1998, c. 11, ss. 2(1)(*h*) and 11(1).

Scholars have documented the precautionary principle's inclusion "in virtually every recently adopted treaty and policy document related to the protection and preservation of the environment" (D. Freestone and E. Hey, "Origins and Development of the Precautionary Principle", in D. Freestone and E. Hey, eds., *The Precautionary Principle and International Law* (1996), at p. 41. As a result, there may be "currently sufficient state practice to allow a good argument that the precautionary principle is a principle of customary international law" (J. Cameron and J. Abouchar, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in *ibid.*, at p. 52). See also O. McIntyre and T. Mosedale, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law" (1997), 9 *J. Env. L.* 221, at p. 241 ("the precautionary principle has indeed crystallised into a norm of customary international law"). The Supreme Court of India considers the precautionary principle to be "part of the Customary International Law" (*A.P. Pollution Control Board v. Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53, at para. 27). See also *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India*, [1996] Supp. 5 S.C.R. 241. In the context of the precautionary principle's tenets, the Town's concerns about pesticides fit well under their rubric of preventive action.

devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement.

Le Canada « a préconisé l'inclusion du principe de précaution » au cours des négociations de la Conférence de Bergen (D. VanderZwaag, Examen de la LCPE : Document d'élaboration des enjeux 18, *La LCPE et le principe ou l'approche précaution* (1995), p. 11). Ce principe est intégré dans plusieurs dispositions de législation interne : voir par exemple la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, Préambule (par. 6); la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, al. 2(1)*a*); la *Endangered Species Act*, S.N.S. 1998, ch. 11, al. 2(1)(*h*) et par. 11(1).

32 Des auteurs ont démontré que le principe de précaution est repris [TRADUCTION] « dans pratiquement tous les traités et documents de politique récents en matière de protection et de préservation de l'environnement » (D. Freestone et E. Hey, « Origins and Development of the Precautionary Principle », dans D. Freestone et E. Hey, dir., *The Precautionary Principle and International Law* (1996), p. 41. Par conséquent, il y a peut-être [TRADUCTION] « actuellement suffisamment de pratiques de la part des États pour qu'il soit permis de prétendre de façon convaincante que le principe de précaution est un principe de droit international coutumier » (J. Cameron et J. Abouchar, « The Status of the Precautionary Principle in International Law », *ibid.*, p. 52). Voir également O. McIntyre et T. Mosedale, « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law » (1997), 9 *J. Env. L.* 221, p. 241 [TRADUCTION] (« le principe de précaution s'est vraiment cristallisé en une norme de droit international coutumier »). La Cour suprême de l'Inde considère le principe de précaution comme faisant [TRADUCTION] « partie du droit international coutumier » (*A.P. Pollution Control Board c. Nayudu*, 1999 S.O.L. Case No. 53, par. 27). Voir également *Vellore Citizens Welfare Forum c. Union of India*, [1996] Suppl. 5 S.C.R. 241. Dans le contexte des postulats du principe de précaution, les craintes de la Ville au sujet des pesticides s'inscrivent confortablement sous la rubrique de l'action préventive.

B. *Even if the Town Had Authority to Enact it, Was By-law 270 Rendered Inoperative Because of a Conflict with Federal or Provincial Legislation?*

33 This Court stated in *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 112, that *Oldman River*, *supra*, "made it clear that the environment is not, as such, a subject matter of legislation under the *Constitution Act, 1867*. As it was put there, 'the *Constitution Act, 1867* has not assigned the matter of "environment" *sui generis* to either the provinces or Parliament' (p. 63). Rather, it is a diffuse subject that cuts across many different areas of constitutional responsibility, some federal, some provincial (pp. 63-64)." As there is bijurisdictional responsibility for pesticide regulation, the appellants allege conflicts between By-law 270 and both federal and provincial legislation. These contentions will be examined in turn.

1. Federal Legislation

34 The appellants argue that ss. 4(1), 4(3) and 6(1)(*j*) of the *Pest Control Products Act* ("*PCPA*"), and s. 45 of the *Pest Control Products Regulations* allowed them to make use of the particular pesticide products they employed in their business practices. They allege a conflict between these legislative provisions and By-law 270. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 187, Dickson J. (as he then was) for the majority of the Court reviewed the "express contradiction test" of conflict between federal and provincial legislation. At p. 191, he explained that "there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says 'yes' and the other says 'no'; 'the same citizens are being told to do inconsistent things'; compliance with one is defiance of the other". See also *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at paras. 17 and 40; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121,

B. *Dans l'hypothèse où la Ville avait le pouvoir de l'adopter, le règlement 270 a-t-il été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale?*

Notre Cour a dit dans *Hydro-Québec*, précité, par. 112, que l'arrêt *Oldman River*, précité, « a précisé [. . .] que l'environnement n'est pas, comme tel, un domaine de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme il y est affirmé, "la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas conféré le domaine de 'l'environnement' comme tel aux provinces ou au Parlement" (p. 63). Il s'agit plutôt d'un sujet diffus qui touche plusieurs domaines différents de responsabilité constitutionnelle, dont certains sont fédéraux et d'autres provinciaux (pp. 63 et 64). » Étant donné qu'il existe une responsabilité bijuridictionnelle en matière de réglementation de pesticides, les appelantes allèguent que le règlement 270 entre en conflit tant avec la législation fédérale qu'avec la législation provinciale. Je discuterai de ces prétentions à tour de rôle.

1. La législation fédérale

Les appelantes prétendent que les par. 4(1) et 4(3) ainsi que l'al. 6(1)*j*) de la *Loi sur les produits antiparasitaires* (la « *LPAP* ») et l'art. 45 du *Règlement sur les produits antiparasitaires* leur permettaient d'utiliser les pesticides particuliers qu'elles employaient dans le cadre de leurs activités commerciales. Elles allèguent qu'il existe un conflit entre ces dispositions et le règlement 270. Dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 187, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la majorité de la Cour, examine le « critère du conflit explicite » entre la législation fédérale et la législation provinciale. À la page 191, il explique qu'« il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit "oui" et que l'autre dit "non"; "on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles"; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre ». Voir également *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 17 et 40; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S.

at p. 151. By-law 270, as a product of provincial enabling legislation, is subject to this test.

Federal legislation relating to pesticides extends to the regulation and authorization of their import, export, sale, manufacture, registration, packaging and labelling. The *PCPA* regulates which pesticides can be registered for manufacture and/or use in Canada. This legislation is permissive, rather than exhaustive, and there is no operational conflict with By-law 270. No one is placed in an impossible situation by the legal imperative of complying with both regulatory regimes. Analogies to motor vehicles or cigarettes that have been approved federally, but the use of which can nevertheless be restricted municipally, well illustrate this conclusion. There is, moreover, no concern in this case that application of By-law 270 displaces or frustrates "the legislative purpose of Parliament". See *Multiple Access*, *supra*, at p. 190; *Bank of Montreal*, *supra*, at pp. 151 and 154.

2. Provincial Legislation

Multiple Access also applies to the inquiry into whether there is a conflict between the by-law and provincial legislation, except for cases (unlike this one) in which the relevant provincial legislation specifies a different test. The *Multiple Access* test, namely "impossibility of dual compliance", see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (looseleaf ed.), vol. 1, at p. 16-13, was foreshadowed for provincial-municipal conflicts in *dicta* contained in this Court's decision in *Arcade Amusements*, *supra*, at p. 404. There, Beetz J. wrote that "otherwise valid provincial statutes which are directly contrary to federal statutes are rendered inoperative by that conflict. Only the same type of conflict with provincial statutes can make by-laws inoperative: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed., 1971, No. 63.16" (emphasis added).

121, p. 151. Découlant d'une loi provinciale habilitante, le règlement 270 est sujet à ce critère.

35 La législation fédérale relative aux pesticides s'étend à la réglementation et à l'autorisation de leur importation, de leur exportation, de leur vente, de leur fabrication, de leur agrément, de leur emballage et de leur étiquetage. La *LPAP* dicte quels pesticides peuvent être agréés à des fins de fabrication et/ou d'utilisation au Canada. Cette loi est permissive, et non pas exhaustive, de sorte qu'il n'y a aucun conflit opérationnel avec le règlement 270. Nul n'est placé dans la situation impossible d'avoir l'obligation légale de se conformer aux deux régimes de réglementation. L'analogie avec les véhicules automobiles et les cigarettes qui ont été approuvés au niveau fédéral mais dont l'usage peut toutefois être restreint au niveau municipal illustre bien cette conclusion. Il n'y a, en outre, aucune crainte en l'espèce que l'application du règlement 270 écarte ou déjoue « l'intention du Parlement ». Voir *Multiple Access*, précité, p. 190; *Banque de Montréal*, précité, p. 151 et 154.

2. La législation provinciale

36 L'arrêt *Multiple Access* s'applique également à l'examen de la question de savoir s'il y a conflit entre le règlement municipal et la législation provinciale, sauf dans les cas (différents de la présente affaire) où la loi provinciale pertinente spécifie un critère autre. La remarque incidente faite dans la décision rendue par notre Cour dans *Arcade Amusements*, précité, p. 404, présageait le critère de l'arrêt *Multiple Access*, à savoir [TRADUCTION] « l'impossibilité de se conformer aux deux textes », voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 16-13. Dans cette décision, le juge Beetz écrit que « des lois provinciales, valides par ailleurs, mais qui se heurtent directement à des lois fédérales, sont rendues inopérantes par suite de ce conflit. Seule la même sorte de conflit avec des lois provinciales peut rendre des règlements inopérants: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2e éd., 1971, nº 63.16 » (je souligne).

37 One of the competing tests to *Multiple Access* suggested in this litigation is based on *Attorney General for Ontario v. City of Mississauga* (1981), 15 M.P.L.R. 212 (Ont. C.A.). In that case, decided before *Multiple Access*, Morden J.A. saw "no objection to borrowing, in this field, relevant principles of accommodation which have been developed in cases involving alleged federal-provincial areas of conflict. In both fields great care is, and should be, taken before it is held that an otherwise properly enacted law is inoperative" (p. 232). He added, at p. 233, the important point that "a by-law is not void or ineffective merely because it 'enhances' the statutory scheme of regulation by imposing higher standards of control than those in the related statute. This is not conflict or incompatibility per se" (quoting *Township of Uxbridge v. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1975), 7 O.R. (2d) 484 (C.A.)). See also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 353 ("In some cases, the courts have held that the provincial statute does not imply full repeal of the municipal power. The municipality retains its authority as long as there is no conflict with provincial legislation. It may be more demanding than the province, but not less so").

L'un des critères opposés à celui de l'arrêt *Multiple Acesss* qui ont été proposés dans le présent litige est fondé sur l'arrêt *Attorney General for Ontario c. City of Mississauga* (1981), 15 M.P.L.R. 212 (C.A. Ont.). Dans cette décision rendue avant l'arrêt *Multiple Access*, le juge Morden de la Cour d'appel de l'Ontario ne voit [TRADUCTION] « aucun problème à introduire dans ce domaine les principes d'accommodement pertinents qui ont été élaborés dans les affaires portant sur des présumés domaines de conflit entre les textes fédéraux et les textes provinciaux. Dans les deux domaines, on fait, et il faut faire, bien attention avant de déclarer inopérante une disposition qui a été autrement valablement adoptée » (p. 232). Il ajoute, à la p. 233, un point important, qui est qu' [TRADUCTION] « un règlement n'est pas nul ou sans effet simplement parce qu'il "rehausse" le régime législatif de réglementation en imposant des normes de contrôle plus sévères que celles prévues dans la loi connexe. Cela n'est pas un conflit ou une incompatibilité en soi » (citation de *Township of Uxbridge c. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1975), 7 O.R. (2d) 484 (C.A.)). Voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 446-447 (« Dans certaines affaires, on a jugé que l'adoption de la loi provinciale ne devait pas s'interpréter comme une abrogation complète du pouvoir municipal : celui-ci pouvait continuer à s'exercer à la condition toutefois de ne pas contredire la réglementation provinciale, c'est-à-dire que la municipalité pouvait être plus exigeante, mais non moins exigeante que la province »).

38 Some courts have already made use of the *Multiple Access* test to examine alleged provincial-municipal conflicts. For example, in *British Columbia Lottery Corp. v. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141, at pp. 147-48, the British Columbia Court of Appeal stated that cases pre-dating *Multiple Access*, including the Ontario Court of Appeal decision in *Mississauga*, *supra*, "must be read in the light of [that] decision".

Certains tribunaux ont déjà recouru au critère de l'arrêt *Multiple Access* pour examiner les présumés conflits entre des textes provinciaux et des textes municipaux. Par exemple, dans *British Columbia Lottery Corp. c. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141, p. 147-148, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique déclare que les décisions rendues avant l'arrêt *Multiple Access*, notamment la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Mississauga*, précité, [TRADUCTION] « doivent être interprétées selon [cette] décision ».

It is no longer the key to this kind of problem to look at one comprehensive scheme, and then to look at the other comprehensive scheme, and to decide which

[TRADUCTION] On ne résout plus ce genre de problème en examinant un régime complet, en examinant l'autre régime complet et en décidant quel régime

scheme entirely occupies the field to the exclusion of the other. Instead, the correct course is to look at the precise provisions and the way they operate in the precise case, and ask: Can they coexist in this particular case in their operation? If so, they should be allowed to co-exist, and each should do its own parallel regulation of one aspect of the same activity, or two different aspects of the same activity. [Emphasis added.]

The court summarized the applicable standard as follows: "A true and outright conflict can only be said to arise when one enactment compels what the other forbids." See also *Law Society of Upper Canada v. Barrie (City)* (2000), 46 O.R. (3d) 620 (S.C.J.), at pp. 629-30: "Compliance with the provincial Act does not necessitate defiance of the municipal By-law; dual compliance is certainly possible"; *Huot v. St-Jérôme (Ville de)*, J.E. 93-1052 (Sup. Ct.), at p. 19: [TRANSLATION] "A finding that a municipal by-law is inconsistent with a provincial statute (or a provincial statute with a federal statute) requires, first, that they both deal with similar subject matters and, second, that obeying one necessarily means disobeying the other."

As a general principle, the mere existence of provincial (or federal) legislation in a given field does not oust municipal prerogatives to regulate the subject matter. As stated by the Quebec Court of Appeal in an informative environmental decision, *St-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.), at pp. 888-91:

[TRANSLATION] According to proponents of the unitary theory, although the provincial legislature has not said so clearly, it has nonetheless established a provincial scheme for managing waste disposal sites. It has therefore reserved exclusive jurisdiction in this matter for itself, and taken the right to pass by-laws concerning local waste management away from municipalities. The *Environment Quality Act* therefore operated to remove those powers from municipal authorities.

According to proponents of the pluralist theory, the provincial legislature very definitely did not intend to abolish the municipality's power to regulate; rather, it

occupe tout le domaine à l'exclusion de l'autre. Il faut plutôt examiner les dispositions précises et la manière dont elles s'appliquent dans le cas particulier et se demander si elles peuvent s'appliquer de façon harmonieuse dans ce cas précis? Dans l'affirmative, il faut permettre leur coexistence et elles doivent chacune réglementer en parallèle une facette, ou deux facettes différentes, de la même activité. [Je souligne.]

La cour a résumé ainsi la norme applicable : [TRADUCTION] « On peut dire qu'il y a un conflit réel et direct seulement lorsqu'un texte impose ce que l'autre interdit. » Voir également *Law Society of Upper Canada c. Barrie (City)* (2000), 46 O.R. (3d) 620 (C.S.J.), p. 629-630 : [TRADUCTION] « La conformité à la loi provinciale ne requiert pas l'inobservation du règlement municipal; il est certainement possible de se conformer aux deux textes); *Huot c. St-Jérôme (Ville de)*, J.E. 93-1052 (C.S.), p. 19 : « En effet, pour qu'un règlement municipal soit incompatible avec une loi provinciale (ou une loi provinciale avec une loi fédérale), il faut d'abord que les deux touchent des sujets similaires et, ensuite, qu'un citoyen, pour obéir à l'une doive enfreindre l'autre. »

39 De façon générale, la simple existence d'une loi provinciale (ou fédérale) dans un domaine donné n'écarte pas le pouvoir des municipalités de réglementer cette matière. Comme le dit la Cour d'appel du Québec dans un arrêt instructif en matière d'environnement, *St-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.), p. 888-891 :

Pour les tenants de la thèse unitaire, le législateur provincial, sans le dire d'une façon claire, a néanmoins instauré un système provincial de gestion des sites de réception des déchets. Il s'est donc réservé l'exclusivité des compétences en la matière et a enlevé aux municipalités le droit de faire des règlements sur la gestion locale des déchets. La *Loi sur la qualité de l'environnement* aurait donc eu pour effet de retirer ces pouvoirs aux autorités municipales.

Pour les tenants de la thèse pluraliste, le législateur provincial n'a pas, bien au contraire, entendu abolir le pouvoir municipal de réglementation, mais simplement

intended merely to better circumscribe that power, to ensure complementarity with the municipal management scheme. . . .

. . .

The pluralist theory accordingly concedes that the intention is to give priority to provincial statutory and regulatory provisions. However, it does not believe that it can be deduced from this that any complementary municipal provision in relation to planning and development that affects the quality of the environment is automatically invalid.

. . .

A thorough analysis of the provisions cited *supra* and a review of the environmental policy as a whole as it was apparently intended by the legislature leads to the conclusion that it is indeed the pluralist theory, or at least a pluralist theory, that the legislature seems to have taken as the basis for the statutory scheme.

In this case, there is no barrier to dual compliance with By-law 270 and the *Pesticides Act*, nor any plausible evidence that the legislature intended to preclude municipal regulation of pesticide use. The *Pesticides Act* establishes a permit and licensing system for vendors and commercial applicators of pesticides and thus complements the federal legislation's focus on the products themselves. Along with By-law 270, these laws establish a tri-level regulatory regime.

40 According to s. 102 of the *Pesticides Act*, as it was at the time By-law 270 was passed: "The provisions of the Pesticide Management Code and of the other regulations of this Act prevail over any inconsistent provision of any by-law passed by a municipality or an urban community." Evidently, the *Pesticides Act* envisions the existence of complementary municipal by-laws. As Duplessis and Hétu, *supra*, at p. 109, put it, [TRANSLATION] "the Quebec legislature gave the municipalities the right to regulate pesticides, provided that the by-law was not incompatible with the regulations and the Management Code enacted under the *Pesticides Act*". Since no Pesticide Management Code has been enacted by the province under s. 105, the

l'encadrer davantage dans une perspective de complémentarité de gestion avec les autorités municipales. . .

. . .

La thèse pluraliste admet donc qu'il y a intention de donner priorité aux dispositions législatives et réglementaires provinciales. Elle ne croit cependant pas que l'on puisse en déduire qu'automatiquement toute disposition municipale complémentaire en matière d'urbanisme et d'aménagement et qui touche la qualité de l'environnement soit nulle.

. . .

Une analyse approfondie des textes précités et l'examen de l'ensemble de la politique environnementale que semble avoir voulue le législateur mènent à la conclusion que c'est bien la thèse pluraliste, ou du moins une certaine thèse pluraliste, que celui-ci semble avoir pris comme base de l'ensemble législatif.

Dans la présente affaire, rien n'empêche que l'on se conforme à la fois au règlement 270 et à la *Loi sur les pesticides*, et il n'y a aucun élément de preuve plausible indiquant que la législature avait l'intention d'empêcher la réglementation par les municipalités de l'utilisation des pesticides. La *Loi sur les pesticides* établit un régime de permis pour les vendeurs et les applicateurs commerciaux de pesticides et elle est donc complémentaire à la législation fédérale, qui porte sur les produits eux-mêmes. Conjointement avec le règlement 270, ces lois établissent un régime de réglementation à trois niveaux.

En vertu de l'art. 102 de la *Loi sur les pesticides*, tel qu'il existait au moment de l'adoption du règlement 270 : « Toute disposition du Code de gestion des pesticides et des autres règlements édictés en vertu de la présente loi prévaut sur toute disposition inconciliable d'un règlement édicté par une municipalité ou une communauté urbaine. » Il est clair que la *Loi sur les pesticides* envisage l'existence de règlements municipaux complémentaires. Comme le disent Duplessis et Hétu, *op. cit.*, p. 109, « le législateur provincial reconnaissait aux municipalités le droit de réglementer les pesticides en autant que cette réglementation n'était pas inconciliable avec les règlements et le Code de gestion adoptés en vertu de la *Loi sur les pesti-*

lower courts in this case correctly found that the by-law and the *Pesticides Act* could co-exist. In the words of the Court of Appeal, at p. 16: [TRANSLATION] "The *Pesticides Act* thus itself contemplated the existence of municipal regulation of pesticides, since it took the trouble to impose restrictions."

cides ». Étant donné qu'aucun Code de gestion des pesticides n'a été adopté par la province aux termes de l'art. 105, les tribunaux antérieurs en l'espèce ont eu raison de conclure que le règlement et la *Loi sur les pesticides* pouvaient coexister. Pour reprendre les termes de la Cour d'appel, à la p. 16 : « La *Loi sur les pesticides* envisageait donc elle-même l'existence d'une réglementation municipale sur les pesticides, puisqu'elle prenait la peine d'imposer des contraintes. »

I also agree with the Court of Appeal at p. 16, that: [TRANSLATION] "A potential inconsistency is not sufficient to invalidate a by-law; there must be a real conflict". In this regard, the Court of Appeal quoted, at p. 17, *St-Michel-Archange*, *supra*, at p. 891, to the effect that: [TRANSLATION] "However, to the extent that and for as long as the provincial regulation is not in force, the municipal by-law continues to regulate the activity, provided, of course, that it complies with all the rules established by the law and the courts concerning its validity."

41 Je suis également d'accord avec la Cour d'appel à la p. 16 pour dire qu'« [u]ne éventuelle incompatibilité ne suffit pas pour invalider un règlement; il faut une réelle opposition ». À cet égard, la Cour d'appel a cité, à la p. 17, l'arrêt *St-Michel-Archange*, précité, p. 891, selon lequel « [t]ant et aussi longtemps toutefois que le règlement provincial n'est pas en vigueur, le règlement municipal continue à régir l'activité à condition, naturellement, qu'il respecte toutes les normes fixées par la loi et par la jurisprudence relativement à sa validité ».

I note in conclusion that the 1993 revision to the *Pesticide Act* added a new s. 102 stating:

42 Je souligne, en terminant, que la version modifiée de 1993 de la *Loi sur les pesticides* comporte un nouvel art. 102, ainsi libellé :

The Pesticide Management Code and any other regulation enacted pursuant to this Act shall render inoperative any regulatory provision concerning the same matter enacted by a municipality or an urban community, except where the provision

Le Code de gestion des pesticides et tout autre règlement édictés en application de la présente loi rendent inopérante toute disposition réglementaire portant sur une même matière qui est édictée par une municipalité ou une communauté urbaine, sauf dans le cas où cette disposition réglementaire satisfait aux conditions suivantes :

– concerns landscaping or extermination activities, such as fumigation, as defined by government regulation, and

– elle porte sur les activités d'entretien paysager ou d'extermination, notamment la fumigation, déterminées par règlement du gouvernement;

– prevents or further mitigates harmful effects on the health of humans or of other living species or damage to the environment or to property.

– elle prévient ou atténue davantage les atteintes à la santé des êtres humains ou des autres espèces vivantes, ainsi que les dommages à l'environnement ou aux biens.

This revised language indicates more explicitly that the *Pesticides Act* is meant to co-exist with stricter municipal by-laws of the type at issue in this case. Indeed, the new s. 102, by including the word "health", echoes the enabling legislation that underpins By-law-270, namely s. 410(1) *C.T.A.* Once a Pesticide Management Code is enacted,

Ce nouveau libellé indique de façon encore plus explicite que la *Loi sur les pesticides* vise à coexister avec des règlements municipaux plus sévères du genre de celui qui est en cause en l'espèce. En fait, l'inclusion du mot « santé » dans le nouvel art. 102 reflète la disposition habilitant le règlement 270, soit le par. 410(1) *L.C.V.* Dès l'adoption

municipalities will be able to draw on s. 102 in order to continue their independent regulation of pesticides. As Duplessis and Hétu, *supra*, explain at p. 111: [TRANSLATION] "the Quebec legislature has again recognized that municipalities have a role to play in pesticide control while at the same time indicating that it intends to make the municipal power subordinate to its own regulatory activity".

VI. Disposition

43 I have found that By-law 270 was validly enacted under s. 410(1) *C.T.A.* Moreover, the by-law does not render dual compliance with its dictates and either federal or provincial legislation impossible. For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Iacobucci, Major and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. —

Introduction

44 I agree with Justice L'Heureux-Dubé that the impugned by-law on pesticide use adopted by the respondent, the Town of Hudson, is valid. It does not conflict with relevant federal and provincial legislation on the use and control of pesticides and is a valid exercise of municipal regulatory power under s. 410(1) of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 ("*C.T.A.*").

45 I view this case as an administrative and local government law issue. Although I agree with L'Heureux-Dubé J. on the disposition of the appeal, I wish to add some comments on some of the problems raised by the appellants. First, I will discuss the alleged operational conflict with the regulatory and legislative systems put in place by other levels of government. I will then turn to the difficulties created by the use of broad provisions like s. 410 and the application of the general prin-

du Code de gestion des pesticides, les municipalités pourront se fonder sur l'art. 102 pour continuer de réglementer les pesticides de façon indépendante. Comme Duplessis et Hétu, *op. cit.*, l'expliquent à la p. 111 : « le législateur québécois reconnaît une fois de plus que les municipalités ont un rôle à jouer en matière de contrôle des pesticides tout en voulant subordonner le pouvoir municipal à son activité réglementaire ».

VI. Dispositif

J'ai conclu que le règlement 270 a été valablement adopté en vertu du par. 410(1) *L.C.V.* De plus, le règlement ne rend pas impossible la conformité à ses prescriptions ainsi qu'à la législation fédérale et à la législation provinciale. Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL —

Introduction

Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que le règlement sur l'utilisation des pesticides contesté qui a été adopté par l'intimée la ville de Hudson est valide. Il n'entre pas en conflit avec la législation fédérale et la législation provinciale pertinentes sur l'utilisation et le contrôle des pesticides, et il constitue un exercice valide du pouvoir de réglementation que confère aux municipalités le par. 410(1) de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (« *L.C.V.* »).

Je considère la présente affaire comme une question de droit administratif et de droit municipal. Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé quant à l'issue du pourvoi, mais je désire ajouter quelques observations au sujet de certains problèmes soulevés par les appelantes. J'aborde en premier lieu le présumé conflit d'application avec les régimes réglementaire et législatif mis en place par les autres ordres de gouvernement. Je traite ensuite des difficultés que créent l'application de

ciples of administrative law governing delegated legislation.

The Operational Conflict

As its first line of attack against By-law 270 of the Town of Hudson, the appellants raise the issue of an operational conflict with the federal *Pest Control Products Act*, R.S.C. 1985, c. P-9, and the *Pest Control Products Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1253. The appellants also assert that the by-law conflicts with the Quebec *Pesticides Act*, R.S.Q., c. P-9.3. As L'Heureux-Dubé J. points out, the applicable test to determine whether an operational conflict arises is set out in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 187 and 189. There must be an actual conflict, in the sense that compliance with one set of rules would require a breach of the other. This principle was recently reexamined and restated by Binnie J. in *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at paras. 39-42. The basic test remains the impossibility of dual compliance. From this perspective, the alleged conflict with federal legislation simply does not exist. The federal Act and its regulations merely authorize the importation, manufacturing, sale and distribution of the products in Canada. They do not purport to state where, when and how pesticides could or should be used. They do not grant a blanket authority to pesticides' manufacturers or distributors to spread them on every spot of greenery within Canada. This matter is left to other legislative and regulatory schemes. Nor does a conflict exist with the provincial *Pesticides Act*, and I agree with L'Heureux-Dubé J.'s analysis on this particular point. The operational conflict argument thus fails.

The Administrative Law Issues

The most serious problems raised by the appeal involve pure administrative law issues. The appellants' arguments raise some basic issues of admin-

dispositions larges comme l'art. 410 et celle des principes généraux de droit administratif régissant la législation déléguée.

Le conflit d'application

Comme premier moyen de contestation du règlement 270 de la ville de Hudson, les appelantes soulèvent la question du conflit d'application avec la *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.R.C. 1985, ch. P-9, et le *Règlement sur les produits antiparasitaires*, C.R.C. 1978, ch. 1253, adoptés au niveau fédéral. Les appelantes affirment également que le règlement va à l'encontre de la *Loi sur les pesticides* du Québec, L.R.Q., ch. P-9.3. Comme le souligne le juge L'Heureux-Dubé, le critère servant à déterminer s'il existe un conflit d'application est établi dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 187 et 189. Il faut qu'il y ait un conflit véritable, en ce sens que l'observation d'un ensemble de règles entraîne l'inobservation de l'autre. Le juge Binnie a récemment réexaminé et réaffirmé ce principe dans *M. & D. Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 39-42. Le critère fondamental demeure l'impossibilité de se conformer aux deux textes. Dans cette optique, le présumé conflit avec la législation fédérale n'existe tout simplement pas. La loi fédérale et son règlement d'application ne font qu'autoriser l'importation, la fabrication, la vente et la distribution des produits au Canada. Ils ne visent pas à prescrire où, quand et comment les pesticides peuvent ou doivent être utilisés. Ils ne confèrent pas aux fabricants et aux distributeurs de pesticides l'autorisation générale de les appliquer partout où il y a un bout de verdure au Canada. Cette question relève d'autres régimes législatifs et réglementaires. Il n'y a pas non plus conflit avec la *Loi sur les pesticides* de la province, et je souscris à l'analyse du juge L'Heureux-Dubé sur ce point particulier. L'argument reposant sur le conflit d'application n'est donc pas fondé.

Les questions de droit administratif

Les problèmes les plus graves mentionnés dans le pourvoi portent sur des questions de droit administratif pur. Dans leurs arguments, les appelantes

istrative law as applied in the field of municipal governance.

48 The appellants assert that no provision of the *C.T.A.* authorizes By-law 270. If such legislative authority exists, the by-law is nevertheless void because of its discriminatory and prohibitory nature. A solution is to be found in the principles governing the interpretation and application of the laws governing cities and towns like the respondent in the Province of Quebec. Interesting as they may be, references to international sources have little relevance. They confirm the general importance placed in modern society and shared by most citizens of this country on the environment and the need to protect it. Nevertheless, no matter how laudable the purpose of the by-law may be, and although it may express the will of the members of the community to protect their local environment, the means to do it must be found somewhere in the law. The issues in this case remain strictly, first, whether the *C.T.A.* authorizes municipalities to regulate the use of pesticides within their territorial limits and, second, whether the particular regulation conforms with the general principles applicable to delegated legislation.

49 A tradition of strong local government has become an important part of the Canadian democratic experience. This level of government usually appears more attuned to the immediate needs and concerns of the citizens. Nevertheless, in the Canadian legal order, as stated on a number of occasions, municipalities remain creatures of provincial legislatures (see *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45, at paras. 33-34; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15, at paras. 29 and 58-59). Municipalities exercise such powers as are granted to them by legislatures. This principle is illustrated by numerous decisions of our Court (see, for example, *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650). They are not endowed with residuary general powers, which would allow them to exercise dor-

soulèvent des questions de droit administratif fondamentales appliquées au domaine de la gestion des affaires municipales.

Les appelantes affirment qu'aucune disposition de la *L.C.V.* n'autorise le règlement 270. Même si une telle autorisation législative existe, le règlement est nul en raison de son caractère discriminatoire et prohibitif. Une solution se trouve dans les principes régissant l'interprétation et l'application des lois visant les cités et les villes comme l'intimée au Québec. Si intéressants soient-ils, les renvois aux sources internationales ne sont guère pertinents. Ils confirment l'importance que la société moderne accorde généralement à l'environnement et à la nécessité de le protéger, position que partagent la plupart des citoyens de ce pays. Cependant, aussi louable que soit l'objet du règlement et même si celui-ci exprime la volonté des membres de la collectivité de protéger son environnement local, les moyens pour ce faire doivent être tirés de la loi. En l'espèce, les questions se résument à savoir, premièrement, si la *L.C.V.* autorise les municipalités à réglementer l'utilisation des pesticides sur leur territoire et, deuxièmement, si le règlement en cause respecte les principes généraux applicables à la législation déléguée.

La tradition d'établir des administrations publiques locales fortes est devenue une partie importante de l'expérience démocratique canadienne. Cet ordre d'administration publique paraît généralement mieux adapté aux besoins et préoccupations immédiats des citoyens. Toutefois, dans l'ordre juridique canadien, comme on l'a dit à plusieurs reprises, les municipalités demeurent des créatures du législateur provincial (voir *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45, par. 33-34; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15, par. 29 et 58-59). Les municipalités exercent les pouvoirs que leur confèrent les législatures. Nombre de décisions de notre Cour illustrent ce principe (voir, par exemple, *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650). Elles ne possèdent aucun pouvoir résiduaire

mant provincial powers (see I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), Cum. Supp. to vol. 1, at pp. 358 and 364; J. Hétu, Y. Duplessis and D. Pakenham, *Droit Municipal: Principes généraux et contentieux* (1998), at p. 651). If a local government body exercises a power, a grant of authority must be found somewhere in the provincial laws. Although such a grant of power must be construed reasonably and generously (*Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13), it cannot receive such an interpretation unless it already exists. Interpretation may not supplement the absence of power.

général qui leur permettrait d'exercer des pouvoirs provinciaux non attribués (voir I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2e éd. (feuilles mobiles)), suppl. cum. du vol. 1, p. 358 et 364; J. Hétu, Y. Duplessis et D. Pakenham, *Droit Municipal: Principes généraux et contentieux* (1998), p. 651). Une administration publique locale ne peut exercer un pouvoir que s'il est conféré par une loi provinciale. Certes, ce pouvoir doit être interprété de façon raisonnable et libérale (*Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13), mais il ne peut recevoir cette interprétation que s'il existe. L'interprétation ne peut pas suppléer à l'absence de pouvoir.

The appellants argue that no power to regulate the use of pesticides was delegated to municipalities in Quebec, either under a specific grant of power or under the more general provisions of s. 410(1) *C.T.A.* The respondent concedes that the only provision under which its by-law can be upheld is the general clause of s. 410(1). It no longer asserts that it could be supported under s. 412(32) concerning toxic materials. 50

Les appelantes prétendent qu'aucun pouvoir de réglementation de l'utilisation des pesticides n'a été délégué aux municipalités du Québec, que ce soit par un pouvoir particulier ou en vertu des dispositions plus générales du par. 410(1) *L.C.V.* L'intimée admet que la seule disposition qui permette de confirmer la légalité de son règlement est la clause générale du par. 410(1). Elle n'affirme plus que son règlement pourrait s'appuyer sur le par. 412(32), qui porte sur les matières toxiques.

As the appellants interpret a general clause like s. 410 *C.T.A.*, it would amount to an empty shell. Any exercise of municipal regulatory authority would require a specific and express grant of power. The history of the *C.T.A.* confirms that the Quebec legislature has generally favoured a drafting technique of delegating regulatory or administrative powers to municipalities through a myriad of specific provisions, which are amended frequently. The reader is then faced with layers of complex and sometimes inconsistent legislation. 51

Si l'on acceptait l'interprétation par les appelantes d'une clause générale comme l'art. 410 *L.C.V.*, cette disposition équivaudrait à une coquille vide. L'exercice de tout pouvoir de réglementation municipal nécessiterait un pouvoir particulier et explicite. L'historique de la *L.C.V.* confirme que la législature du Québec privilégie généralement la technique de rédaction consistant à déléguer des pouvoirs de réglementation ou administratifs aux municipalités par d'innombrables dispositions particulières qui sont modifiées fréquemment. Le lecteur se retrouve donc avec une série de dispositions législatives complexes et parfois incohérentes.

In the case of a specific grant of power, its limits must be found in the provision itself. Non-included powers may not be supplemented through the use of the general residuary clauses often found in municipal laws (*R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674). 52

Dans le cas d'un pouvoir particulier, la disposition elle-même doit en préciser les limites. L'application des clauses générales relatives aux pouvoirs non attribués que comportent souvent les lois municipales ne peut pas suppléer aux pouvoirs non visés (*R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674).

53 The case at bar raises a different issue: absent a specific grant of power, does a general welfare provision like s. 410(1) authorize By-law 270? A provision like s. 410(1) must be given some meaning. It reflects the reality that the legislature and its drafters cannot foresee every particular situation. It appears to be sound legislative and administrative policy, under such provisions, to grant local governments a residual authority to deal with the unforeseen or changing circumstances, and to address emerging or changing issues concerning the welfare of the local community living within their territory. Nevertheless, such a provision cannot be construed as an open and unlimited grant of provincial powers. It is not enough that a particular issue has become a pressing concern in the opinion of a local community. This concern must relate to problems that engage the community as a local entity, not a member of the broader polity. It must be closely related to the immediate interests of the community within the territorial limits defined by the legislature in a matter where local governments may usefully intervene. In *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, the Court emphasized the local ambit of such power. It does not allow local governments and communities to exercise powers in questions that lie outside the traditional area of municipal interests, even if municipal powers should be interpreted broadly and generously (see F. Hoehn, *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments* (1996), at pp. 17-24).

La question qui se pose en l'espèce est différente : en l'absence d'un pouvoir particulier, une disposition de bien-être général comme le par. 410(1) autorise-t-elle le règlement 270? Il faut donner un sens à une disposition comme le par. 410(1). Celui-ci correspond à la réalité que la législature et ses rédacteurs ne peuvent pas prévoir tous les cas particuliers. Il paraît donc logique, sur les plans législatif et administratif, de recourir à de telles dispositions pour conférer aux administrations publiques locales le pouvoir résiduaire d'intervenir en cas d'imprévu et de changements ainsi que de traiter des questions nouvelles ou évolutives relativement au bien-être de la collectivité locale vivant sur leur territoire. On ne peut toutefois pas interpréter une telle disposition comme conférant de façon absolue des pouvoirs provinciaux. Il ne suffit pas qu'une question particulière soit devenue une préoccupation urgente selon la collectivité locale. Cette préoccupation doit avoir trait à des problèmes touchant la collectivité comme entité locale et non pas comme membre de la société au sens large. Elle doit être étroitement liée aux intérêts immédiats de la collectivité se trouvant dans les limites territoriales définies par la législature pour ce qui concerne toute question pour laquelle l'intervention des administrations publiques locales peut se révéler utile. Dans *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, notre Cour a souligné la portée locale d'un tel pouvoir. Elle ne permet pas aux administrations publiques locales et aux collectivités locales d'exercer des pouvoirs pour des questions ne relevant pas du domaine traditionnel des intérêts municipaux, même si les pouvoirs municipaux doivent être interprétés de façon large et libérale (voir F. Hoehn, *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments* (1996), p. 17-24).

54 In the present case, the subject matter of the by-law lies within the ambit of normal local government activities. It concerns the use and protection of the local environment within the community. The regulation targets problems of use of land and property, and addresses neighbourhood concerns that have always been within the realm of local government activity. Thus, the by-law was prop-

En l'espèce, l'objet du règlement relève des activités normales des administrations publiques locales. Il s'agit de l'utilisation et de la protection de l'environnement local de la collectivité. La réglementation vise les problèmes liés à l'utilisation des terres et des biens, et elle porte sur des préoccupations de quartier qui ont toujours relevé du domaine d'activité des administrations

erly authorized by s. 410(1). I must then turn briefly to the second part of the administrative law argument raised by the appellants, that the particular exercise of the existing municipal power breached principles of delegated legislation against prohibitory and discriminatory regulations.

publiques locales. Par conséquent, le règlement était autorisé en bonne et due forme par le par. 410(1). Je dois donc aborder brièvement la deuxième partie de l'argument de droit administratif soulevé par les appelantes, selon lequel l'exercice particulier du pouvoir municipal existant a contrevenu aux principes de législation déléguée interdisant la prise de règlements prohibitifs et discriminatoires.

Two basic and longstanding principles of delegated legislation state that a by-law may not be prohibitory and may not discriminate unless the enabling legislation so authorizes. (See P. Garant, *Droit administratif* (4th ed. 1996), vol. 1, at pp. 407 *et seq.*; R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), vol. 1, at pp. 435 *et seq.*; Hétu, Duplessis and Pakenham, *supra*, at pp. 677-82 and 691-96.) The drafting technique used in the present case creates an apparent problem. On its face, the by-law involves a general prohibition and then authorizes some specific uses. This obstacle may be overcome through global interpretation of the by-law. When it is read as a whole, its overall effect is to prohibit purely aesthetic use of pesticides while allowing other uses, mainly for business or agricultural purposes. It does not appear as a purely prohibitory legal instrument. As such, it conforms with this first basic principle of municipal law. There remains the problem of the discriminatory aspect of the by-law. Although the by-law discriminates, I agree with L'Heureux-Dubé J. that this kind of regulation implies a necessary component of discrimination. There can be no regulation on such a topic without some form of discrimination in the sense that the by-law must determine where, when and how a particular product may be used. The regulation needed to identify the various distinctions between different situations. Otherwise, no regulation would have been possible. An implied authority to discriminate was then unavoidably part of the delegated regulatory power.

55 Selon deux principes fondamentaux établis depuis longtemps en matière de législation déléguée, un règlement ne peut pas être prohibitif et discriminatoire à moins que la loi habilitante ne l'autorise. (Voir P. Garant, *Droit administratif* (4e éd. 1996), vol. 1, p. 407 et suiv.; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2e éd. 1984), t. I, p. 557 et suiv.; Hétu, Duplessis et Pakenham, *op. cit.*, p. 677-682 et 691-696.) La technique de rédaction employée en l'espèce crée un problème apparent. Le règlement établit de prime abord une prohibition générale pour ensuite permettre certaines utilisations particulières. L'interprétation globale du règlement permet de contourner cet obstacle. Lu dans son ensemble, le règlement a comme effet d'interdire l'utilisation des pesticides pour des raisons purement esthétiques tout en permettant d'autres utilisations, surtout pour des activités commerciales et agricoles. Il ne paraît pas constituer un texte juridique purement prohibitif. À ce titre, il respecte ce premier principe fondamental du droit municipal. Il reste le problème de l'aspect discriminatoire du règlement. Bien que le règlement soit discriminatoire, je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que ce genre de réglementation comporte nécessairement une composante de discrimination. Il ne peut y avoir aucune réglementation sur un tel sujet sans une certaine forme de discrimination, en ce sens que le règlement doit établir où, quand et comment un produit particulier peut être utilisé. La réglementation devait établir les diverses distinctions entre les différentes situations. Autrement, aucune réglementation n'aurait été possible. Le pouvoir de réglementation délégué comportait donc inévitablement le pouvoir implicite de faire de la discrimination.

56 For these reasons, the appeal is dismissed, with costs to the respondent the Town of Hudson.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bélanger Sauvé, Montréal.

Solicitors for the interveners Federation of Canadian Municipalities, Nature-Action Québec Inc. and World Wildlife Fund Canada: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Solicitors for the interveners Toronto Environmental Alliance, Sierra Club of Canada, Canadian Environmental Law Association, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns — Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee and Dr. Merryl Hammond: Canadian Environmental Law Association, Toronto.

Solicitors for the intervener Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec: Ogilvy Renault, Québec.

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur de l'intimée la ville de Hudson.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Bélanger Sauvé, Montréal.

Procureurs des intervenants la Fédération canadienne des municipalités, Nature-Action Québec Inc. et le Fonds mondial pour la nature (Canada) : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Procureurs des intervenants Toronto Environmental Alliance, Sierra Club du Canada, l'Association canadienne du droit de l'environnement, Parents' Environmental Network, Healthy Lawns — Healthy People, Pesticide Action Group Kitchener, Working Group on the Health Dangers of the Urban Use of Pesticides, Environmental Action Barrie, Breast Cancer Prevention Coalition, Vaughan Environmental Action Committee et Dr Merryl Hammond : Association canadienne du droit de l'environnement, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération interdisciplinaire de l'horticulture ornementale du Québec : Ogilvy Renault, Québec.

Minister of Health and Social Services *Appellant*

v.

Mount Sinai Hospital Center *Respondent*

and

Elliot L. Bier, Howard Blatt, Peter Erenyi, Ruth Kovac, Mary Likoudis, Avrum P. Orenstein, Charles Roth (in their capacity as directors of the Mount Sinai Hospital Center) *Respondents*

and

Maimonides Hospital Geriatric Centre *Respondent*

INDEXED AS: MOUNT SINAI HOSPITAL CENTER *v.* QUEBEC (MINISTER OF HEALTH AND SOCIAL SERVICES)

Neutral citation: 2001 SCC 41.

File No.: 27022.

2000: December 12; 2001: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Judicial review — Ministerial discretion — Minister promising to issue modified permit upon Hospital Center's relocation to Montreal — Minister subsequently refusing to issue modified permit — Whether ministerial discretion exercised — Whether exercise of ministerial discretion validly reversed — An Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-5, ss. 138, 139.1.

Administrative law — Judicial review — Mandamus — Ministerial discretion — Minister promising to issue modified permit upon Hospital Center's relocation to Montreal — Minister subsequently refusing to issue modified permit — Minister failing to act in accordance

Ministre de la Santé et des Services sociaux *Appelant*

c.

Centre hospitalier Mont-Sinaï *Intimé*

et

Elliot L. Bier, Howard Blatt, Peter Erenyi, Ruth Kovac, Mary Likoudis, Avrum P. Orenstein, Charles Roth (en leur qualité d'administrateurs du Centre hospitalier Mont-Sinaï) *Intimés*

et

Centre hospitalier gériatrique Maïmonides *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CENTRE HOSPITALIER MONT-SINAÏ *c.* QUÉBEC (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX)

Référence neutre : 2001 CSC 41.

N° du greffe : 27022.

2000 : 12 décembre; 2001 : 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Pouvoir ministériel discrétionnaire — Promesse du ministre de délivrer un permis modifié une fois le Centre hospitalier déménagé à Montréal — Ministre refusant par la suite de délivrer un permis modifié — Le pouvoir ministériel discrétionnaire a-t-il été exercé? — L'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire a-t-il été validement infirmé? — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 138, 139.1.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — Pouvoir ministériel discrétionnaire — Promesse du ministre de délivrer un permis modifié une fois le Centre hospitalier déménagé à Montréal — Ministre refusant par la suite de délivrer un permis modifié —

with prior exercise of discretion — Whether an order in the nature of mandamus appropriate — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 100.

The Mount Sinai Hospital Center was originally established in Sainte-Agathe, Quebec, as a long-term treatment facility dealing primarily with patients suffering from tuberculosis. During the 1950s, the Center began to introduce new programs and services and developed a general respiratory expertise in a setting with both long-term and short-term care facilities. This change in services was known to the government which throughout funded all of the Center's activities. In 1984, negotiations between the Center and the Ministry of Health and Social Services to move the Center to Montreal began. At that time, the Center was operating under its original permit for 107 long-term care beds even though it had for 10 years been providing 57 long-term care beds and 50 intermediary or short-term care beds. The Center wanted its permit altered to reflect the reality of the services it offered. The Minister promised the Center that it would formally alter the permit once the Center moved to Montreal. The promise to issue the correct permit was reaffirmed on various occasions. Once the Center had moved to Montreal, in January 1991, it made a formal request to the Minister for a regularization of the permit. Without giving the Center an opportunity to make submissions on the issue, in October 1991, the Minister informed the Center that it would not receive the promised permit and would have to operate under the old unaltered permit. This was despite the fact that the services being offered still included short-term services funded by the government. The Center brought an action in mandamus before the Superior Court, requesting that the court order the Minister to issue the promised permit. Relying on the legitimate expectation created by the Minister's conduct, the Superior Court allowed the mandamus application in part and ordered that the Minister hear the Center's submissions before deciding whether the alteration of the permit was in the public interest. The Court of Appeal allowed the Center's appeal. Applying the doctrine of public law promissory estoppel, the Court of Appeal ordered the Minister to issue the promised permit.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: It is unnecessary to decide whether the legitimate expectation created by the course of dealings between the Center and the Minister can result in a substantive remedy beyond the procedural protection pro-

Ministre n'agissant pas conformément à l'exercice antérieur de son pouvoir discrétionnaire — Une ordonnance de type mandamus est-elle appropriée? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 100.

À l'origine, le Centre hospitalier Mont-Sinaï était un établissement de soins de longue durée situé à Sainte-Agathe (Québec) et destiné principalement aux patients atteints de tuberculose. Au cours des années 50, le Centre a commencé à offrir de nouveaux programmes et services et a développé une grande expertise en matière de maladies respiratoires grâce à des installations mixtes de soins de courte et de longue durée. Le gouvernement était au fait de ces nouveaux services et il a continué de financer l'ensemble des activités du Centre. En 1984, le ministère de la Santé et des Services sociaux a entrepris des négociations avec le Centre en vue d'un éventuel déménagement à Montréal. À l'époque, le Centre fonctionnait en vertu de son permis initial pour 107 lits de longue durée même s'il exploitait déjà depuis 10 ans 57 lits de longue durée et 50 lits de durée intermédiaire ou de courte durée. Il voulait que son permis soit modifié de manière à le rendre conforme à la réalité. Le ministre a promis au Centre de modifier officiellement le permis après le déménagement à Montréal. La promesse de délivrer le permis approprié a été réitérée à maintes reprises. Une fois déménagé à Montréal en janvier 1991, le Centre a présenté au ministre une demande officielle de régularisation de son permis. Sans lui donner la possibilité de se faire entendre sur la question, le ministre a, en octobre 1991, informé le Centre qu'il n'obtiendrait pas le permis promis et qu'il devrait fonctionner sous le régime de l'ancien permis non modifié, et ce, même si les services qu'il offrait comprenaient toujours des services de courte durée financés par le gouvernement. Le Centre a présenté à la Cour supérieure une requête en *mandamus*, dans laquelle il lui demandait d'ordonner au ministre de délivrer le permis promis. Invoquant l'expectative légitime engendrée par le comportement du ministre, la Cour supérieure a accueilli en partie la requête en *mandamus* et a ordonné au ministre d'entendre le Centre avant de décider s'il était dans l'intérêt public de modifier le permis. La Cour d'appel a accueilli l'appel du Centre et, appliquant la théorie de la préclusion promissoire en droit public, elle a ordonné au ministre de délivrer le permis promis.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache : Il est inutile de déterminer si l'expectative légitime résultant des rapports entre le Centre et le ministre peut donner lieu à une réparation substantielle en plus de la protection procédurale offerte par le

vided by the right to be heard either within an expanded doctrine of legitimate expectations or under public law promissory estoppel. The facts of this case created a situation that cannot accurately be characterized as a renewal of an existing permit under s. 139.1 of the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-5. The purpose of s. 139.1 is to give the Minister a discretion that is confined to situations of permit renewal. Although s. 139.1 allows the Minister to change the category, class, kind or capacity indicated on the permit, these changes are confined to the context of a renewal application and are reserved for situations where the Minister is considering alterations that would be in the public interest at his or her own initiative. Since the entire mechanism of s. 139.1 does not apply to a situation where the change is raised by the party rather than the Minister, it does not apply in the present situation. Here, the Center's request was to change its permit rather than renew it. This case falls to be decided under s. 138 of the Act which governs requests for a change to or alteration of an existing permit.

It cannot be said that the Center actually possessed the modified permit and that it was merely a matter of the wording of the permit that was at issue when it made the regularization request in January 1991. Being entitled to a permit is different than actually holding it. The Center was acting under its long-term care permit with the government's acquiescence. The government's behaviour, while not rising to the level of issuing an acquired or implied permit, did result in the exercise of the Minister's discretion. Section 138 imputes to the Minister an exercise of discretion with respect to whether granting a particular temporary or permanent permit will be in the public interest. This discretion was exercised when the Minister promised the Center that it would receive the modified permit, encouraged the move to Montreal, endorsed the financing campaign focussed on the role of the Center as a long-term and short-term care hospital, and continued to fund the short-term care services despite the mismatch between those services and the Center's permit. The specific conduct of the Minister in this case indicates that his discretion was exhausted and the Minister was bound when the Center made the request for the promised permit.

The evidence establishes that the Minister's discretion under s. 138 was exercised by the date of the Center's move to Montreal in January 1991. The decision to

droit d'être entendu, que ce soit en vertu d'une théorie élargie de l'expectative légitime ou en vertu de la préclusion promissoire en droit public. Les faits de la présente affaire sont à l'origine d'une situation qui ne saurait être qualifiée de renouvellement d'un permis existant aux termes de l'art. 139.1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5. L'article 139.1 vise à conférer un pouvoir ministériel discrétionnaire limité aux cas de renouvellement de permis. Bien que l'art. 139.1 permette au ministre de modifier la catégorie, la classe, le type ou la capacité indiqués sur le permis, ces modifications sont restreintes au contexte d'une demande de renouvellement et aux cas où le ministre examine, de sa propre initiative, la possibilité d'apporter des modifications qui seraient dans l'intérêt public. Étant donné que l'art. 139.1 ne s'applique pas intégralement aux cas où la modification est demandée par la partie en cause plutôt que par le ministre, cette disposition ne s'applique pas à la présente situation. En l'espèce, le Centre demandait la modification de son permis et non pas son renouvellement. La présente affaire doit être tranchée en fonction de l'art. 138 de la Loi qui régit les demandes de changement ou de modification d'un permis existant.

On ne peut pas dire que le Centre possédait effectivement le permis modifié et que seule la question du libellé du permis se posait lorsqu'il a présenté la demande de régularisation en janvier 1991. Avoir droit à un permis est différent du fait de le posséder. Le Centre agissait en vertu de son permis d'établissement de soins de longue durée avec l'assentiment du gouvernement. Même s'il n'équivalait pas à la délivrance d'un permis acquis ou implicite, le comportement du gouvernement constituait l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. L'article 138 attribue au ministre le pouvoir discrétionnaire de décider s'il est dans l'intérêt public de délivrer un permis temporaire ou permanent particulier. Le ministre a exercé ce pouvoir discrétionnaire en promettant au Centre de lui délivrer le permis modifié, en encourageant le déménagement à Montréal, en s'associant à la campagne de financement axée sur le rôle du Centre en tant qu'hôpital offrant à la fois des soins de longue et de courte durée et en continuant de financer les services de courte durée malgré leur non-concordance avec le permis du Centre. Le comportement particulier que le ministre a adopté en l'espèce indique qu'il a épuisé son pouvoir discrétionnaire, et le ministre était lié lorsque le Centre a demandé la délivrance du permis promis.

La preuve démontre que le pouvoir ministériel discrétionnaire conféré par l'art. 138 avait déjà été exercé au moment du déménagement du Centre à Montréal en jan-

refuse to issue the modified permit in October 1991 was not a valid reversal of the exercise of the Minister's discretion. First, the financial reasons cited for the Minister's decision were groundless. Prior to the refusal, the issue of additional resources and funding had never been raised by ministerial officials. The evidence does not indicate that the Center would have to change any of its activities in order to satisfy the requirements of the permit it asked for, thereby requiring more funding. Second, the Minister's behaviour since the October 1991 refusal of the permit modification is inconsistent with finding that the exercise of the discretion has in fact been genuinely reversed. The evidence indicates that, in his subsequent behaviour, the Minister has acted as if the original exercise of his discretion is what was actually in operation. Since the Minister decided that it was in the public interest for the Center to operate as a long-term and short-term care facility and having continued to see things this way even after the move, the Minister must issue the 1991-1993 permit recognizing the Center's vocation as a provider of both long-term and short-term care. Where the Minister has failed to act in accordance with a prior exercise of his discretion, the criteria for the issuance of an order of mandamus are met and the Minister should be ordered to deliver the required permit. Although art. 100 of the *Code of Civil Procedure* provides that extraordinary remedies are not generally available against the Crown, this rule does not apply in circumstances where, as in this case, the Minister acts outside the limits of his competence.

Per McLachlin C.J. and Binnie J.: The appeal should be dismissed, but this conclusion should be reached by a different route. What is crucial to the Center's case is not so much the Minister's state of mind as the web of understandings and incremental agreements that came into existence with the concurrence, indeed encouragement, of successive Ministers. What began with an abstract notion of "the public interest" became, through private initiative and ministerial response, a specific embodiment of the public interest in terms of bricks and mortar, facilities and location. Not only did successive Ministers subscribe to this embodiment of the public interest, they encouraged the Center to act on it, and the Center did so.

Three hurdles must be surmounted in order for the Center to successfully obtain the requested permit: (1) the Minister's decision not to issue the modified permit must be quashed; (2) the Minister is to be fixed with the conception of the public interest he and his predecessors agreed upon with the Center between 1984 and October

vier 1991. Le refus de délivrer le permis modifié en octobre 1991 n'a pas validement infirmé l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. Premièrement, les raisons de nature financière invoquées à l'appui de la décision du ministre étaient sans fondement. Avant le refus, les fonctionnaires du ministère n'avaient jamais soulevé la question des ressources et du financement supplémentaires. La preuve n'indique pas que, pour respecter les exigences du permis demandé, le Centre devrait modifier ses activités et aurait ainsi besoin de plus d'argent. Deuxièmement, le comportement adopté par le ministre depuis qu'il a refusé la modification du permis en octobre 1991 ne permet pas de conclure qu'il a vraiment infirmé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La preuve indique que le ministre a agi par la suite conformément à l'exercice initial de son pouvoir discrétionnaire. Étant donné qu'il a décidé qu'il était dans l'intérêt public que le Centre offre des soins de longue et de courte durée et qu'il a continué d'avoir cette perception même après le déménagement, le ministre doit reconnaître la vocation du Centre en tant qu'établissement de soins de longue et de courte durée en délivrant le permis pour la période 1991-1993. Lorsque le ministre n'agit pas conformément à l'exercice antérieur de son pouvoir discrétionnaire, les conditions de délivrance d'une ordonnance de *mandamus* sont remplies et il y a lieu de lui ordonner de délivrer le permis sollicité. Même si l'art. 100 du *Code de procédure civile* prévoit qu'en général il n'y a lieu à aucun recours extraordinaire contre l'État, cette règle ne s'applique pas dans les cas où, comme en l'espèce, un ministre outrepasse les limites de sa compétence.

Le juge en chef McLachlin et le juge Binnie : Il y a lieu de rejeter le pourvoi, mais à l'issue d'un raisonnement différent. Ce qui est décisif pour la cause du Centre n'est pas tant l'état d'esprit du ministre que la série d'accords et d'ententes progressives conclus avec l'appui, voire l'encouragement, des ministres qui se sont succédé. Ce qui a commencé par une notion abstraite de « l'intérêt public » est devenu, au fil d'initiatives privées et de réponses ministérielles, une image précise de l'intérêt public représentée par la brique, le mortier, les installations et l'emplacement. Non seulement les ministres qui se sont succédé ont-ils souscrit à cette représentation de l'intérêt public, mais encore ils ont encouragé le Centre à agir en conséquence, ce que ce dernier a fait.

Trois obstacles doivent être surmontés pour que le Centre réussisse à obtenir le permis demandé : (1) la décision du ministre de ne pas délivrer le permis modifié doit être annulée; (2) le ministre doit s'en tenir à la conception de l'intérêt public que ses prédécesseurs et lui-même partageaient avec le Centre entre 1984 et octo-

1991; and (3) based on that conception of the public interest, mandamus must be available to enforce the mandatory duty under s. 138 of the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-5, to issue the 1991-1993 modified permit. The Minister's power under s. 138 is framed as a broad policy discretion to be exercised "in the public interest". This discretion, however broadly framed, is not unfettered.

The Minister's failure to extend even minimal procedural fairness to the Center should result in the setting aside of his decision to refuse the application for a modified permit. The Center had no notice that the Minister was about to reverse his position, or the reasons for reversal, and no opportunity to present argument as to why the Minister's earlier and long-standing view that the public interest favoured a modified Center should prevail.

The availability and content of procedural fairness are generally driven by the nature of the applicant's interest and the nature of the power exercised by the public authority in relation to that interest. The doctrine of legitimate expectations, on the other hand, looks to the conduct of the public authority in the exercise of that power including established practices, conduct or representations that can be characterized as clear, unambiguous and unqualified. The expectations must not conflict with the public authority's statutory remit. Although the doctrine of legitimate expectations is limited to procedural relief, it must be acknowledged that in some cases it is difficult to distinguish the procedural from the substantive. This distinction should be made on the basis of the underlying principle that broad public policy is preeminently for the Minister to determine, not the courts. On the facts of this case, the doctrine of legitimate expectations does not add to the relief otherwise available under the ordinary rules of procedural fairness.

Estoppel may be available to give substantive relief against a public authority, including a Minister, in narrow circumstances. The requirements of estoppel go well beyond the requirements of the doctrine of legitimate expectations. All the elements of private law promissory estoppel are present in this case. However, public law promissory estoppel requires an additional appreciation of the legislative intent embodied in the

bre 1991; (3) compte tenu de cette conception de l'intérêt public, un *mandamus* doit pouvoir être délivré pour faire exécuter l'obligation qu'impose l'art. 138 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5, de délivrer le permis modifié pour la période 1991-1993. Le pouvoir conféré au ministre par l'art. 138 est libellé comme un large pouvoir discrétionnaire, en matière de politique générale, qui doit être exercé dans « l'intérêt public ». Cependant, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, quelque général que puisse être son libellé.

Vu que le ministre n'a rien fait pour que le Centre bénéficie de la moindre équité procédurale, il y a lieu d'annuler sa décision de rejeter la demande de permis modifié. Le Centre n'a été avisé ni du fait que le ministre était sur le point de revenir sur sa position ni des motifs de ce revirement, et il n'a pas eu non plus l'occasion d'expliquer pourquoi devait prévaloir l'opinion qu'avait eue pendant longtemps le ministre, selon laquelle il était dans l'intérêt public que le Centre subisse des changements.

La possibilité d'invoquer l'équité procédurale et le contenu de cette forme d'équité dépendent généralement de la nature de l'intérêt du demandeur et de la nature du pouvoir exercé par l'autorité publique relativement à cet intérêt. Par contre, la théorie de l'expectative légitime s'attache à la conduite de l'autorité publique dans l'exercice de ce pouvoir et notamment aux pratiques établies, à la conduite ou aux affirmations qui peuvent être qualifiées de claires, nettes et explicites. Les expectatives ne doivent pas entrer en conflit avec le mandat légal de l'autorité publique. Bien que la théorie de l'expectative légitime soit restreinte à la réparation procédurale, il faut reconnaître qu'il est parfois difficile de différencier ce qui est de nature procédurale et ce qui est de nature substantielle. Cette distinction devrait être fondée sur le principe sous-jacent selon lequel l'établissement des politiques générales d'intérêt public relève d'abord et avant tout du ministre et non pas des tribunaux. D'après les faits de la présente affaire, la théorie de l'expectative légitime n'ajoute rien à la réparation par ailleurs disponible en vertu des règles ordinaires de l'équité procédurale.

Dans certains cas particuliers, la préclusion peut être invoquée pour obliger une autorité publique, y compris un ministre, à accorder une réparation substantielle. Les conditions d'application de la préclusion vont bien au-delà de celles de la théorie de l'expectative légitime. Tous les éléments de la préclusion promissoire en droit privé sont présents en l'espèce. Toutefois, la préclusion promissoire en droit public exige, en plus, que l'on

power whose exercise is sought to be estopped. Circumstances that might otherwise create an estoppel may have to yield to an overriding public interest expressed in the legislative text. The wording of the particular statutory power in question and the status of who wields it is important. Section 138 mandates the Minister in broad terms to act in the public interest, and if the public interest as he defines it is opposed to the award of the modified permit, then a court should not estop the Minister from doing what he considers his duty.

Decisions of Ministers of the Crown in the exercise of discretionary powers in the administrative context should generally be reviewable only on a standard of patent unreasonableness. The broad regulatory purpose of the permit in the context of the legislation designed to regulate the provision of health services "in the public interest" favours a high degree of deference as does the expertise of the Minister and his advisors, and the Minister's position in the upper echelon of decision makers under statutory and prerogative powers. The exercise of the power turns on the Minister's appreciation of the public interest, which is a function of public policy in its fullest sense. In this case, the Minister's decision to refuse the modified permit was patently unreasonable in terms of the public interest as he and his predecessors had defined it over a period of seven years of consultation, encouragement and assurances to the Center, and in his total lack of regard for the implications for the Center of suddenly reversing his position and breaking his promises. While the Court ought to be and would be sensitive to any serious policy reason offered by the Minister for a redefinition of the public interest, no such policy reason was articulated in the Ministers' decision.

In the result, in this case, there is a patently unreasonable decision reached by a procedure that was demonstrably unfair. The only option available to the Minister that is not patently unreasonable is to issue the 1991-1993 modified permit based on the conception of the public interest espoused by the Minister and his predecessors up to that time. Once the present situation is regularized by the issuance of the 1991-1993 modified permit, the current status and entitlement of the Center can

détermine l'intention que le législateur avait en conférant le pouvoir dont on cherche à empêcher l'exercice. Des circonstances qui pourraient par ailleurs donner lieu à la préclusion peuvent devoir céder le pas à un intérêt public prépondérant exprimé dans le texte législatif. Le libellé du pouvoir particulier conféré par la loi et le statut de la personne qui l'exerce sont des éléments importants. Le ministre est mandaté en termes larges par l'art. 138 pour agir dans l'intérêt public, et s'il juge qu'il est contraire à l'intérêt public de délivrer le permis modifié, le tribunal ne doit pas l'empêcher de faire ce qu'il considère être son devoir.

Le contrôle des décisions que des ministres prennent en exerçant des pouvoirs discrétionnaires en contexte administratif ne doit généralement pouvoir être fait que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable. Dans le contexte de la mesure législative destinée à régir la prestation de services de santé conformément à « l'intérêt public », l'objet général du permis favorise l'adoption d'une norme de retenue élevée, tout comme le fait l'expertise du ministre et de ses conseillers, ainsi que la position élevée que ce dernier occupe dans la hiérarchie des décideurs qui exercent une prérogative ou un pouvoir conféré par la loi. L'exercice du pouvoir dépend de ce que le ministre considère être dans l'intérêt public, ce qui est un excellent exemple de mesure touchant l'intérêt public. En l'espèce, la décision du ministre de refuser le permis modifié est manifestement déraisonnable en raison de la façon dont celui-ci et ses prédécesseurs ont défini l'intérêt public pendant les sept années au cours desquelles ils ont consulté et encouragé le Centre et lui ont donné des assurances, et en raison de l'omission totale du ministre de prendre en considération les conséquences que son revirement soudain d'opinion et le manquement à ses promesses entraîneraient pour le Centre. Alors que notre Cour devrait tenir compte — et tiendrait effectivement compte — de tout motif de politique sérieux exposé par le ministre pour justifier une nouvelle définition de l'intérêt public, la décision du ministre ne fait état d'aucun motif de cette nature.

En définitive, une décision manifestement déraisonnable a ici été prise d'une façon visiblement inéquitable. Le ministre n'a qu'un seul choix qui ne soit pas manifestement déraisonnable et ce choix consiste à délivrer le permis modifié pour la période 1991-1993 conformément à la conception de l'intérêt public que lui-même et ses prédécesseurs avaient adoptée jusqu'à cette époque. Une fois que la situation actuelle aura été régularisée par la délivrance du permis modifié pour la période 1991-1993, le ministre actuel pourra alors évaluer, à la lumière de la loi et des circonstances actuelles, le statut

thereafter be assessed by the present Minister on the basis of the present law and the present circumstances.

Cases Cited

By Bastarache J.

Distinguished: *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; **referred to:** *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *C.W.C. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 643; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100; *Morin v. Driscoll College Inc.*, [1979] R.P. 198; *Procureur général de la province de Québec v. Laurendeau*, [1985] R.D.J. 513; *Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30.

By Binnie J.

Referred to: *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24; *Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631; *Canada (Attorney General) v. Purcell*, [1996] 1 F.C. 644; *Canadian Superior Oil Ltd. v. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] S.C.R. 932; *Gilbert Steel Ltd. v. University Construction Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 19; *Hill v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1997] 1 S.C.R. 69; *Cleveland Board of Education v. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985); *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593 (1972); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976); *Barry v. Barchi*, 443 U.S. 55 (1979); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502; *Aurchem Exploration Ltd. v. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 3 S.C.R. 1100, aff'g [1994] 1 F.C. 742; *Re Webb and Ontario Housing Corp.* (1978), 22 O.R. (2d) 257; *Hutfield v. Fort Saskatchewan General Hospital District No. 98 Board* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 256, aff'd (1988), 52 D.L.R. (4th) 562; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Gingras v. Canada*, [1990]

de l'établissement intimé et ce à quoi il a maintenant droit.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Distinction d'avec l'arrêt : *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; **arrêts mentionnés :** *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *S.T.C. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 643; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; *Morin c. Driscoll College Inc.*, [1979] R.P. 198; *Procureur général de la province de Québec c. Laurendeau*, [1985] R.D.J. 513; *Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30.

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631; *Canada (Procureur général) c. Purcell*, [1996] 1 C.F. 644; *Canadian Superior Oil Ltd. c. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] R.C.S. 932; *Gilbert Steel Ltd. c. University Construction Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 19; *Hill c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1997] 1 R.C.S. 69; *Cleveland Board of Education c. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985); *Perry c. Sindermann*, 408 U.S. 593 (1972); *Mathews c. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976); *Barry c. Barchi*, 443 U.S. 55 (1979); *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502; *Aurchem Exploration Ltd. c. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710; *Apotex Inc c. Canada (Procureur général)*, [1994] 3 R.C.S. 1100, conf. [1994] 1 C.F. 742; *Re Webb and Ontario Housing Corp.* (1978), 22 O.R. (2d) 257; *Hutfield c. Fort Saskatchewan General Hospital District No. 98 Board* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 256, conf. par (1988), 52 D.L.R. (4th) 562; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S.

2 F.C. 68; *Bloomfield v. Saskatchewan (Minister of Health)*, [1986] S.J. No. 675 (QL); *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan*, [1984] 1 W.L.R. 1337; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock*, [1987] 2 All E.R. 518; *R. v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd.*, [1995] 2 All E.R. 714; *R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan*, [2000] 3 All E.R. 850; *Webb v. Ireland*, [1988] I.R. 353; *Attorney-General (NSW) v. Quin* (1990), 64 A.L.J.R. 327; *Administrator, Transvaal v. Traub*, 1989 (4) SA 731; *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte M.F.K. Underwriting Agents Ltd.*, [1990] 1 W.L.R. 1545; *Haoucher v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1990), 19 A.L.D. 577; *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh* (1995), 183 C.L.R. 273; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2000] 4 F.C. 264; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 3 F.C. 259; *Bawolak v. Exroy Resources Ltd.*, [1993] R.D.J. 192; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49; *Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 S.C.R. 80; *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227; *Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) London Borough Council*, [1971] 1 Q.B. 222; *North Western Gas Board v. Manchester Corp.*, [1963] 3 All E.R. 442; *Office of Personnel Management v. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990); *United States v. Pennsylvania Industrial Chemical Corp.*, 411 U.S. 655 (1973); *United States v. Asmar*, 827 F.2d 907 (1987); *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] S.C.R. 500; *Granger v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 141, aff'g [1986] 3 F.C. 70; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Minister of Forests of British Columbia*, [1984] 3 W.W.R. 270; *Lazarov v. Secretary of State of Canada*, [1973] F.C. 927; *Re Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag and Nova Scotia Woodlot Owners' Association* (1975), 61 D.L.R. (3d) 97; *Canadian National Railway Co. v. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 140 D.L.R. (4th) 23; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Re Sheehan and*

653; *Gingras c. Canada*, [1990] 2 C.F. 68; *Bloomfield c. Saskatchewan (Minister of Health)*, [1986] S.J. No. 675 (QL); *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan*, [1984] 1 W.L.R. 1337; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock*, [1987] 2 All E.R. 518; *R. c. Ministry of Agriculture Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd.*, [1995] 2 All E.R. 714; *R. c. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan*, [2000] 3 All E.R. 850; *Webb c. Ireland*, [1988] I.R. 353; *Attorney-General (NSW) c. Quin* (1990), 64 A.L.J.R. 327; *Administrator, Transvaal c. Traub*, 1989 (4) SA 731; *R. c. Inland Revenue Commissioners, ex parte M.F.K. Underwriting Agents Ltd.*, [1990] 1 W.L.R. 1545; *Haoucher c. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1990), 19 A.L.D. 577; *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs c. Teoh* (1995), 183 C.L.R. 273; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 C.F. 264; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*, [1996] 3 C.F. 259; *Bawolak c. Exroy Resources Ltd.*, [1993] R.D.J. 192; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49; *Commission hydro-électrique de Kenora (Ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 R.C.S. 80; *Robertson c. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227; *Lever Finance Ltd. c. Westminster (City) London Borough Council*, [1971] 1 Q.B. 222; *North Western Gas Board c. Manchester Corp.*, [1963] 3 All E.R. 442; *Office of Personnel Management c. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990); *United States c. Pennsylvania Industrial Chemical Corp.*, 411 U.S. 655 (1973); *United States c. Asmar*, 827 F.2d 907 (1987); *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *The King c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500; *Granger c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada)*, [1989] 1 R.C.S. 141, conf. [1986] 3 C.F. 70; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Minister of Forests of British Columbia*, [1984] 3 W.W.R. 270; *Lazarov c. Secrétaire d'État du Canada*, [1973] C.F. 927; *Re Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag and Nova Scotia Woodlot Owners' Association* (1975), 61 D.L.R. (3d) 97; *Canadian National Railway Co. c. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 140 D.L.R. (4th) 23; *Maple Lodge Farms*

Criminal Injuries Compensation Board (1975), 52 D.L.R. (3d) 728.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, ss. 81, 83, 119 [am. 1992, c. 21, s. 70], 126 [*idem*], 437 to 443, 441, 442.1, 444.

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-5 [now R.S.Q., c. S-4.2], ss. 136, 137, 138, 139 [repl. 1981, c. 22, s. 92], 139.1 [ad. 1981, c. 22, s. 92], 140.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 100, 844.

Permits for Establishments (Issue and Renewal) Regulation, O.C. 1373-84, (1984) 116 G.O. II, 2370.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated January 2001).

Davis, Kenneth Culp, and Richard J. Pierce, Jr. *Administrative Law Treatise*, 3rd ed., vol. 2. Boston: Little, Brown, 1994.

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Forsyth, Christopher. "*Wednesbury* protection of substantive legitimate expectations", [1997] *Pub. L.* 375.

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

MacLauchlan, H. Wade. "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 281.

McDonald, Patrick. "Contradictory Government Action: Estoppel of Statutory Authorities" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 160.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David. J. "*Canada Assistance Plan* — Denying Legitimate Expectation a Fair Start?" (1993), 7 Admin. L.R. (2d) 269.

Mullan, David J. "'Confining the Reach of Legitimate Expectations' Case Comment: *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)*" (1991), 44 Admin. L.R. 245.

Ltd. c. Gouvernement du Canada, [1982] 2 R.C.S. 2; *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board* (1975), 52 D.L.R. (3d) 728.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 100, 844.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 81, 83, 119 [mod. 1992, ch. 21, art. 70], 126 [*idem*], 437 à 443, 441, 442.1, 444.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5 [maintenant L.R.Q., ch. S-4.2], art. 136, 137, 138, 139 [abr. 1981, ch. 22, art. 92], 139.1 [aj. 1981, ch. 22, art. 92], 140.

Règlement sur la délivrance et le renouvellement du permis d'un établissement, décret 1373-84, (1984) 116 G.O. II, 2769.

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated January 2001).

Davis, Kenneth Culp, and Richard J. Pierce, Jr. *Administrative Law Treatise*, 3rd ed., vol. 2. Boston : Little, Brown, 1994.

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London : Sweet & Maxwell, 1995.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997.

Forsyth, Christopher. « *Wednesbury* protection of substantive legitimate expectations », [1997] *Pub. L.* 375.

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

MacLauchlan, H. Wade. « Transforming Administrative Law : The Didactic Role of the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 281.

McDonald, Patrick. « Contradictory Government Action : Estoppel of Statutory Authorities » (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 160.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Mullan, David. J. « *Canada Assistance Plan* — Denying Legitimate Expectation a Fair Start? » (1993), 7 Admin. L.R. (2d) 269.

Mullan, David J. « "Confining the Reach of Legitimate Expectations" Case Comment : *Sunshine Coast Parents for French v. School Disctrict No. 46 (Sunshine Coast)* » (1991), 44 Admin. L.R. 245.

Roy, Claudine. *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif.* Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.

Schønberg, Søren J. *Legitimate Expectations in Administrative Law.* New York: Oxford University Press, 2000.

Stewart, Cameron. "Substantive Unfairness: A New Species of Abuse of Power?" (2000), 28 *Fed. L. Rev.* 617.

Wright, David. "Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 2707, 9 Admin. L.R. (3d) 161, [1998] Q.J. No. 2982 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, J.E. 92-1815. Appeal dismissed.

Patrice Claude, *Anne-Marie Brunet* and *Jean-François Jobin*, for the appellant.

Gilles Poulin and *Elliot L. Bier*, for the respondents Mount Sinai Hospital Center and Elliot L. Bier et al.

No one appeared for the respondent Maimonides Hospital Geriatric Centre.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie J. were delivered by

1 BINNIE J. — I agree with my colleague Justice Bastarache that this appeal should be dismissed. I also agree with his rejection of the respondents' claim that they already possessed the modified permit at the time of the Mount Sinai Hospital Center's move from Sainte-Agathe to Montreal and that all that remained was to bring the wording of the permit into line with the legal reality. As my colleague points out in para. 97, "being entitled to the permit is different than actually holding it". In government, nothing is done until it is done.

2 My colleague, Bastarache J., puts the focus on the Minister of Health and Social Services and concludes that the Minister had in fact exercised his discretion under s. 138 of the *Act respecting*

Roy, Claudine. *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993.

Schønberg, Søren J. *Legitimate Expectations in Administrative Law.* New York : Oxford University Press, 2000.

Stewart, Cameron. « Substantive Unfairness : A New Species of Abuse of Power? » (2000), 28 *Fed. L. Rev.* 617.

Wright, David. « Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 2707, 9 Admin. L.R. (3d) 161, [1998] A.Q. nº 2982 (QL), confirmant un jugement de la Cour supérieure, J.E. 92-1815. Pourvoi rejeté.

Patrice Claude, *Anne-Marie Brunet* et *Jean-François Jobin*, pour l'appelant.

Gilles Poulin et *Elliot L. Bier*, pour les intimés le Centre hospitalier Mont-Sinaï et Elliot L. Bier et autres.

Personne n'a comparu pour l'intimé le Centre hospitalier gériatrique Maïmonides.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et du juge Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE — Je suis d'accord avec mon collègue le juge Bastarache pour dire qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi. Je souscris également à son rejet de l'argument des intimés, selon lequel ils possédaient déjà le permis modifié au moment du déménagement du Centre hospitalier Mont-Sinaï de Sainte-Agathe à Montréal et que tout ce qu'il restait à faire était d'en rendre le libellé conforme à la réalité juridique. Comme mon collègue le souligne au par. 97, « avoir droit au permis est différent du fait de le posséder ». Au gouvernement, une mesure ne se concrétise qu'au moment où elle est prise.

Mon collègue le juge Bastarache met l'accent sur le ministre de la Santé et des Services sociaux et conclut que celui-ci avait effectivement exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 138

health services and social services, R.S.Q., c. S-5 (now s. 441 of the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2), culminating in the Center's move to Montreal in January 1991 (para. 105). The various actions and communications by the Minister with the respondents are considered as evidence of how and when the discretion was exercised (para. 101). The issue, on this view, is whether the original exercise of the s. 138 discretion was validly reversed in the October 3, 1991 decision to deny the modified permit (para. 107).

de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5 (maintenant l'art. 441 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2), ce qui avait abouti au déménagement du Centre à Montréal en janvier 1991 (par. 105). Selon lui, les différentes mesures que le ministre a prises à l'égard des intimés et les communications qu'il a eues avec eux témoignent de la façon dont le pouvoir discrétionnaire a été exercé et du moment où il l'a été (par. 101). Dans cette optique, il s'agit de savoir si l'exercice initial du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 138 a été validement infirmé dans la décision du 3 octobre 1991 de refuser le permis modifié (par. 107).

There is, of course, a distinction between the making of a decision and the documentation of it, but to apply that distinction here raises serious practical problems. When, precisely, did the Minister cross the boundary between deliberation and decision? How is the citizen and, importantly, how is the Minister to know when his or her decision-making power has been exercised? Is the allegation of an exercised power sufficient to expose the Minister to pre-trial discovery on his state of mind? How much mental commitment by the Minister will be held to be enough to lock in a "decision"?

3 Naturellement, il existe une distinction entre prendre une décision et en établir l'existence au moyen de documents, mais cette distinction pose en l'espèce de graves problèmes pratiques. À quel moment exactement le ministre est-il passé de la délibération à une décision? Comment le citoyen peut-il savoir que le ministre a exercé son pouvoir décisionnel, et ce qui est important, comment le ministre peut-il savoir qu'il a exercé ce pouvoir? L'allégation selon laquelle il y a eu exercice de pouvoir suffit-elle pour exposer le ministre à un interrogatoire préalable sur son état d'esprit? Dans quelle mesure le ministre doit-il s'être engagé moralement à agir pour que l'on puisse considérer qu'il a pris une « décision »?

I prefer the approach of the Quebec Court of Appeal which rested its decision on an analysis of the relationship between the respondents and the Minister. The communications from the Minister are not simply evidence of the state of the Minister's mind, but are the source of the respondents' entitlement. In other words, if the successive Ministers had gone through the same cogitations and deliberations as they did between 1984 and 1991, but kept their thoughts to themselves, I think it unlikely the respondents would succeed in obtaining the order they seek.

4 Je préfère l'approche de la Cour d'appel du Québec qui a fondé sa décision sur une analyse des rapports entre les intimés et le ministre. Les communications du ministre ne font pas que témoigner de l'état d'esprit de ce dernier; elles sont aussi à l'origine du droit des intimés. En d'autres termes, j'estime que les intimés n'obtiendraient probablement pas l'ordonnance qu'ils sollicitent si les ministres qui se sont succédé s'étaient livrés, sans exprimer leur pensée, aux cogitations et aux délibérations auxquelles ils se sont livrés entre 1984 et 1991.

What is crucial to the respondents' case is that successive Ministers not only communicated their view that the Center's change of operations to include short-term care was in the public interest (in terms which amounted to a promise that the

5 Ce qui est décisif pour la cause des intimés est non seulement le fait que les ministres qui se sont succédé ont exprimé l'opinion que l'ajout des soins de courte durée aux services déjà offerts par le Centre était dans l'intérêt public (et ce, en des

modified permit would be issued) but the respondents relied on those representations and communications. Inexplicably, once the respondents applied for the modified permit as promised, the ministerial wind shifted without notice. The Minister simply announced that short-term beds must be coupled with enhanced diagnostic and treatment facilities which the respondents had not proposed and which the Minister, despite his insistence, was not prepared to fund. This is what the Minister wrote:

[TRANSLATION] The excellence achieved by this hospital in so-called intermediate care of respiratory illnesses was developed within the framework of a permit for 107 long-term beds. If 50 of those beds were now reclassified to become short-term beds, as you are asking, it would be necessary to strengthen the establishment's capacity to deal with more acute and more complex clinical problems than at present. It would be necessary for that purpose to grant it additional resources, something which the Government is not able to do.

The review of the case conducted by my Department concludes that Mount Sinai Hospital's permit should remain what it is, namely 107 long-term beds, an opinion which I share.

6 It is evident on the face of the letter that no weight whatsoever was placed by the Minister on the implications for the respondents of the broken promises.

I. The Legal Issues

7 The wording of s. 138 of the old Act is crucial:

138. Every person applying for a permit must send his application to the Minister in accordance with the regulations.

The Minister shall issue a permanent permit or a temporary permit if he considers that it is in the public interest. [Emphasis added.]

Accordingly, *if* the Minister forms the opinion, as a matter of policy, that the public interest would be served by the modified facility, then he *shall* (mandatory) issue the permit. There are thus three stages to the respondents' challenge: (1) the October 3, 1991 decision must

termes équivalant à une promesse de délivrer le permis modifié), mais encore le fait que les intimés se sont fiés à ces déclarations et à ces communications. Fait inexplicable, lorsque ces derniers ont demandé le permis modifié qui leur avait été promis, le vent a soudainement tourné au ministère. Le ministre a simplement exigé que les lits destinés aux soins de courte durée soient combinés à des installations de diagnostic et de traitement améliorées, une mesure que les intimés n'avaient pas proposée et que, malgré son insistance, le ministre n'était pas prêt à financer. Voici ce que le ministre a écrit :

L'excellence développée par cet hôpital dans les soins dits intermédiaires des maladies respiratoires l'a été dans le cadre d'un permis de 107 lits de longue durée. Si, aujourd'hui, 50 de ces lits étaient reclassifiés pour devenir des lits de courte durée, tel que vous le demandez, il faudrait renforcer la capacité de l'établissement pour faire face à des problèmes cliniques plus aigus et plus complexes que présentement. Il faudrait, à cette fin, lui accorder des ressources additionnelles, ce que le Gouvernement n'est pas en mesure de faire.

L'analyse du dossier effectuée par mon ministère conclut que le permis de l'hôpital Mont-Sinaï doit demeurer ce qu'il est, soit 107 lits de longue durée, avis que je partage.

Il ressort clairement de cette lettre que le ministre n'a accordé aucune importance aux conséquences du manquement à ses promesses pour les intimés.

I. Les questions de droit

La formulation de l'art. 138 de l'ancienne loi est déterminante :

138. Toute personne qui sollicite un permis doit transmettre sa demande au ministre conformément aux règlements.

Le ministre délivre un permis permanent ou un permis temporaire s'il estime que l'intérêt public le justifie. [Je souligne.]

Par conséquent, *si* le ministre est d'avis, en principe, que l'intérêt public serait servi par l'établissement modifié, il *délivre* alors (obligatoirement) le permis. La contestation des intimés comporte donc trois étapes : (1) la décision du 3 octobre 1991 doit

ber 3, 1991 decision is to be quashed; (2) the Minister is to be fixed with the conception of the public interest he and his predecessors agreed upon with the respondents between 1984 and October 2, 1991; and (3) based on that conception of the public interest, *mandamus* is to issue to enforce the mandatory duty under s. 138 ("shall") to issue the modified permit.

This case is not the simple scenario of an application for a permit followed by a refusal "in the public interest". From 1984 onwards the respondents worked closely with Ministry regulators. A web of understandings and incremental agreements came into existence with the concurrence indeed encouragement of successive Ministers. What perhaps began with an abstract notion of "the public interest" became, through private initiative and ministerial response, a specific embodiment of the public interest in terms of bricks and mortar, facilities and location. Not only did successive Ministers subscribe to this embodiment of the public interest, they encouraged the respondents to act on it. If this were a private law situation there would likely be a breach of contract. This is not, of course, a private law situation.

II. The Case for the Appellant Minister

Counsel for the Minister emphasized that s. 138 clearly shows a legislative intent that the public interest is to be determined by the Minister, not by the courts. The validity of the legislation is unchallenged. The Minister was entirely familiar with the Center and over the course of seven years had heard whatever the respondents had to say. Ministerial decisions in such circumstances command deference: *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24; *Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631; *Canada (Attorney General) v. Purcell*, [1996] 1 F.C. 644 (C.A.). The Minister says that neither the doctrine of legitimate expectations nor estoppel operates to entitle the respondents to substantive relief, i.e., the modified permit. Estoppel can only be used as a shield, not a sword: *Cana-*

être annulée; (2) le ministre doit s'en tenir à la conception de l'intérêt public que ses prédécesseurs et lui-même partageaient avec les intimés entre 1984 et le 2 octobre 1991; (3) compte tenu de cette conception de l'intérêt public, il faut délivrer un *mandamus* pour faire exécuter l'obligation qu'impose l'art. 138 de délivrer le permis modifié.

8 Il n'est pas question en l'espèce d'une simple demande de permis suivie d'un refus justifié par « l'intérêt public ». Depuis 1984, les intimés travaillent en étroite collaboration avec les fonctionnaires du ministère responsables de la réglementation. Une série d'accords et d'ententes progressives ont été conclus avec l'appui, voire l'encouragement, des ministres qui se sont succédé. Ce qui a peut-être commencé par une notion abstraite de « l'intérêt public » est devenu, au fil d'initiatives privées et de réponses ministérielles, une image précise de l'intérêt public représentée par la brique, le mortier, les installations et l'emplacement. Non seulement les ministres qui se sont succédé ont-ils souscrit à cette représentation de l'intérêt public, mais encore ils ont encouragé les intimés à agir en conséquence. S'il s'agissait d'une situation relevant du droit privé, il y aurait probablement inexécution de contrat. De toute évidence, nous ne sommes pas en présence d'une telle situation.

II. L'argumentation du ministre appelant

9 L'avocat du ministre a souligné que l'art. 138 démontre clairement que le législateur a voulu que ce soit le ministre, et non pas les tribunaux, qui détermine ce qui est dans l'intérêt public. La validité de ce texte législatif n'est pas contestée. Le ministre connaissait très bien le Centre et, pendant sept ans, il avait entendu tout ce que les intimés avaient à dire. En pareil cas, une décision ministérielle commande la retenue : *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631; *Canada (Procureur général) c. Purcell*, [1996] 1 C.F. 644 (C.A.). Le ministre prétend que ni la théorie de l'expectative légitime ni la préclusion (*estoppel*) ne donnent aux intimés le droit à une réparation substantielle, c'est-à-dire le permis modifié. La préclusion ne peut être utili-

dian Superior Oil Ltd. v. Paddon-Hughes Development Co., [1970] S.C.R. 932, at pp. 937-39; *Gilbert Steel Ltd. v. University Construction Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 19 (C.A.), at p. 23.

III. The Case for the Respondents

10 The respondents do not dispute the general principle of deference to ministerial discretion. They rely, however, on the web of relationships developed in the seven years preceding the October 3, 1991 rejection. Their legal position may be rationalized in several different ways:

(1) They had a *right* to the modified permit to "regularize" the hospital bed situation brought about by the mutual agreement with the Minister. The Court should consider as done that which *ought* to have been done;

(2) *Procedural fairness* dictated that the application for a modified permit should have been granted;

(3) While there may have been no *right* as such to a modified permit, the respondents had a reasonable and legitimate *expectation* that the modified permit would issue. The Minister had so promised, it was within his statutory power to keep his promise, and there was no overriding public interest that might justify the promise being broken;

(4) The Minister was *estopped* by his representations from insisting on an unfettered discretion in October 1991 to grant or withhold the modified permit. Too much water had gone under the bridge. The representations, and conduct of successive Ministers from 1984 onwards, led the respondents to modify their operations to include short-term care, launch a fundraising campaign and move to a new facility in Montreal. The Minister could not belatedly escape this history on October 3, 1991. The discretion which he otherwise might have possessed was fettered;

sée que comme un bouclier et non comme une épée : *Canadian Superior Oil Ltd. c. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] R.C.S. 932, p. 937-939; *Gilbert Steel Ltd. c. University Construction Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 19 (C.A.), p. 23.

III. L'argumentation des intimés

Les intimés ne contestent pas le principe général de la retenue envers le pouvoir discrétionnaire du ministre. Ils invoquent cependant l'ensemble des rapports développés au cours des sept années qui ont précédé le rejet du 3 octobre 1991. Leur position sur le plan juridique peut s'expliquer de plusieurs façons :

(1) Ils avaient *droit* au permis modifié pour « régulariser » la situation de l'hôpital sur le plan des lits dont il disposait à la suite de l'entente mutuelle avec le ministre. La Cour doit considérer comme accompli ce qui aurait *dû* l'être.

(2) L'*équité procédurale* exigeait que la demande de permis modifié soit accueillie.

(3) Même s'il se peut qu'il n'y ait eu aucun *droit* comme tel à un permis modifié, les intimés *s'attendaient* raisonnablement et légitimement à ce qu'un tel permis soit délivré. Le ministre l'avait promis, la loi l'habilitait à tenir sa promesse et aucun intérêt public prépondérant n'était susceptible de justifier le manquement à cette promesse.

(4) Les affirmations du ministre l'*empêchaient* de soutenir qu'il avait, en octobre 1991, un pouvoir discrétionnaire absolu d'accorder ou de refuser le permis modifié. Trop d'eau avait coulé sous les ponts. Par leurs affirmations et leur comportement, les ministres qui se sont succédé depuis 1984 ont amené les intimés à modifier leurs activités en ajoutant des soins de courte durée, à lancer une campagne de financement et à déménager dans de nouvelles installations à Montréal. Le ministre ne pouvait pas, en fin de compte, échapper à ces faits le 3 octobre 1991. Il y avait entrave au pouvoir discrétionnaire qu'il aurait par ailleurs détenu.

(5) The ministerial decision should be set aside on one ground of *abuse of discretion.* The dealings of successive Ministers with the respondents between 1984 and 1991 reflected a considered view of the public interest which was repudiated on October 3, 1991 without any regard for a very relevant consideration, namely the implications of that decision for the respondents. If the Minister were to decide consistently with the view of the public interest he had previously espoused, the modified permit would issue. No plausible reason was given for the breach of the promise of a modified permit. The decision of October 3, 1991 was, in the circumstances, patently unreasonable.

(5) Il y a lieu d'annuler la décision du ministre pour cause d'*abus de pouvoir discrétionnaire.* Les rapports que les ministres qui se sont succédé ont eus avec les intimés entre 1984 et 1991 reflétaient une conception réfléchie de l'intérêt public qui a été rejetée le 3 octobre 1991 sans qu'un facteur très pertinent soit pris en considération, à savoir les conséquences de cette décision pour les intimés. Si le ministre devait prendre une décision conforme à sa conception antérieure de l'intérêt public, le permis modifié serait délivré. Aucun motif plausible n'a été donné à l'appui du manquement à la promesse de délivrer un permis modifié. Dans les circonstances, la décision du 3 octobre 1991 était manifestement déraisonnable.

It will be noted that most of these claims would lead, if anywhere, to procedural relief. That is not, as stated, the respondents' ultimate objective. While in some cases a litigant relies on a substantive claim to justify procedural protection, in this case the respondents rely to some extent on the alleged violation of their procedural rights to nourish the claim to a substantive remedy. 11

On notera que la plupart de ces arguments ne pourraient mener qu'à une réparation procédurale s'ils étaient retenus. Tel n'est pas, comme nous l'avons vu, l'objectif ultime des intimés. Bien que, dans certains cas, une partie puisse invoquer un droit substantiel pour justifier une protection procédurale, les intimés en l'espèce invoquent, dans une certaine mesure, une prétendue violation de leurs droits procéduraux pour solliciter une réparation substantielle.

I will address each of these legal arguments in turn. 12

J'aborderai chacun de ces arguments juridiques successivement.

A. *Do the Respondents Possess an Acquired Right to a Modified Permit?*

A. *Les intimés ont-ils le droit acquis d'obtenir un permis modifié?*

In oral argument it was suggested that perhaps the respondents could bring themselves within the principle applied in *Hill v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1997] 1 S.C.R. 69. In that case a farm had been bifurcated by a new provincial highway. The farmer claimed that when expropriating his land for that purpose 27 years earlier, the province had included as part of the compensation package an equitable easement permitting him to move cattle and equipment across the highway from one side of his farm to the other. Both the farmer and the province had clearly acted on that basis for the previous 27 years. The province eventually repudiated the understanding contending that it had never acknowledged the interest in the land *in writing* as 13

On a prétendu en plaidoirie que les intimés pouvaient être en mesure d'invoquer le principe appliqué dans *Hill c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1997] 1 R.C.S. 69. Dans cette affaire, une nouvelle route provinciale séparait une ferme en deux. Le fermier prétendait que la province lui avait notamment accordé, à titre de contrepartie pour l'expropriation de ses terres 27 ans auparavant, une servitude en *equity* l'autorisant à traverser la route avec son bétail et sa machinerie pour se rendre d'un bout à l'autre de sa ferme. Le fermier et la province s'étaient manifestement comporté en ce sens au cours des 27 années précédentes. La province a par la suite rejeté l'entente en soutenant qu'elle n'avait jamais reconnu *par écrit* l'existence

required by s. 21 of the *Public Highways Act*, R.S.N.S. 1954, c. 235. Our Court concluded that there had been "part performance" by the province, and "[q]uite simply equity recognizes as done that which ought to have been done. A verbal agreement which has been partly performed will be enforced" (*per* Cory J., at paras. 11-12).

14 *Hill* involved an equitable interest in land. In the present case the respondents cannot be said to have a "right" much less a proprietary right to the award of a permit. The mere expectation of a favourable outcome to the application (when eventually made), fuelled by ministerial statements and conduct, is still no more than an expectation. The respondents had not even applied for the modified permit until they relocated to Montreal in 1991.

15 In the United States a broad interpretation is sometimes given to the notion of "property" for the purposes of the due process clause (e.g., *Cleveland Board of Education v. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985) (state employment); *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593 (1972); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976) (right to social security disability benefits); and *Barry v. Barchi*, 443 U.S. 55 (1979) (renewal of horse trainer's licence)), but even the U.S. cases seem to contemplate the possession and expected continuation of an existing permit or benefit, not the hoped-for acquisition of a new one.

16 Putting aside, then, the initial challenge based on *Hill*, the other arguments that are marshalled in support of the respondents' position proceed from very general propositions (e.g., the availability of procedural fairness) to narrower propositions that are highly specific to the dealings between the parties in this case (e.g., estoppel). Under whatever label, however, the steady drumbeat of the respondents' complaint is that they were treated by the Minister in an unfair and high-handed manner. It is true, as the appellant points out, that the Minister's

de l'intérêt dans les terres visées, comme l'exigeait l'art. 21 de la *Public Highways Act*, R.S.N.S. 1954, ch. 235. Notre Cour a conclu qu'il y avait eu « exécution partielle » par la province et que « [l]'*equity* reconnaît tout simplement comme accompli ce qui aurait dû l'être. Il sera possible de demander l'exécution d'une entente verbale qui a été accomplie en partie » (le juge Cory, par. 11-12).

L'arrêt *Hill* portait sur un intérêt en *equity* dans des terres. Dans la présente affaire, on ne peut pas dire que les intimés possèdent un « droit » et encore moins un droit propriétal à la délivrance d'un permis. La simple attente d'un dénouement favorable concernant la demande (lorsqu'elle sera présentée), alimentée par les déclarations et le comportement du ministre, n'est jamais rien de plus qu'une attente. Les intimés n'avaient même pas demandé le permis modifié avant de déménager à Montréal en 1991.

Aux États-Unis, la notion de « propriété » est parfois interprétée largement pour les fins de la clause de l'application régulière de la loi (voir, par exemple, *Cleveland Board of Education c. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985) (emploi de fonctionnaire); *Perry c. Sindermann*, 408 U.S. 593 (1972); *Mathews c. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976) (droit aux prestations d'invalidité de la sécurité sociale); et *Barry c. Barchi*, 443 U.S. 55 (1979) (renouvellement de permis d'entraîneur de chevaux)). Cependant, même la jurisprudence américaine semble concerner la possession et la continuation prévue d'un permis ou d'un avantage existant, et non l'espoir d'obtenir un nouveau permis ou un nouvel avantage.

Donc, si on fait abstraction de la contestation initiale fondée sur l'arrêt *Hill*, les autres arguments avancés à l'appui de la position des intimés partent de propositions très générales (par exemple, l'existence d'équité procédurale) pour arriver à des propositions plus restreintes qui sont, dans une très large mesure, propres aux rapports entre les parties en l'espèce (par exemple, la préclusion). Toutefois, à quelque égard que ce soit, ce dont se plaignent constamment les intimés, c'est que le ministre les a traités d'une manière inéquitable et arbitraire. À

power under s. 138 is framed as a broad policy discretion to be exercised "in the public interest". Yet the discretion, however broadly framed, is not unfettered. At the very least the Minister must exercise the power for the purposes for which it was granted: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), at p. 1030. The Minister must observe procedural fairness in dealing with the respondents' interests in their application for a permit: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. Other limitations are more controversial. Where, as here, the Minister makes representations by word or conduct that someone will receive or retain a benefit, or that some procedural right will be afforded before a decision is taken, the availability and/or content of procedural fairness may be enlarged under the doctrine of legitimate expectation: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.); C. Roy, *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif* (1993). Where the representations were known to and relied upon by an individual affected, and such reliance would result in a detriment to that person if the Minister were to backtrack on his earlier representations, there is arguably (unless the statute or an overriding public interest dictates a contrary result) an estoppel: *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502 (C.A.); *Aurchem Exploration Ltd. v. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710 (F.C.T.D.). Moreover, if in light of the foregoing constraints, whether implied by law or self-imposed by the Minister, the resulting decision is patently unreasonable, it may be quashed (*Baker v. Canada*, *supra*) and an order in the nature of mandamus may be granted to require the Minister, again in the absence of an overriding public interest to the contrary, to issue the modified permit (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 3 S.C.R.

vrai dire, comme le souligne l'appelant, le pouvoir conféré au ministre par l'art. 138 est libellé comme un large pouvoir discrétionnaire, en matière de politique générale, qui doit être exercé dans « l'intérêt public ». Néanmoins, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, quelque général que puisse être son libellé. Le ministre doit à tout le moins l'exercer aux fins pour lesquelles il est conféré : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), p. 1030. Il doit respecter les principes d'équité procédurale lorsqu'il examine l'intérêt des intimés dans leur demande de permis : *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. D'autres restrictions sont plus controversées. Dans les cas où, comme en l'espèce, le ministre fait comprendre, par ses paroles ou par son comportement, que quelqu'un recevra ou conservera un avantage ou qu'un droit procédural sera accordé avant la prise d'une décision, la possibilité d'invoquer l'équité procédurale ou la teneur de cette forme d'équité peut être élargie en vertu de la théorie de l'expectative légitime : *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.); C. Roy, *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif* (1993). On peut soutenir que, à moins que la loi ou un intérêt public prépondérant ne dicte le contraire, la préclusion s'applique lorsque la personne concernée était au fait des affirmations et s'y est fiée, et qu'elle subirait un préjudice si le ministre revenait sur ses affirmations antérieures : *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502 (C.A.); *Aurchem Exploration Ltd. c. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710 (C.F. 1re inst.). De plus, si, à la lumière des contraintes susmentionnées, peu importe qu'elles découlent de la loi ou que le ministre se les soit imposées lui-même, la décision résultante est manifestement déraisonnable, elle peut être annu-

1100, aff'g [1994] 1 F.C. 742 (C.A.)). The list of limitations is not exhaustive.

17 At the end of the day, the respondents' main hurdle is that they do not seek procedural relief. They want the Court to grant substantive relief. They don't want a hearing or more consultation. The events in question took place 10 years ago. The world has moved on. They want the Court to order the Minister to issue the 1991-1993 modified permit.

B. *The Minister Failed to Observe Procedural Fairness*

18 If the respondents did not have a "right" to a modified permit, they nevertheless had a direct financial interest in the outcome of their application sufficient to trigger the duty of procedural fairness. They were, after all, existing permit holders. Their request was for permit modifications. As stated by Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, *supra*, at p. 653:

> This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual. . . .

19 The respondents were entitled to procedural fairness irrespective of the existence of representations and pieces of correspondence from the Minister. The *nature of the respondents' interest* was sufficient: *Re Webb and Ontario Housing Corp.* (1978), 22 O.R. (2d) 257 (C.A.), *per* MacKinnon A.C.J.O., at p. 265; *Hutfield v. Fort Saskatchewan General Hospital District No. 98 Board* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 256 (Q.B.), at pp. 262-64, aff'd on other grounds (1988), 52 D.L.R. (4th) 562 (Alta. C.A.). Moreover,

lée (*Baker c. Canada*, précité) et une ordonnance de type *mandamus* peut être accordée pour obliger le ministre à délivrer le permis modifié, là encore pourvu qu'aucun intérêt public prépondérant ne dicte le contraire (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 3 R.C.S. 1100, confirmant [1994] 1 C.F. 742 (C.A.)). La liste des restrictions n'est pas exhaustive.

En fin de compte, le principal obstacle auquel se heurtent les intimés est le fait qu'ils ne sollicitent pas une réparation procédurale. Ils veulent que notre Cour leur accorde une réparation substantielle. Ils ne veulent ni se faire entendre ni être consultés davantage. Les événements en question datent de 10 ans. Les temps ont changé. Ils veulent que notre Cour ordonne au ministre de délivrer le permis modifié pour la période 1991-1993.

B. *Le ministre n'a pas respecté les principes d'équité procédurale*

Si les intimés n'avaient pas « droit » à un permis modifié, ils avaient néanmoins, dans l'issue de leur demande, un intérêt financier direct suffisant pour déclencher une obligation d'équité procédurale. Après tout, ils possédaient déjà un permis. Ils demandaient que leur permis soit modifié. Comme l'a précisé le juge Le Dain dans *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, précité, p. 653 :

> Cette Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne . . .

Les intimés avaient droit à l'équité procédurale indépendamment de l'existence des affirmations et des lettres émanant du ministre. La *nature de l'intérêt des intimés* suffisait : *Re Webb and Ontario Housing Corp.* (1978), 22 O.R. (2d) 257 (C.A.), le juge MacKinnon, juge en chef adjoint de l'Ontario, p. 265; *Hutfield c. Fort Saskatchewan General Hospital District No. 98 Board* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 256 (B.R.), p. 262-264, confirmé pour d'autres motifs (1988), 52 D.L.R. (4th) 562 (C.A. Alb.). De plus,

[c]ontemporary administrative law takes a very broad view of the range of the rights, privileges and interests that will attract a right to procedural fairness.

(D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf) vol. 2, at p. 7-31)

Once triggered, the *content* of procedural fairness is generally a function of (i) the nature of the decision to be made, (ii) the relationship between the decision maker and the individual, and (iii) the effect of the decision on the individual's rights: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 669.

Even minimal procedural fairness was not extended to the respondents in this case. They had no notice that the Minister was about to reverse his position, or the reasons for the reversal, and no opportunity to present argument as to why the Minister's earlier and long-standing view that the public interest favoured a modified Mount Sinai Hospital Center should prevail. These defects enable the respondents to achieve the first of their objectives, namely the setting aside of the Minister's October 3, 1991 decision. However, as stated, they want more.

C. *The Doctrine of Legitimate Expectation*

The respondents argue that the doctrine of legitimate expectations can be used to compel not only procedural protection but a substantive result provided such result is not contrary to law and is otherwise within the power of the Minister, which in this case it would be (see S. J. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (2000), ch. 4). The prior jurisprudence in this Court is against such a proposition: see *Old St. Boniface*, *supra*, at pp. 1203-4; *Reference re Canada Assistance Plan*, *supra*, at pp. 557-58; *Baker v. Canada*, *supra*, at para. 26. However, the respondents say that this doctrine is rapidly evolving and expanding, and has been employed in Canada and elsewhere to impose a substantive rather than merely procedural result on decision makers exercising statutory or prerogative powers. Relevant

[TRADUCTION] [l]e droit administratif contemporain interprète très largement la portée des droits, privilèges et intérêts qui donnent droit à l'équité procédurale.

(D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 7-31)

Une fois qu'intervient l'équité procédurale, son *contenu* dépend généralement (i) de la nature de la décision qui doit être rendue, (ii) des rapports existant entre le décideur et le particulier, et (iii) de l'effet de la décision sur les droits du particulier : *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 669. 20

En l'espèce, les intimés n'ont même pas bénéficié de la moindre équité procédurale. Ils n'ont été avisés ni du fait que le ministre était sur le point de revenir sur sa position ni des motifs de ce revirement, et ils n'ont pas eu non plus l'occasion d'expliquer pourquoi devait prévaloir l'opinion qu'avait eue pendant longtemps le ministre, selon laquelle il était dans l'intérêt public que le Centre hospitalier Mont-Sinaï subisse des changements. Grâce à ces déficiences, les intimés atteignent leur premier objectif, à savoir l'annulation de la décision rendue le 3 octobre 1991 par le ministre. Toutefois, comme nous l'avons vu, ils veulent davantage. 21

C. *La théorie de l'expectative légitime*

Les intimés font valoir que la théorie de l'expectative légitime peut être utilisée pour forcer à accorder non seulement une protection procédurale, mais également une réparation substantielle, pourvu que cette dernière ne soit pas contraire à la loi et qu'elle relève par ailleurs du pouvoir du ministre, ce qui serait le cas en l'espèce (voir S. J. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (2000), ch. 4). La jurisprudence antérieure de notre Cour milite contre un tel argument; voir *Vieux St-Boniface*, précité, p. 1203-1204; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, précité, p. 557-558; *Baker c. Canada*, précité, par. 26. Les intimés affirment cependant que cette théorie évolue et prend de l'essor rapidement et qu'elle a été utilisée au Canada et à l'étranger pour obliger les décideurs qui exercent une 22

authorities include the decision of a panel of the Quebec Court of Appeal in *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Transport Lessard (1976) Ltée*, *supra*; trial level decisions elsewhere in Canada including *Gingras v. Canada*, [1990] 2 F.C. 68 (T.D.), and *Bloomfield v. Saskatchewan (Minister of Health)*, [1986] S.J. No. 675 (QL) (Q.B.); in England by Parker L.J. in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan*, [1984] 1 W.L.R. 1337 (C.A.), and subsequently by Taylor J. (later Lord Chief Justice) in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock*, [1987] 2 All E.R. 518 (Q.B.), and Sedley J. (later Lord Justice) in *R. v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd.*, [1995] 2 All E.R. 714 (Q.B.), at p. 724 (which contains a useful discussion of European law to the same effect). More recently in *R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan*, [2000] 3 All E.R. 850, the English Court of Appeal has resoundingly confirmed that in English law the doctrine of legitimate expectations *does* give rise to substantive remedies. Lord Woolf M.R. was unequivocal at para. 71:

> Fairness in such a situation, if it is to mean anything, must for the reasons we have considered include fairness of outcome. This in turn is why the doctrine of legitimate expectation has emerged as a distinct application of the concept of abuse of power in relation to substantive as well as procedural benefits. . . . [Emphasis added.]

23 A similar approach has been adopted in Ireland (*Webb v. Ireland*, [1988] I.R. 353 (S.C.)) and in a more tentative way was expressed by the High Court of Australia in *Attorney-General (NSW) v. Quin* (1990), 64 A.L.J.R. 327, *per* Mason C.J., at p. 336:

> It is possible perhaps that there may be some cases in which substantive protection can be afforded and ordered by the court, without detriment to the public

prérogative ou un pouvoir conféré par la loi à accorder une réparation substantielle plutôt que simplement procédurale. La jurisprudence pertinente comprend l'arrêt *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, précité, rendu par la Cour d'appel du Québec, des décisions rendues ailleurs au Canada par des tribunaux de première instance, dont *Gingras c. Canada*, [1990] 2 C.F. 68 (1re inst.), et *Bloomfield c. Saskatchewan (Minister of Health)*, [1986] S.J. No. 675 (QL) (B.R.), ainsi que les décisions rendues en Angleterre par le lord juge Parker dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan*, [1984] 1 W.L.R. 1337 (C.A.), et par la suite par le juge Taylor (plus tard lord juge en chef) dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock*, [1987] 2 All E.R. 518 (Q.B.), de même que par le juge Sedley (plus tard lord juge) dans *R. c. Ministry of Agriculture Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd.*, [1995] 2 All E.R. 714 (Q.B.), p. 724 (qui contient une analyse utile du droit européen au même effet). Plus récemment, dans *R. c. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan*, [2000] 3 All E.R. 850, la Cour d'appel d'Angleterre a confirmé d'une manière retentissante qu'en droit anglais la théorie de l'expectative légitime donne *effectivement* lieu à des réparations substantielles. Le maître des rôles lord Woolf affirme, d'une manière non équivoque, au par. 71 :

> [TRADUCTION] Pour signifier quelque chose dans un tel cas, l'équité doit, pour les raisons que nous avons examinées, comporter l'équité de l'issue de l'affaire. Cela explique pourquoi la théorie de l'expectative légitime s'est révélée comme une application distincte du concept de l'abus de pouvoir relativement aux avantages tant substantiels que procéduraux . . . [Je souligne.]

Un point de vue semblable a été adopté en Irlande (*Webb c. Ireland*, [1988] I.R. 353 (S.C.)) et a été exprimé de manière plus hypothétique par la Haute Cour d'Australie dans *Attorney-General (NSW) c. Quin* (1990), 64 A.L.J.R. 327, le juge en chef Mason, p. 336 :

> [TRADUCTION] Il se pourrait que, dans certains cas, le tribunal puisse accorder et ordonner une protection substantielle sans pour autant compromettre l'intérêt public

interest intended to be served by the exercise of the relevant statutory or prerogative power.

(Australia seems subsequently to have moved against the granting of substantive relief: C. Stewart, "Substantive Unfairness: A New Species of Abuse of Power?" (2000), 28 *Fed. L. Rev.* 617, at p. 634.) See also the decision of the Appellate Division of the South African Supreme Court in *Administrator, Transvaal v. Traub*, 1989 (4) SA 731. There is also some academic support for the extension of the application of the doctrine of legitimate expectations to substantive rights; see, e.g., C. Forsyth, "*Wednesbury* protection of substantive legitimate expectations", [1997] *Pub. L.* 375. Against this is put the traditional view that "statutory authorities cannot disable themselves from the future exercise of their jurisdiction or powers by the giving of assurances": D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 380.

Part of the difficulty with the contending positions in this case is that in English law, and in the law of those jurisdictions that have followed the English lead in this matter, the doctrine of legitimate expectations performs a number of functions that in Canada are kept distinct. Lord Woolf M.R. in *Coughlan*, *supra*, identified the unifying theme as "administrative fairness" of which procedural fairness and substantive fairness are connected parts. (See also *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte M.F.K. Underwriting Agents Ltd.*, [1990] 1 W.L.R. 1545 (Q.B.), *per* Bingham L.J. (now in the H.L.), at pp. 1569-70.) On the *substantive* side, Lord Woolf M.R. summarizes his position thus at para. 82:

Policy being (within the law) for the public authority alone, both it and the reasons for adopting or changing it will be accepted by the courts as part of the factual data — in other words, as not ordinarily open to judicial review. The court's task — and this is not always understood — is then limited to asking whether the application of the policy to an individual who has been led to expect something different is a just exercise of power. In many cases the authority will already have considered this and made appropriate exceptions . . . or resolved to

que l'exercice de la prérogative ou du pouvoir conféré par la loi vise à servir.

(L'Australie semble s'être prononcée par la suite contre les réparations substantielles : C. Stewart, « Substantive Unfairness : A New Species of Abuse of Power? » (2000), 28 *Fed. L. Rev.* 617, p. 634.) Voir aussi l'arrêt *Administrator, Transvaal c. Traub*, 1989 (4) SA 731, rendu par la Section d'appel de la Cour suprême de l'Afrique du Sud. Certains auteurs préconisent également l'application de la théorie de l'expectative légitime aux droits substantiels; voir, par exemple, C. Forsyth, « *Wednesbury* protection of substantive legitimate expectations », [1997] *Pub. L.* 375. Par contre, il y a le point de vue traditionnel selon lequel [TRADUCTION] « les décideurs désignés par la loi ne peuvent pas donner des assurances qui les rendront inhabiles à exercer ultérieurement leur compétence ou leurs pouvoirs » : D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 380.

Une partie du problème causé par les positions opposées en l'espèce émane du fait qu'en droit anglais et dans le droit des ressorts qui ont suivi l'exemple anglais à cet égard, la théorie de l'expectative légitime remplit un certain nombre de fonctions qui sont différenciées au Canada. Dans l'arrêt *Coughlan*, précité, le maître des rôles lord Woolf a affirmé que le thème unificateur est [TRADUCTION] « l'équité administrative » à laquelle se rattachent l'équité procédurale et l'équité substantielle. (Voir également *R. c. Inland Revenue Commissioners, ex parte M.F.K. Underwriting Agents Ltd.*, [1990] 1 W.L.R. 1545 (Q.B.), le lord juge Bingham (maintenant à la Chambre des lords), p. 1569-1570.) Sur le plan *substantiel*, le maître des rôles lord Woolf résume ainsi sa position, au par. 82 : 24

[TRADUCTION] Vu que la politique (conforme à la loi) est du ressort exclusif de l'autorité publique, les tribunaux considèrent que les motifs qui en sous-tendent l'établissement ou la modification font partie des faits — autrement dit, qu'ils échappent généralement au contrôle judiciaire. La tâche du tribunal — ce qui n'est pas toujours bien compris — consiste donc seulement à se demander si l'application de la politique à un individu amené à s'attendre à un résultat différent est un exercice de pouvoir équitable. Dans bien des cas, l'autorité se

pay compensation where money alone will suffice. But where no such accommodation is made, it is for the court to say whether the consequent frustration of the individual's expectation is so unfair as to be a misuse of the authority's power.

sera déjà posée la question et aura établi les exceptions appropriées [. . .] ou décidé de verser une indemnité financière lorsque cette forme d'indemnité suffit. Mais lorsqu'aucun accommodement de ce genre n'est consenti, il incombe au tribunal de décider si l'omission de répondre aux attentes de l'individu est inéquitable au point de constituer un abus du pouvoir de la part de l'autorité.

25 In *Coughlan* itself a woman with severe physical disabilities was induced by the local health authority to move from a hospital to a nursing home on the promise that there she would have a "home for life" (para. 4). Five years later, after some consultation and for reasons that the court found to be perfectly rational (para. 65), the local health authority decided to close the nursing home. The decision was quashed because, though rational and reached after some consultation, the court concluded that the public authority had placed insufficient weight on its earlier promise of a "home for life".

Dans l'affaire *Coughlan* même, les autorités locales en matière de santé avaient incité une femme atteinte de déficiences physiques graves à déménager d'un hôpital à une maison de soins infirmiers, en lui promettant qu'elle y trouverait un [TRADUCTION] « foyer pour la vie » (par. 4). Cinq années plus tard, à la suite de consultations et pour des raisons jugées parfaitement logiques par la cour (par. 65), les autorités locales en matière de santé ont décidé de fermer la maison de soins infirmiers. Toutefois, la cour a annulé cette décision, même si elle était logique et avait été prise à la suite de consultations, en expliquant que l'autorité publique n'avait pas accordé suffisamment d'importance à sa promesse antérieure d'un « foyer pour la vie ».

26 It thus appears that the English doctrine of legitimate expectation has developed into a comprehensive code that embraces the full gamut of administrative relief from procedural fairness at the low end through "enhanced" procedural fairness based on conduct, thence onwards to estoppel (though it is not to be called that) including substantive relief at the high end, i.e., the end representing the greatest intrusion by the courts into public administration. The intrusion is said to be justified by the multiplicity of conflicting decisions by a public authority on the same point directed to the same individual(s), *per* Lord Woolf M.R. in *Coughlan*, *supra*, at para. 66:

Il appert donc que la théorie anglaise de l'expectative légitime est devenue un code exhaustif englobant toute la gamme des recours en matière de droit administratif, qui va de l'équité procédurale, en passant par l'équité procédurale « améliorée » fondée sur le comportement, pour atteindre le niveau le plus haut où l'ingérence des tribunaux dans l'administration publique est la plus grande — celui où se situe la préclusion (*estoppel*) (même si ce recours ne doit pas être qualifié ainsi) qui justifie la réparation substantielle. Cette ingérence est justifiée, dit-on, par la multitude de décisions contradictoires prises par une autorité publique sur le même sujet et concernant le ou les mêmes individus; le maître des rôles lord Woolf dans *Coughlan*, précité, par. 66 :

In the ordinary case there is no space for intervention on grounds of abuse of power once a rational decision directed to a proper purpose has been reached by lawful process. The present class of case is visibly different. It involves not one but two lawful exercises of power (the promise and the policy change) by the same public

[TRADUCTION] Ordinairement, il n'est pas permis d'invoquer l'abus de pouvoir pour modifier une décision rationnelle qui a été prise légalement dans un but approprié. La présente catégorie d'affaires est visiblement différente. Il y est question, non pas d'un seul, mais de deux exercices légaux de pouvoir (la promesse et le

authority, with consequences for individuals trapped between the two.

In ranging over such a vast territory under the banner of "fairness", it is inevitable that sub-classifications must be made to differentiate the situations which warrant highly intrusive relief from those which do not. Many of the English cases on legitimate expectations relied on by the respondents, at the low end, would fit comfortably within our principles of procedural fairness. At the high end they represent a level of judicial intervention in government policy that our courts, to date, have considered inappropriate in the absence of a successful challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Canadian cases tend to differentiate for analytical purposes the related concepts of procedural fairness and the doctrine of legitimate expectation. There is, on the one hand, a concern that treating procedural fairness as a subset of legitimate expectations may unnecessarily complicate and indeed inhibit rather than encourage the development of the highly flexible rules of procedural fairness: D. Wright, "Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139. On the other hand, there is a countervailing concern that using a Minister's prior conduct against him as a launching pad for substantive relief may strike the wrong balance between private and public interests, and blur the role of the court with the role of the Minister.

Under our case law the availability and content of procedural fairness are generally driven by the nature of the applicant's interest and the nature of the power exercised by the public authority in relation to that interest: Brown and Evans, *supra*, p. 7-13 *et seq.*; D. J. Mullan, "'Confining the Reach of Legitimate Expectations' Case Comment: *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)*" (1991), 44 Admin. L.R. 245, at p. 248. The doctrine of legitimate expectations, on the other hand, looks to the *conduct* of the

changement de politique) par la même autorité publique, qui entraînent des conséquences pour les individus coincés entre les deux.

27 En classant un domaine aussi vaste sous la bannière de « l'équité », il faut nécessairement établir des sous-catégories pour différencier les cas qui justifient une réparation très interventionniste de ceux qui ne la justifient pas. De nombreuses décisions anglaises en matière d'expectative légitime, invoquées par les intimés et situées à l'extrémité inférieure de la gamme, cadreraient bien avec nos principes d'équité procédurale. Les décisions invoquées qui se situent à l'extrémité supérieure de la gamme témoignent d'un degré d'intervention judiciaire dans la politique gouvernementale que nos tribunaux ont jusqu'à présent jugé inapproprié en l'absence de contestation fructueuse fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.

28 La jurisprudence canadienne tend à différencier, aux fins d'analyse, les notions connexes de l'équité procédurale et la théorie de l'expectative légitime. D'une part, on craint que considérer l'équité procédurale comme un sous-ensemble d'expectatives légitimes ne complique inutilement et, en fait, ne nuise à l'évolution des règles très souples de l'équité procédurale, au lieu de la favoriser : D. Wright, « Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139. D'autre part, il y a la crainte inverse que le fait d'invoquer le comportement antérieur d'un ministre pour solliciter une réparation substantielle ne contribue à établir un équilibre erroné entre les intérêts privés et les intérêts publics et à confondre le rôle du tribunal avec celui du ministre.

29 Selon notre jurisprudence, la possibilité d'invoquer l'équité procédurale et le contenu de cette forme d'équité dépendent généralement de la nature de l'intérêt du demandeur et de la nature du pouvoir exercé par l'autorité publique relativement à cet intérêt : Brown et Evans, *op. cit.*, p. 7-13 et suiv.; D. J. Mullan, « "Confining the Reach of Legitimate Expectations" Case Comment : *Sunshine Coast Parents for French v. School Disctrict No. 46 (Sunshine Coast)* » (1991), 44 Admin. L.R. 245, p. 248. Par contre, la théorie de l'expectative

public authority in the exercise of that power (*Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1204) including established practices, conduct or representations that can be characterized as clear, unambiguous and unqualified (Brown and Evans, *supra*, at p. 7-41). The expectations must not conflict with the public authority's statutory remit.

30 The doctrine of legitimate expectations is sometimes treated as a form of estoppel, but the weight of authority and principle suggests that an applicant who relies on the doctrine of legitimate expectations may show, but does not necessarily have to show, that he or she was aware of such conduct, or that it was relied on with detrimental results. This is because the focus is on promoting "regularity, predictability, and certainty in government's dealing with the public": S. A. de Smith, H. Woolf and J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 417, to which the editors add, at p. 426, that insisting on estoppel-type requirements would

> involve unfair discrimination between those who were and were not aware of the representation and would benefit the well-informed or well-advised. It would also encourage undesirable administrative practice by too readily relieving decision-makers of the normal consequences of their actions.

The High Court of Australia espouses a similar view:

> But, more importantly, the notion of legitimate expectation is not dependent upon any principle of estoppel. Whether the Minister can be estopped in the exercise of his discretion is another question; it was not a question raised by the appellant. Legitimate expectation does not depend upon the knowledge and state of mind of the individual concerned, although such an expectation may arise from the conduct of a public authority towards an individual. . . .

(*Haoucher v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1990), 19 A.L.D. 577, *per* Toohey J., at p. 590)

légitime s'attache à la *conduite* de l'autorité publique dans l'exercice de ce pouvoir (*Vieux St-Boniface*, précité, p. 1204) et notamment aux pratiques établies, à la conduite ou aux affirmations qui peuvent être qualifiées de claires, nettes et explicites (Brown et Evans, *op. cit.*, p. 7-41). Les expectatives ne doivent pas entrer en conflit avec le mandat légal de l'autorité publique.

La théorie de l'expectative légitime est parfois considérée comme une forme de préclusion, mais il ressort amplement de la jurisprudence, de la doctrine et des principes que le demandeur qui invoque la théorie de l'expectative légitime peut mais ne doit pas nécessairement démontrer qu'il était au fait de la conduite en cause ou qu'il s'y est fié à son détriment. Cela s'explique par le fait que l'accent est mis sur la promotion de [TRADUCTION] « la régularité, [de] la prévisibilité et [de] la certitude des rapports du gouvernement avec le public » : S. A. de Smith, H. Woolf et J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995), p. 417, ce à quoi les éditeurs ajoutent, à la p. 426, qu'insister sur l'existence de conditions semblables à celles qui justifient la préclusion

> [TRADUCTION] entraînerait une discrimination injuste entre ceux qui connaissaient et ceux qui ignoraient l'existence de l'affirmation et avantagerait ceux qui étaient bien informés. Les pratiques administratives malencontreuses seraient aussi encouragées en raison de la trop grande facilité avec laquelle les décideurs échapperaient aux conséquences normales de leurs actes.

La Haute Cour d'Australie adopte un point de vue similaire :

> [TRADUCTION] Mais, qui plus est, la notion d'expectative légitime ne repose sur aucun principe de préclusion. La question de savoir si le ministre peut être empêché d'exercer son pouvoir discrétionnaire est une autre question, qui n'a pas été soulevée par l'appelant. L'expectative légitime ne dépend pas de la connaissance et de l'état d'esprit de l'individu concerné, bien qu'elle puisse découler de la conduite d'une autorité publique à l'égard d'un individu . . .

(*Haoucher c. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1990), 19 A.L.D. 577, le juge Toohey, p. 590)

See also *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh* (1995), 183 C.L.R. 273 (H.C.).

It is difficult at one and the same time thus to lower the bar to the application of the doctrine of legitimate expectation (for good policy reasons) but at the same time to expand greatly its potency for overruling the Minister or other public authority on matters of substantive policy. One would normally expect *more* intrusive forms of relief to be accompanied by *more* demanding evidentiary requirements.

In *Reference re Canada Assistance Plan*, Sopinka J. (citing *Old St. Boniface*, *supra*) regarded the doctrine of legitimate expectations as "an extension of the rules of natural justice and procedural fairness" which may afford "a party affected by the decision of a public official an opportunity to make representations in circumstances in which there otherwise would be no such opportunity" (p. 557 (emphasis added)). In referring to the making of representations, of course, Sopinka J. was not limiting relief just to representations but intended to include whatever procedural remedies might be appropriate on the facts of a particular case. Procedure is a broad term. The door was shut only against substantive relief. It seems to me, notwithstanding the respondents' argument, that this conclusion should be affirmed. If the Court is to give substantive relief, more demanding conditions precedent must be fulfilled than are presently required by the doctrine of legitimate expectation.

In *Reference re Canada Assistance Plan*, *supra*, Sopinka J. went on to note two further limitations. He quoted at p. 558 from *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602. The first limitation was that: "A purely ministerial decision, on broad grounds of public policy, will typically afford the individual no procedural protection, and any attack upon such a decision will have to be founded upon abuse of discretion"

Voir également *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs c. Teoh* (1995), 183 C.L.R. 273 (H.C.).

Il est difficile de diminuer ainsi les exigences nécessaires à l'application de la théorie de l'expectative légitime (pour de bonnes raisons de politique générale), tout en augmentant considérablement la possibilité que cette théorie permette de renverser la décision du ministre ou d'une autre autorité publique sur des questions de politique substantielle. On s'attendrait normalement à ce qu'une forme de réparation *plus* interventionniste soit assortie d'exigences *plus* strictes en matière de preuve. 31

Dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, le juge Sopinka (citant l'arrêt *Vieux St-Boniface*, précité) a considéré la théorie de l'expectative légitime comme « le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale » qui peut donner « à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité » (p. 557 (je souligne)). Il va sans dire que, lorsqu'il a parlé de présenter des observations, le juge Sopinka ne limitait pas la réparation à des observations, mais qu'il avait plutôt l'intention d'inclure toute réparation procédurale qui pourrait se révéler appropriée selon les faits d'une affaire donnée. Le mot « procédure » est large. La porte n'a été fermée qu'aux réparations substantielles. Il me semble que, malgré l'argument des intimés, il y a lieu de confirmer cette conclusion. Des conditions préalables plus strictes que celles dictées actuellement par la théorie de l'expectative légitime doivent être remplies pour que la Cour accorde une réparation substantielle. 32

Dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, précité, le juge Sopinka ajoute deux autres restrictions. Il cite, à la p. 558, un passage de l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602. La première restriction était la suivante : « Une décision purement administrative, fondée sur des motifs généraux d'ordre public, n'accordera normalement aucune protection procédurale à 33

(p. 558 (emphasis added)). I will return to the notion of "abuse of discretion" below.

l'individu, et une contestation de pareille décision devra se fonder sur un abus de pouvoir discrétionnaire » (p. 558 (je souligne)). Je reviendrai plus loin à la notion d'« abus de pouvoir discrétionnaire ».

34 The second limitation was that "public bodies exercising legislative functions may not be amenable to judicial supervision" (p. 558 (emphasis added)). *Reference re Canada Assistance Plan* dealt with the application of the doctrine of legitimate expectations to Parliament where the need for judicial restraint is obvious. There may be difficulty in other contexts in distinguishing when the legislative exception applies and where it does not, as debated in the Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2000] 4 F.C. 264, especially Evans J.A. at para. 105 *et seq*. That issue remains open for another day.

La seconde restriction veut qu'« on ne [puisse] soumettre à la surveillance judiciaire les organismes publics qui exercent des fonctions de nature législative » (p. 558 (je souligne)). Le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada* portait sur l'application de la théorie de l'expectative légitime au législateur dans les cas où la retenue judiciaire s'impose clairement. Il peut être difficile, dans d'autres contextes, de déterminer quand l'exception législative s'applique et quand elle ne s'applique pas, comme cela a été débattu en Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 C.F. 264, notamment dans les motifs du juge Evans, aux par. 105 et suiv. Cette question reste à trancher.

35 In affirming that the doctrine of legitimate expectations is limited to procedural relief, it must be acknowledged that in some cases it is difficult to distinguish the procedural from the substantive. In *Bendahmane v. Canada*, *supra*, for example, a majority of the Federal Court of Appeal considered the applicant's claim to the benefit of a refugee backlog reduction program to be procedural (p. 33) whereas the dissenting judge considered the claimed relief to be substantive (p. 25). A similarly close call was made in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 3 F.C. 259 (T.D.). An undue focus on formal classification and categorization of powers at the expense of broad principles flexibly applied may do a disservice here. The inquiry is better framed in terms of the underlying principle mentioned earlier, namely that broad public policy is pre-eminently for the Minister to determine, not the courts.

En confirmant que la théorie de l'expectative légitime est restreinte à la réparation procédurale, il faut reconnaître qu'il est parfois difficile de différencier ce qui est de nature procédurale et ce qui est de nature substantielle. Par exemple, dans *Bendahmane c. Canada*, précité, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont considéré comme étant de nature procédurale la demande présentée par le requérant en vue de bénéficier d'un programme de réduction de l'arriéré des revendications du statut de réfugié (p. 33), alors que le juge dissident estimait que la réparation demandée était de nature substantielle (p. 25). Une décision tout aussi serrée a été rendue dans *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*, [1996] 3 C.F. 259 (1re inst.). L'insistance trop grande sur une qualification et une catégorisation formelles des pouvoirs aux dépens d'une application souple des principes généraux peut être nuisible en l'espèce. Il vaut mieux poser la question sous l'angle du principe sous-jacent mentionné précédemment, à savoir que l'établissement des politiques générales d'intérêt public relève d'abord et avant tout du ministre et non pas des tribunaux.

The classification of relief as "substantive" however should be made in light of the principled basis for its exclusion rather than as a matter of form. Where, as in *Bendahmane v. Canada*, relief can reasonably be characterized as procedural in light of the underlying principle of deference on matters of substantive policy, then generally speaking it should be.

It follows from the foregoing that decisions of the English courts and other courts that give effect to *substantive* legitimate expectations must be read with due regard to the differences in Canadian law.

In this case, as stated earlier, the Minister's decision will be set aside through the application of the ordinary rules of procedural fairness. There is no need to expand either the availability or content of procedural fairness because of the conduct of successive Ministers which amounts, in this respect, only to an aggravating circumstance. There is, in short, no need to resort to the doctrine of legitimate expectations to achieve procedural relief and, as explained, substantive relief is not available under this doctrine.

D. *Promissory Estoppel*

The Quebec Court of Appeal concluded ([1998] R.J.Q. 2707) that while the Minister was not required by the doctrine of legitimate expectations to issue the modified permit, he was estopped by his earlier representations and conduct from refusing to do so. The evidence here went well beyond what is necessary to establish legitimate expectations. In determining that an estoppel remedy was available, Robert J.A. relied on, *inter alia*, *Transport Lessard*, *supra*, and *Aurchem*, *supra*. Reference should also be made to *Bawolak v. Exroy Resources Ltd.*, [1993] R.D.J. 192 (C.A.), and D. J. Mullan, "*Canada Assistance Plan* — Denying Legitimate Expectation a Fair Start?" (1993), 7 Admin. L.R. (2d) 269, at p. 290. Robert J.A. noted that the question whether estoppel is available

La qualification de la réparation comme étant « de nature substantielle » doit être effectuée en fonction des fondements de principe sur lesquels reposent son exclusion plutôt que d'être traitée comme une question de forme. Lorsque, comme dans l'arrêt *Bendahmane c. Canada*, la réparation peut raisonnablement être qualifiée de procédurale compte tenu du principe de retenue applicable aux questions de politique substantielle, il y a généralement lieu de la qualifier ainsi. 36

Il s'ensuit que la jurisprudence des tribunaux anglais et d'autres tribunaux étrangers qui donne effet à une expectative légitime *sur le plan du fond* doit être interprétée à la lumière des différences en droit canadien. 37

En l'espèce, comme nous l'avons vu, la décision du ministre sera annulée par l'application des règles ordinaires de l'équité procédurale. Il n'est pas nécessaire d'élargir la possibilité d'invoquer l'équité procédurale ou le contenu de cette forme d'équité en raison du comportement de ministres s'étant succédé qui, à cet égard, ne constitue qu'une circonstance aggravante. Bref, il n'est pas nécessaire de recourir à la théorie de l'expectative légitime pour obtenir une réparation procédurale et, comme je l'ai expliqué, cette théorie ne permet pas d'obtenir une réparation substantielle. 38

D. *La préclusion promissoire (promissory estoppel)*

La Cour d'appel du Québec a conclu ([1998] R.J.Q. 2707) que, même si le ministre n'était pas tenu de délivrer le permis modifié en vertu de la théorie de l'expectative légitime, ses affirmations et son comportement antérieurs l'empêchaient de refuser de le faire. La preuve en l'espèce était plus que suffisante pour établir l'existence d'une expectative légitime. En décidant que la préclusion pouvait être invoquée, le juge Robert s'est fondé notamment sur les décisions *Transport Lessard* et *Aurchem*, précitées. Il y a aussi lieu de mentionner l'affaire *Bawolak c. Exroy Resources Ltd.*, [1993] R.D.J. 192 (C.A.), et l'article de D. J. Mullan, intitulé « *Canada Assistance Plan* — Denying Legitimate Expectation a Fair Start? » (1993), 7 Admin. L.R. (2d) 269, p. 290. Le juge Robert a souligné 39

against a Minister of the Crown was left open by this Court in *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, *per* Major J., at para. 57. See also P. McDonald, "Contradictory Government Action: Estoppel of Statutory Authorities" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 160, at pp. 180-81.

40 I agree with Robert J.A. that estoppel may be available against a public authority, including a Minister, in narrow circumstances. The interesting analysis of McDonald, *supra*, illustrates the variety of circumstances in which the issue has arisen, and the variegated responses given by the courts. A form of estoppel was applied not only by the Quebec Court of Appeal in *Transport Lessard*, *supra*, but by the Ontario Court of Appeal in *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49, and by this Court (albeit against a municipality) in *Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 S.C.R. 80. Reference has already been made to the *Aurchem* decision of Strayer J. in the Federal Court, Trial Division, that estopped a mining recorder from refusing to register claims. There are several pertinent decisions in Britain, many of them authored by Lord Denning, that include *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227, at p. 231, and *Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) London Borough Council*, [1971] 1 Q.B. 222 (C.A.), but also *North Western Gas Board v. Manchester Corp.*, [1963] 3 All E.R. 442 (C.A.), *per* Sellers L.J. at p. 451.

41 In the more recent English cases estoppel too has been swallowed up under the general heading of fairness; see *Coughlan*, *supra*, at para. 80:

As Lord Donaldson MR said in *R v ITC, ex p TSW* (5 February 1992, unreported): "The test in public law is

que la question de la possibilité d'invoquer la préclusion contre un ministre a été laissée en suspens par notre Cour dans l'arrêt *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, le juge Major, par. 57. Voir également P. McDonald, « Contradictory Government Action : Estoppel of Statutory Authorities » (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 160, p. 180-181.

Je suis d'accord avec le juge Robert pour dire que, dans certains cas particuliers, la préclusion peut être invoquée contre une autorité publique, y compris un ministre. L'analyse intéressante de McDonald, *loc. cit.*, illustre les différentes circonstances dans lesquelles la question s'est posée ainsi que les diverses réponses données par les tribunaux. Une forme de préclusion a été appliquée non seulement par la Cour d'appel du Québec dans *Transport Lessard*, précité, mais aussi par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49, et par notre Cour (quoique contre une municipalité) dans *Commission hydro-électrique de Kenora (Ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 R.C.S. 80. Il a déjà été question de la décision rendue dans *Aurchem* par le juge Strayer, de la Section de première instance de la Cour fédérale, qui a interdit à un registraire minier de refuser d'enregistrer des concessions. Plusieurs décisions pertinentes ont été rendues en Grande-Bretagne, dont de nombreuses ont été rendues par lord Denning, notamment *Robertson c. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227, p. 231, et *Lever Finance Ltd. c. Westminster (City) London Borough Council*, [1971] 1 Q.B. 222 (C.A.), mais aussi *North Western Gas Board c. Manchester Corp.*, [1963] 3 All E.R. 442 (C.A.), le lord juge Sellers, p. 451.

Dans les décisions anglaises plus récentes, la préclusion a également été intégrée dans la rubrique générale de l'équité; voir *Coughlan*, précité, par. 80 :

[TRADUCTION] Comme le maître des rôles lord Donaldson l'a dit dans *R. c. ITC, ex p TSW* (5 février

fairness, not an adaptation of the law of contract or estoppel".

1992) (non publié) : « Le critère applicable en droit public est l'équité, et non pas une adaptation du droit des contrats ou la préclusion ».

It is to be emphasized that the requirements of estoppel go well beyond the requirements of the doctrine of legitimate expectations. As mentioned, the doctrine of legitimate expectations does not necessarily, though it may, involve personal knowledge by the applicant of the conduct of the public authority as well as reliance and detriment. Estoppel clearly elevates the evidentiary requirements that must be met by an applicant.

42 Il faut souligner que les conditions d'application de la préclusion vont bien au-delà de celles de la théorie de l'expectative légitime. Comme je l'ai mentionné, il n'est pas (absolument) nécessaire, dans le cas de l'expectative légitime, que le demandeur ait eu une connaissance personnelle de la conduite de l'autorité, qu'il s'y soit fié, et ce, à son détriment. Par contre, le demandeur qui invoque la préclusion doit nettement satisfaire à des exigences plus strictes en matière de preuve.

In the United States (where administrative law is heavily influenced by the due process clause in the Constitution) the courts have shown reluctance to hold government estopped. There are policy reasons for this as well as legal reasons:

43 Aux États-Unis (où le droit administratif est fortement influencé par la clause d'application régulière de la loi figurant dans la Constitution), les tribunaux hésitent à permettre que la préclusion soit invoquée contre le gouvernement, et ce, tant pour des raisons de politique générale que pour des raisons d'ordre juridique :

The federal government implements hundreds of extraordinarily complicated regulatory and benefit programs. Millions of civil servants give advice to citizens daily concerning their rights and duties under these programs. Erroneous advice is both inevitable and commonplace. The Internal Revenue Service (IRS) provides a good illustration. It is one of the federal agencies that is most respected for its competence. Yet, each year the General Accounting Office (GAO) conducts a study of the taxpayer advice provided by IRS, and each year that study shows that IRS gives erroneous advice in somewhere between 10 and 20 percent of all cases. Some taxpayers are injured by reliance on IRS' advice, but millions of taxpayers are benefited by its availability.

[TRADUCTION] Le gouvernement fédéral met en œuvre des centaines de programmes de réglementation et de prestations extrêmement complexes. Des millions de fonctionnaires renseignent quotidiennement des citoyens au sujet de leurs droits et obligations en vertu de ces programmes. Les renseignements erronés sont à la fois inévitables et habituels. L'Internal Revenue Service (IRS) est un bon exemple de cette situation. Il compte parmi les organismes fédéraux les plus respectés en raison de sa compétence. Pourtant, chaque année, le General Accounting Office (GAO) mène une étude des renseignements fournis par l'IRS aux contribuables et, chaque année, cette étude démontre que l'IRS donne des renseignements erronés dans une proportion de 10 à 20 pour 100 des cas. Certains contribuables subissent un préjudice en se fiant aux renseignements reçus de l'IRS, mais des millions de contribuables profitent de la disponibilité de cet organisme.

(K. C. Davis and R. J. Pierce Jr., *Administrative Law Treatise* (3rd ed. 1994), vol. 2, at pp. 229-30)

(K. C. Davis et R. J. Pierce Jr., *Administrative Law Treatise* (3e éd. 1994), vol. 2, p. 229-230)

Decisions in which the U.S. Supreme Court has however refused to rule out public law estoppel entirely (at least in theory) include *Office of Personnel Management v. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990), at p. 423, and *United States v. Pennsylvania Industrial Chemical Corp.*, 411 U.S. 655

44 La Cour suprême des États-Unis a cependant refusé d'écarter entièrement la préclusion en droit public (du moins en théorie), notamment dans les arrêts *Office of Personnel Management c. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990), p. 423, et *United States c. Pennsylvania Industrial Chemical Corp.*,

(1973). Circuit courts which have allowed estoppel against the government in exceptional circumstances are referred to in *United States v. Asmar*, 827 F.2d 907 (3rd Cir. 1987), at p. 911, note 4. Professors Davis and Pierce, *supra*, suggest at p. 231 that a successful claim for equitable estoppel in the United States would have to involve at least the following characteristics: "(1) unequivocal advice from an unusually authoritative source; (2) reasonable reliance on that advice by an individual; (3) extreme harm resulting from that reliance; and (4) gross injustice to the individual in the absence of judicial estoppel".

411 U.S. 655 (1973). L'arrêt *United States c. Asmar*, 827 F.2d 907 (3rd Cir. 1987), p. 911, note 4, énumère des décisions où des cours de circuit ont permis que la préclusion soit invoquée contre le gouvernement dans des circonstances exceptionnelles. Les professeurs Davis et Pierce, *op. cit.*, indiquent, à la p. 231, que pour invoquer avec succès la préclusion en *equity* aux États-Unis, il faut à tout le moins démontrer ce qui suit : [TRADUCTION] « (1) un renseignement non équivoque a été donné par une autorité inhabituelle; (2) un individu s'est fié raisonnablement à ce renseignement; (3) l'individu en cause a, de ce fait, subi un préjudice extrême; (4) une injustice flagrante sera causée à l'individu si le tribunal ne retient pas la préclusion invoquée ».

45 In this case Robert J.A. adopted the private law definition of promissory estoppel provided by Sopinka J. in *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50, at p. 57:

> The principles of promissory estoppel are well settled. The party relying on the doctrine must establish that the other party has, [1] by words or conduct, made a promise or assurance [2] which was intended to affect their legal relationship and to be acted on. Furthermore, the representee must establish that, [3] in reliance on the representation, [4] he acted on it or in some way changed his position. . . .
>
> [T]he promise must be unambiguous but could be inferred from circumstances.

En l'espèce, le juge Robert a adopté la définition de droit privé de la préclusion promissoire (*promissory estoppel*) fournie par le juge Sopinka dans l'arrêt *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50, p. 57 :

> Les principes de l'irrecevabilité fondée sur une promesse [*promissory estoppel*] sont bien établis. Il incombe à la partie qui invoque cette exception d'établir que l'autre partie a, [1] par ses paroles ou sa conduite, fait une promesse ou donné une assurance [2] destinées à modifier leurs rapports juridiques et à inciter à l'accomplissement de certains actes. De plus, le destinataire des déclarations doit prouver que, [3] sur la foi de celles-ci, [4] il a pris une mesure quelconque ou a de quelque manière changé sa position. . .
>
> [L]a promesse doit être non équivoque, mais [. . .] elle peut s'inférer des circonstances.

46 If this were a private law case I would agree that the elements of promissory estoppel are present. The evidence goes well beyond what is necessary to trigger procedural fairness or the doctrine of legitimate expectations. Successive Ministers made clear and specific representations that were intended to be acted on, and were in fact acted upon by the respondents. Ministers encouraged the new mix of short and long-term care beds which they knew would impact the legal relationship, i.e., the respondents' compliance with the existing permit, and the resulting need for permit modifications. Assurances were given with respect to the

Si la présente affaire relevait du droit privé, je conviendrais que les éléments de la préclusion promissoire sont présents. La preuve est plus que suffisante pour que s'applique l'équité procédurale ou la théorie de l'expectative légitime. Lorsque les ministres qui se sont succédé ont fait des affirmations claires et précises, ils entendaient que les intimés agissent en conséquence et c'est ce que ces derniers ont fait. Ces ministres ont encouragé la nouvelle combinaison de lits de courte durée et de lits de longue durée en sachant qu'elle aurait un effet sur les rapports juridiques, à savoir le respect du permis existant par les intimés et la nécessité

issuance of a modified permit. If the Minister is allowed to reverse his promise of a modified permit after the respondents had made changes to their hospital operations, including the fund-raising campaign and the move to Montreal, the respondents say they would have acted on the Minister's promises to their detriment.

However this is not a private law case. Public law estoppel clearly requires an appreciation of the legislative intent embodied in the power whose exercise is sought to be estopped. The legislation is paramount. Circumstances that might otherwise create an estoppel may have to yield to an overriding public interest expressed in the legislative text. As stated in *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, *per* Rand J., at p. 220: "there can be no estoppel in the face of an express provision of a statute" (emphasis added). See also *The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] S.C.R. 500.

Here the Minister is mandated in broad terms to act in the public interest, and if the public interest as he defines it is opposed to the award of the modified permit, then I do not think a court should estop the Minister from doing what he considers to be his duty. What is at issue is not so much the Minister's ability to change policies but the fate of individuals caught in the transition between successive and inconsistent ministerial decisions on the same subject. As a matter of statutory interpretation, it seems clear from the broad test of s. 138 ("the public interest") that the legislature intended the Minister, not the courts, to determine the appropriate transitional arrangements from the old policy (which welcomed a mix of 57 long-term care beds and 50 short-term care beds) to the new policy (50 short-term care beds would only be welcome if accompanied by enhanced diagnostic and treatment services in addition to the existing operating room, laboratories and radiology facilities).

subséquente de modifier le permis. Des assurances ont été données quant à la délivrance d'un permis modifié. Si on permet au ministre de revenir sur sa promesse de délivrer un permis modifié après que les intimés aient changé les activités de leur hôpital et qu'ils aient notamment effectué la campagne de financement et le déménagement à Montréal, les intimés affirment qu'ils auront agi, à leur détriment, sur la foi des promesses du ministre.

47 Toutefois, l'affaire ne relève pas du droit privé. La préclusion en droit public exige clairement que l'on détermine l'intention que le législateur avait en conférant le pouvoir dont on cherche à empêcher l'exercice. La loi est suprême. Des circonstances qui pourraient par ailleurs donner lieu à la préclusion peuvent devoir céder le pas à un intérêt public prépondérant exprimé dans le texte législatif. Comme le juge Rand l'a affirmé dans l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, p. 220 : [TRADUCTION] « il ne peut pas y avoir préclusion face à une disposition explicite d'une loi » (je souligne). Voir également *The King c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500.

48 En l'espèce, le ministre est mandaté en termes larges pour agir dans l'intérêt public, et s'il juge qu'il est contraire à l'intérêt public de délivrer le permis modifié, le tribunal ne doit pas, selon moi, l'empêcher de faire ce qu'il considère être son devoir. Ce qui est en cause n'est pas tant le pouvoir du ministre de modifier ses politiques que le sort des individus aux prises avec une suite de décisions ministérielles contradictoires sur le même sujet. Sur le plan de l'interprétation législative, il semble ressortir du critère général de l'art. 138 (« l'intérêt public ») que le législateur a voulu que ce soit le ministre, et non pas les tribunaux, qui détermine les mesures transitoires nécessaires pour passer de l'ancienne politique (autorisant une combinaison de 57 lits de longue durée et de 50 lits de courte durée) à la nouvelle politique (selon laquelle les 50 lits de courte durée ne seraient permis que s'ils étaient assortis de services de diagnostic et de traitement améliorés en plus de la salle d'opération, des laboratoires et des installations de radiologie déjà en place).

49 I mentioned at the outset that the wording of the particular statutory power in question and who wields it (a Minister) is important. The cases that are relied upon by the respondents generally deal with lesser powers or a narrower discretion at a lower level of officialdom. In *Transport Lessard, supra*, the issue was the interpretation of a sales tax provision in relation to the bulk sale of trucking equipment (and estoppel was applied despite the caution expressed by this Court in *Granger v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 141, aff'g [1986] 3 F.C. 70 (C.A.)). The issue in *Re Multi-Malls, supra*, was a Minister's procedural decision to decline to refer a planning document to the Ontario Municipal Board for review. In *Aurchem, supra*, the issue was the refusal of a mining recorder to register certain mining claims because of defects of form. Strayer J. emphasized that the intended effect of his order was not to impede changes in policy but to protect people caught in the transition from a relaxed regime to a more strict regime. The regulatory requirements were matters of form not substance and the statute itself contemplated the possibility of waiver. In none of these cases was the statutory power of decision framed in broad policy terms comparable to s. 138 of the legislation at issue here.

J'ai mentionné, au départ, que le libellé du pouvoir particulier conféré par la loi et l'identité de celui qui l'exerce (un ministre) sont des éléments importants. De manière générale, la jurisprudence invoquée par les intimés a trait à des pouvoirs moindres ou à un pouvoir discrétionnaire plus limité à un niveau administratif moins élevé. L'arrêt *Transport Lessard*, précité, portait sur l'interprétation d'une disposition relative à la taxe de vente applicable à la vente en bloc de matériel de camionnage (et la préclusion a été appliquée en dépit de la mise en garde de notre Cour dans *Granger c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada)*, [1989] 1 R.C.S. 141, confirmant [1986] 3 C.F. 70 (C.A.)). Dans l'arrêt *Re Multi-Malls*, précité, le litige portait sur la décision de nature procédurale d'un ministre de refuser de soumettre un document de planification à l'examen de la Commission des affaires municipales de l'Ontario. Dans la décision *Aurchem*, précitée, il était question du refus d'un registraire minier d'enregistrer certaines concessions minières en raison de vices de forme. Le juge Strayer a souligné que son ordonnance visait non pas à empêcher les changements de politique, mais plutôt à protéger les personnes prises dans la transition d'un régime souple à un régime plus strict. Les exigences réglementaires relevaient de la forme et non pas du fond, et la loi elle-même prévoyait la possibilité de renoncer à leur application. Dans aucune de ces affaires, la disposition législative conférant le pouvoir décisionnel n'était-elle rédigée de manière aussi large que l'art. 138 de la loi dont il est question en l'espèce.

50 The appellant also complains that the Quebec Court of Appeal in this case used estoppel as a sword rather than a shield, but (as in *Aurchem*) this could be rationalized merely as having precluded the Minister from relying on factors that he was, in all the circumstances, estopped from taking into consideration.

L'appelant reproche aussi à la Cour d'appel du Québec d'avoir, en l'espèce, utilisé la préclusion comme une épée plutôt que comme un bouclier, mais (comme dans *Aurchem*) cette mesure pourrait se justifier simplement par le fait qu'elle a empêché le ministre de se fonder sur des éléments qu'il ne pouvait, dans aucun cas, prendre en considération.

51 There is a public law dimension to the law of estoppel which must be sensitive to the factual and legal context. Here the primary considerations are the wording of s. 138 and the status of the decision

La règle de la préclusion comporte un aspect de droit public qui doit tenir compte du contexte factuel et juridique. En l'espèce, les principales considérations sont le libellé de l'art. 138 et le statut du

maker. Estoppel is, in my view, not available on the facts of this case in the way in which it was applied by the Quebec Court of Appeal.

E. *The Minister's Decision Amounted to an Abuse of Discretion*

The final issue is whether the Minister's decision was patently unreasonable in light of all the circumstances. This issue goes to the substance of the decision as opposed to the process by which it was reached. The respondents place weight in particular on five factors: (i) the view of the public interest that the Minister and his predecessors espoused to the respondents up to October 3, 1991, namely that the mix of facilities offered by the Center in Montreal would be in the public interest; (ii) representations by the Minister and reliance and detriment on the part of the respondents; (iii) the failure of the Minister to give a rational public interest justification for reneging on an otherwise lawful result; (iv) the Minister's failure to take into consideration the impact of his sudden reversal on the respondents' interest; and (v) in the circumstances, the patent unreasonableness of the resulting decision of October 3, 1991. In other words, the facts which gave rise to the arguments about procedural fairness, legitimate expectations and estoppel are recycled in the abuse of discretion analysis.

I mentioned earlier the "abuse of discretion" exception to the customary deference paid to ministerial decision making as noted by Dickson J. in *Martineau v. Matsqui*, *supra*, and reported by Sopinka J. in *Reference re Canada Assistance Plan*, *supra*. Their concern was with procedural fairness. However, the English courts have long extended "abuse of discretion" to substantive decision making which they call "*Wednesbury* unreasonableness" after *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). The *Wednesbury* case was cited with approval in *Baker v. Canada*, *supra*, at para. 53. See generally H. W. MacLauchlan, "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the

décideur. J'estime que, d'après les faits de la présente affaire, la préclusion ne peut pas être appliquée comme l'a fait la Cour d'appel du Québec.

E. *La décision du ministre équivalait à un abus de pouvoir discrétionnaire*

La dernière question qui se pose est de savoir si la décision du ministre était manifestement déraisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances. Cette question touche au fond de la décision plutôt qu'à la façon dont celle-ci a été prise. Les intimés mettent l'accent sur cinq facteurs notamment : (i) la conception de l'intérêt public que le ministre et ses prédécesseurs ont partagée avec les intimés jusqu'au 3 octobre 1991, à savoir que la combinaison d'installations offerte par le Centre à Montréal serait dans l'intérêt public; (ii) les affirmations du ministre, le fait que les intimés s'y soient fiés, et ce, à leur détriment; (iii) l'omission du ministre de donner une justification rationnelle fondée sur l'intérêt public pour revenir sur une mesure par ailleurs conforme à la loi; (iv) le défaut du ministre de prendre en considération l'effet de son revirement soudain d'opinion sur l'intérêt des intimés; (v) dans les circonstances, le caractère manifestement déraisonnable de la décision subséquente du 3 octobre 1991. En d'autres termes, les faits à l'origine des arguments concernant l'équité procédurale, l'expectative légitime et la préclusion sont repris dans l'analyse de l'abus de pouvoir discrétionnaire. 52

J'ai déjà mentionné l'exception de « l'abus de pouvoir discrétionnaire » à la retenue dont fait habituellement l'objet la prise de décisions ministérielles, que le juge Dickson souligne dans un passage de l'arrêt *Martineau c. Matsqui*, précité, repris par le juge Sopinka dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, précité. Les deux juges se souciaient de l'équité procédurale. Toutefois, les tribunaux anglais appliquent depuis longtemps l'« abus de pouvoir discrétionnaire » à la prise de décisions de fond, ce qu'ils appellent « le caractère déraisonnable de *Wednesbury* », d'après l'arrêt *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). L'arrêt *Wednesbury* a été cité 53

Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 281, at p. 285 *et seq.*

54 *Baker v. Canada* established that the review for abuse of discretion may in principle range from correctness through unreasonableness to patent unreasonableness. The result, as noted by Professor D. J. Mullan in *Administrative Law*, *supra*, at p. 108, was to provide "an overarching or unifying theory for review of the substantive decisions of all manner of statutory and prerogative decision makers". The unified approach was to some extent anticipated by earlier decisions in relation to the exercise of ministerial discretion by the British Columbia Court of Appeal in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Minister of Forests of British Columbia*, [1984] 3 W.W.R. 270, *per* Macfarlane J.A., at p. 282, and by the Federal Court of Appeal in *Lazarov v. Secretary of State of Canada*, [1973] F.C. 927, *per* Thurlow J.A., at pp. 938-39. See also *Re Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag and Nova Scotia Woodlot Owners' Association* (1975), 61 D.L.R. (3d) 97 (N.S.C.A.), and *Canadian National Railway Co. v. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 140 D.L.R. (4th) 23 (B.C.C.A.).

55 In *Baker v. Canada* itself, L'Heureux-Dubé J., speaking for the Court, concluded, at para. 62, that the appropriate standard of review in that case was reasonableness *simpliciter*. That conclusion must be seen in light of the special facts. The appellant, Mavis Baker, a woman with Canadian-born dependent children, was ordered deported. She then applied for an exemption based on humanitarian and compassionate considerations under s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, from the requirement that an application for permanent residence must be made from outside of Canada. This application was supported by letters indicating concern about the availability of medical treat-

avec approbation dans *Baker c. Canada*, précité, par. 53. Voir, de manière générale, H. W. MacLauchlan, « Transforming Administrative Law : The Didactic Role of the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 281, p. 285 et suiv.

L'arrêt *Baker c. Canada* a établi que la norme de contrôle en matière d'abus de pouvoir discrétionnaire peut en principe aller de la norme de la décision correcte, en passant par celle du caractère déraisonnable, jusqu'à la norme du caractère manifestement déraisonnable. Comme l'a expliqué le professeur D. J. Mullan, dans *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 108, il en résulte [TRADUCTION] « une théorie générale ou unificatrice de contrôle des décisions de fond prises par tout décideur qui exerce une prérogative ou un pouvoir conféré par la loi ». La méthode unifiée a été prévue jusqu'à un certain point dans les arrêts antérieurs relatifs à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un ministre qui ont été rendus par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Minister of Forests of British Columbia*, [1984] 3 W.W.R. 270, le juge Macfarlane, p. 282, et par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Lazarov c. Secrétaire d'État du Canada*, [1973] C.F. 927, le juge Thurlow, p. 938-939. Voir également *Re Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag and Nova Scotia Woodlot Owners' Association* (1975), 61 D.L.R. (3d) 97 (C.A.N.-É.), et *Canadian National Railway Co. c. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 140 D.L.R. (4th) 23 (C.A.C.-B.).

Dans l'arrêt *Baker c. Canada* lui-même, le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de notre Cour, a conclu, au par. 62, que la norme de contrôle appropriée dans cette affaire était celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Il faut interpréter cette conclusion à la lumière des faits particuliers. Une mesure d'expulsion a été prise contre l'appelante, Mavis Baker, mère d'enfants à charge nés au Canada. Elle a alors demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. Sa demande était appuyée de lettres exprimant des inquiétudes

ment in her country of origin and the effect of her possible departure on her Canadian-born children. Her application was refused on the ground that there were insufficient humanitarian and compassionate reasons to warrant processing the application in Canada. While the decision was made in the name of the Minister of Citizenship and Immigration, it was found as a fact that the decision had been made under delegated authority by an immigration officer whose notes were accepted as a written memorandum of the reasons for decision (para. 44). The immigration officer operated within guidelines laid down by the Minister. His mandate was to apply those guidelines, which required him to

> be alert to possible humanitarian grounds, [to] consider the hardship that a negative decision would impose upon the claimant or close family members, and [to] consider as an important factor the connections between family members. (para. 72)

It was alleged that the immigration officer, who was required to operate within the four corners of the guidelines, had violated the express rules laid down by his own Minister. In these somewhat unusual circumstances the Court concluded that the decision should be reviewed on the basis of reasonableness *simpliciter.*

The Court noted in *Baker v. Canada, supra, per* L'Heureux-Dubé J., at para. 53, that ordinarily ministerial decisions of a discretionary nature have been accorded a very high level of deference, citing *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8. At para. 56, L'Heureux-Dubé J. states:

> The pragmatic and functional approach can take into account the fact that the more discretion that is left to a decision-maker, the more reluctant courts should be to interfere with the manner in which decision-makers have made choices among various options.

Deference may be enhanced by the particular language used in the legislation: *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board* (1975), 52 D.L.R. (3d) 728 (Ont. C.A.), where s. 5 of the *Law Enforcement Compensation Act*, R.S.O. 1970,

quant à la possibilité d'obtenir un traitement médical dans son pays d'origine et quant à l'effet de son départ éventuel sur ses enfants nés au Canada. Sa demande a été rejetée pour le motif qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter sa demande au Canada. Bien que cette décision ait été prise au nom du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, il a été tenu pour acquis qu'elle résultait de l'exercice d'un pouvoir délégué par un agent d'immigration dont les notes ont été considérées comme document constatant les motifs de sa décision (par. 44). L'agent d'immigration avait agi dans le cadre des directives établies par le ministre. Son mandat consistait à appliquer ces directives selon lesquelles il devait

> être conscient des considérations humanitaires possibles, [. . .] tenir compte des difficultés qu'une décision défavorable imposerait au demandeur ou aux membres de sa famille proche, et [. . .] considérer comme un facteur important les liens entre les membres d'une famille. (par. 72)

Il a été allégué que l'agent d'immigration, qui était tenu d'agir dans le cadre des directives, avait violé les règles explicites établies par son propre ministre. Dans ces circonstances quelque peu inhabituelles, notre Cour a conclu que la décision devait faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter.*

56 Notre Cour a souligné, dans l'arrêt *Baker c. Canada*, précité (le juge L'Heureux-Dubé, par. 53), que les décisions ministérielles de nature discrétionnaire font habituellement l'objet d'une très grande retenue, citant *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, p. 7-8. Le juge L'Heureux-Dubé précise, au par. 56 :

> La démarche pragmatique et fonctionnelle peut tenir compte du fait que plus le pouvoir discrétionnaire accordé à un décideur est grand, plus les tribunaux devraient hésiter à intervenir dans la manière dont les décideurs ont choisi entre diverses options.

57 Une plus grande retenue peut se révéler nécessaire en raison du libellé particulier de la loi : *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board* (1975), 52 D.L.R. (3d) 728 (C.A. Ont.), où l'art. 5 de la *Law Enforcement Compensation Act*,

c. 237, required the Board to "have regard to all such circumstances as it considers relevant" (emphasis added).

58 Decisions of Ministers of the Crown in the exercise of discretionary powers in the administrative context should generally receive the highest standard of deference, namely patent unreasonableness. This case shows why. The broad regulatory purpose of the ministerial permit is to regulate the provision of health services "in the public interest". This favours a high degree of deference, as does the expertise of the Minister and his advisors, not to mention the position of the Minister in the upper echelon of decision makers under statutory and prerogative powers. The exercise of the power turns on the Minister's appreciation of the public interest, which is a function of public policy in its fullest sense. The privative language in s. 139.1, while not directly relevant except to a renewal, reinforces the high level of deference owed in this case ("[t]he decision of the Minister is final and without appeal").

59 Accordingly, the appropriate standard of review in this case is patent unreasonableness.

60 Resort to the doctrine of "unreasonableness" to test the validity of substantive decisions was elaborated in *Baker v. Canada*, *supra*, at para. 53:

> A general doctrine of "unreasonableness" has also sometimes been applied to discretionary decisions: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). In my opinion, these doctrines incorporate two central ideas — that discretionary decisions, like all other administrative decisions, must be made within the bounds of the jurisdiction conferred by the statute, but that considerable deference will be given to decision-makers by courts in reviewing the exercise of that discretion and determining the scope of the decision-maker's jurisdiction.

61 *Baker v. Canada* went on to hold that the Minister and immigration officials had given insufficient

R.S.O. 1970, ch. 237, obligeait la Commission à [TRADUCTION] « tenir compte de toutes les circonstances qu'elle considère pertinentes » (je souligne).

La norme de retenue la plus élevée, celle du caractère manifestement déraisonnable, doit généralement être appliquée aux décisions que prennent des ministres en exerçant des pouvoirs discrétionnaires en contexte administratif. La présente affaire montre pourquoi il doit en être ainsi. Le permis délivré par le ministre a pour objet général de régir la prestation de services de santé conformément à « l'intérêt public ». Cela favorise l'adoption d'une norme de retenue élevée, tout comme le fait l'expertise du ministre et de ses conseillers, sans compter la position élevée que ce dernier occupe dans la hiérarchie des décideurs qui exercent une prérogative ou un pouvoir conféré par la loi. L'exercice du pouvoir dépend de ce que le ministre considère être dans l'intérêt public, ce qui est un excellent exemple de mesure touchant l'intérêt public. Bien qu'elle ne soit directement pertinente que dans les cas de renouvellement, la formulation privative de l'art. 139.1 confirme le degré élevé de retenue qui s'impose en l'espèce (« [l]a décision du ministre est finale et sans appel »).

Par conséquent, la norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle du caractère manifestement déraisonnable.

Le recours au principe du « caractère déraisonnable » pour vérifier la validité des décisions de fond remonte à l'arrêt *Baker c. Canada*, précité, par. 53 :

> Un principe général relatif au «caractère déraisonnable» a parfois été appliqué aussi à des décisions discrétionnaires: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). À mon avis, ces principes englobent deux idées centrales — qu'une décision discrétionnaire, comme toute autre décision administrative, doit respecter les limites de la compétence conférée par la loi, mais que les tribunaux devront exercer une grande retenue à l'égard des décideurs lorsqu'ils contrôlent ce pouvoir discrétionnaire et déterminent l'étendue de la compétence du décideur.

La Cour a également conclu, dans *Baker c. Canada*, que le ministre et les fonctionnaires de

weight to the impact of the decision on Ms. Baker and her Canadian-born children. This is part of the traditional *Wednesbury* test, as pointed out in *Coughlan*, *supra*, where Lord Woolf M.R. noted, at para. 58, that the test under *Wednesbury* "will be rationality and whether the public body has given proper weight to the implications of not fulfilling the promise" (emphasis added). He went to say at para. 81: "We would prefer to regard the *Wednesbury* categories themselves as the major instances (not necessarily the sole ones) . . . of how public power may be misused". On that basis he subsumed "unreasonableness" into the global English concept of administrative unfairness.

l'Immigration n'avaient pas accordé suffisamment d'importance à l'effet de la décision sur Mme Baker et ses enfants nés au Canada. Cela fait partie du critère traditionnel de l'arrêt *Wednesbury*, comme le fait remarquer le maître des rôles lord Woolf, dans l'arrêt *Coughlan*, précité, lorsqu'il affirme, au par. 58, que le critère de l'arrêt *Wednesbury* [TRADUCTION] « est la rationalité et la question de savoir si l'organisme public a accordé suffisamment d'importance aux conséquences du manquement à la promesse » (je souligne). Ce dernier ajoute, au par. 81 : « Nous préférerions considérer que les catégories de *Wednesbury* constituent en soi les meilleurs exemples (et non pas nécessairement les seuls) . . . de la mauvaise utilisation qui peut être faite du pouvoir public ». Voilà pourquoi il a intégré le « caractère déraisonnable » dans le concept global anglais de l'iniquité administrative.

Where Canadian law parts company with the developing English law is the assertion, which lies at the heart of the *Coughlan* treatment of *substantive* fairness, of the centrality of the judicial role in regulating government policy. In *Coughlan*, it is said, at para. 76, that the decision to withhold substantive relief under the doctrine of legitimate expectation

> can only be justified if there is an overriding public interest. Whether there is an overriding public interest is a question for the court. [Emphasis added.]

62 L'élément qui différencie le droit canadien du droit anglais émergent est l'affirmation, au cœur du traitement réservé à l'équité *substantielle* dans l'arrêt *Coughlan*, selon laquelle les tribunaux jouent un rôle central pour ce qui est de régir la politique gouvernementale. Dans l'arrêt *Coughlan*, par. 76, on affirme que le refus d'accorder une réparation substantielle en vertu de la théorie de l'expectative légitime

> [TRADUCTION] ne peut être justifié que s'il existe un intérêt public prépondérant. C'est aux tribunaux qu'il appartient de décider si un tel intérêt existe. [Je souligne.]

In Canada, at least to date, the courts have taken the view that it is generally the Minister who determines whether the public interest overrides or not. The courts will intervene only if it is established that the Minister's decision is patently unreasonable in the sense of irrational or perverse or (in language adopted in *Coughlan*, at para. 72) "so gratuitous and oppressive that no reasonable person could think [it] justified". This high requirement is met here where the unreasonableness, as in *Baker v. Canada*, turns on the singular lack of recognition of the serious consequences the Minister's sudden reversal of position inflicted on the respondents who were caught in the transition between the old policy (50 short-term care beds are in the

63 Au Canada, du moins jusqu'à maintenant, les tribunaux ont adopté le point de vue selon lequel il appartient généralement au ministre de décider si l'intérêt public l'emporte. Les tribunaux n'interviendront que s'il est établi que la décision du ministre est manifestement déraisonnable, au sens d'être irrationnelle ou abusive, ou (pour reprendre les termes utilisés dans *Coughlan*, par. 72) [TRADUCTION] « si arbitraire et oppressive qu'aucune personne raisonnable ne [la] jugerait justifiée ». Cette exigence stricte est respectée en l'espèce où, comme dans l'affaire *Baker c. Canada*, le caractère déraisonnable tient à l'absence singulière de reconnaissance des conséquences graves que le revirement soudain d'opinion du ministre a eu sur les

public interest) and the new policy (50 short-term care beds must be coupled to enhanced diagnostic and treatment facilities).

64 In my view the Minister's decision of October 3, 1991, was "patently unreasonable" in terms of the public interest as he and his predecessors had defined it over a period of seven years of consultation, encouragement and assurances to the respondents, and in his total lack of regard for the implications for the respondents of the Minister's broken promises.

65 While the Court ought to be and would be sensitive to any serious policy reason offered by the Minister for a redefinition of the public interest in this case, particularly in light of the broad scope of the discretionary power to act "in the public interest" in s. 138, no such policy reason was articulated by the Minister in his decision letter of October 3, 1991. The Minister did not resile from the file history. He did not suggest the 50 short-term care beds were not in the public interest. The only new element is that he stated the public interest would be even further advanced by additional resources for diagnosis and treatment that he was not prepared to fund. As my colleague points out at para. 114, "[a]t the very least, [the Minister's decision] must correspond to the reality of the situation".

IV. Conclusion

66 We are therefore presented with a patently unreasonable ministerial decision reached by a process that was demonstrably unfair. The web of representation, conduct, reliance and detriment discussed above, coupled with the Minister's failure to take the respondents' interests into account on October 3, 1991, precluded the Minister from repudiating the concept of the public interest con-

intimés, qui ont été pris entre l'ancienne politique (voulant que 50 lits destinés aux soins de courte durée soient dans l'intérêt public) et la nouvelle politique (selon laquelle 50 lits destinés aux soins de courte durée doivent être assortis de services de diagnostic et de traitement améliorés).

À mon avis, la décision ministérielle du 3 octobre 1991 est « manifestement déraisonnable » en raison de la façon dont celui-ci et ses prédécesseurs ont défini l'intérêt public pendant les sept années au cours desquelles ils ont consulté et encouragé les intimés et leur ont donné des assurances, et en raison de l'omission totale du ministre de prendre en considération les conséquences que le manquement à ses promesses entraînerait pour ces derniers.

Notre Cour devrait tenir compte — et tiendrait effectivement compte — de tout motif de politique sérieux exposé par le ministre pour justifier une nouvelle définition de l'intérêt public en l'espèce, surtout à la lumière de la portée générale du pouvoir discrétionnaire d'agir si « l'intérêt public le justifie », que lui confère l'art. 138. Cependant, le ministre n'a formulé aucun motif de cette nature dans la lettre du 3 octobre 1991 faisant état de sa décision, et n'a pas non plus contredit le dossier. Il n'a pas indiqué que les 50 lits destinés aux soins de courte durée n'étaient pas dans l'intérêt public. Le seul élément nouveau est qu'il a dit que l'intérêt public serait encore mieux servi par l'ajout de ressources en matière de diagnostic et de traitement qu'il n'était cependant pas prêt à financer. Comme mon collègue le souligne au par. 114, « la décision du ministre doit à tout le moins être conforme à la réalité ».

IV. Conclusion

Nous sommes donc en présence d'une décision ministérielle manifestement déraisonnable qui a été prise d'une façon visiblement inéquitable. L'ensemble des affirmations et du comportement auxquels les intimés se sont fiés à leur détriment, comme nous l'avons vu plus haut, conjugué à l'omission du ministre de tenir compte des intérêts de ces derniers le 3 octobre 1991, empêchaient le

sistently espoused by Ministers over the seven-year period prior to that date.

In light of this history, the Minister ought not to be heard *now* (i.e., 10 years later) to advance a new vision of the public interest at odds with what was earlier said and done There is, on the facts of *this* case, only one option available to the Minister that is not patently unreasonable and that option is to issue the 1991-1993 modified permit (i.e., according to s. 138 of the Act then in force, the modified permit shall issue). Thus, in the end, albeit for somewhat different reasons, I agree with the disposition proposed by my colleague, Bastarache J.

The alternative would be for the Court to send the decision back to the Minister to be reconsidered in light of the legal constraints identified in this decision. Such a referral would amount to a direction to issue the 1991-1993 modified permit, and the whole procedure would, of course, have an air of unreality. The respondent hospital moved from Sainte-Agathe to Montreal 10 years ago. In the meantime, Ministers, policies and health budgets have come and gone. The governing legislation has been amended in significant and relevant aspects. If the present situation is regularized by the issuance of the 1991-1993 modified permit, the current status and entitlement of the respondents' facilities can thereafter be assessed by the present Minister on the basis of the present law and the present circumstances.

I would therefore dismiss the appeal.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

BASTARACHE J. — This appeal involves a determination of the legality of a refusal by the appellant, the Minister of Health and Social Services (the "Minister"), to regularize the operating permit

ministre d'abandonner la notion de l'intérêt public que les ministres avaient constamment adoptée pendant les sept années précédentes.

67 Compte tenu de ces antécédents, le ministre ne devrait pas pouvoir *maintenant* (c'est-à-dire 10 ans plus tard) préconiser une nouvelle vision de l'intérêt public qui contredise ce qui a été dit et fait auparavant. D'après les faits de la *présente* affaire, le ministre n'a qu'un seul choix qui ne soit pas manifestement déraisonnable et ce choix consiste à délivrer le permis modifié pour la période 1991-1993 (c'est-à-dire que, selon l'art. 138 qui était alors en vigueur, le permis modifié doit être délivré). Ainsi, bien que ce soit pour des raisons quelque peu différentes, je souscris, en définitive, à la façon de trancher le pourvoi proposée par mon collègue le juge Bastarache.

68 L'autre solution serait que notre Cour renvoie la décision au ministre pour qu'il la réexamine à la lumière des contraintes juridiques décrites aux présentes. Un tel renvoi équivaudrait à un ordre de délivrer le permis modifié pour la période 1991-1993 et il est évident qu'il y aurait quelque chose d'invraisemblable dans cette démarche. L'hôpital intimé a déménagé de Sainte-Agathe à Montréal il y a 10 ans. Dans l'intervalle, les ministres, les politiques et les budgets en matière de santé se sont succédé. La loi applicable a subi des modifications importantes et pertinentes à certains égards. Une fois que la situation actuelle aura été régularisée par la délivrance du permis modifié pour la période 1991-1993, le ministre actuel pourra alors évaluer, à la lumière de la loi et des circonstances actuelles, le statut de l'établissement intimé et ce à quoi il a maintenant droit.

69 Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

70 LE JUGE BASTARACHE — La Cour est appelée, en l'espèce, à déterminer la légalité du refus de l'appelant, le ministre de la Santé et des Services sociaux (le « ministre »), de régulariser le permis

of the respondent, the Mount Sinai Hospital Center (the "Center").

I. Facts

71 The Center was originally a long-term care treatment facility dealing primarily with patients with tuberculosis. During a time when treatment of tuberculosis consisted primarily of rest in an area where the air is pure, Sainte-Agathe was an appropriate location for such a centre. It was at that time perhaps best characterized as a sanatorium. However, during the 1950s, as the incidence of tuberculosis decreased and the nature and focus of respiratory disease and its treatment were changing, the Center began to introduce new programs and services, developing, in effect, a general respiratory expertise in a setting with both long-term and short-term care facilities. The short-term care services included palliative care, laboratory, radiology and operation services. Annual reports submitted to the government since 1974 indicate that this change in orientation, diversification and expansion into short-term care services was known to the government that throughout funded all of the Center's activities. Given the Center's distance from Montreal, where many of its patients requiring the short-term care services were now located, the impracticality of the Sainte-Agathe location became increasingly apparent. In 1984, negotiations between the Center and the Ministry of Health and Social Services to move the Center to Montreal began in earnest.

72 During these negotiations, the Center made it clear that the Center's permit was an important consideration. At that time, the Center was operating under its original permit for 107 long-term care beds despite the fact that by 1984, in addition to short-term care services and programs, it had for 10 years been providing 57 long-term care beds and 50 intermediary or short-term care beds. The Center wanted the permit altered to reflect the reality of the services it offered. It told the Ministry that its status as a provider of both long-term and

d'exploitation de l'intimé, le Centre hospitalier Mont-Sinaï (le « Centre »).

I. Les faits

À l'origine, le Centre était un établissement de soins de longue durée destiné principalement aux patients atteints de tuberculose. Il a été installé à Sainte-Agathe au moment où le repos dans une région où l'air est pur était la principale façon de traiter cette maladie. Il convenait peut-être davantage, à l'époque, de le qualifier de sanatorium. Toutefois, au cours des années 50, alors que l'incidence de la tuberculose diminuait et que la nature des maladies respiratoires et de leur traitement changeait, le Centre a commencé à offrir de nouveaux programmes et services, et en fait, à développer une grande expertise en matière de maladies respiratoires grâce à des installations mixtes de soins de courte et de longue durée. Au chapitre des soins de courte durée, le Centre offrait notamment des soins palliatifs, des services de laboratoire et de radiologie ainsi que des services opératoires. D'après les rapports annuels qui lui ont été soumis depuis 1974, le gouvernement était au fait de ce changement d'orientation, de cette diversification et de ces nouveaux services de courte durée, et il a continué de financer l'ensemble des activités du Centre. En raison de la distance à laquelle le Centre se trouvait de Montréal, d'où provenaient alors un bon nombre de ses patients nécessitant des soins de courte durée, il est devenu de plus en plus évident que sa localisation à Sainte-Agathe n'était plus pratique. En 1984, le ministère de la Santé et des Services sociaux a entrepris de sérieuses négociations avec le Centre en vue d'un éventuel déménagement à Montréal.

Pendant ces négociations, le Centre a indiqué clairement que son permis était important. À l'époque, le Centre fonctionnait en vertu de son permis initial pour 107 lits de longue durée quoique dès 1984, en plus d'offrir des services et programmes de courte durée, il exploitait déjà depuis 10 ans 57 lits de longue durée et 50 lits de durée intermédiaire ou de courte durée. Il voulait que le permis soit modifié de manière à le rendre conforme à la réalité. Il a informé le ministère qu'il s'était toujours présenté comme un établisse-

short-term care was an important feature of its fund-raising campaign amongst the Jewish community in Montreal. The Ministry promised the Center that it would formally alter the permit once the Center made the move. Under the law in force at that time, *An Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-5, the Center suffered no prejudice by agreeing to wait, either administratively or financially. Subsequent years were spent raising the money to make the move, which ultimately cost six million dollars. Over that time, the promise to issue the correct permit was reaffirmed by subsequent occupants of the position of Minister.

ment offrant à la fois des soins de longue et de courte durée lors de ses campagnes de financement au sein de la communauté juive de Montréal. Le ministère a promis au Centre de modifier officiellement le permis après le déménagement. Selon la loi en vigueur à l'époque, à savoir la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5, le Centre ne subirait aucun préjudice sur le plan administratif ou financier s'il acceptait d'attendre. Au cours des années suivantes, des fonds ont été recueillis pour effectuer le déménagement qui, en fin de compte, a coûté six millions de dollars. Pendant cette période, les ministres qui se sont succédé ont réitéré la promesse de délivrer le permis approprié.

Once the Center had moved to Montreal, in January 1991, and as the expiry date on its permit was approaching (March 31, 1991), it made the formal request to the Minister for a regularization of the permit on January 31, 1991. New legislation presented on December 10, 1990 was brought into force progressively as of September 4, 1991; *An Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2. Its status under the old unaltered permit now put the Center in the category of "residential and long-term care centre", the practical consequence of which was the loss of its independent board of directors. Without giving the Center an opportunity to make submissions on the issue, the Minister wrote a letter, on October 3, 1991, informing the Center that it would not receive the promised permit and would have to operate under the old unaltered permit. This was despite the fact that the services being offered included short-term care services. The government continued to fund these services and did not require that they be discontinued. Although financial considerations were cited in the letter as the reason for the refusal, the Center had at no time asked for an increased level of funding for its short-term care services. It had provided these services since at least 1974 and there was no indication that it would not be able to continue to do so within its allocated budget.

73

Le Centre a déménagé à Montréal en janvier 1991 et, le 31 janvier 1991, alors que la date d'expiration de son permis approchait (le 31 mars 1991), le Centre a présenté au ministre une demande officielle de régularisation de son permis. Une nouvelle loi déposée le 10 décembre 1990 est entrée en vigueur progressivement à compter du 4 septembre 1991; il s'agissait de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2. En vertu de son ancien permis non modifié, le Centre se qualifiait désormais comme un « centre d'hébergement et de soins de longue durée », ce qui l'empêchait en pratique d'être représenté par un conseil d'administration autonome. Sans lui donner la possibilité de se faire entendre sur la question, le ministre a écrit une lettre, le 3 octobre 1991, informant le Centre qu'il n'obtiendrait pas le permis promis et qu'il devrait fonctionner sous le régime de l'ancien permis non modifié, et ce, même si les services qu'il offrait comprenaient des services de courte durée. Le gouvernement a continué de financer ces services et n'en a pas demandé l'interruption. Même si la lettre justifiait le refus par des considérations financières, le Centre n'avait jamais demandé plus d'argent pour fournir ses services de courte durée. Il fournissait ces services depuis au moins 1974 et rien n'indiquait qu'il ne pourrait pas continuer à le faire à l'intérieur de l'enveloppe budgétaire qui lui était allouée.

74 The Center brought an action in mandamus before the Superior Court, requesting that the court order the Minister to issue the promised permit. The Center also asked for the invalidation of the election of the unified board of directors in order to be able to elect its own board.

II. Legislation

75 Due to the fact that the Center's request was made on January 31, 1991, prior to the October 1, 1992 bringing into force of ss. 437 to 443 of the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2, governing the issue and renewal of permits, it is the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-5 which applies to this request.

76 The relevant provisions of the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-5 (the "former law"), are:

136. No person may operate an establishment unless he holds a permanent permit or a temporary permit issued for such purpose by the Minister.

137. The permanent permit indicates the category of the establishment and its class, kind and capacity, if any.

. . .

138. Every person applying for a permit must send his application to the Minister in accordance with the regulations.

The Minister shall issue a permanent permit or a temporary permit if he considers that it is in the public interest.

139. A permanent permit is granted for a period of two years ending on 31 March.

A temporary permit is granted for a period of less than two years.

139.1 A permanent permit is renewed for two years if its holder fulfills the conditions prescribed by regulation.

However, the Minister may, after consultation with the regional council concerned, change the category, the class, the kind or capacity indicated on the permit if he considers that the public interest warrants it.

Le Centre a présenté à la Cour supérieure une requête en *mandamus*, dans laquelle il lui demandait d'ordonner au ministre de délivrer le permis promis. Il sollicitait également l'annulation de l'élection du conseil d'administration unifié afin d'être en mesure d'élire son propre conseil d'administration.

II. Les dispositions législatives

Étant donné que le Centre a présenté sa demande le 31 janvier 1991, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur, le 1er octobre 1992, des art. 437 à 443 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2, qui régissent sur la délivrance et le renouvellement des permis, c'est la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5, qui s'applique.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5 (l'« ancienne loi »), sont les suivantes :

136. Nul ne peut exploiter un établissement s'il ne détient un permis permanent ou un permis temporaire délivré à cette fin par le ministre.

137. Le permis permanent indique la catégorie de l'établissement et, s'il y a lieu, sa classe, son type et sa capacité.

. . .

138. Toute personne qui sollicite un permis doit transmettre sa demande au ministre conformément aux règlements.

Le ministre délivre un permis permanent ou un permis temporaire s'il estime que l'intérêt public le justifie.

139. Un permis permanent est accordé pour une période de deux ans qui se termine le 31 mars.

Un permis temporaire est accordé pour une période inférieure à deux ans.

139.1 Un permis permanent est renouvelé pour deux ans si son détenteur remplit les conditions prescrites par règlement.

Cependant, le ministre peut, après consultation du conseil régional concerné, modifier la catégorie, la classe, le type ou la capacité indiqué au permis s'il estime que l'intérêt public le justifie.

Before changing the category, class or kind indicated on the permit, the Minister must give the establishment concerned the opportunity to make representations to him.

The decision of the Minister is final and without appeal; it is not considered a refusal of renewal for the purposes of subdivision 2 of this division.

The holder of a permit that has been modified must take the necessary steps to comply with the new permit within six months of receiving it.

Certain features of the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2 (the "new law"), also bear mentioning:

81. The mission of a hospital centre is to offer diagnostic services and general and specialized medical care. . . .

83. The mission of a residential and long-term care centre is to offer, on a temporary or permanent basis, alternative environment, lodging, assistance, support and supervision services as well as rehabilitation, psychosocial and nursing care and pharmaceutical and medical services to adults who, by reason of loss of functional or psychosocial autonomy can no longer live in their natural environment, despite the support of their families and friends.

. . .

119. A board of directors shall be established to administer all the institutions having their head offices in the territory of a regional county municipality and operating a residential and long-term care centre, or both a residential and long-term care centre and a general and specialized hospital centre with less than 50 beds.

. . .

126. A board of directors shall be established to administer . . .

. . . an institution which operates both a residential and long-term care centre and a general and specialized hospital centre with 50 beds or more.

Avant de modifier la catégorie, la classe ou le type indiqué au permis, le ministre doit donner à l'établissement concerné l'occasion de lui faire des représentations.

La décision du ministre est finale et sans appel; elle n'est pas considérée comme un refus de renouvellement aux fins de la sous-section 2 de la présente section.

Le détenteur d'un permis qui est modifié doit prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer dans les six mois de la réception du nouveau permis.

Il vaut également la peine de mentionner certaines dispositions de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2 (la « nouvelle loi ») : 77

81. La mission d'un centre hospitalier est d'offrir des services diagnostiques et des soins médicaux généraux et spécialisés. . .

83. La mission d'un centre d'hébergement et de soins de longue durée est d'offrir de façon temporaire ou permanente un milieu de vie substitut, des services d'hébergement, d'assistance, de soutien et de surveillance ainsi que des services de réadaptation, psychosociaux, infirmiers, pharmaceutiques et médicaux aux adultes qui, en raison de leur perte d'autonomie fonctionnelle ou psychosociale, ne peuvent plus demeurer dans leur milieu de vie naturel, malgré le support de leur entourage.

. . .

119. Un conseil d'administration est formé pour administrer l'ensemble des établissements qui ont leur siège social dans le territoire d'une municipalité régionale de comté et qui exploitent soit un centre d'hébergement et de soins de longue durée, soit à la fois un centre d'hébergement et de soins de longue durée et un centre hospitalier de soins généraux et spécialisés de moins de 50 lits.

. . .

126. Un conseil d'administration est formé pour administrer . . .

. . . un établissement qui exploite à la fois un centre d'hébergement et de soins de longue durée et un centre hospitalier de soins généraux et spécialisés de 50 lits ou plus.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*, J.E. 92-1815

78 In a decision rendered on November 9, 1992, Marcelin J. of the Superior Court of Quebec made at least five important findings of fact. First, she found that the Center had carried out mixed services of long-term and short-term care for a significant period of time while located in Sainte-Agathe. Second, she found that the Minister was aware that the Center operated not only as a long-term health care centre, but that it also provided other short-term care services. The government was funding these services and indicated its acquiescence despite the mismatch between the activities and the permit. Third, the discussions between the parties regarding the Center's relocation had always focussed on the question of allowing the Center to operate both long-term and short-term care beds. Fourth, the Center had received promises from government authorities to the effect that its permit would be amended upon its relocation to Montreal. And, fifth, she concluded that it was because of representations made by different persons who held office as Minister that the Center agreed to wait until it established itself in Montreal before formally requesting a modification of its permit.

79 Marcelin J. allowed the mandamus application in part. She found that the Ministry's promises and conduct created a "legitimate expectation" on the part of the Center that it would be given a permit that reflected the true nature of its operations once the move to Montreal was made. However, given that the doctrine of legitimate expectations is confined to natural justice and fairness (*audi alteram partem*) and procedural remedies but does not provide substantive rights, Marcelin J. did not order the Minister to issue the correct permit. The remedy was limited to an order for the Minister to hear the Center's submissions on the issue before making his decision whether or not the alteration of the permit was in the public interest.

80 Hence, Marcelin J. held that the October 3, 1991 letter was not a valid exercise of the Minister's dis-

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure du Québec*, J.E. 92-1815

Dans sa décision du 9 novembre 1992, madame le juge Marcelin de la Cour supérieure du Québec a tiré au moins cinq conclusions de fait importantes. Premièrement, elle a conclu que le Centre exploitait depuis longtemps à Sainte-Agathe un centre mixte de soins de courte et de longue durée. Deuxièmement, elle a conclu que le ministre savait que le Centre exploitait non seulement un établissement de soins de longue durée, mais qu'il fournissait également des services de courte durée. Le gouvernement finançait ces services et manifestait son assentiment malgré la non-concordance des activités et du permis. Troisièmement, les discussions des parties relativement au déménagement du Centre avaient toujours porté sur des lits de courte et de longue durée. Quatrièmement, le Centre avait reçu des autorités gouvernementales des promesses selon lesquelles son permis serait modifié au moment de son déménagement à Montréal. Et, cinquièmement, elle a conclu que c'était à la suggestion des ministres qui se sont succédé que le Centre avait accepté d'attendre son transfert à Montréal pour demander officiellement la modification de son permis.

Madame le juge Marcelin a accueilli en partie la requête en *mandamus*. Selon elle, le ministère avait par ses promesses et son comportement créé une « expectative légitime » que le Centre obtiendrait un permis reflétant la vraie nature de ses activités une fois qu'il aurait déménagé à Montréal. Toutefois, étant donné que la théorie de l'expectative légitime est limitée à la justice naturelle et à l'équité (la règle *audi alteram partem*) ainsi qu'aux réparations procédurales, et qu'elle ne confère aucun droit substantiel, madame le juge Marcelin n'a pas ordonné au ministre de délivrer le permis approprié. Elle s'est contentée de lui ordonner d'entendre le Centre sur la question avant de décider s'il était dans l'intérêt public de modifier le permis.

Madame le juge Marcelin a donc estimé que la lettre du 3 octobre 1991 n'était pas un exercice

cretion for two reasons. First, it did not respect the requirement in s. 139.1 that the Minister give the concerned institution the opportunity to make representations when contemplating the modification of a permit. Secondly, Marcelin J. pointed out that the refusal in the letter was premised on weak and insubstantial reasons — the purported financial claim could not be relied on when the Center had never asked for more money to operate long-term and short-term care services.

Noting that the Center had been operating without a permit since March 31, 1991, Marcelin J. ordered a renewal of the former permit (within 30 days of the judgment), and she ordered the Minister to consult with the Center on its decision with respect to the modified permit (within 90 days of the judgment). Marcelin J. said that [TRANSLATION] "the Center is entitled to receive a decision of the Minister which must not be an abuse of discretion and must be based on relevant grounds without hidden purposes [and not] for an ulterior motive".

With respect to the status of the unified board of directors, Marcelin J. was of the view that a determination of whether the election was valid was premature given the fact that the Minister had not yet given the Center a classification that would determine this issue, either by way of a renewal of the former permit or a valid decision with respect to the modification. Such a determination would have to wait for a valid exercise of the Minister's discretion.

The Center appealed the decision.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1998] R.J.Q. 2707

Speaking for all three members of the bench, Robert J.A. allowed the appeal, ordering the Minister to issue the permit it promised and cancelling the election of the unified board of directors in light of the Center's right to elect its own board.

First, Robert J.A. held that the court below made no error, still less a palpable and overriding error,

valide du pouvoir discrétionnaire du ministre pour deux raisons. En premier lieu, la lettre ne respectait pas l'exigence de l'art. 139.1 que le ministre donne à l'établissement concerné l'occasion de faire des représentations lorsqu'il envisage de modifier un permis. Madame le juge Marcelin a souligné, en deuxième lieu, que le refus contenu dans la lettre était motivé par des raisons fragiles et insuffisantes — on ne pouvait pas invoquer le prétendu argument financier vu que le Centre n'avait jamais demandé plus d'argent pour fournir des services de courte et de longue durée.

Soulignant que le Centre fonctionnait sans permis depuis le 31 mars 1991, madame le juge Marcelin a ordonné le renouvellement de l'ancien permis (dans les 30 jours du jugement), en plus d'ordonner au ministre de consulter le Centre sur sa décision relative au permis modifié (dans les 90 jours du jugement). Elle a affirmé que « le Centre a le droit de recevoir une décision du ministre qui ne doit pas être un abus de discrétion et doit être fondée sur des motifs pertinents et sans buts cachés [et non] pour un motif ultérieur ». 81

Au sujet du conseil d'administration unifié, madame le juge Marcelin était d'avis qu'il était prématuré de se prononcer sur la validité de l'élection étant donné que le ministre n'avait pas encore attribué au Centre une classification déterminante à ce sujet soit en renouvelant l'ancien permis, soit en rendant une décision valide au sujet de la modification. Il faudrait attendre que le ministre ait exercé validement son pouvoir discrétionnaire pour se prononcer à cet égard. 82

Le Centre a interjeté appel contre cette décision. 83

B. *Cour d'appel du Québec*, [1998] R.J.Q. 2707

S'exprimant au nom d'une formation de trois juges, le juge Robert a accueilli l'appel, ordonné au ministre de délivrer le permis promis et annulé l'élection du conseil d'administration unifié eu égard au droit du Centre d'élire son propre conseil d'administration. 84

Le juge Robert a d'abord conclu que la cour de première instance n'avait commis aucune erreur, et 85

in its appreciation of the evidence. Marcelin J.'s findings of fact were upheld, i.e., that the Center had been operating both long-term and short-term care beds for many years, this was known by the government, the government promised the Center to regularize the permit once the move to Montreal was made, and it was on the basis of those promises that the Center agreed to wait until the move to make the formal request for the permit regularization. Robert J.A. revisited various pieces of evidence and confirmed these findings in various ways.

encore moins une erreur manifeste et dominante, dans son appréciation de la preuve. Il a confirmé les conclusions de fait de madame le juge Marcelin, à savoir que le Centre exploitait depuis de nombreuses années des lits de courte et de longue durée, qu'il le faisait à la connaissance du gouvernement, que le gouvernement lui avait promis de régulariser son permis après le déménagement à Montréal et que c'était sur la foi de ces promesses qu'il avait accepté d'attendre son déménagement pour demander officiellement la régularisation de son permis. Le juge Robert a réexaminé divers éléments de preuve et a confirmé ces conclusions de différentes manières.

86 Robert J.A. secondly confirmed Marcelin J.'s ruling that the doctrine of legitimate expectations is confined to a procedural remedy, at least as the law now stands in Canada. He reviewed the situation in various jurisdictions, noting that in the United Kingdom the doctrine has become a source of substantive as well as procedural rights, though not in Australia. Robert J.A. held that public law promissory estoppel was an alternate route that should be used in this case in order to confer a substantive remedy — the promised permit.

Il a ensuite confirmé la décision de madame le juge Marcelin que la théorie de l'expectative légitime est limitée aux réparations procédurales, du moins dans l'état actuel du droit au Canada. Il a examiné la situation dans différents ressorts, faisant remarquer qu'au Royaume-Uni, mais non en Australie, cette théorie est devenue une source de droits substantiels et de droits procéduraux. Le juge Robert a conclu que la préclusion promissoire (*promissory estoppel*) en droit public était un autre moyen qui devait être utilisé en l'espèce pour accorder une réparation substantielle — le permis promis.

87 Lastly, Robert J.A. held that it was not necessary to deal with the Center's claim that this was not a s. 139.1 situation engaging ministerial discretion but in effect a situation in which the Minister was bound to issue the permit under s. 138. The idea here was that, given government knowledge and approval, the Center in fact possessed the permit to operate the long-term and short-term care facility — it had in effect "acquired" the permit and it was only the wording of the permit that did not correspond to that reality. While saying that it was not necessary to deal with this issue for the purposes of the appeal, Robert J.A. noted that there might be problems with this approach because of the legal requirements related to "acquired rights".

Enfin, le juge Robert a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner l'argument du Centre selon lequel il s'agissait non pas d'un cas où le ministre pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire aux termes de l'art. 139.1, mais en fait d'un cas où ce dernier était tenu de délivrer le permis en vertu de l'art. 138. Cet argument voulait qu'étant donné que tout s'était déroulé à la connaissance du gouvernement et avec son approbation, le Centre possédait en fait le permis d'exploiter l'établissement de soins de courte et de longue durée — il avait effectivement « acquis » le permis et seul le libellé du permis n'était pas conforme à la réalité. Tout en précisant qu'il n'était pas nécessaire de l'examiner pour les fins de l'appel, le juge Robert a fait remarquer que cette approche était susceptible de causer des problèmes en raison des exigences juridiques liées aux « droits acquis ».

It was therefore on the basis of public law promissory estoppel that Robert J.A. ordered the Minister to issue the promised permit for April 1, 1991 to March 31, 1993 and the cancellation of the election of the unified board of directors.

The Minister appeals to this Court.

IV. Analysis

Although I agree with the Court of Appeal that the Minister is bound to issue the Center the promised permit, I do not think that the proper basis for this order is the application of public law promissory estoppel. It is my view that the best way to dispose of this appeal is to recognize that the facts of this case created a situation not accurately characterized as a renewal of an existing permit under s. 139.1 of the former law. This is a situation falling under s. 138 of that law under which the Minister was bound by a prior exercise of his discretion to issue the permit for both long-term and short-term care operations once the Center relocated to Montreal.

A. *Which Section of the Former Law Governs the Present Situation?*

Section 139.1 of the former law states:

A permanent permit is renewed for two years if its holder fulfills the conditions prescribed by regulation.

The regulation in question is the *Permits for Establishments (Issue and Renewal) Regulation*, O.C. 1373-84, (1984) 116 G.O. II, 2370. The conditions prescribed by this regulation include the requirements that the person making the demand for delivery or renewal be a Canadian citizen or permanent resident, domiciled in Quebec, solvent, not having received a sentence under the *Criminal Code* which has not been satisfied, and has forwarded to the Minister the required information. In other words, if this were the full content of s. 139.1, a renewal situation would not be one in which the Minister's discretion is engaged. If the

C'est donc en se fondant sur la théorie de la préclusion promissoire en droit public que le juge Robert a ordonné au ministre de délivrer le permis promis pour la période du 1er avril 1991 au 31 mars 1993 et qu'il a ordonné l'annulation de l'élection du conseil d'administration unifié. 88

Le ministre se pourvoit devant notre Cour. 89

IV. Analyse

Bien que je partage l'avis de la Cour d'appel que le ministre est tenu de délivrer le permis promis au Centre, je ne crois pas qu'il y ait lieu de recourir à la préclusion promissoire en droit public pour rendre cette ordonnance. Je suis d'avis que la meilleure façon de trancher le présent pourvoi est de reconnaître que les faits de la présente affaire sont à l'origine d'une situation qualifiée à tort de renouvellement d'un permis existant aux termes de l'art. 139.1 de l'ancienne loi. La situation relève plutôt de l'art. 138 de cette loi, en ce sens que le ministre avait déjà exercé son pouvoir discrétionnaire et qu'il était, de ce fait, tenu de délivrer le permis pour l'exploitation d'un établissement de soins de courte et de longue durée, une fois le Centre déménagé à Montréal. 90

A. *Quel article de l'ancienne loi s'applique à la situation qui nous occupe?*

L'article 139.1 de l'ancienne loi prévoit : 91

Un permis permanent est renouvelé pour deux ans si son détenteur remplit les conditions prescrites par règlement.

Le règlement en question est le *Règlement sur la délivrance et le renouvellement du permis d'un établissement*, décret 1373-84, (1984) 116 G.O. II, 2769. Parmi les conditions prescrites par ce règlement, il y a notamment celles voulant que la personne qui demande la délivrance ou le renouvellement soit un citoyen canadien ou un résident permanent domicilié au Québec, qu'elle soit solvable, qu'elle ne soit pas sous le coup d'une condamnation en vertu du *Code criminel* et qu'elle ait transmis au ministre les renseignements requis. En d'autres termes, si c'était là le contenu intégral de l'art. 139.1, le pouvoir discrétionnaire du ministre

conditions set out in the regulation are satisfied, the permit is renewed.

92 Yet, s. 139.1 goes on to say:

> However, the Minister may, after consultation with the regional council concerned, change the category, the class, the kind or capacity indicated on the permit if he considers that the public interest warrants it.
>
> Before changing the category, class or kind indicated on the permit, the Minister must give the establishment concerned the opportunity to make representations to him.
>
> The decision of the Minister is final and without appeal; it is not considered a refusal of renewal for the purposes of subdivision 2 of this division.

These parts of s. 139.1 import a significant degree of discretion with respect to the Minister's power to modify the permit in a renewal situation (a change may be made "if he considers that the public interest warrants it") as well as adding finality to its exercise (the decision is "final and without appeal"). This is also the section that includes the Minister's obligation to give the affected institution the opportunity to make representations on its behalf. It is important to note at the outset that the purpose of s. 139.1 is to give the Minister a discretion that is confined to situations of permit renewal on the condition that the institution change its activities according to the new requirements that the Minister imposes reflecting his or her view of the public interest.

93 The relevant question is: was the Center's January 31, 1991 request a request for renewal of their permit subject to s. 139.1? My view is that it was not. First, I note that various documents reflect the parties' understanding that this was a request for changing the Center's permit rather than renewing it. For instance, on the application form submitted to the Minister on January 31, 1991, the Center has ticked the box "modification" rather than [TRANSLATION] "renewal". Correlatively, the Ministry refers to the situation as one of "modification" rather than renewal (September 14, 1990 letter). Second, the facts, as they were found by the court of first instance and strongly concurred with by the

ne s'appliquerait pas en matière de renouvellement. Si les conditions prescrites par le règlement sont remplies, le permis est renouvelé.

Pourtant, l'art. 139.1 ajoute :

> Cependant, le ministre peut, après consultation du conseil régional concerné, modifier la catégorie, la classe, le type ou la capacité indiqué au permis s'il estime que l'intérêt public le justifie.
>
> Avant de modifier la catégorie, la classe ou le type indiqué au permis, le ministre doit donner à l'établissement concerné l'occasion de lui faire des représentations.
>
> La décision du ministre est finale et sans appel; elle n'est pas considérée comme un refus de renouvellement aux fins de la sous-section 2 de la présente section.

Ces parties de l'art. 139.1 confèrent au ministre une grande discrétion dans l'exercice de son pouvoir de modifier le permis à l'occasion d'un renouvellement (une modification peut être apportée « s'il estime que l'intérêt public le justifie »), ainsi qu'un caractère définitif à l'exercice de ce pouvoir (la décision est « finale et sans appel »). C'est aussi cet article qui oblige le ministre à donner à l'établissement concerné l'occasion de faire des représentations. Il est important de souligner, au départ, que l'art. 139.1 vise à conférer un pouvoir ministériel discrétionnaire limité aux cas de renouvellement de permis pourvu que l'établissement en cause modifie ses activités en fonction des nouvelles exigences que le ministre impose dans ce qu'il estime être l'intérêt public.

La question qui se pose est la suivante : la demande que le Centre a présentée le 31 janvier 1991 était-elle une demande de renouvellement de permis assujettie à l'art. 139.1? J'estime que non. Premièrement, je constate que divers documents indiquent que les parties considéraient qu'il s'agissait d'une demande de modification du permis du Centre plutôt qu'une demande de renouvellement. Par exemple, sur le formulaire de demande présenté au ministre le 31 janvier 1991, le Centre a coché la case « modification » plutôt que la case « renouvellement ». Parallèlement, le ministère parle de « modification » plutôt que de renouvellement (lettre du 14 septembre 1990). Deuxième-

Court of Appeal, indicate that the parties did not see the formal request that was to be made once the Center moved to Montreal as a renewal of the former permit, a permit that had not reflected the reality of the services the Center provided and the government funded since at least 1974. The understanding between the parties was that the permit would be finally altered to reflect the true vocation of the Center: a hospital that offered both long-term and short-term care and services. Both courts below referred to this as a "regularization" of the permit situation and I agree with this characterization. While this is accurately captured under the notion of changing the permit, it is not, in my view, accurate to refer to this as renewing that old inaccurate permit. Nor is it reasonable to conclude that the Minister was exercising his discretion to renew the Center's permit with a requirement that the institution change its activities in conformity with his determination of what was now in the public interest. The evidence is that the Minister was satisfied that the Center would continue to provide the same services and would receive the same level of funding.

ment, d'après les faits constatés par la cour de première instance et acceptés sans hésitation par la Cour d'appel, les parties ne considéraient pas que la demande officielle qui serait faite après le déménagement du Centre à Montréal viserait le renouvellement de l'ancien permis, qui, depuis au moins 1974, ne reflétait plus les services fournis par le Centre et financés par le gouvernement. Les parties estimaient que le permis serait finalement modifié de manière à refléter la véritable vocation du Centre, celle d'un hôpital offrant à la fois des soins de longue et de courte durée. Les deux cours d'instance inférieure ont qualifié cette mesure de « régularisation » du permis et je partage leur avis. Même si on peut parler avec raison de modification du permis, j'estime que c'est une erreur de qualifier la mesure en question de renouvellement de cet ancien permis non conforme à la réalité. Il n'est pas non plus raisonnable de conclure que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de renouveler le permis du Centre à la condition que l'établissement modifie ses activités conformément à ce qu'il jugeait alors être dans l'intérêt public. La preuve indique que le ministre était d'avis que le Centre continuerait d'offrir les mêmes services et de toucher le même financement.

Indeed, while it is true that s. 139.1 refers to change of the category, class, kind or capacity indicated on the permit, not only is this confined to the context of a renewal application, it is also reserved for a situation in which the Minister is considering alterations that would be in the public interest at his or her own initiative. In other words, the institution makes the renewal request that it must make every two years (even with a permanent permit) and the Minister can decide that a change that is in the public interest must be made. As long as the affected institution is given the opportunity to make representations and the decision is made in good faith, this decision is final and without appeal. However, the entire mechanism of s. 139.1 does not apply to a situation where the change is raised by the party rather than the Minister. It does not, therefore, apply in the present situation.

94

En réalité, même s'il est vrai que l'art. 139.1 parle de modifier la catégorie, la classe, le type ou la capacité indiqués sur le permis, cela est restreint non seulement au contexte d'une demande de renouvellement, mais encore aux cas où le ministre examine, de sa propre initiative, la possibilité d'apporter des modifications qui seraient dans l'intérêt public. En d'autres termes, l'établissement présente la demande de renouvellement tous les deux ans, comme il doit le faire (même dans le cas d'un permis permanent), et le ministre peut ordonner qu'une modification soit apportée si l'intérêt public justifie de le faire. La décision est finale et sans appel si elle a été prise de bonne foi et si l'établissement concerné a eu l'occasion de faire des représentations. Toutefois, l'art. 139.1 ne s'applique pas intégralement aux cas où la modification est demandée par la partie en cause plutôt que par le ministre. Cette disposition ne s'applique donc pas à la présente situation.

95 In my view, then, it was a mistake for Marcelin J. to have focussed on the "natural justice" concerns raised by the s. 139.1 obligation to hear from the Center. If this was a situation of renewal, she would have been right to say that the October 3, 1991 letter could not have been a valid exercise of discretion because of the failure to observe this requirement. However, it was not a situation of renewal, and, in my opinion, s. 139.1 is simply not engaged. It is unnecessary then to embark on the inquiry of whether the legitimate expectation created by the course of dealings between the parties can result in a substantive remedy beyond the procedural protection provided by the right to be heard, i.e., the issuance of the permit, either within an expanded doctrine of legitimate expectations or under public law promissory estoppel.

Par conséquent, j'estime que madame le juge Marcelin a commis une erreur en mettant l'accent sur les préoccupations de « justice naturelle » découlant de l'obligation d'entendre le Centre qu'impose l'art. 139.1. S'il s'était agi d'une demande de renouvellement, elle aurait eu raison d'affirmer que la lettre du 3 octobre 1991 ne pouvait pas constituer un exercice valide de pouvoir discrétionnaire en raison du manquement à cette obligation. Il ne s'agissait toutefois pas d'une demande de renouvellement et, selon moi, l'art. 139.1 ne s'applique tout simplement pas. Il est donc inutile de se demander si l'expectative légitime résultant des rapports entre les parties peut donner lieu à une réparation substantielle — la délivrance du permis — en plus de la protection procédurale offerte par le droit d'être entendu, que ce soit en vertu d'une théorie élargie de l'expectative légitime ou en vertu de la préclusion promissoire en droit public.

96 I believe it is s. 138 rather than s. 139.1 that governs the present situation. This section reads:

> Every person applying for a permit must send his application to the Minister in accordance with the regulations.
>
> The Minister shall issue a permanent permit or a temporary permit if he considers that it is in the public interest.

J'estime que c'est l'art. 138, et non pas l'art. 139.1, qui s'applique en l'espèce. Cet article prévoit :

> Toute personne qui sollicite un permis doit transmettre sa demande au ministre conformément aux règlements.
>
> Le ministre délivre un permis permanent ou un permis temporaire s'il estime que l'intérêt public le justifie.

It is clear that this is the provision governing requests for new permits, i.e., all those applying for a permit must make a request to the Minister that conforms to the regulations, and the Minister will give the permit if he or she decides that it is in the public interest. It is true that the Center's January 31, 1991 request for the promised "regularized" permit does not seem to be a request for a new permit but, as indicated by such evidence as the Center's choice of "modification" in the application form, a request for a change to or alteration of the existing permit. Is this a situation in which s. 138 applies? I note in this respect the following annotation from the Collection Lois et Règlements

Il est évident que cette disposition régit les demandes de nouveaux permis en ce sens que toute personne qui sollicite un permis doit présenter au ministre une demande conforme au règlement, et le ministre accorde le permis s'il estime que l'intérêt public le justifie. Il est vrai que la demande présentée par le Centre, le 31 janvier 1991, en vue d'obtenir le permis « régularisé » qui avait été promis, semble être non pas une demande de nouveau permis mais plutôt une demande de changement ou de modification du permis existant, comme l'indique notamment le fait d'avoir coché la case « modification » dans le formulaire de demande. S'agit-il d'un cas où l'art. 138 s'applique? Je souligne à cet égard la note suivante tirée de la Collection Lois et Règlements JUDICO, *Services de*

JUDICO, *Services de santé et services sociaux* (7th ed. 1990-91), at p. 133:

[TRANSLATION] An establishment holding a permit which is applying for a modification or a change to the permit must make that application within the framework of section 138.

Hence, the Center's January 31, 1991 request would seem to be firmly housed within s. 138.

I do not agree with the Center's submissions that it in fact (and law) possessed the modified permit and that it was merely a matter of the wording of the permit that was at issue when it made the regularization request on January 31, 1991. In my view, being entitled to the permit is different than actually holding it. I agree here with Robert J.A. when he says that there are significant problems with saying that the Center "acquired" the permit by offering the short-term care services which admittedly were not only tolerated but actively funded by the government.

I note, in this respect, s. 140 of the former law which reads:

Every permit holder must carry on his activities within the limits fixed in his permit and keep the books and accounts prescribed by the regulations.

And s. 444 of the new law similarly reads:

The activities of a permit holder must be carried on within the scope of his permit.

While I do not wish to be taken as ruling on this matter directly, as neither party presented much in the way of material for or against the application of the doctrine of *droit acquis* to the present situation, it seems at the very least relevant, as Robert J.A. noted, that the Center was operating all of those years outside the boundaries of its permit. There may well be an issue of illegality that operates as a bar to the Center "acquiring" the permit in this way. I note in passing the correlative provision to s. 140, s. 141, a provision that would have been operating until the new law came into force, which reads:

santé et services sociaux (7e éd. 1990-1991), p. 133 :

L'établissement, détenteur d'un permis, qui demande une modification à ce permis ou un changement doit situer cette demande dans le cadre de l'article 138.

Partant, la demande présentée le 31 janvier 1991 par le Centre semble se situer nettement dans le cadre de l'art. 138.

97 Je ne suis pas d'accord avec les arguments du Centre selon lesquels il possédait en fait (et en droit) le permis modifié et que seule la question du libellé du permis se posait lorsqu'il a présenté la demande de régularisation le 31 janvier 1991. À mon avis, avoir droit au permis est différent du fait de le posséder. Je souscris ici à l'opinion du juge Robert qu'il est très difficile de dire que le Centre a « acquis » le permis en offrant des soins de courte durée qui, de l'aveu général, étaient non seulement tolérés, mais bel et bien financés par le gouvernement.

98 Je mentionne à cet égard l'art. 140 de l'ancienne loi, qui se lisait ainsi :

Tout détenteur de permis doit exercer ses activités à l'intérieur des limites fixées dans son permis et tenir les livres et comptes prescrits par les règlements.

L'article 444 de la nouvelle loi prévoit de la même façon :

Le titulaire d'un permis doit exercer ses activités conformément à ce qui est indiqué à son permis.

Même si je ne veux pas qu'on croie que je me prononce directement sur cette question étant donné que les parties ont fait valoir bien peu en faveur ou contre l'application de la théorie des droits acquis dans le présent cas, il semble à tout le moins utile de souligner, comme l'a fait le juge Robert, que le Centre a pendant toutes ces années excédé les limites de son permis. Il se peut bien qu'en raison de l'illégalité de ses activités le Centre n'ait pas pu « acquérir » le permis. Je relève en passant la disposition corrélative de l'art. 140, à savoir l'art. 141, qui s'est appliquée jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi :

141. Every permit holder must, at the times fixed by regulation or, failing such, at the request of the Minister, furnish to the Minister, in such form as the latter may prescribe,

(1) a detailed report of his activities containing the information prescribed by regulation;

(2) financial statements certified by the auditor of the establishment, in the case of a public establishment or a private establishment contemplated in sections 176 and 177.

This provision, it seems to me, is there to ensure that the Minister is kept apprised of an institution's activities. If that institution is operating outside the bounds of its permit and the Minister knows that as a result of these documents being provided to it, a characterization of the legality or illegality of the institution's operations must surely be influenced by this factor.

99 I acknowledge that there is often an important difference between a legal act and that which documents or records it, e.g., in the absence of a writing requirement, a writing attests to the existence of a contract that exists quite independently from that writing and while assisting in matters of proof is not essential to the very existence of the contract. However, I would hesitate to characterize a permit in the same way. I think an activity can be authorized without an implied or acquired permit *per se*. In other words, there may be permission in the sense of what is authorized but not in the sense of a permit as an object. In any event, I would prefer here to say that the activities were authorized (i.e., permitted) but that the permit itself did not yet exist. The Center was therefore acting under its long-term care permit with the government's acquiescence with respect to any issue related to the legality or illegality of that activity. It was not acting under an acquired or implied modified permit. It brought the request for modification at the time the parties agreed to, once the move to Montreal was made. It did this because it did not yet have that permit. While that request may well have been a request for something the Center saw itself as entitled to, it was not a purely empty or formal request for that which it already possessed. Indeed,

141. Un détenteur de permis doit, aux époques fixées par règlement ou, à défaut, sur demande du ministre, lui fournir en la forme qu'il prescrit :

1° un rapport détaillé de ses activités qui contient les renseignements prescrits par règlement;

2° des états financiers certifiés par le vérificateur de l'établissement, s'il s'agit d'un établissement public ou d'un établissement privé visé dans les articles 176 et 177.

Il me semble que cette disposition vise à garantir que le ministre soit tenu au courant des activités d'un établissement. Si cet établissement excède les limites de son permis et que le ministre le sait grâce aux documents qui lui sont fournis, ce fait influe sûrement sur la détermination de la légalité ou de l'illégalité des activités de l'établissement en question.

Je reconnais qu'il y a souvent une différence importante entre un acte juridique et le document qui le constate; par exemple, en l'absence d'exigence d'écrit, un document témoigne de l'existence d'un contrat qui existe tout à fait indépendamment de ce document et, bien que ce dernier soit utile en matière de preuve, il n'est pas essentiel à l'existence même du contrat. J'hésiterais toutefois à qualifier un permis de la même manière. Je pense qu'une activité peut être autorisée en l'absence de tout permis implicite ou acquis. En d'autres termes, il peut y avoir permission dans le sens de ce qui est autorisé, mais pas dans le sens d'un permis qui la constate. De toute manière, je préfère affirmer ici que les activités étaient autorisées (c'est-à-dire permises), mais que le permis lui-même n'existait pas encore. Le Centre agissait donc en vertu de son permis d'établissement de soins de longue durée avec l'assentiment du gouvernement pour ce qui est de décider de la légalité ou de l'illégalité de ses activités. Il n'agissait pas en vertu d'un permis modifié acquis ou implicite. Il a présenté la demande de modification au moment convenu par les parties, c'est-à-dire après le déménagement à Montréal. Il l'a fait parce qu'il ne possédait pas encore ce permis. Même si cette demande pouvait bien viser à obtenir ce à quoi le Centre considérait avoir droit, il ne s'agissait pas d'une simple demande pour la forme visant à obte-

under this characterization, it would have been a s. 139.1 renewal request.

The government's behaviour, while not rising to the level of issuing an acquired or implied permit, did, in my opinion, result in an exercise of the Minister's discretion. When s. 138 says that "[t]he Minister shall issue a permanent permit or a temporary permit if he considers that it is in the public interest", this imputes to the Minister an exercise of discretion with respect to whether or not granting a particular temporary or permanent permit will be in the public interest. However, this discretion was exercised when the Minister promised the Center that it would receive the modified permit, encouraged the move to Montreal, endorsed the financing campaign focussed on the role of the Center as a long-term and short-term care hospital, and continued to fund the short-term care services despite the mismatch between those services and the Center's permit. When the Minister made those decisions and engaged in that behaviour with the Center, the Minister decided, for the purposes of s. 138, that it was in the public interest to give the Center a permanent permit for the operation of a long-term and short-term care institution. The actual granting of the permit was simply deferred until the move to Montreal was made. The fact that this course of dealings consisted of various elements and occurred over a long period of time is, in my view, no bar to looking at the overall situation and concluding that a decision with respect to the public interest was made and discretion on this issue was exercised. The Minister was therefore bound when the Center made the January 31, 1991 request to issue the promised permit. I believe that the fact that the Minister did not require any change in the activities of the Center is confirmation of the reasonableness of this conclusion. The specific conduct of the Minister in this case indicates that his discretion was exhausted. This does not mean that in a different set of circumstances the Minister could not, based on overriding policy concerns, in exceptional circumstances, reverse a prior discretionary decision.

nir ce qu'il possédait déjà. En fait, la demande présentée aurait été, dans ce sens, une demande de renouvellement visée par l'art. 139.1.

J'estime que, même s'il n'équivalait pas à la délivrance d'un permis acquis ou implicite, le comportement du gouvernement a constitué un exercice de pouvoir discrétionnaire du ministre. En précisant que « [l]e ministre délivre un permis permanent ou un permis temporaire s'il estime que l'intérêt public le justifie », l'art. 138 attribue au ministre le pouvoir discrétionnaire de décider s'il est dans l'intérêt public de délivrer un permis temporaire ou permanent particulier. Le ministre a toutefois exercé ce pouvoir discrétionnaire en promettant au Centre de lui délivrer le permis modifié, en encourageant le déménagement à Montréal, en s'associant à la campagne de financement axée sur le rôle du Centre en tant qu'hôpital offrant à la fois des soins de longue et de courte durée et en continuant de financer les services de courte durée malgré leur non-concordance avec le permis du Centre. Lorsque le ministre a pris ces décisions et adopté ce comportement avec le Centre, il a décidé, pour les fins de l'art. 138, qu'il était dans l'intérêt public d'accorder au Centre un permis permanent pour un établissement de soins de longue et de courte durée. La délivrance même du permis a simplement été retardée jusqu'à ce que le déménagement à Montréal ait été effectué. La diversité de ces rapports et leur échelonnement sur une longue période de temps n'empêchent pas, d'après moi, d'examiner l'ensemble de la situation ni de conclure qu'une décision concernant l'intérêt public a été prise et qu'il y a eu exercice de pouvoir discrétionnaire à cet égard. Le ministre était donc lié lorsque le Centre a demandé la délivrance du permis promis, le 31 janvier 1991. À mon avis, le fait qu'il n'a exigé aucune modification des activités du Centre confirme que cette conclusion est raisonnable. Le comportement particulier que le ministre a adopté en l'espèce indique qu'il a épuisé son pouvoir discrétionnaire. Cela ne signifie pas que, dans des circonstances différentes, il ne pourrait pas se fonder sur des considérations de politique générale prépondérantes pour revenir exceptionnellement sur une décision discrétionnaire antérieure. 100

B. *When Was the Discretion Exercised?*

101 Given the veritable flurry of documents submitted attesting to the promise to regularize the Center's permit once the move to Montreal was made, it is difficult to pinpoint precisely when the Minister's discretion under s. 138 was exercised. It would therefore be helpful to begin with the earliest pieces of evidence in the record and follow the acts and documents that can be said to have solidified the promise made to the Center by the Minister and its representatives.

102 The Minister relies in his submissions on a document dated August 1984 entitled *Programme fonctionnel et technique* prepared by the Minister of Social Affairs. In this report, the Minister emphasizes the Center's role as a provider of intermediate pulmonary or respiratory care; see, e.g., pp. 7 and 9. The report signals, in a somewhat understated tone, the Minister's approbation of the Center's relocation from Sainte-Agathe to Montreal (p. 10). When the Center's vocation is first referred to in that document, the following wording is used (at p. 11):

[TRANSLATION] The vocation of Mount Sinai Hospital in Côte Saint-Luc is 107 long-term care beds: 50 intermediate pulmonary care beds and 57 physical care beds.

And again later (at p. 16):

[TRANSLATION] . . . 50 intermediate pulmonary care beds and 57 physical care beds.

It is significant that this document seems to stabilize the 50/57 split language in the course of dealings between the parties. This had been mentioned in an earlier May 8, 1984 letter appended to the report. However, the other letter appended there, an even earlier correspondence dated June 27, 1983, did not use this language. These prior letters had made references to future negotiation over the precise allocation of beds, assessments based on the needs of the community, etc., but, in my opinion, this August 1984 document entrenches the 50/57 language between the parties.

B. *Quand y a-t-il eu exercice du pouvoir discrétionnaire?*

En raison de l'abondance des documents déposés qui témoignent de la promesse de régulariser le permis du Centre après le déménagement à Montréal, il est difficile de déterminer avec précision le moment où le ministre a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 138. Il serait donc utile de commencer par examiner les éléments de preuve les plus anciens du dossier et de passer en revue les actes et documents qui, peut-on dire, ont renforcé la promesse faite au Centre par le ministre et ses représentants.

Le ministre s'appuie sur un document daté du mois d'août 1984 et intitulé *Programme fonctionnel et technique* préparé par le ministre des Affaires sociales. Dans ce rapport, le ministre souligne le rôle du Centre comme fournisseur de soins pulmonaires ou respiratoires intermédiaires; voir, par exemple, p. 7 et 9. Le rapport fait état, d'une manière quelque peu laconique, de l'approbation par le ministre de la relocalisation du Centre de Sainte-Agathe à Montréal (p. 10). Lorsque le document mentionne pour la première fois la vocation du Centre, il le fait dans les termes suivants (à la p. 11) :

La vocation de l'Hôpital Mont-Sinaï à Côte Saint-Luc est de 107 lits de soins de longue durée : 50 lits de soins pulmonaires intermédiaires et 57 lits de soins physiques.

Il ajoute, plus loin (à la p. 16) :

. . . 50 lits de soins pulmonaires intermédiaires et 57 lits de soins physiques.

Il importe de noter que ce document semble consacrer la formule 50/57 dans les rapports entre les parties. Cette formule figurait dans la lettre antérieure du 8 mai 1984 annexée au rapport. Cependant, elle n'apparaît pas dans l'autre lettre annexée au rapport, celle encore plus ancienne du 27 juin 1983. Ces lettres antérieures faisaient état de négociations futures portant sur la répartition précise des lits, d'évaluations fondées sur les besoins de la collectivité, et ainsi de suite, mais je suis d'avis que ce document du mois d'août 1984 consacre la formule 50/57 entre les parties.

I cannot accept that the Minister looked at the 50/57 vocation in terms of an overall long-term care context given the "intermediary" nature of the authorized beds. As both courts below found, intermediary beds are considered, for the purposes of long-term or short-term care classification, short-term care beds. Moreover, it is unclear why, if the Ministry truly saw the intermediary beds it authorized as long-term care beds, it would even engage with the Center on the issue of the modification of its operating permit. If the Ministry really saw the intermediary beds this way, no modification to the permit would be required because the Center would be doing precisely what the permit indicated — running long-term care services. However, not only did the Ministry discuss with the Center the possibility of altering its permit, knowing that such an alteration was a central feature of the Center's fund-raising campaign, it in fact promised to do so once the move to Montreal was made.

Je ne puis reconnaître que le ministre situait la vocation 50/57 dans un contexte global de soins de longue durée étant donné la nature « intermédiaire » des lits autorisés. Comme l'ont conclu les deux cours d'instance inférieure, les lits de durée intermédiaire sont considérés comme des lits de courte durée, aux fins de classification. De plus, si le ministère considérait vraiment que les lits de durée intermédiaire autorisés étaient des lits de longue durée, on ne voit pas pourquoi il aurait même discuté avec le Centre de la possibilité de modifier son permis d'exploitation. Si le ministère percevait réellement ainsi les lits intermédiaires, aucune modification du permis ne serait nécessaire étant donné que le Centre ferait exactement ce que le permis prévoit — la prestation de services de longue durée. Toutefois, le ministère a non seulement discuté avec le Centre de la possibilité de modifier son permis en sachant que cette modification était au cœur de sa campagne de financement, mais encore il a effectivement promis de le modifier après le déménagement à Montréal. 103

Perhaps the most significant piece of evidence here is the November 21, 1989 letter written to the Center by the Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain (C.S.S.S.R.M.M.). This letter sets out the relocation plan and acknowledges that in the 50/57 split, the 50 beds are to be short-term care beds. Here the commitment is expressed in the following way:

La lettre du 21 novembre 1989 que le Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain a fait parvenir au Centre est peut-être l'élément de preuve le plus important en l'espèce. On y expose le plan de relocalisation tout en reconnaissant que, dans la répartition 50/57, les 50 lits doivent être réservés aux soins de courte durée. Dans cette lettre, on prévoit qu'il faudra que 104

[TRANSLATION] . . . fifty-seven (57) places to be reserved for long-term clientele and a maximum of fifty (50) places for intermediate short-term care.

. . . cinquante-sept (57) places soient réservées à la clientèle de longue durée et un maximum de cinquante (50) places pour des soins de courte durée et intermédiaires.

After this date, the Minister can certainly no longer claim to have been viewing the 50/57 allocation in terms of the long-term care context. The intermediate care beds are placed with the short-term care beds and the reason for the alteration of the permit is made clear. That this was a promise to make the required modification to the permit once the move to Montreal was made is evidenced by the Minister's response to the Center's request for its 1989-1991 permit. In a September 14, 1990

Après cette date, le ministre ne peut certainement plus dire qu'il situe la répartition 50/57 dans le contexte des soins de longue durée. Les lits destinés aux soins intermédiaires sont assimilés aux lits destinés aux soins de courte durée et la raison de la modification du permis est indiquée clairement. La réponse du ministre à la demande de permis du Centre pour la période 1989-1991 montre qu'il s'agissait d'une promesse d'apporter au permis la modification demandée après le déménage-

letter about this, the then Assistant Deputy Minister wrote:

[TRANSLATION] As soon as your services are relocated on Côte Saint-Luc in Montreal, we shall take the steps to modify your permit.

However, once the move to Montreal was made, in January 1991, and the Center brought its request for the modified permit for 1991-1993, in a letter dated October 3, 1991, the Minister refused, stating that reclassifying the 50 beds as short-term care beds would result in the hospital having to deal with more complex clinical problems using additional financial resources that the government could not provide and the Center would have to keep operating under the old permit.

105 It is difficult to determine precisely when the Minister abandoned the preference that the Center continue operating under its long-term care permit. It is possible that this was always the preference and the refusal to modify the Center's permit was motivated by that preference. However, this is not what was indicated to the Center in the Ministry's dealings with it. As my colleague Binnie J. points out, "if the successive Ministers had gone through the same cogitations and deliberations as they did between 1984 and 1991, but kept their thoughts to themselves, I think it unlikely the respondents would succeed in obtaining the order they seek" (para. 4). I agree with him that what is important here is the course of conduct between the parties and the evidence that documents this relationship. The 1989 letter acknowledges that the beds are to be short-term care beds and the permit must be correspondingly altered. The 1990 letter documents the promise. Over the course of those dealings, the various occupants of the office of the Minister and Ministry officials knew that the hospital's vocation as a long-term and short-term care provider was an important element of the Center's fund-raising campaign; 50 intermediary care beds were allocated — beds that are considered short-term care beds and were eventually acknowledged as such. These officials had knowledge of and

ment à Montréal. Dans la lettre du 14 septembre 1990 qu'il a fait parvenir au Centre à ce sujet, le sous-ministre adjoint précise :

Dès que vos services seront relocalisés sur Côte St-Luc à Montréal, nous devrons prendre les mesures pour modifier votre permis.

Après avoir déménagé à Montréal en janvier 1991, le Centre a présenté une demande de permis modifié pour la période 1991-1993. Toutefois, dans une lettre datée du 3 octobre 1991, le ministre a refusé le permis sollicité en disant que, si les 50 lits étaient reclassifiés en lits de courte durée, l'hôpital ferait face à des problèmes cliniques plus complexes qui nécessiteraient l'octroi de ressources financières additionnelles que le gouvernement n'était pas en mesure de fournir, ajoutant que le Centre devrait continuer de fonctionner sous le régime de son ancien permis.

Il est difficile de déterminer avec précision le moment où le ministre a abandonné la préférence que le Centre continue de fonctionner sous le régime de son permis d'établissement de soins de longue durée. Il se peut que cela ait toujours été la préférence et que ce soit ce qui a motivé le refus de modifier le permis du Centre. Ce n'est toutefois pas ce qu'on a indiqué au Centre lorsque le ministère a traité avec lui. Comme le souligne mon collègue le juge Binnie, « j'estime que les intimés n'obtiendraient probablement pas l'ordonnance qu'ils sollicitent si les ministres qui se sont succédé s'étaient livrés, sans exprimer leur pensée, aux cogitations et aux délibérations auxquelles ils se sont livrés entre 1984 et 1991 » (par. 4). Je conviens avec lui que ce qui importe en l'espèce est la ligne de conduite des parties et la preuve qui fait état de leur relation. Dans la lettre de 1989, on reconnaît que les lits sont des lits de courte durée et que le permis doit être modifié en conséquence. La lettre de 1990 fait état de la promesse. Tout au long de ces échanges, les ministres qui se sont succédé et les fonctionnaires du ministère savaient que la vocation du Centre en tant qu'établissement de soins de longue et de courte durée était un élément important de sa campagne de financement; 50 lits réservés aux soins de durée intermédiaire ont été alloués — lits qui sont considérés comme

funded all of the Center's short-term care services, promoted the move to Montreal, and promised an alteration of the permit once the move was made. Most of these elements were in place even in 1984, but they were solidified over the years in which the relocation plans were taking shape and being encouraged, culminating in what is, in my opinion, the significant triggering event here, namely the move to Montreal in January 1991. Hence, I see the Minister's discretion under s. 138 as having been exercised at that date.

des lits destinés aux soins de courte durée et qui ont finalement été reconnus comme tels. Ces fonctionnaires étaient au fait de tous les services de courte durée du Centre et ils les ont financés; ils ont encouragé le déménagement à Montréal et ont promis que le permis serait modifié après ce déménagement. Telle était en grande partie la situation même en 1984, mais tout s'est concrétisé davantage pendant les années au cours desquelles les plans de relocalisation ont pris forme et ont été encouragés pour aboutir à ce qui est, selon moi, l'élément déclencheur en l'espèce : le déménagement à Montréal en janvier 1991. Par conséquent, j'estime qu'à cette date le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 138.

The parties referred in their submissions to a number of decisions that have considered the level of deference to be attributed to a Minister's exercise of discretion, including this Court's recent decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. The level of deference given to such decisions is high. However, this is not a situation in which the exercise of the Minister's discretion is under review as it was in *Baker*. Here the Minister has exercised his discretion prior to the decision that is objected to. More specifically, the discretion has been exercised by January 1991 when the move to Montreal is made, and the decision that is objected to here is the October 3, 1991 refusal to issue the modified permit. Hence, what is at issue is the reversal of that exercise of discretion. In other words, the Minister's discretion has been "spent" or "exhausted" by the time the refusal is made.

106 Dans leurs plaidoiries, les parties ont mentionné un certain nombre de décisions portant sur le degré de retenue applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un ministre, dont l'arrêt récent de notre Cour *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Les décisions discrétionnaires d'un ministre doivent faire l'objet d'une grande retenue. Nous ne sommes cependant pas en présence d'une situation où, comme dans l'affaire *Baker*, c'est l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel qui est examiné. En l'espèce, le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire avant la décision contestée. En effet, ce pouvoir avait déjà été exercé au moment du déménagement à Montréal en janvier 1991, alors que la décision contestée en l'espèce est le refus, le 3 octobre 1991, de délivrer le permis modifié. C'est donc l'infirmation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre qui est en cause. En d'autres termes, le ministre avait déjà « exercé » ou « épuisé » son pouvoir discrétionnaire au moment du refus.

However, the question remains as to whether the October 3, 1991 letter was a valid reversal of the exercise of that discretion. More specifically, we must ask whether, under some general discretionary power, the Minister was entitled to reverse that original exercise of discretion at that time, in that way.

107 Toutefois, il reste à déterminer si la lettre du 3 octobre 1991 a validement infirmé l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Plus particulièrement, nous devons nous demander si, en vertu de quelque pouvoir discrétionnaire général, le ministre pouvait alors procéder ainsi pour infirmer l'exercice initial de sa discrétion.

C. *Was the Original Exercise of Discretion Validly Reversed?*

108 In my opinion, the October 3, 1991 refusal cannot be taken as a valid reversal of the Minister's prior exercise of his discretion for at least two reasons.

109 First, the issue of additional resources and funding had never been raised before by ministerial officials to the Center's executives. There was never in fact any request for additional services or money by the Center. Moreover, there was no indication that the Center would have to change any of its activities in order to satisfy the requirements of the permit it asked for, thereby requiring more funding. The budget reports submitted from 1974 to 1991 have always included short-term care services, e.g., an operating room, laboratories and radiology services. The Center's October 24, 1991 letter responding to the Minister's refusal pointed out that the Center has always responded to the needs of the patients within its budget and that it had no intention of asking for adjustments to its budget for care and services resulting from the reclassification. I would also point out that the idea that the move to Montreal would not result in any reduction or increase in programs or lead to an increased budget has always been at the Center of the negotiations between the parties; see the Minister's report, *supra*, at p. 11. The Minister cannot now invoke a vague and ungrounded funding concern as a reason for reversing a prior exercise of discretion in these circumstances.

110 Secondly, the Minister's behaviour since that October 3, 1991 refusal of the permit modification is inconsistent with finding that the exercise of discretion has in fact been genuinely reversed. I refer here to the Minister's December 3, 1991 letter written to the president of the board of directors of another Montreal hospital, Centre hospitalier des convalescents de Montréal. In this letter, the Minister explains that the palliative care program formerly run by this hospital will be transferred to the Center. As various elements of the evidence indi-

C. *L'exercice initial du pouvoir discrétionnaire a-t-il été validement infirmé?*

Je suis d'avis qu'on ne peut pas considérer que le refus du 3 octobre 1991 a infirmé validement l'exercice antérieur du pouvoir discrétionnaire du ministre, et ce, pour au moins deux raisons.

Premièrement, les fonctionnaires du ministère n'ont jamais soulevé la question des ressources et du financement supplémentaires auprès des administrateurs du Centre. En fait, le Centre n'a jamais sollicité des services ou des fonds supplémentaires. De plus, rien n'indiquait que, pour respecter les exigences du permis demandé, le Centre devrait modifier ses activités et aurait ainsi besoin de plus d'argent. Les rapports budgétaires déposés au cours de la période de 1974 à 1991 ont toujours fait état de services de courte durée comme, par exemple, une salle d'opération, des laboratoires et des services de radiologie. Dans sa lettre du 24 octobre 1991, le Centre réagit au refus du ministre en faisant remarquer qu'il a toujours répondu aux besoins des patients à l'intérieur de l'enveloppe budgétaire qui lui était allouée et qu'il n'a pas l'intention de demander des ajustements budgétaires pour les soins et services résultant de la reclassification. Je tiens aussi à souligner que l'idée que le déménagement à Montréal n'entraînerait aucune réduction ou augmentation des programmes ni aucune hausse budgétaire a toujours été au cœur des négociations entre les parties; voir le rapport du ministre, *op. cit.*, p. 11. Dans ces circonstances, le ministre ne peut pas invoquer maintenant une préoccupation vague et non fondée relative au financement pour infirmer un exercice antérieur de son pouvoir discrétionnaire.

Deuxièmement, le comportement adopté par le ministre depuis qu'il a refusé la modification du permis le 3 octobre 1991 ne permet pas de conclure qu'il a vraiment infirmé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Je mentionne à cet égard la lettre du 3 décembre 1991 qu'il a fait parvenir à la présidente du conseil d'administration d'un autre hôpital montréalais, le Centre hospitalier des convalescents de Montréal. Dans cette lettre, le ministre explique que le programme de soins palliatifs auparavant offert par cet hôpital sera trans-

cate (e.g., the affidavit of Howard Blatt) and the Minister himself admits in this letter when he says that the use of these beds [TRANSLATION] "is limited to a few weeks", palliative care beds are by definition short-term care beds. Indeed, I note in this respect that in the November 21, 1989 letter referred to above, the Center is actually told by the C.S.S.S.R.M.M. that the palliative care patients cannot be given long-term care beds and they must be considered to be short-term care bed occupants. In the December 3, 1991 letter, the Minister writes [TRANSLATION] "the replacement of these beds has been carried out by Mount Sinai Hospital". This confirmation that the Center will be running short-term care beds comes after the Minister's refusal to alter the Center's permit. In my view, it indicates that the Minister's behaviour is inconsistent with a reversal of his discretion to modify the Center's permit. It is, in effect, acting as if the original exercise of the discretion is what is in operation, i.e., the Center has short-term care beds that can be used for palliative care patients. The only logical inference to be drawn is that this situation is the one that the Minister believes to be in the public interest.

féré au Centre. Comme divers éléments de preuve l'indiquent (notamment l'affidavit de Howard Blatt) et comme le ministre lui-même l'admet dans cette lettre lorsqu'il dit que l'utilisation de ces lits « se limite à quelques semaines », les lits des unités de soins palliatifs sont, par définition, des lits de courte durée. Je souligne d'ailleurs à ce propos que, dans la lettre du 21 novembre 1989 susmentionnée, le Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain informe le Centre que les bénéficiaires de soins palliatifs ne peuvent pas se voir attribuer des lits destinés aux soins de longue durée et qu'ils doivent être comptés comme des patients occupant des lits de courte durée. Dans la lettre du 3 décembre 1991, le ministre écrit que « le remplacement de ces lits a été assuré par l'Hôpital Mont-Sinaï ». Cette confirmation que le Centre exploitera des lits de courte durée suit le refus du ministre de modifier le permis du Centre. À mon avis, cela montre que le comportement du ministre ne permet pas de considérer qu'il a infirmé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de modifier le permis du Centre. Le ministre semble, en effet, agir conformément à l'exercice initial de son pouvoir discrétionnaire en ce sens que le Centre possède des lits de courte durée pouvant être occupés par des patients qui nécessitent des soins palliatifs. La seule déduction logique qui peut être faite est que cette situation est celle que le ministre estime être dans l'intérêt public.

Given the groundlessness of the Minister's refusal to alter the permit as promised and his subsequent behaviour inconsistent with the supposed reversal of the original exercise of his discretion, I cannot view that October 3, 1991 letter as a valid reversal of the discretion exercised when the Minister promised to the Center a modification of its permit to reflect reality once the move to Montreal was made.

111 Étant donné que le refus du ministre de respecter la promesse de modifier le permis n'est pas fondé et que le comportement qu'il a adopté par la suite est incompatible avec la prétendue infirmation de l'exercice initial de son pouvoir discrétionnaire, je ne peux pas considérer que, dans sa lettre du 3 octobre 1991, le ministre a infirmé validement l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en promettant au Centre de modifier son permis pour qu'il soit conforme à la réalité, une fois qu'il aurait déménagé à Montréal.

In the case of *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, this Court recognized the ongoing nature of a Minister's discretionary

112 Dans l'arrêt *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, notre Cour a reconnu le caractère constant du pouvoir discrétionnaire d'un

power, holding that the *Fisheries Act*'s conferral of "absolute discretion" to the Minister to issue or authorize to be issued a fishing licence included the power to revoke that authorization prior to the actual issuance of the licence. There Major J. stated, at para. 43:

> The power to issue the licence, once exercised in any single instance, is expended and may only be revised or revoked under the specific statutory conditions in s. 9. However, the power to authorize is a continuing power. . . . I do not think that the authorization to issue the licence conferred upon the appellant an irrevocable legal right to a licence. Until the licence is issued, there is no licence and therefore no permission to do what is otherwise prohibited, namely fish for lobster in the offshore. Unless and until the licence is actually issued, the Minister in furtherance of government policy may reevaluate or reconsider his initial decision to authorize the licence. Until the Minister actually issued the licence, he possessed a continuing power to reconsider his earlier decision to authorize and or issue the licence . . .

This case and its holding, in my mind, is readily distinguishable from the case at bar.

113 The *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, used a two-stage process of authorizing and issuing licences. In *Comeau's Sea Foods*, the Ministry had telexed to the applicant a copy of the decision to authorize the licences. However, on the facts of that case, the applicant did not request that the actual licences be issued and the evidence was that they would have been had the request been made prior to a change in Department policy after which, given political pressures surrounding lobster fishing, specific clearance from the Assistant Deputy Minister was required. As Major J. put it at para. 50: "In most instances the issuance of the licence would be expected to follow its authorization in short order. Nonetheless, the time between the two does permit the Minister to assess his authorization in light of government policy or a change in circumstances." In this case, there was a legitimate change in government policy that led the Minister to reconsider issuance of the licences, thereby

ministre, statuant que le fait que la *Loi sur les pêches* prévoyait que le ministre pouvait « à discrétion » délivrer ou autoriser la délivrance d'un permis de pêche signifiait également qu'il pouvait révoquer cette autorisation avant la délivrance réelle du permis. Dans cet arrêt, le juge Major affirme, au par. 43 :

> Le pouvoir de délivrer un permis, une fois exercé dans une affaire, est épuisé et la délivrance ne peut être révisée ou révoquée qu'aux conditions particulières énoncées à l'art. 9. Toutefois, le pouvoir d'autoriser est un pouvoir constant [. . .] Je ne pense pas que l'autorisation de délivrer un permis ait conféré à l'appelante un droit irrévocable à un permis. Jusqu'à ce que le permis soit délivré, il n'y a pas de permis et, par conséquent, aucune permission de faire ce qui est par ailleurs interdit, à savoir pêcher le homard en haute mer. Tant et aussi longtemps que le permis n'est pas délivré, le ministre peut, aux fins d'appliquer la politique du gouvernement, réévaluer sa décision initiale d'autoriser le permis et revenir sur celle-ci. Jusqu'à ce qu'il ait effectivement délivré le permis, le ministre avait le pouvoir constant soit de revenir sur sa décision antérieure d'autoriser, soit de délivrer le permis . . .

J'estime que cette affaire — et la conclusion qui y est tirée — peut facilement être distinguée de la présente affaire.

La *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, établissait un processus en deux étapes consistant d'abord à autoriser et ensuite à délivrer les permis. Dans *Comeau's Sea Foods*, le ministère avait envoyé par télex à la requérante une copie de la décision d'autoriser la délivrance des permis. Les faits de cette affaire indiquent cependant que la requérante n'avait pas demandé que les permis autorisés soient délivrés, et la preuve révèle qu'ils l'auraient été si elle en avait fait la demande avant que le ministère change sa politique en exigeant désormais que la délivrance des permis soit assujettie à l'autorisation expresse du sous-ministre adjoint en raison des pressions politiques entourant la pêche du homard. Comme l'a précisé le juge Major, au par. 50 : « Dans la plupart des cas, on s'attendrait à ce que la délivrance d'un permis suive de près son autorisation. Toutefois, l'intervalle qui sépare les deux permet au ministre d'évaluer son autorisation en fonction de la politique du

exercising his discretion within the period of time given to him under the statute to do so.

In the present case, the former law is not set up this way. As Major J. recognized in *Comeau's Sea Foods*, whether the power can be exercised once or more than once is a matter of interpretation (*supra*, at para. 44, citing *C.W.C. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 643 (T.D.), at p. 652). The legislation here does not use the authorizing/issuing steps. Section 138 governs the granting of permits or modifications to existing permits and s. 139.1 governs the renewal of permits. Hence, the Minister is not provided, as the Minister was provided under the *Fisheries Act*, with a period of time in which to change his or her mind. Moreover, even if such a power were to be imputed to the Minister on the basis of general discretionary powers, the refusal in this case was not a valid exercise of the Minister's discretion. The policy concern invoked in the October 3, 1991 refusal was not a fair or appropriate one given a situation in which the Minister continued to fund the short-term care services the Center provided and considered it in his dealings with the rest of the world as a provider of both long-term and short-term care services. A policy concern invoked in such circumstances must be legitimate. At the very least, it must correspond to the reality of the situation. The Minister cannot promise the Center to issue the modified permit when the move to Montreal is made, refuse to issue that permit, and then continue to treat the Center as if the permit had in fact been issued. Having decided that it was in the public interest for the Center to operate as a long-term and short-term care facility and having continued to see things this way even after the move, the Minister must issue the 1991-1993 permit.

gouvernement ou d'un changement de circonstances. » Dans cette affaire, un changement légitime de politique gouvernementale avait amené le ministre à réévaluer la délivrance des permis, et il avait ainsi exercé son pouvoir discrétionnaire dans le délai prescrit à cette fin par la loi en cause.

114 Dans la présente affaire, l'ancienne loi n'est pas conçue de la même manière. Comme le juge Major l'a reconnu dans l'arrêt *Comeau's Sea Foods*, la question de savoir si le pouvoir peut être exercé une seule ou plusieurs fois est une question d'interprétation (précité, par. 44, où il cite *S.T.C. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 643 (1re inst.), p. 652). La mesure législative dont il est question en l'espèce ne fait pas appel aux étapes de l'autorisation et de la délivrance. L'article 138 concerne la délivrance des permis ou les modifications apportées aux permis existants, alors que l'art. 139.1 porte sur le renouvellement des permis. Par conséquent, contrairement à ce qui se produit sous le régime de la *Loi sur les pêches*, le ministre ne dispose d'aucun délai pour changer d'idée. De plus, même si le ministre avait disposé d'un tel pouvoir sur la base de pouvoirs discrétionnaires généraux, il reste que le refus qu'il a prononcé en l'espèce ne constituait pas un exercice valide de son pouvoir discrétionnaire. La préoccupation d'intérêt général invoquée dans le refus du 3 octobre 1991 n'était ni équitable ni appropriée étant donné que le ministre continuait de financer les services de courte durée offerts par le Centre et que, dans ses rapports avec les autres, il considérait le Centre comme un établissement de soins de longue et de courte durée. Une préoccupation d'intérêt général invoquée dans de tels cas doit être légitime. Elle doit à tout le moins être conforme à la réalité. Le ministre ne peut pas promettre au Centre de délivrer le permis modifié après le déménagement à Montréal, refuser de délivrer le permis et ensuite continuer à traiter le Centre comme si le permis avait effectivement été délivré. Vu qu'il a décidé qu'il était dans l'intérêt public que le Centre offre des soins de longue et de courte durée et qu'il a continué d'avoir cette perception même après le déménagement, le ministre doit délivrer le permis pour la période 1991-1993.

D. *What Are the Minister's Subsequent Obligations?*

115 As I have said above, the Minister must issue the 1991-1993 modified permit, recognizing the Center's vocation as a provider of both long-term and short-term care. This will bring the Center under s. 126 of the new law into the category of "an institution which operates both a residential and long-term care centre and a general and specialized hospital centre with 50 beds or more". As such, it is entitled to its own board of directors. The election of the prior unified board must, therefore, be cancelled.

116 If the Minister wants to change the category, class, kind or capacity of the permit (e.g., have the Center operate as a residential and long-term care centre only), this must in fact be reflected in the Center's authorized activities and the government's funding of those activities. If the Minister decides to take this course of action, the Minister must:

a. consult with the Center and give it an opportunity to make representations as s. 442.1 of the new law requires;

b. make sure that its consideration of what "the public interest warrants" under s. 442.1 of the new law is based on valid and legitimate policy concerns that are fairly invoked and based on the reality of the situation.

In other words, the government cannot invoke a vague funding concern as a reason for making the change to a long-term care permit and then continue to treat the Center as a mixed-care operation. Any change in the Center's permit status, and subsequent effect on its ability to have its own board of directors, must be justified by way of an actual change in government policy based on a decision

D. *Quelles sont les obligations subséquentes du ministre?*

Comme je l'ai dit précédemment, le ministre doit reconnaître la vocation du Centre en tant qu'établissement de soins de longue et de courte durée en délivrant le permis modifié pour la période 1991-1993. Le Centre sera ainsi considéré, en vertu de l'art. 126 de la nouvelle loi, comme « un établissement qui exploite à la fois un centre d'hébergement et de soins de longue durée et un centre hospitalier de soins généraux et spécialisés de 50 lits ou plus ». À ce titre, il aura droit à son propre conseil d'administration. L'élection du conseil d'administration unifié antérieur doit donc être annulée.

Si le ministre veut modifier la catégorie, la classe, le type ou la capacité indiqués au permis (de manière notamment à faire de l'établissement en cause un centre d'hébergement et de soins de longue durée seulement), cela devra effectivement se refléter dans les activités autorisées du Centre et dans le financement de ces activités par le gouvernement. Si le ministre choisit d'agir ainsi, il devra :

a. consulter le Centre et lui donner l'occasion de faire des représentations, conformément à l'art. 442.1 de la nouvelle loi;

b. veiller à ce que son examen de ce que « l'intérêt public [. . .] justifie » aux termes de l'art. 442.1 de la nouvelle loi soit fondé sur des préoccupations d'intérêt général valides et légitimes qui soient invoquées équitablement et qui soient conformes à la réalité.

En d'autres termes, le gouvernement ne peut pas invoquer une vague préoccupation relative au financement pour changer le permis en permis de soins de longue durée et pour ensuite continuer à traiter le Centre comme un établissement de soins mixtes. Toute modification de la nature du permis du Centre ainsi que tout effet subséquent sur sa capacité de posséder son propre conseil d'administration doivent être justifiés par un changement réel de politique gouvernementale faisant suite à une décision que ces soins de courte durée ne ser-

that those short-term care services no longer serve their particular purpose or the public interest.

It is my view that where the Minister has failed to act in accordance with a prior exercise of discretion, the criteria for the issuance of an order of mandamus are met; see *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100. Although art. 100 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, provides that extraordinary remedies are not generally available against the Crown, this rule does not apply in circumstances where the Minister acts outside the limits of his competence, as in this case; see D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (3rd ed. 1997), vol. 1, at pp. 162-63; P. A. Gendreau et al., *L'injonction* (1998), at pp. 194-95; *Morin v. Driscoll College Inc.*, [1979] R.P. 198 (C.A.); *Procureur général de la province de Québec v. Laurendeau*, [1985] R.D.J. 513 (C.A.); *Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30.

V. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs and order the Minister to deliver the required permit pursuant to art. 844 of the *Code of Civil Procedure*.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondents Mount Sinai Hospital Center and Elliot L. Bier et al.: Adessky, Poulin, Montréal.

vent plus ni leurs fins particulières ni l'intérêt public.

Je suis d'avis que, lorsque le ministre n'agit pas conformément à l'exercice antérieur de son pouvoir discrétionnaire, les conditions de délivrance d'une ordonnance de *mandamus* sont remplies; voir *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100. Même si l'art. 100 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, prévoit qu'en général il n'y a lieu à aucun recours extraordinaire contre l'État, cette règle ne s'applique pas dans les cas où un ministre outrepasse les limites de sa compétence comme c'est le cas en l'espèce; voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (3e éd. 1997), vol. 1, p. 162-163; P. A. Gendreau et autres, *L'injonction* (1998), par. 194-195; *Morin c. Driscoll College Inc.*, [1979] R.P. 198 (C.A.); *Procureur général de la province de Québec c. Laurendeau*, [1985] R.D.J. 513 (C.A.); *Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30. 117

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et d'ordonner au ministre de délivrer le permis sollicité, conformément à l'art. 844 du *Code de procédure civile*. 118

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs des intimés le Centre hospitalier Mont-Sinaï et Elliot L. Bier et autres : Adessky, Poulin, Montréal.

Rui Wen Pan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

and between

Bradley Sawyer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* PAN; R. *v.* SAWYER

Neutral citation: 2001 SCC 42.

File Nos.: 27424, 27277.

2000: December 8; 2001: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether common law rule of jury secrecy and Criminal Code prohibition on disclosure of information about "proceedings of the jury" consistent with principles of fundamental justice — Canadian

Rui Wen Pan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

et entre

Bradley Sawyer *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* PAN; R. *c.* SAWYER

Référence neutre : 2001 CSC 42.

Nos du greffe : 27424, 27277.

2000 : 8 décembre; 2001 : 29 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — La règle de common law sur le secret des délibérations du jury et la disposition du Code criminel interdisant aux jurés de divulguer tout renseignement relatif aux « délibérations du jury » sont-elles

Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 649.

Criminal law — Juries — Rule of jury secrecy — Common law rule of jury secrecy providing that evidence concerning jury deliberations is inadmissible on appeal to impeach jury's verdict — Whether common law rule of jury secrecy constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Juries — Disclosure of jury proceedings — Criminal Code prohibiting disclosure of information about "proceedings of the jury" except where disclosure is in context of obstruction of justice proceedings involving a juror — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 649.

Criminal law — Abuse of process — Fundamental justice — Double jeopardy — Whether mistrial improperly declared at end of accused's second trial — Whether proceedings against accused should have been stayed at outset of third trial — Whether holding of third trial violated principle against double jeopardy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(h).

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

The appellant P's original trial on a charge of first degree murder resulted in a hung jury. A second trial was held, at the end of which the trial judge declared a mistrial. During the jury's deliberations, juror #1 had sent a note to the trial judge, asking him to poll the jurors after the verdict was read out. Following the declaration of the mistrial, the 11 other jurors from the second trial wrote to the Attorney General to complain about the jury selection process, the conduct of juror #1 and the declaration of a mistrial. An investigation into the conduct of the jurors at the second trial was conducted by the Attorney General, but no charges were laid.

Prior to his third trial, P brought an application for a stay of proceedings. P challenged the constitutional validity of the common law jury secrecy rule and of s. 649 of the *Criminal Code*, which makes it an offence for a juror to disclose "any information relating to the

compatibles avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 649.

Droit criminel — Jurys — Règle sur le secret des délibérations du jury — Règle de common law sur le secret des délibérations du jury établissant que tout élément de preuve relatif aux délibérations du jury est inadmissible en appel pour contester le verdict du jury — Cette règle est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Jurys — Divulgation des délibérations du jury — Disposition du Code criminel interdisant la divulgation de tout renseignement relatif aux « délibérations du jury », sauf dans le cadre de procédures judiciaires intentées contre un juré pour entrave à la justice — Cette disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 649.

Droit criminel — Abus de procédure — Justice fondamentale — Double incrimination — L'annulation du deuxième procès de l'accusé était-elle justifiée? — L'arrêt des procédures aurait-il dû être ordonné dès le début du troisième procès de l'accusé? — La tenue du troisième procès a-t-elle contrevenu au principe de la protection contre la double incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11h).

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

Le procès initial de l'appelant P pour meurtre au premier degré a abouti à un désaccord du jury. À la fin du deuxième procès, le juge a prononcé l'annulation de celui-ci. Pendant les délibérations du jury, la jurée numéro un a fait parvenir une note au juge du procès afin que ce dernier, après la lecture du verdict, demande un à un aux jurés de faire connaître leur verdict. Après l'annulation du procès, les onze autres jurés du deuxième procès ont écrit au procureur général pour dénoncer le processus de sélection, la conduite de la jurée numéro un et l'annulation du procès. Le procureur général a mené une enquête sur la conduite des jurés du deuxième procès, mais aucune accusation n'a été portée.

Avant son troisième procès, P a présenté une demande d'arrêt des procédures. Il a contesté la validité constitutionnelle de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury ainsi que de l'art. 649 du *Code criminel*, aux termes duquel constitue une infraction crimi-

proceedings of the jury when it was absent from the courtroom", except where that information was subsequently disclosed in open court or is disclosed for the purposes of an investigation or criminal proceedings in relation to an offence of obstructing justice under s. 139(2) of the *Code*. He also sought to admit as evidence the testimony of jurors as to what had occurred during the jury deliberations at the second trial. The trial judge dismissed the application for a stay of proceedings and upheld the constitutionality of both the statutory and the common law jury secrecy rules. Evidence from jurors at the second trial was held to be inadmissible. The third trial resulted in a guilty verdict, which was upheld by the Court of Appeal.

The appellant S and his co-accused were convicted by a jury of assault causing bodily harm. At the sentencing hearing, counsel for S advised the trial judge that, subsequent to the trial, a juror had contacted S and told him that there had been undue pressure on her to convict and that other members of the jury had made racist comments. Counsel for S asked the trial judge to conduct an inquiry to investigate the substance of the allegations made by the juror. The trial judge declined to do so on the basis of lack of jurisdiction. A request to the Ministry of the Attorney General to conduct an inquiry was also refused. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeals should be dismissed.

The proposition that the jury must deliberate in private, free from outside interference, is a principle that has deep roots in the English common law. The common law rule of jury secrecy, which prohibits the court from receiving evidence of jury deliberations for the purpose of impeaching a verdict, similarly reflects a desire to preserve the secrecy of the jury deliberation process and to shield the jury from outside influences. Statements made, opinions expressed, arguments advanced and votes cast by members of a jury in the course of their deliberations are inadmissible in any legal proceedings. In particular, jurors may not testify about the effect of anything on their or other jurors' minds, emotions or ultimate decision. On the other hand, the common law rule does not render inadmissible evidence of facts, statements or events extrinsic to the

nelle la divulgation par un juré de « tout renseignement relatif aux délibérations du jury, alors que celui-ci ne se trouvait pas dans la salle d'audience », sauf s'il est divulgué par la suite en plein tribunal ou dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure pénale se rapportant à l'infraction d'entrave à la justice prévue au par. 139(2) du *Code*. L'appelant a aussi voulu présenter en preuve les dépositions des jurés sur ce qui s'était passé pendant leurs délibérations au cours du deuxième procès. Le juge du procès a rejeté la demande d'arrêt des procédures et a confirmé la constitutionnalité tant de la règle d'origine législative que de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury. Les dépositions des jurés ayant participé au deuxième procès ont été jugées irrecevables. Le troisième procès a donné lieu à un verdict de culpabilité que la Cour d'appel a confirmé.

Un jury a reconnu l'appelant S et son coaccusé coupables de voies de fait causant des lésions corporelles. À l'audience de détermination de la peine, l'avocat de S a informé le juge du procès que, après le procès, une jurée était entrée en communication avec S et lui avait dit, d'une part, qu'on avait exercé des pressions indues sur elle pour qu'elle se prononce en faveur de la culpabilité et, d'autre part, que d'autres membres du jury avaient tenu des propos racistes. L'avocat de S a demandé au juge du procès de faire enquête sur le bienfondé des allégations de la jurée. Le juge a refusé, invoquant l'absence de compétence pour le faire. La demande d'enquête adressée au ministère du Procureur général a également été rejetée. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La proposition selon laquelle le jury doit délibérer en privé, à l'abri des interventions extérieures, est un principe qui est profondément enraciné dans la common law britannique. La règle de common law sur le secret des délibérations, qui interdit au tribunal d'admettre des éléments de preuve relatifs aux délibérations du jury et visant à attaquer le verdict, traduit aussi le désir de préserver le secret du processus de délibération et de protéger le jury des influences extérieures. Les déclarations, opinions, arguments et votes des jurés au cours de leurs délibérations sont inadmissibles dans toute instance judiciaire. Plus particulièrement, un juré ne peut témoigner sur l'effet qu'a eu quoi que ce soit sur son esprit, ses sentiments ou sa décision finale, ou sur l'esprit, les sentiments ou la décision finale des autres jurés. Par ailleurs, la règle de common law ne rend pas inadmissible la preuve de faits, de déclarations ou d'événements étrangers au processus de délibération et susceptibles

deliberation process, whether originating from a juror or from a third party, that may have tainted the verdict.

Evidence indicating that the jury has been exposed to some information or influence from outside the jury should be admissible for the purpose of considering whether there is a reasonable possibility that this information or influence had an effect upon the jury's verdict. Such evidence should be admissible regardless of whether it is a juror or someone outside the jury who offers the evidence. However, while jurors may testify as to whether they were exposed to extrinsic information in the course of their deliberations, the court should not admit evidence as to what effect such information had upon their deliberations. While jurors appropriately bring to their task their entire life's experiences, if a juror, or a third party, conveys to the jury information that bears directly on the case at hand that was not admitted at trial, by reason of an oversight or a strategic decision by counsel or, worse yet, by operation of an exclusionary rule of admissibility, then it is truly a matter "extrinsic" to the deliberation process and the fact that it was introduced into that process may be revealed.

The common law rule of jury secrecy does not infringe the appellants' rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The common law rule, in combination with s. 649 of the *Code*, helps to ensure that jurors feel comfortable freely expressing their views in the jury room and that jurors who hold minority viewpoints do not feel pressured to retreat from their opinions because of possible negative repercussions associated with the disclosure of their positions. Evidence of juror improprieties, misconduct or error, if admissible, might serve to undermine the validity of an acquittal, rather than a conviction, and could cast a permanent shadow over that acquittal even if it were not overturned on appeal. In addition, it is not at all clear that evidence given by jurors after the verdict concerning the substance of their deliberations would be a good indication of what actually occurred in the jury room. Erosions of the guarantees of jury secrecy beyond the existing boundaries would also result in the eventual erosion of the integrity of the jury as decision maker in criminal cases. The constitutional entrenchment of the right to trial by jury under s. 11(*f*) of the *Charter* means that jury trials will continue to be an important component of our criminal justice system. The secrecy of the deliberation process, both during and after the conclusion of the trial, is a vital and necessary component of

d'avoir vicié le verdict, que cette preuve émane d'un juré ou d'un tiers.

Des éléments de preuve établissant que le jury a été exposé à quelque information ou influence étrangère au jury devraient être admis pour déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que cette information ou influence ait eu un effet sur le verdict du jury. De tels éléments de preuve devraient être admis, indépendamment du fait que ce soit un membre du jury ou quelqu'un d'autre qui vienne déposer à cet égard. Toutefois, bien que les jurés puissent témoigner quant à la question de savoir s'ils ont ou non été exposés à de l'information extrinsèque au cours de leurs délibérations, le tribunal ne devrait pas admettre d'éléments de preuve relatifs à l'effet de ces renseignements sur leurs délibérations. Bien que les jurés mettent légitimement à contribution tout leur bagage d'expériences dans l'accomplissement de leur tâche, si un juré ou un tiers communique au jury des renseignements qui portent directement sur l'affaire en cause et qui n'ont pas été admis au procès soit par inadvertance, soit par suite d'une décision stratégique de l'avocat d'une partie ou, pire encore, par suite de l'application d'une règle d'exclusion de la preuve, il s'agit alors véritablement d'un élément « extrinsèque » au processus de délibération et le fait qu'ils ont été introduits dans ce processus peut être révélé.

La règle de common law sur le secret des délibérations du jury ne porte pas atteinte aux droits que garantit aux appelants l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Conjuguée à l'art. 649 du *Code*, la règle de common law sur le secret des délibérations du jury permet de faire en sorte que les jurés se sentent à l'aise d'exprimer librement leurs points de vue dans la salle des jurés et que ceux d'entre eux qui ont des opinions minoritaires ne se sentent pas contraints d'y renoncer en raison des répercussions négatives que pourrait entraîner leur expression. La preuve de quelque irrégularité, conduite fautive ou erreur, si elle est admissible, pourrait miner la validité d'un acquittement plutôt que d'une déclaration de culpabilité et jeter un doute permanent sur cet acquittement même s'il n'était pas annulé en appel. En outre, il n'est pas du tout certain que les dépositions des jurés après le verdict au sujet de la teneur de leurs délibérations donneraient une bonne indication de ce qui s'est réellement passé dans la salle des jurés. L'érosion des mesures garantissant le secret des délibérations du jury en-deçà des limites actuelles se traduirait en bout de ligne par l'érosion de l'intégrité de l'institution du jury comme décideur dans les affaires pénales. La constitutionnalisation du droit à un procès devant jury à l'al. 11*f*) de la *Charte* signifie que les procès devant jury continueront d'être un élément important de

the jury system. The principles of fundamental justice require that the integrity of the jury be preserved, and it is best preserved by the common law rule as interpreted here.

The constitutionality of s. 649 of the *Code* is only engaged if, and to the extent that, s. 649 prevents the appellants from gathering evidence that would otherwise be admissible in legal proceedings. Since the common law rule of exclusion would have precluded the admission of the proposed fresh evidence, it is not strictly necessary to address the constitutionality of s. 649 for the purposes of these appeals. Nevertheless, s. 649 of the *Code* is consistent with the common law rule, which itself meets the constitutional requirements of fairness embodied in s. 7. The majority of the Court of Appeal interpreted the statutory provision correctly and in a manner consistent with *Charter* requirements by concluding that the phrase "proceedings of the jury" does not apply to a broader range of circumstances than is covered by the common law rule. Whatever the impetus for the enactment of s. 649, it meets the requirements of s. 7 of the *Charter* in that it does not prevent a juror from revealing any information that would be admissible in proceedings to impeach the jury's verdict. At the same time, it reinforces the importance of jury secrecy, within the proper ambit of the modern common law rule.

The rules governing the secrecy of jury deliberations do not operate in a vacuum, but in the larger context of the many other safeguards that exist to ensure the integrity and the reliability of verdicts in jury trials. Some of these safeguards operate during the course of the trial, while others offer assurances of fairness in circumstances where the verdict has already been delivered. The greatest safeguard against a perverse jury rests in s. 686(1)(*a*)(i) of the *Code*, which allows the court to set aside a verdict that is unreasonable or that cannot be supported by the evidence. Another important safeguard against a perverse verdict is the exception in s. 649(*a*) of the *Code*, which allows jurors to disclose what occurred in the jury room in response to an investigation for obstruction of justice under s. 139(2). With particular reference to S's appeal, it is worth emphasizing two other safeguards against an improper verdict: challenges for cause under s. 638(1)(*b*) and the power to discharge jurors in the course of the trial pursuant to s. 644(1) of

notre système de justice pénale. Le secret du processus de délibération — tant pendant le procès qu'après celui-ci — constitue un aspect vital et nécessaire de l'institution du jury. Les principes de justice fondamentale exigent la protection de l'intégrité du jury et c'est la règle de common law, telle qu'elle est interprétée en l'espèce, qui assure le mieux cette protection.

La constitutionnalité de l'art. 649 du *Code* n'est en cause que dans la mesure où cette disposition empêche les appelants de recueillir des éléments de preuve qui seraient par ailleurs admissibles dans le cadre d'une instance judiciaire. Comme la règle d'exclusion prévue par la common law aurait empêché l'admission des éléments de preuve nouveaux, il n'est pas strictement nécessaire de se pencher sur la constitutionnalité de l'art. 649 dans le cadre des présents pourvois. Néanmoins, l'art. 649 du *Code* est compatible avec la règle de common law, laquelle satisfait aux exigences constitutionnelles en matière d'équité consacrées à l'art. 7. La majorité de la Cour d'appel a interprété la disposition législative d'une manière juste et conforme aux exigences de la *Charte* en concluant que l'expression « délibérations du jury » ne s'applique pas à un éventail plus large de circonstances que celles visées par la règle de common law. Quelle qu'ait été la motivation à l'origine de son adoption, l'art. 649 satisfait aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'il n'empêche pas un juré de divulguer tout renseignement qui serait admissible dans une procédure contestant le verdict du jury. Il a également pour effet de renforcer l'importance du secret des délibérations du jury, dans les limites appropriées du champ d'application de la règle de common law moderne.

Les règles régissant le secret des délibérations du jury ne s'appliquent pas dans l'abstrait, mais dans le contexte plus large des nombreuses autres garanties qui existent afin d'assurer l'intégrité et la fiabilité des verdicts rendus dans les procès devant jury. Certaines de ces garanties s'appliquent pendant le procès, alors que d'autres assurent le respect de l'équité dans des situations postérieures au prononcé du verdict. La garantie la plus importante contre un jury inique est prévue au sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code*, lequel habilite le tribunal à rejeter un verdict qui est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Une autre garantie importante contre un verdict inique est l'al. 649*a*) du *Code*, qui autorise les jurés à divulguer ce qui s'est produit dans la salle des jurés dans le cadre d'une enquête en matière d'entrave à la justice menée en vertu du par. 139(2). En ce qui concerne le pourvoi S, il y a lieu de signaler deux autres garanties contre un verdict injuste : les récusations motivées fondées sur l'al. 638(1)*b*) et le pouvoir de libérer

the *Code*. Together, these provisions permit a court to address concerns about bias that may arise before or during the course of a jury trial. Lack of impartiality, whether due to racial bias or another cause, could, in a proper case, justify the discharge of a juror under s. 644. The interaction between the judge and the jury is a most important safeguard of the integrity of the jury system. The judge's instructions provide a vital prophylactic measure against jury misconduct and wrongful verdicts. The requirement of a unanimous verdict is also a strong protection against wrongful, perverse verdicts. A mistrial resulting from a jury's inability to reach a unanimous verdict, undesirable as this result may be, provides an additional safeguard against a result driven by bias and prejudice.

Comprehensive research on the operations of criminal jury trials, which is currently precluded by the jury secrecy rules and, in particular, by s. 649 of the *Criminal Code*, would enhance the legitimacy of the process and could trigger the need for change.

An improper declaration of a mistrial by a trial judge could, depending on the circumstances of the case, lead to the conclusion that a further trial would contravene the principles of fundamental justice. The principle of double jeopardy might also preclude a further trial if the Crown were to proceed unfairly in depriving the accused of a verdict. However, while double jeopardy may be a principle of fundamental justice that could be invoked in some circumstances prior to a verdict being rendered within the meaning of s. 11(*h*) of the *Charter*, these circumstances do not arise in P's case. The *Criminal Code* confers a broad discretion upon the trial judge to declare a mistrial when he or she is of the view that the jury is unable to agree upon a verdict. The trial judge did not act improperly in declaring a mistrial at the second trial. P's submissions in support of a stay of proceedings, whether framed in terms of abuse of process, double jeopardy, or s. 7 of the *Charter*, are consequently without merit.

None of the fresh evidence offered by P, even if it were admissible under the common law jury secrecy rule as interpreted here, would be relevant to the issue of whether the trial judge exercised his discretion properly

des jurés pendant le procès conformément au par. 644(1) du *Code*. Ensemble, ces dispositions permettent au tribunal d'examiner les craintes de partialité qui naissent avant ou pendant un procès devant jury. L'absence d'impartialité pour cause de préjugés raciaux ou pour un autre motif pourrait, dans les circonstances appropriées, justifier la récusation d'un juré en application de l'art. 644. L'interaction entre le juge et les jurés est la garantie la plus importante de l'intégrité de l'institution du jury. Les directives du juge au jury constituent une mesure préventive vitale contre la conduite fautive du jury et un verdict inique. L'obligation d'unanimité du verdict est une protection efficace contre les verdicts injustes et iniques. Aussi indésirable que puisse être ce résultat, l'annulation d'un procès par suite de l'incapacité du jury à rendre un verdict unanime constitue une garantie supplémentaire contre un verdict inspiré par la partialité et les préjugés.

La réalisation de recherches approfondies sur le fonctionnement des procès devant jury en matière pénale, recherches auxquelles font obstacle actuellement les règles sur le secret des délibérations du jury et, plus particulièrement, l'art. 649 du *Code criminel*, aurait pour effet de renforcer la légitimité du processus et pourrait faire ressortir la nécessité d'une réforme.

L'annulation injustifiée d'un procès par le juge qui le préside pourrait, selon les circonstances de l'affaire, amener à conclure que la tenue d'un autre procès contreviendrait aux principes de justice fondamentale. Le principe de la protection contre la double incrimination pourrait également empêcher la tenue d'un nouveau procès si le ministère public privait de façon inéquitable l'accusé d'un verdict. Toutefois, bien que la protection contre la double incrimination soit un principe de justice fondamentale qui pourrait être invoqué dans certaines circonstances avant qu'un verdict ne soit rendu au sens de l'al. 11*h*) de la *Charte*, ces circonstances ne sont pas présentes dans le cas de l'appelant P. Le *Code criminel* investit le juge du procès d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de prononcer la nullité du procès lorsqu'il estime que le jury ne peut s'entendre sur un verdict. Le juge du procès n'a pas agi erronément en prononçant la nullité du deuxième procès. Les arguments présentés par P à l'appui de sa demande d'arrêt des procédures — qu'il s'agisse de ceux fondés sur l'abus de procédure, sur la double incrimination ou sur l'art. 7 de la *Charte* — sont donc sans fondement.

Aucun des éléments de preuve nouveaux proposés par P, même s'ils étaient admissibles en vertu de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury telle qu'elle est interprétée en l'espèce, ne serait pertinent à

in declaring the mistrial, nor could it serve to support P's request for an acquittal or a stay of proceedings. The fresh evidence S is seeking to introduce falls within the common law rule of jury secrecy and is accordingly inadmissible.

The charge to the jury on the meaning of reasonable doubt at P's third trial was given prior to this Court's judgment in *Lifchus*. While some of the required elements in *Lifchus* were omitted from the charge and some of the terms that should have been avoided were included, the deficiencies are not such that they cause serious concern about the validity of the jury's verdict and lead to the conclusion that the accused did not have a fair trial.

Cases Cited

Not followed: *R. v. Thompson*, [1962] 1 All E.R. 65; *R. v. Zacharias* (1987), 39 C.C.C. (3d) 280; *R. v. Wilson* (1993), 78 C.C.C. (3d) 568; **referred to:** *R. v. Henderson* (1999), 134 C.C.C. (3d) 131; *R. v. D. (T.C.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 434; *R. v. Nash* (1949), 94 C.C.C. 288; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *R. v. Dyson*, [1972] 1 O.R. 744; *Vaise v. Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944; *Danis v. Saumure*, [1956] S.C.R. 403; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Bean*, [1991] *Crim. L.R.* 843; *R. v. Putnam* (1991), 93 Cr. App. R. 281; *R. v. Brandon* (1969), 53 Cr. App. R. 466; *R. v. McCluskey* (1993), 98 Cr. App. R. 216; *R. v. Perras* (1974), 18 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Mercier* (1973), 12 C.C.C. (2d) 377; *R. v. Ryan* (1951), 13 C.R. 363; *Tanner v. United States*, 483 U.S. 107 (1987); *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Armstrong*, [1922] All E.R. 153; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Molodowic*, [2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16; *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. v. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552; Anonymous Case, *Lib. Assisarum* 41, 11, 1367; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v.*

l'égard de la question de savoir si le juge du procès a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en prononçant l'annulation du procès, ni n'appuierait la demande d'acquittement ou d'arrêt des procédures présentée par l'appelant P. L'élément de preuve nouveau proposé par S est visé par la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et est de ce fait inadmissible en appel.

L'exposé au jury sur le sens du doute raisonnable lors du troisième procès de P a été fait avant que notre Cour ne rende jugement dans l'affaire *Lifchus*. Quoique certains des éléments requis par cet arrêt aient été omis dans l'exposé et que certains termes qui auraient dû être évités ont été utilisés, ces lacunes ne sont pas telles qu'elles soulèvent des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury et puissent mener à la conclusion que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable.

Jurisprudence

Arrêts non suivis : *R. c. Thompson*, [1962] 1 All E.R. 65; *R. c. Zacharias* (1987), 39 C.C.C. (3d) 280; *R. c. Wilson* (1993), 78 C.C.C. (3d) 568; **arrêts mentionnés :** *R. c. Henderson* (1999), 134 C.C.C. (3d) 131; *R. c. D. (T.C.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 434; *R. c. Nash* (1949), 94 C.C.C. 288; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Dyson*, [1972] 1 O.R. 744; *Vaise c. Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944; *Danis c. Saumure*, [1956] R.C.S. 403; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Bean*, [1991] *Crim. L.R.* 843; *R. c. Putnam* (1991), 93 Cr. App. R. 281; *R. c. Brandon* (1969), 53 Cr. App. R. 466; *R. c. McCluskey* (1993), 98 Cr. App. R. 216; *R. c. Perras* (1974), 18 C.C.C. (2d) 47; *R. c. Mercier* (1973), 12 C.C.C. (2d) 377; *R. c. Ryan* (1951), 13 C.R. 363; *Tanner c. United States*, 483 U.S. 107 (1987); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Armstrong*, [1922] All E.R. 153; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Molodowic*, [2000] 1 R.C.S. 420, 2000 CSC 16; *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. c. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287; *R. c. Lessard* (1992), 14 C.R. (4th) 330; Anonymous Case, *Lib. Assisarum* 41, 11, 1367; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2

Russell, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *United States v. Perez*, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); *United States v. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson v. United States*, 468 U.S. 317 (1984).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(*d*), (*f*), (*h*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139, 638(1)(*b*), 644 [am. 1992, c. 41, s. 6], 649, 653, 682(1), 686(1)(*a*)(i).
Federal Rules of Evidence, Rule 606(b).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Report 16. *The Jury*. Ottawa: The Commission, 1982.
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.
Chopra, Sonia R., and James R. P. Ogloff. "Evaluating Jury Secrecy: Implications for Academic Research and Juror Stress" (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190.
Pound, Roscoe. *Readings on the History and System of the Common Law*, 2nd ed. Boston: Boston Book, 1913.
Quinlan, Paul. "Secrecy of Jury Deliberations — Is the Cost Too High?" (1993), 22 C.R. (4th) 127.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, 44 O.R. (3d) 415, 120 O.A.C. 1, 26 C.R. (5th) 87, 62 C.R.R. (2d) 189, [1999] O.J. No. 1214 (QL), dismissing the appellant Pan's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 134 C.C.C. (3d) 152, 120 O.A.C. 114, [1999] O.J. No. 1215 (QL), dismissing the appellant Sawyer's appeal from his conviction for assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *United States c. Perez*, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); *United States c. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson c. United States*, 468 U.S. 317 (1984).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11*d*), *f*), *h*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139, 638(1)*b*), 644 [mod. 1992, ch. 41, art. 6], 649, 653, 682(1), 686(1)*a*)(i).
Federal Rules of Evidence, règle 606(b).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa : La Commission, 1980.
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 16. *Le Jury*. Ottawa : La Commission, 1982.
Chopra, Sonia R., et James R. P. Ogloff. « Evaluating Jury Secrecy : Implications for Academic Research and Juror Stress » (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190.
Pound, Roscoe. *Readings on the History and System of the Common Law*, 2nd ed. Boston : Boston Book, 1913.
Quinlan, Paul. « Secrecy of Jury Deliberations — Is the Cost Too High? » (1993), 22 C.R. (4th) 127.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, 44 O.R. (3d) 415, 120 O.A.C. 1, 26 C.R. (5th) 87, 62 C.R.R. (2d) 189, [1999] O.J. No. 1214 (QL), qui a rejeté l'appel de Pan contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 134 C.C.C. (3d) 152, 120 O.A.C. 114, [1999] O.J. No. 1215 (QL), qui a rejeté l'appel de Sawyer contre sa déclaration de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

Keith E. Wright and *Richard Litkowski*, for the appellant Rui Wen Pan.

P. Andras Schreck and *Shayne G. Kert*, for the appellant Bradley Sawyer.

Renee M. Pomerance and *Catherine Cooper*, for the respondent.

George Dolhai and *S. R. Fainstein, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Marie-Claude Gilbert and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Holly D. Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Mary Ainslie*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Melvyn Green and *Benson Cowan*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

1 These two appeals were heard together and are addressed together in these reasons. The appellants in both appeals submit that the common law rule of jury secrecy, which provides that evidence concerning jury deliberations is inadmissible on appeal to impeach the jury's verdict, infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and must therefore be modified. Both appeals also challenge the constitutionality of s. 649 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which makes it a criminal offence for jurors to disclose information about the "proceedings of the jury", except

Keith E. Wright et *Richard Litkowski*, pour l'appelant Rui Wen Pan.

P. Andras Schreck et *Shayne G. Kert*, pour l'appelant Bradley Sawyer.

Renee M. Pomerance et *Catherine Cooper*, pour l'intimée.

George Dolhai et *S. R. Fainstein, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Marie-Claude Gilbert et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Holly D. Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

William F. Ehrcke, c.r., et *Mary Ainslie*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Melvyn Green et *Benson Cowan*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Les présents motifs s'appliquent aux deux pourvois, qui ont été entendus en même temps. Dans les deux cas, les appelants prétendent que la règle de common law sur le secret des délibérations du jury, qui prévoit que tout élément de preuve relatif aux délibérations du jury est inadmissible en appel pour contester le verdict d'un jury, contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et doit par conséquent être modifiée. On conteste également, dans les deux pourvois, la constitutionnalité de l'art. 649 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, aux termes duquel constitue une infraction criminelle la divulgation par les jurés de tout renseignement relatif aux « délibérations du jury », sauf

where such disclosure is in the context of obstruction of justice proceedings involving a juror.

dans le cadre de procédures judiciaires intentées contre un juré pour entrave à la justice.

The appellant Pan was originally charged with the first degree murder of Selina Shen in May of 1989. His trial on that charge resulted in a hung jury in July of 1990. A second jury trial was held before O'Connell J. at the end of which the trial judge declared a mistrial. A third jury trial before Watt J. resulted in a conviction for first degree murder, which is the subject of the present appeal.

2 En mai 1989, l'appelant Pan a été inculpé initialement du meurtre au premier degré de Selina Shen. Son procès sous ce chef d'accusation a abouti à un désaccord du jury en juillet 1990. À la fin du deuxième procès devant jury, le juge O'Connell a prononcé l'annulation du procès. Au terme du troisième procès devant jury, procès présidé par le juge Watt, l'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré, décision qui fait l'objet du présent pourvoi.

Most of the issues raised by Pan are in support of the basic contention that the third trial should not have been held. Pan's central position is that the mistrial was improperly declared at the end of his second trial, and that, if permitted to infringe upon the jury secrecy rules, he could show that he was entitled to an acquittal by that jury. Pan therefore argues that his conviction should be set aside on the basis that the proceedings against him should have been stayed at the outset of his third trial. He also argues that holding a third trial after the improper declaration of a mistrial violated the principle against double jeopardy. The only issue raised concerning Pan's third trial, as such, relates to the instructions to the jury on reasonable doubt. Pan asks this Court to enter a verdict of acquittal or, alternatively, to declare a stay of proceedings.

3 La plupart des points soulevés par Pan le sont au soutien de son argument fondamental, savoir que le troisième procès n'aurait pas dû avoir lieu. La thèse centrale de Pan est que son deuxième procès a été à tort déclaré nul et que, s'il était autorisé à déroger aux règles régissant le secret des délibérations du jury, il pourrait démontrer qu'il avait droit à un verdict d'acquittement de la part du jury à ce procès. En conséquence, Pan affirme que sa déclaration de culpabilité devrait être annulée au motif que l'arrêt des procédures aurait dû être prononcé dès le début du troisième procès. Il fait aussi valoir que la tenue d'un troisième procès, après l'annulation injustifiée du deuxième procès, a porté atteinte au principe de la protection contre la double incrimination. Le seul point soulevé au sujet du troisième procès de Pan concerne les directives données au jury au sujet du doute raisonnable. Pan demande à notre Cour d'inscrire un verdict d'acquittement ou, subsidiairement, d'ordonner l'arrêt des procédures.

The appellant Sawyer and his co-accused, Troy Galbraith, were convicted by a jury of assault causing bodily harm. At the sentencing hearing, counsel for Sawyer advised the trial judge that, subsequent to the trial, a juror had contacted Sawyer and told him that there had been undue pressure on her to convict and that other members of the jury had made racist comments. Counsel for Sawyer asked the trial judge to conduct an inquiry to investigate the substance of the allegations made by the juror. The trial judge declined to do so on the basis of lack of jurisdiction. A request to the

4 L'appelant Sawyer et son coaccusé, Troy Galbraith, ont été reconnus coupables par un jury de voies de fait causant des lésions corporelles. À l'audience de détermination de la peine, l'avocat de Sawyer a informé le juge du procès que, après le procès, une jurée était entrée en communication avec Sawyer et lui avait dit, d'une part, qu'on avait exercé des pressions indues sur elle pour qu'elle se prononce en faveur de la culpabilité et, d'autre part, que d'autres membres du jury avaient tenu des propos racistes. L'avocat de Sawyer a demandé au juge du procès de faire enquête sur le

Ontario Ministry of the Attorney General to conduct an inquiry was also refused.

5 Sawyer's position is that his conviction should be quashed and a new trial ordered on the basis of the proposed fresh evidence showing that a miscarriage of justice has occurred. He submits that the common law rule of jury secrecy and s. 649 of the *Criminal Code* violate his rights under the *Charter* by preventing him from obtaining and tendering on appeal evidence relating to the alleged improprieties in the jury's deliberations. Further, he submits that this infringement cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. His co-accused, Galbraith, has not appealed to this Court.

II. Factual Background

A. *The Pan Action*

6 In the *Pan* appeal, a publication ban was imposed by Order of the Chief Justice, at the request of the Crown, on October 20, 2000. In the course of these reasons, I will make occasional reference to information which is the subject of that ban. The ban is accordingly lifted to the extent of the information disclosed in these reasons.

7 The evidence in the *Pan* appeal, which is entirely circumstantial, was thoroughly reviewed by the Court of Appeal in its reasons reported at (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, and a brief overview suffices for the purpose of this appeal. Selina Shen disappeared at the end of February 1988, soon after she ended her relationship with Pan. In early March 1988, various body parts were discovered in Eastern Ontario, and by March 13, 1988, the police were able to announce that the remains were those of Selina Shen. The theory of the prosecution was that Pan, obsessed with the deceased's past relationships with other men, felt betrayed when she left him and decided to kill her. Evidence was introduced regarding the nature of their relation-

bien-fondé des allégations de la jurée. Le juge a refusé de le faire, invoquant l'absence de compétence à cet égard. La demande d'enquête présentée par l'appelant au ministère du Procureur général de l'Ontario lui a également été refusée.

Sawyer fait valoir que sa déclaration de culpabilité devrait être annulée et qu'un nouveau procès devrait être ordonné sur la foi d'éléments de preuve nouveaux qui, affirme-t-il, établissent qu'il y a eu erreur judiciaire. Il plaide que la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et l'art. 649 du *Code criminel* portent atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte* en l'empêchant de recueillir et de produire, en appel, des éléments de preuve relatifs aux irrégularités qui auraient entaché les délibérations du jury. Il prétend en outre que cette atteinte ne peut être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. Son coaccusé, Galbraith, ne se pourvoit pas devant notre Cour.

II. Les faits

A. *L'affaire Pan*

À la demande du ministère public, le Juge en chef a imposé, le 20 octobre 2000, une interdiction de publication dans le pourvoi *Pan*. Dans les présents motifs, je mentionne à l'occasion des faits visés par cette interdiction de publication. Cette interdiction est en conséquence levée à l'égard des renseignements divulgués dans les présents motifs.

Étant donné que, dans ses motifs (publiés à (1999), 134 C.C.C. (3d) 1), la Cour d'appel a fait un examen approfondi de la preuve — entièrement circonstancielle — présentée dans le pourvoi *Pan*, un bref rappel suffira pour les fins du présent pourvoi. Selina Shen est disparue à la fin de février 1988, peu de temps après avoir rompu avec Pan. Au début de mars 1988, des parties de cadavre ont été découvertes dans l'Est de l'Ontario. Le 13 mars 1988, la police était en mesure d'annoncer qu'il s'agissait des restes de Selina Shen. La thèse du ministère public était que Pan, obsédé par les liaisons que la défunte avait eues avec d'autres hommes avant lui, s'est senti trahi lorsqu'elle l'a quittée et il a décidé de la tuer. Des éléments de

ship and their contacts shortly before her disappearance, including a threatening letter that Pan wrote to Ms. Shen shortly before she disappeared. There was also evidence that Pan made comments to a friend of the victim to the effect that something shocking was going to happen.

During the course of their investigation, the police placed Pan under surveillance and intercepted a telephone conversation in which he told his brother what to say to the police. They also observed Pan dispose of knives, including butcher knives, a paring knife, a cooking knife and a quick cut cleaver. Pan testified that he disposed of the knives because he feared becoming the target of false allegations concerning the death of the victim. The expert evidence indicated that her body had been dismembered by someone with a knowledge of anatomy and a high level of skill in surgical disarticulation. The Crown contended that Pan possessed the required knowledge and skill, having taken medical courses in anatomy, pathology and surgery.

Pan's first trial before Doherty J. and a jury commenced on May 28, 1990. The jury was unable to reach a unanimous verdict after four days of deliberations and Doherty J. declared a mistrial. No concerns were raised about the propriety of the declaration of the mistrial at this first trial. A second jury trial commenced before O'Connell J. on February 11, 1991 and extended over approximately 50 court days. Pan, who had not testified at his first trial, testified over several days.

On April 25, 1991, O'Connell J. completed his charge to the jury and deliberations began. On May 1, 1991, juror #1 sent a note to O'Connell J. The note read as follows:

Your honour, will you please pole [*sic*] us after the virdict [*sic*] is read but if you could please make it look as if this is what is done in the courts. I have to do what I feel I was sworen [*sic*] to do & what I feel is right in my heart & after what I've been put through in the jury room this was the only way I could do it. Please let me

preuve ont été produits relativement à la nature de leur liaison et aux contacts qu'ils ont eus peu avant la disparition de Mme Shen, notamment une lettre de menaces que lui avait écrite Pan quelque temps avant qu'elle disparaisse. La preuve indiquait également que Pan avait dit à un ami de la victime que quelque chose d'épouvantable allait se produire.

8 Dans le cours de leur enquête, les policiers ont mis Pan sous surveillance et intercepté une conversation téléphonique dans laquelle celui-ci indiquait à son frère ce qu'il devait dire à la police. Ils ont aussi vu Pan se départir de divers couteaux, notamment des couteaux de boucher, un couteau d'office, un couteau de cuisine et un couperet. Pan a déclaré s'être débarrassé des couteaux par crainte d'être la cible de fausses allégations relativement au décès de la victime. La preuve d'expert a établi que le corps avait été découpé par une personne possédant des connaissances en matière d'anatomie ainsi qu'une grande compétence en désarticulation chirurgicale. Le ministère public a soutenu que Pan avait les connaissances et la compétence nécessaires, puisqu'il avait suivi des cours de médecine dans les domaines de l'anatomie, de la pathologie et de la chirurgie.

9 Le premier procès de Pan, devant le juge Doherty et un jury, s'est ouvert le 28 mai 1990. Le jury n'ayant pas réussi à s'entendre sur un verdict après quatre jours de délibérations, le juge Doherty a prononcé la nullité du procès. Le bien-fondé de la déclaration de nullité du premier procès n'a pas été contesté. Un deuxième procès, qui a été présidé par le juge O'Connell, a débuté le 11 février 1991 et a duré une cinquantaine de jours. Pan, qui n'avait pas témoigné au premier procès, a déposé pendant plusieurs jours au cours du second.

10 Le 25 avril 1991, après l'exposé du juge O'Connell aux jurés, ces derniers ont entrepris leurs délibérations. Le 1er mai 1991, la jurée numéro un a fait parvenir la note suivante au juge O'Connell :

[TRADUCTION] Votre Seigneurie, pourriez-vous s'il vous plaît, après la lecture du verdict, nous demander un à un notre verdict, en faisant comme si c'est ce qui se fait devant les tribunaux. Je dois faire ce que j'ai juré de faire et ce que j'estime juste dans mon cœur, et après avoir enduré ce que j'estime avoir vécu dans la salle des

say I am very sorry if this has caused so much time & money but as I said I have to do what based on what you said hearing what every one else said day after day & still keeping an open mind in order to reread & go over the facts. For me I feel I have made the right choice. Thank you for letting me serve in your court. Its been an honour. Juror #1.

jurés, c'était la seule façon pour moi de le faire. Laissez-moi vous dire que je suis très désolée si cela a demandé tant de temps et d'argent, mais comme je l'ai dit, je dois le faire en me fondant sur ce que vous avez dit, en écoutant ce que tous les autres ont dit jour après jour et en gardant un esprit ouvert pour examiner et revoir les faits. En ce qui me concerne j'estime avoir pris la bonne décision. Merci de m'avoir donné l'occasion de servir au sein de votre tribunal. Ce fut un honneur. Jurée numéro 1.

Upon receipt of the note, O'Connell J. ordered the jury to cease their deliberations. O'Connell J. reconvened court to discuss with counsel the implications of the note and the appropriate course to follow. Counsel for Pan suggested that the jury be brought back in for a gentle exhortation, and stated that the other way of dealing with the matter was to "declare them a hung jury". Counsel for the Crown objected to declaring a mistrial and instead favoured bringing the jury back for a gentle exhortation. O'Connell J. indicated to counsel that, in his view, there were only two options: conducting an inquiry of juror #1 in the absence of the other jurors concerning the note or declaring a mistrial. Both counsel strongly opposed conducting an inquiry of juror #1. After retiring for 45 minutes to consider the matter, O'Connell J. returned to court, called in the jury and declared a mistrial.

Sur réception de cette note, le juge O'Connell a ordonné aux jurés d'arrêter leurs délibérations. Il a reconvoqué la cour pour discuter avec les avocats de l'incidence de la note et des mesures à prendre. L'avocat de Pan a suggéré de rappeler les jurés afin de les exhorter gentiment à s'acquitter de leur tâche et précisé que l'autre façon de régler la question consistait à [TRADUCTION] « déclarer qu'il y a[vait] désaccord du jury ». L'avocat du ministère public s'est opposé à l'annulation du procès, favorisant plutôt la solution de ramener le jury pour l'exhorter gentiment à s'acquitter de sa tâche. Le juge O'Connell a indiqué aux avocats que, à son avis, deux solutions seulement s'offraient à lui : interroger la jurée numéro un en l'absence des autres jurés au sujet de la note ou prononcer l'annulation du procès. Les deux avocats se sont opposés fermement à l'idée de faire enquête auprès de la jurée numéro un. Après une période de réflexion de 45 minutes, le juge est revenu en salle d'audience, a convoqué le jury et prononcé la nullité du procès.

11 Following the declaration of the mistrial, the 11 other jurors from the second trial wrote to the Attorney General to complain about the jury selection process, the conduct of juror #1 and the declaration of a mistrial. In the letter, the jurors alleged that during the jury selection process juror #1 had lied about her knowledge of the case and about the severity of her visual impairment. They claimed that she also did not disclose that she was under psychiatric care or that she was taking medication that affected her alertness.

Après l'annulation du procès, les 11 autres jurés du deuxième procès ont écrit au procureur général pour dénoncer le processus de sélection, la conduite de la jurée numéro un et l'annulation du procès. Dans leur lettre, les jurés prétendent que, au cours du processus de sélection du jury, la jurée numéro un a menti au sujet de sa connaissance de l'affaire et au sujet de la gravité de sa déficience visuelle. Ils affirment également qu'elle a omis de révéler qu'elle recevait des soins psychiatriques et qu'elle prenait des médicaments qui affectaient sa concentration.

12 An investigation into the conduct of the jurors at the second trial was conducted by the Attorney General, but no charges were laid. The interviews

Le procureur général a mené une enquête sur la conduite des jurés du deuxième procès, mais aucune accusation n'a été portée. Les entrevues

with juror #1 and the other jurors during the investigation revealed that juror #1 had followed the case in the media at the time of the first trial and reported what she knew to the other jury members. Juror #1 also asked her doctor how long it would take someone with medical knowledge to dismember a body and conveyed the doctor's answer to the other jurors. It was also alleged that juror #1 often fell asleep during the trial and acted in a disruptive manner in the jury room.

avec la jurée numéro un et les autres jurés au cours de l'enquête ont permis de découvrir que la jurée numéro un avait suivi l'affaire dans les médias au cours du premier procès et avait fait part de ce qu'elle en savait aux autres membres du jury. La jurée numéro un avait aussi demandé à son médecin combien de temps il faudrait à une personne possédant des connaissances médicales pour démembrer un corps, puis avait communiqué la réponse de celui-ci aux autres jurés. En outre, d'aucuns ont affirmé que la jurée numéro un était souvent tombée endormie au cours du procès et qu'elle avait eu un comportement perturbateur dans la salle des jurés.

Prior to his third trial, Pan brought an application for a stay of proceedings before Watt J., the trial judge assigned to preside over the third trial. Pan challenged the constitutional validity of the common law jury secrecy rule and of s. 649 of the *Criminal Code*, arguing that the common law rule and the *Code* provision precluded him from compiling relevant evidence concerning the propriety of the mistrial declaration at the second trial. He also sought to admit as evidence the testimony of jurors as to what transpired during the jury deliberations at the second trial. 13

Avant son troisième procès, Pan a présenté une demande d'arrêt des procédures au juge Watt, qui avait été chargé de présider le procès. Pan a contesté la validité constitutionnelle de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et de l'art. 649 du *Code criminel*, faisant valoir que cette règle et cette disposition l'empêchaient de recueillir des éléments de preuve pertinents quant au bien-fondé de l'annulation du deuxième procès. Il a aussi voulu présenter en preuve les dépositions des jurés sur ce qui s'était passé durant leurs délibérations au cours du deuxième procès.

Watt J. dismissed the application for a stay of proceedings and upheld the constitutionality of both the statutory and the common law jury secrecy rules. Evidence from jurors at the second trial was held to be inadmissible. The third trial resulted in a guilty verdict, declared on May 1, 1992. 14

Le juge Watt a rejeté la demande d'arrêt des procédures et confirmé la constitutionnalité tant de la règle d'origine législative que de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury. Les dépositions des jurés ayant participé au deuxième procès ont été jugées inadmissibles. Le troisième procès a abouti au prononcé d'un verdict de culpabilité le 1er mai 1992.

Pan appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal. The majority dismissed the appeal and concluded that, properly interpreted, the common law rule of jury secrecy and s. 649 of the *Criminal Code* were constitutionally valid. Finlayson J.A. disagreed with the majority's conclusions on the constitutional issues, but concurred in the result. 15

Pan a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité auprès de la Cour d'appel de l'Ontario. Les juges de la majorité ont rejeté l'appel et conclu que, suivant l'interprétation qu'il convient de leur donner, la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et l'art. 649 du *Code criminel* étaient constitutionnellement valides. Le juge Finlayson de la Cour d'appel a exprimé son désaccord avec les conclusions de la majorité au sujet des questions constitutionnelles, mais il a souscrit au résultat.

B. *The Sawyer Action*

16 Sawyer's conviction stemmed from an assault on Jason Johnston, a friend of the two accused, that took place on May 21, 1994. The circumstances of the assault are not relevant to the issues before this Court.

17 Sawyer and his co-accused, Galbraith, were tried by a judge and jury. The jury returned a verdict of guilty on March 20, 1996 with respect to both accused. Two months later, at the sentencing hearing before Tobias J. on May 22, 1996, counsel for Sawyer raised an issue concerning events that had transpired since the jury's verdict. He related to the court that two days after the verdict it came to his attention that a member of the jury had contacted Sawyer and made certain disclosures concerning the jury's deliberations. The juror allegedly told Sawyer that she had been under undue pressure to come to a verdict and that certain racial comments were made by other members of the jury. While it is not clear to whom the alleged racist comments referred, Sawyer is white and Galbraith is black. Sawyer's counsel asked the court to conduct an inquiry of the jury with respect to whether the juror's allegations were true. Tobias J. ruled against Sawyer's request, concluding that he had no inherent jurisdiction to entertain a request for such an inquiry.

18 Following the sentencing hearing, Sawyer's counsel requested that the Ontario Ministry of the Attorney General launch an investigation pursuant to s. 139(2) of the *Criminal Code* into whether any of the jurors had attempted to obstruct, pervert, or defeat the course of justice during the jury's deliberations. The Ministry of the Attorney General refused to order an investigation.

19 Sawyer and Galbraith appealed their convictions to the Ontario Court of Appeal. Their appeals were heard together with *Pan* and *R. v. Henderson* (1999), 134 C.C.C. (3d) 131, which raised the same constitutional issues with regard to the common law and statutory principles respecting jury

B. *L'affaire Sawyer*

Sawyer a été reconnu coupable d'avoir, le 21 mai 1994, commis des voies de fait contre Jason Johnston, un ami des deux accusés. Les circonstances des voies de fait ne sont pas pertinentes à l'égard des questions en litige devant notre Cour.

Sawyer et son coaccusé, Galbraith, ont subi un procès devant juge et jury. Le jury a rendu un verdict de culpabilité à l'égard des deux accusés le 20 mars 1996. Deux mois plus tard, le 22 mai 1996, à l'audience de détermination de la peine présidée par le juge Tobias, l'avocat de Sawyer a fait état de certains événements survenus depuis le prononcé du verdict par le jury. Il a dit à la cour avoir appris, deux jours après le verdict, qu'un membre du jury avait communiqué avec Sawyer et lui avait fait certaines révélations au sujet des délibérations du jury. La jurée en cause aurait dit à Sawyer qu'on avait exercé sur elle des pressions indues pour qu'elle arrive à un verdict et que d'autres membres du jury avaient tenu certains propos racistes. Bien qu'on ne sache pas qui était visé par les propos racistes qui auraient été prononcés, il convient de signaler que Sawyer est de race blanche et Galbraith de race noire. L'avocat de Sawyer a demandé à la cour de mener une enquête sur la véracité des allégations de la jurée. Le juge Tobias a rejeté la demande de Sawyer, concluant ne pas avoir la compétence inhérente nécessaire pour y donner suite.

À la suite de l'audience de détermination de la peine, l'avocat de Sawyer a demandé au ministère du Procureur général de l'Ontario de faire enquête, en vertu du par. 139(2) du *Code criminel*, afin de déterminer si des jurés avaient tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice pendant les délibérations du jury. Le ministère du Procureur général a refusé d'ordonner la tenue d'une telle enquête.

Sawyer et Galbraith ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité auprès de la Cour d'appel de l'Ontario. Leurs appels ont été entendus en même temps que les appels dans les affaires *Pan* et *R. c. Henderson* (1999), 134 C.C.C. (3d) 131, qui soulevaient les mêmes questions constitutionnelles

secrecy. In joint reasons for judgment concerning the four appeals, set out in *Pan*, the Court of Appeal held that the common law rule of jury secrecy and s. 649 of the *Criminal Code* were constitutionally valid. As the proposed fresh evidence in the *Sawyer* appeal fell within the ambit of the exclusionary rule, the majority concluded that it was inadmissible and dismissed the appeal: (1999), 134 C.C.C. (3d) 152.

III. Relevant Statutory Provisions

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.

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;

. . .

(*f*) . . . to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

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

139. (1) Every one who wilfully attempts in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding,

(*a*) by indemnifying or agreeing to indemnify a surety, in any way and either in whole or in part, or

(*b*) where he is a surety, by accepting or agreeing to accept a fee or any form of indemnity whether in whole or in part from or in respect of a person who is released or is to be released from custody,

is guilty of

au sujet des principes de common law et d'origine législative concernant le secret des délibérations du jury. Dans des motifs conjoints s'appliquant aux quatre appels, qu'elle a exposés dans l'arrêt *Pan*, la Cour d'appel a conclu à la validité de l'art. 649 du *Code criminel* et de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury. Comme les éléments de preuve nouveaux proposés dans l'appel *Sawyer* étaient visés par la règle d'exclusion, la cour à la majorité a conclu qu'ils étaient inadmissibles et elle a rejeté l'appel : (1999), 134 C.C.C. (3d) 152.

III. 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.

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;

. . .

f) . . . de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

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

139. (1) Quiconque volontairement tente de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire :

a) soit en indemnisant ou en convenant d'indemniser une caution de quelque façon que ce soit, en totalité ou en partie;

b) soit étant une caution, en acceptant ou convenant d'accepter des honoraires ou toute forme d'indemnité, que ce soit en totalité ou en partie, de la part d'une personne qui est ou doit être mise en liberté ou à l'égard d'une telle personne,

est coupable :

(*c*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(*d*) an offence punishable on summary conviction.

(2) Every one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(3) Without restricting the generality of subsection (2), every one shall be deemed wilfully to attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice who in a judicial proceeding, existing or proposed,

(*a*) dissuades or attempts to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence;

(*b*) influences or attempts to influence by threats, bribes or other corrupt means a person in his conduct as a juror; or

(*c*) accepts or obtains, agrees to accept or attempts to obtain a bribe or other corrupt consideration to abstain from giving evidence, or to do or to refrain from doing anything as a juror.

644. (1) Where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, by reason of illness or other reasonable cause, continue to act, the judge may discharge the juror.

(2) Where in the course of a trial a member of the jury dies or is discharged pursuant to subsection (1), the jury shall, unless the judge otherwise directs and if the number of jurors is not reduced below ten, be deemed to remain properly constituted for all purposes of the trial and the trial shall proceed and a verdict may be given accordingly.

649. Every member of a jury who, except for the purposes of

(*a*) an investigation of an alleged offence under subsection 139(2) in relation to a juror, or

(*b*) giving evidence in criminal proceedings in relation to such an offence,

discloses any information relating to the proceedings of the jury when it was absent from the courtroom that was not subsequently disclosed in open court is guilty of an offence punishable on summary conviction.

c) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice.

(3) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est censé tenter volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice quiconque, dans une procédure judiciaire existante ou projetée, selon le cas :

a) dissuade ou tente de dissuader une personne, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de témoigner;

b) influence ou tente d'influencer une personne dans sa conduite comme juré, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption;

c) accepte ou obtient, convient d'accepter ou tente d'obtenir un pot-de-vin ou une autre compensation vénale pour s'abstenir de témoigner ou pour faire ou s'abstenir de faire quelque chose à titre de juré.

644. (1) Lorsque, au cours d'un procès, le juge est convaincu qu'un juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger, il peut le libérer.

(2) Lorsque, au cours d'un procès, un membre du juré décède ou est libéré au titre du paragraphe (1), le jury est considéré, à toutes les fins du procès, comme demeurant régulièrement constitué, à moins que le juge n'en ordonne autrement et à condition que le nombre des jurés ne soit pas réduit à moins de dix; le procès se continuera et un verdict pourra être rendu en conséquence.

649. Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, tout membre d'un jury qui, sauf aux fins :

a) soit d'une enquête portant sur une infraction visée au paragraphe 139(2) dont la perpétration est alléguée relativement à un juré;

b) soit de témoigner dans des procédures engagées en matière pénale relativement à une telle infraction,

divulgue tout renseignement relatif aux délibérations du jury, alors que celui-ci ne se trouvait pas dans la salle d'audience, qui n'a pas été par la suite divulgué en plein tribunal.

653. (1) Where the judge is satisfied that the jury is unable to agree on its verdict and that further detention of the jury would be useless, he may in his discretion discharge that jury and direct a new jury to be empanelled during the sittings of the court, or may adjourn the trial on such terms as justice may require.

(2) A discretion that is exercised under subsection (1) by a judge is not reviewable.

IV. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division): The Pan Action*

In two separate rulings prior to the commencement of the third trial, Watt J. dealt with Pan's application for a stay of proceedings. In the first ruling of December 20, 1991 on the constitutional issues, Watt J. dealt with the threshold issue of whether or not ss. 649 and 653(2) of the *Criminal Code* were constitutionally invalid because they precluded Pan from calling jurors from his second trial as witnesses to show that the second trial was improperly terminated. As to s. 653(2), Watt J. concluded that it did not prevent the court from inquiring into the propriety of a mistrial in order to determine the validity of a claim of abuse of process. With regard to the prohibition on the disclosure of proceedings of the jury imposed by s. 649 of the *Code*, Watt J. concluded that it did not violate any principles of fundamental justice and, at worst, would be a reasonable limit within s. 1 of the *Charter*. Furthermore, he found that the proposed evidence of the jurors concerning their deliberations was not relevant to the issue of whether or not the mistrial was improperly declared. As a result, excluding such evidence, whether on the basis of lack of relevance, the common law rule of inadmissibility, s. 649 of the *Code* or the cumulative effect of all three, did not infringe any *Charter* right.

653. (1) Lorsque le juge est convaincu que le jury ne peut s'entendre sur son verdict, et qu'il serait inutile de le retenir plus longtemps, il peut, à sa discrétion, le dissoudre et ordonner la constitution d'un nouveau jury pendant la session du tribunal, ou différer le procès aux conditions que la justice peut exiger.

(2) La discrétion exercée par un juge en vertu du paragraphe (1) ne peut faire l'objet d'une révision.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale) : l'affaire Pan*

Le juge Watt a statué sur la demande d'arrêt des procédures dans deux décisions distinctes, rendues avant le début du troisième procès. Dans la première, datée du 20 décembre 1991 et portant sur les questions constitutionnelles, le juge Watt a tranché la question préliminaire de savoir si l'art. 649 et le par. 653(2) du *Code criminel* étaient inconstitutionnels du fait qu'ils empêchaient Pan d'assigner des jurés de son deuxième procès à témoigner en vue d'établir qu'on avait mis fin de façon injustifiée à ce deuxième procès. Relativement au par. 653(2), le juge Watt a conclu que cette disposition n'empêchait pas le tribunal de contrôler l'opportunité de l'annulation d'un procès afin de statuer sur le bien-fondé d'une plainte d'abus de procédure. En ce qui a trait à l'interdiction de divulguer des renseignements sur les délibérations du jury formulée à l'art. 649 du *Code*, le juge Watt a estimé qu'elle ne portait atteinte à aucun principe de justice fondamentale et que, au pire, elle constituerait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Il a en outre jugé que les témoignages des jurés concernant leurs délibérations, qu'on proposait de présenter en preuve, n'étaient pas pertinents relativement à la question de savoir si la nullité du procès avait été prononcée à tort. Par conséquent, le fait d'écarter un tel élément de preuve — que ce soit sur le fondement de son absence de pertinence, de la règle d'inadmissibilité prévue par la common law, de l'art. 649 du *Code* ou encore de l'effet cumulatif de ces trois facteurs — ne portait atteinte à aucun droit protégé par la *Charte*.

21

22 In his second ruling of February 5, 1992, for which written reasons were released on November 21, 1995, Watt J. dealt with the substance of the application for a stay of proceedings. Pan's position was that a stay of proceedings was warranted because further proceedings would constitute an abuse of process and/or an infringement of his rights under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Watt J. proceeded on the basis that because the alleged *Charter* violations were subsumed within the claim of abuse of process, the decision on the abuse of process claim would also decide the issue of whether or not there had been an infringement of the appellant's *Charter* rights. He noted that the abuse of process claim rested on the argument that O'Connell J. had improperly declared a mistrial at the second trial. Watt J. found that, despite s. 653(2) of the *Code,* the trial judge's discretion was reviewable on the authority of *R. v. D. (T.C.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 434 (Ont. C.A.), but concluded that O'Connell J. had not exercised his discretion improperly. Given that no factors other than the mistrial were raised by Pan in support of the abuse of process claim or alleged *Charter* violation, Watt J. dismissed Pan's application. Furthermore, Watt J. found that even if he were wrong in his conclusion that the second trial was not improperly terminated, this was not one of the "clearest of cases" in which a stay of proceedings should be granted.

Dans sa deuxième décision, datée du 5 février 1992, dont les motifs écrits ont été déposés le 21 novembre 1995, le juge Watt s'est penché sur le fond de la demande d'arrêt des procédures. La thèse de Pan était que l'arrêt des procédures était justifié parce que le fait de laisser les procédures suivre leur cours constituerait un abus de procédure ou une atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Puisque, de l'avis du juge Watt, les atteintes à la *Charte* invoquées par Pan étaient subsumées sous la plainte d'abus de procédure, la décision qui serait prise à l'égard de cette plainte trancherait aussi la question de savoir s'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte*. Il a souligné que la plainte d'abus de procédure reposait sur l'argument selon lequel le juge O'Connell aurait à tort prononcé l'annulation du deuxième procès. Se fondant sur l'arrêt *R. c. D. (T.C.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 434 (C.A. Ont.), le juge Watt a conclu que nonobstant le libellé du par. 653(2) du *Code*, le pouvoir discrétionnaire exercé par le juge du procès était susceptible de révision, mais il a estimé que le juge O'Connell n'avait pas exercé ce pouvoir erronément. Comme Pan n'avait invoqué aucun autre facteur que l'annulation du procès à l'appui de sa plainte d'abus de procédure ou d'atteinte à la *Charte*, le juge Watt a rejeté la demande de Pan. Le juge Watt a ajouté que, même s'il faisait erreur en concluant qu'on n'avait pas mis fin au deuxième procès de façon injustifiée, l'affaire dont il était saisi n'était pas un de ces [TRADUCTION] « cas les plus manifestes » où l'arrêt des procédures doit être accordé.

B. *Ontario Court of Appeal*

B. *Cour d'appel de l'Ontario*

23 As indicated earlier, the *Pan* appeal was argued before the Ontario Court of Appeal along with the appeals in *Sawyer*, *supra*, and *Henderson*, *supra*. In each of these appeals, the constitutionality of the statutory and common law jury secrecy provisions was challenged. Each of the appellants sought to admit fresh evidence from jurors on matters related to the jury's deliberations. The Court of Appeal addressed the constitutionality of the

Comme il a été mentionné précédemment, le pourvoi *Pan* a été entendu par la Cour d'appel de l'Ontario en même temps que les pourvois *Sawyer*, précité, et *Henderson*, précité. Dans chacun de ces pourvois, la constitutionnalité des dispositions d'origine législative et de common law sur le secret des délibérations du jury a été attaquée. Chacun des appelants a voulu présenter des éléments de preuve nouveaux émanant des jurés sur des questions se rapportant aux délibérations du jury. Dans les motifs qu'elle a exposés dans l'arrêt *Pan*, la Cour d'appel s'est penchée sur la constitu-

jury secrecy rules in its reasons in *Pan* in relation to all of the appeals.

1. The *Pan* Action (1999), 134 C.C.C. (3d) 1

(i) *McMurtry C.J.O., Osborne, Labrosse and Charron JJ.A.*

The majority of the Ontario Court of Appeal held that the common law rule of exclusion of evidence applies to all matters intrinsic to the deliberation process, including "statements made, opinions expressed, arguments advanced, or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings" (para. 140). The common law rule, however, does not render inadmissible evidence extrinsic to the deliberation process, such as evidence that the jury went to the theatre and mingled with the crowd during its deliberations: *R. v. Nash* (1949), 94 C.C.C. 288 (N.B.C.A.). The majority concluded that compelling policy considerations weighed in favour of upholding the common law rule. In particular, maintaining the secrecy of jury deliberations fosters free and frank debate among jurors, ensures the finality of the verdict and protects jurors from harassment, censure or recrimination.

On the constitutionality of s. 649 of the *Criminal Code*, the majority concluded that the relevant question was whether s. 649 impeded the accused's access to evidence of jury misconduct that would be admissible at common law. It is only to the extent that s. 649 prevents jurors from disclosing information that would otherwise be admissible at common law that an issue would arise under s. 7 of the *Charter*. The majority concluded that the phrase "proceedings of the jury" in s. 649 referred to the deliberation process protected by the common law rule, and that any evidence which s. 649 prevented from being disclosed would also be inadmissible under the common law rule. Without deciding whether s. 649 would amount to an unconstitutional infringement of s. 2(*b*) of the *Charter*, which was not in issue in this case, the majority therefore concluded that

tionnalité des règles sur le secret des délibérations du jury relativement à tous les pourvois.

1. L'affaire *Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1

(i) *Le juge en chef McMurtry et les juges Osborne, Labrosse et Charron*

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu, à la majorité, que la règle de common law sur l'exclusion de la preuve s'applique à tout aspect intrinsèque du processus de délibération, y compris les [TRADUCTION] « déclarations, opinions, arguments ou votes des membres d'un jury au cours de leurs délibérations dans toute instance judiciaire » (par. 140). La règle de common law ne rend toutefois pas inadmissible la preuve relative à des aspects extrinsèques au processus de délibération, par exemple la preuve que, durant ses délibérations, un jury est allé au cinéma et s'est mêlé à la foule : *R. c. Nash* (1949), 94 C.C.C. 288 (C.A.N.-B.). La cour a estimé, à la majorité, que d'importantes considérations de politique générale militaient en faveur du maintien de la règle de common law. Elle a souligné en particulier que le maintien du secret des délibérations du jury favorise des débats francs et ouverts entre les jurés, assure le caractère définitif du verdict et protège les jurés contre le harcèlement, la censure et les récriminations. 24

En ce qui a trait à la constitutionnalité de l'art. 649 du *Code criminel*, la Cour d'appel a conclu à la majorité que la question pertinente était de savoir si l'art. 649 empêchait l'accusé de recueillir la preuve d'une conduite fautive du jury, preuve qui serait admissible en vertu de la common law. Ce n'est que dans la mesure où l'art. 649 empêche les jurés de communiquer des renseignements qui seraient par ailleurs admissibles en vertu de la common law que l'art. 7 de la *Charte* entrerait en jeu. La majorité a estimé que l'expression « délibérations du jury » à l'art. 649 visait le processus de délibération protégé par la règle de common law et que toute preuve dont la communication est interdite par l'art. 649 serait aussi inadmissible au regard de la règle de common law. Sans se prononcer sur la question de savoir si l'art. 649 porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*, disposition qui 25

s. 649 was constitutionally valid as it did not impede an accused's access to admissible evidence.

26 In light of its findings concerning the common law rule and s. 649 of the *Code*, the majority dismissed the application to introduce fresh evidence on the basis that the proposed fresh evidence fell squarely within the scope of the common law rule of exclusion.

27 Having disposed of the constitutional issues, the majority considered the other issues raised in the *Pan* action. Pan submitted that Watt J. erred in dismissing the motion for a stay of proceedings prior to the commencement of the third trial. Pan's position was that O'Connell J. erred in declaring a mistrial at the second trial and that he had been unjustly deprived of the verdict of that jury. He claimed that it was therefore an abuse of process to proceed with a third trial, in light also of the two preceding mistrials.

28 The majority noted that it is within a trial judge's discretion to discharge the jury if and when the trial judge is satisfied that the jury is unable to reach a verdict, pursuant to s. 653(1) of the *Criminal Code*. The majority concluded that it would have been preferable for O'Connell J. to have asked the jury in open court whether it had reached a verdict prior to declaring a mistrial. However, the majority agreed with Watt J. that "it was open to the trial judge to conclude that there was not, as announced, 'a verdict', rather an inability of the jurors to agree" (para. 231). As a result, they concluded that the second trial was not improperly terminated.

29 As to the argument that the third trial constituted an abuse of process and should have been stayed, the majority noted that a stay of proceedings is an exceptional remedy, which should only be granted

n'était pas invoquée en l'espèce, la Cour d'appel a donc jugé, à la majorité, que l'art. 649 était constitutionnel et qu'il n'empêchait pas l'accusé de recueillir des éléments de preuve admissibles.

Compte tenu de ses conclusions sur la règle de common law et sur l'art. 649 du *Code*, les juges de la majorité ont rejeté la demande de production d'éléments de preuve nouveaux, pour le motif que ces éléments tombaient clairement dans le champ d'application de la règle d'exclusion prévue par la common law.

Une fois les questions constitutionnelles tranchées, la Cour d'appel s'est penchée sur les autres questions soulevées dans l'affaire *Pan*. Pan a fait valoir que le juge Watt avait commis une erreur en rejetant sa demande d'arrêt des procédures avant le début du troisième procès. La thèse de Pan était que le juge O'Connell avait fait erreur en prononçant la nullité du deuxième procès et qu'il avait été injustement privé du verdict du jury à ce procès. Il a prétendu que la tenue d'un troisième procès constituait en conséquence un abus de procédure, compte tenu aussi de l'annulation des deux procès précédents.

Les juges de la majorité ont souligné que, aux termes du par. 653(1) du *Code criminel*, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de dissoudre le jury s'il est convaincu que celui-ci ne peut s'entendre sur son verdict. Les juges majoritaires ont conclu qu'il aurait été préférable que, avant de prononcer l'annulation du procès, le juge O'Connell demande aux membres du jury, en plein tribunal, s'ils avaient réussi à s'entendre sur le verdict. Les juges de la majorité ont toutefois souscrit à la conclusion du juge Watt qu'[TRADUCTION] « il était loisible au juge du procès de conclure que, contrairement à ce qui avait été annoncé, il n'y avait pas eu "un verdict" mais plutôt incapacité des jurés à s'entendre » (par. 231). En conséquence, la majorité a estimé qu'on n'avait pas mis fin erronément au deuxième procès.

En ce qui a trait à l'argument selon lequel le troisième procès a constitué un abus de procédure et que l'arrêt des procédures aurait dû être ordonné, les juges de la majorité ont souligné que

in the clearest of cases. They also referred to this Court's judgment in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, in which it was held that a third trial on a serious criminal charge did not *per se* result in an abuse of process. Given the fact that there was no prosecutorial misconduct in the present case, the majority held that Watt J. did not err in dismissing Pan's application for a stay of proceedings.

l'arrêt des procédures est une réparation exceptionnelle qui ne doit être accordée que dans les cas les plus manifestes. Ils ont aussi fait état de l'arrêt de notre Cour *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, dans lequel il a été jugé qu'un troisième procès pour des accusations criminelles graves ne constitue pas en soi un abus de procédure. Compte tenu de l'absence de conduite fautive de la poursuite en l'espèce, les juges majoritaires ont conclu que le juge Watt n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande d'arrêt des procédures présentée par Pan.

Before the Court of Appeal, Pan also raised a number of other grounds of appeal concerning the rulings made by Watt J. at the third trial and alleged errors in his charge to the jury. All of these other grounds of appeal were dismissed by the Court of Appeal. Only one of these grounds of appeal is raised before this Court, namely the charge to the jury on reasonable doubt.

30 Devant la Cour d'appel, Pan a également soulevé un certain nombre d'autres moyens d'appel portant sur les décisions qu'avait prises le juge Watt au cours du troisième procès et sur les erreurs qu'aurait commises ce dernier dans son exposé au jury. Tous ces autres moyens d'appel ont été rejetés par la Cour d'appel. Un seul d'entre eux est plaidé devant notre Cour, l'exposé au jury au sujet du doute raisonnable.

(ii) *Finlayson J.A., Concurring in the Result*

(ii) *Le juge Finlayson, souscrivant au résultat*

In his reasons, Finlayson J.A. only addressed the constitutional issues concerning the common law rule of jury secrecy and s. 649 of the *Criminal Code*. In contrast with the majority, Finlayson J.A. concluded that the combined effect of the common law rule and s. 649 of the *Code* was to prevent accused persons from establishing an evidentiary basis for arguing that they were deprived of their constitutional right to a trial by an impartial and independent tribunal. He found that the common law rule should be relaxed and that the court should adopt a flexible, case-by-case approach to the admissibility of evidence where allegations of jury misconduct are raised.

31 Dans ses motifs, le juge Finlayson de la Cour d'appel n'a examiné que les questions constitutionnelles concernant la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et l'art. 649 du *Code criminel*. Contrairement à la majorité, le juge Finlayson a conclu que, ensemble, la règle de common law et l'art. 649 du *Code* avaient pour effet d'empêcher les personnes incriminées de recueillir la preuve leur permettant de plaider qu'elles ont été privées du droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial que leur garantit la Constitution. Il a estimé que la règle de common law devrait être assouplie et que les tribunaux devraient adopter une approche au cas par cas flexible en matière d'admissibilité de la preuve en cas d'allégations de conduite fautive du jury.

As to s. 649 of the *Code*, Finlayson J.A. disagreed with the Crown's submission that it was simply a codification of the common law rule. After surveying the scant legislative history surrounding the enactment of s. 649, Finlayson J.A. concluded that its purpose was at least partly to prevent the disclosure of information concerning

32 En ce qui a trait à l'art. 649 du *Code*, le juge Finlayson n'a pas retenu l'argument du ministère public selon lequel cette disposition n'est que la codification de la règle de common law. Après avoir examiné le maigre historique législatif concernant l'adoption de l'art. 649, le juge Finlayson a conclu que cette disposition avait en partie pour

jury deliberations to the press, and that it was not a codification of the common law rule. In light of his view that the common law rule should be ameliorated to allow evidence of jury deliberations to be admitted in evidence in appropriate circumstances, Finlayson J.A. found that s. 649 prevented the disclosure of potentially admissible evidence. He concluded therefore that s. 649 was overbroad in its application and constituted an infringement of s. 7 of the *Charter* which could not be saved under s. 1.

33 Finlayson J.A. concurred with the majority, however, in the disposition of the appeal in *Pan*. In his view, no constitutional issue arose with regard to the proposed fresh evidence of the jurors from the second trial. The proposed evidence was directed to the validity of the ruling of Watt J. on the stay application, not to the integrity of the jury verdict at the third trial. Furthermore, far from establishing the impropriety of the mistrial at the second trial, the proposed evidence showed that the jury was irremediably stalemated and that a mistrial was the only conceivable ruling. Therefore, while Finlayson J.A. favoured modifying the common law rule and declaring s. 649 of the *Code* to be unconstitutional, he concluded that the circumstances of the *Pan* action did not warrant such a result.

2. The *Sawyer* Action (1999), 134 C.C.C. (3d) 152

(i) *McMurtry C.J.O., Osborne, Labrosse and Charron JJ.A.*

34 The constitutionality of the common law rule and s. 649 of the *Code* were the only issues raised in the *Sawyer* action. As a result, the majority's conclusions on these issues in the *Pan* action also disposed of the *Sawyer* and *Galbraith* actions.

objectif d'empêcher la communication à la presse de renseignements relatifs aux délibérations du jury et qu'elle n'était pas la codification de la règle de common law. Vu son opinion selon laquelle la règle de common law devrait être améliorée afin de permettre, dans les circonstances appropriées, l'admission d'éléments de preuve relatifs aux délibérations du jury, le juge Finlayson a estimé que l'art. 649 empêchait la communication d'éléments de preuve potentiellement admissibles. En conséquence, il a estimé que l'art. 649 avait un champ d'application trop large et constituait une atteinte à l'art. 7 de la *Charte* qui ne pouvait être maintenue par application de l'article premier.

Le juge Finlayson a toutefois souscrit au dispositif des juges majoritaires dans le pourvoi *Pan*. À son avis, les éléments de preuve nouveaux proposés, qui émanaient des jurés du deuxième procès, ne soulevaient aucune question d'ordre constitutionnel. Ces éléments de preuve touchaient à la validité de la décision du juge Watt à l'égard de la demande d'arrêt des procédures et non à l'intégrité du verdict du jury au troisième procès. De plus, loin d'établir que l'annulation du deuxième procès n'était pas justifiée, les éléments de preuve proposés montraient que le jury se trouvait dans une impasse irrémédiable et que l'annulation du procès était la seule décision plausible. Par conséquent, bien que favorable à la modification de la règle de common law et à l'invalidation de l'art. 649 du *Code*, le juge Finlayson a conclu que les circonstances de l'affaire *Pan* ne justifiaient pas un tel résultat.

2. L'affaire *Sawyer* (1999), 134 C.C.C. (3d) 152

(i) *Le juge en chef McMurtry et les juges Osborne, Labrosse et Charron*

La constitutionnalité de la règle de common law et celle de l'art. 649 du *Code* étaient les deux seules questions soulevées dans l'affaire *Sawyer*. En conséquence, les conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel sur ces questions dans l'affaire *Pan* ont également décidé des affaires *Sawyer* et *Galbraith*.

(ii) *Finlayson J.A., Dissenting*

With respect to the *Sawyer* and *Galbraith* actions, Finlayson J.A. concluded that the trial judge did have jurisdiction to conduct an inquiry of the individual jurors concerning the alleged complaints conveyed to defence counsel by one of the jurors, and that whether he chose to do so on the facts of the case was within his discretion. Finlayson J.A. concluded that the impediments to such an inquiry posed by the common law rule and s. 649 of the *Code* were unconstitutional, and that Sawyer and Galbraith had been denied their right to attempt to expose the partiality of the jury that convicted them. In the result, Finlayson J.A. would have quashed the conviction and ordered a new trial for both Sawyer and Galbraith.

V. Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice with respect to the *Pan* appeal:

1. Does s. 649 of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7, 11(*d*) or 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to Question 1 is yes, is s. 649 of the *Criminal Code* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does the common law exclusionary rule, precluding the admission of evidence relating to the deliberations of a jury, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7, 11(*d*) or 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to Question 3 is yes, is the above-noted common law rule a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if not, ought the said common law rule to be modified to conform with the said *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(ii) *Le juge Finlayson, dissident*

Relativement aux affaires *Sawyer* et *Galbraith*, le juge Finlayson a estimé que le juge du procès avait effectivement compétence pour interroger chaque juré au sujet des plaintes qui auraient été communiquées à l'avocat de la défense par l'un des jurés, et qu'il avait le pouvoir discrétionnaire voulu pour décider ou non de le faire eu égard aux faits de l'espèce. Le juge Finlayson a conclu que les obstacles à la tenue d'une telle enquête que constituaient la règle de common law et l'art. 649 du *Code* étaient constitutionnels et il a jugé que Sawyer et Galbraith avaient été privés de leur droit de tenter de mettre au jour la partialité du jury les ayant déclaré coupables. Le juge Finlayson aurait donc annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès pour Sawyer et pour Galbraith. 35

V. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef à l'égard du pourvoi *Pan* : 36

1. L'article 649 du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, l'al. 11*d*) ou l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 649 du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. La règle d'exclusion qui, en common law, empêche l'admission d'éléments de preuve concernant les délibérations d'un jury porte-t-elle atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, l'al. 11*d*) ou l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, la règle de common law susmentionnée est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Sinon, y a-t-il lieu de modifier cette règle de common law pour qu'elle respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*?

5. Does s. 653(1) of the *Criminal Code* and/or the common law power of a judge to declare a mistrial, during or following the deliberations of the jury, violate the protection against double jeopardy which is guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

6. If the answer to Question 5 is yes, is s. 653(1) of the *Criminal Code*, or the said common law power to declare a mistrial, a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if not, ought the common law power to be modified to conform with the said *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

7. Does s. 653(2) of the *Criminal Code* violate s. 7, 11(*d*) or 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

8. If the answer to Question 7 is yes, is s. 653(2) of the *Criminal Code* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

37 With respect to the *Sawyer* appeal, the Chief Justice stated four constitutional questions on September 22, 1999. These are virtually identical to questions 1 through 4 stated in the *Pan* action above and, as a result, the answers to questions 1 through 4 in the *Pan* appeal will also dispose of the *Sawyer* action.

VI. Analysis

A. *Introduction*

38 There is a large measure of common ground in these appeals on the jury secrecy rules, which comprise the common law rule and s. 649 of the *Criminal Code*. All agree that a measure of secrecy is essential to ensure the independence and effectiveness of the jury. There is also agreement that the jury secrecy rules must be compatible with the requirements of the *Charter* and, in particular, with the s. 7 requirement of fundamental fairness in criminal proceedings. The only issue is whether

5. Le paragraphe 653(1) du *Code criminel* et/ou le pouvoir conféré au juge en common law de prononcer la nullité d'un procès, pendant ou après les délibérations du jury, portent-ils atteinte à la protection contre la double incrimination qui est garantie par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

6. Si la réponse à la cinquième question est affirmative, le par. 653(1) du *Code criminel* ou le pouvoir conféré au juge en common law de prononcer la nullité d'un procès constituent-ils une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Sinon, y a-t-il lieu de modifier le pouvoir conféré en common law pour qu'il respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*?

7. Le paragraphe 653(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte à l'art. 7, à l'al. 11*d*) ou à l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

8. Si la réponse à la septième question est affirmative, le par. 653(2) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

En ce qui a trait au pourvoi *Sawyer*, le Juge en chef a formulé quatre questions constitutionnelles le 22 septembre 1999. Comme elles sont virtuellement identiques aux quatre premières questions relatives à l'affaire *Pan* énoncées ci-dessus, les réponses à ces questions décideront également de l'affaire *Sawyer*.

VI. Analyse

A. *Introduction*

Il existe un large consensus dans les présents pourvois relatifs aux règles régissant le secret des délibérations du jury, à savoir la règle de common law et l'art. 649 du *Code criminel*. Tous conviennent qu'une certaine mesure de secret est essentielle pour garantir l'indépendance et l'efficacité du jury. Tous s'accordent aussi pour reconnaître que les règles sur le secret des délibérations du jury doivent être compatibles avec les exigences de la *Charte*, en particulier celles prévues par l'art. 7

the current state of the law — common law and statute — conforms with the constitutional requirement of fairness. This, in turn, requires a balance between, on the one hand, preserving the secrecy of deliberations to permit the effective functioning of the jury system, and, on the other hand, ensuring that accused persons are not at risk of being convicted as a result of a perverse process. Along the spectrum between secrecy and openness lies the constitutionally acceptable limit on access to information pertaining to how the jury arrived at its verdict.

relativement à l'équité fondamentale dans les poursuites pénales. La seule question en litige est celle de savoir si le droit actuel — tant les règles d'origine législative que les règles de common law — est conforme aux exigences constitutionnelles en matière d'équité. Pour que ces exigences soient respectées, il doit exister un juste équilibre entre, d'une part, le maintien du secret des délibérations afin de permettre le bon fonctionnement de l'institution du jury et, d'autre part, la protection des personnes inculpées contre le risque de déclaration de culpabilité par suite d'un processus inique. Sur le continuum entre le secret et la transparence, on trouve la limite constitutionnellement acceptable en matière d'accès à l'information ayant trait à la façon dont le jury est arrivé à son verdict.

A preliminary question was raised in the Court of Appeal as to whether societal interests competing against the liberty interest of the accused must be weighed within the s. 7 analysis, or whether the weighing should be done under s. 1 of the *Charter*. In my view, this issue is not relevant here, and the question poses a false dilemma. The jury secrecy rules are on their face neutral. They could just as easily be invoked by an accused seeking to bar scrutiny of a jury deliberation process that led to an acquittal which the Crown wishes to impeach on appeal.

39 S'est soulevée, en Cour d'appel, la question préliminaire de savoir si les intérêts sociétaux qui sont en concurrence avec le droit de l'accusé à la liberté doivent être soupesés au cours de l'analyse fondée sur l'art. 7 ou de celle fondée sur l'article premier de la *Charte*. À mon avis, cette question n'est pas pertinente en l'espèce et elle crée un faux dilemme. Les règles sur le secret des délibérations du jury sont en soi neutres. En effet, elles pourraient tout aussi bien être invoquées par un accusé cherchant à empêcher l'examen du processus de délibération du jury ayant prononcé son acquittement que le ministère public veut contester en appel.

The question is not one of balancing the individual rights of the accused against the rights of others, or against a larger societal interest, in order to decide whether the jury secrecy rules that curtail review of verdicts infringe the principles of fundamental justice, and therefore s. 7. Rather, the true question is whether the methods of reviewability of jury deliberations, including the jury secrecy rules, are fair and just. This, in turn, assumes either a constitutionally mandated self-standing right of review, as discussed in *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97 (Ont. C.A.), or a constitutional principle that, when review is granted, it must proceed fairly. For the purpose of this appeal, I am prepared to assume both. In other words, to test the constitutionality of the jury secrecy rules under

40 Il ne s'agit pas de soupeser les droits individuels de l'accusé et les droits d'autrui, ou encore un intérêt sociétal plus large, afin de décider si les règles sur le secret des délibérations du jury qui limitent le contrôle des verdicts portent atteinte aux principes de justice fondamentale et, partant, à l'art. 7. Il s'agit plutôt de déterminer si les méthodes de contrôle des délibérations du jury, y compris les règles sur le secret de ces délibérations, sont justes et équitables. Cette question suppose l'existence soit d'un droit de contrôle autonome reconnu par la Constitution, aspect qui a été examiné dans l'arrêt *R. c. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97 (C.A. Ont.), soit d'un principe constitutionnel portant que, lorsque le contrôle est autorisé, il doit être effectué équitablement. Pour les fins du présent

s. 7, one must assume that some review of conviction is required as a principle of fundamental justice, or that, if it is not, any review provided for by statute or at common law must proceed fairly. It cannot be arbitrary, irrational or unjust.

pourvoi, je suis disposée à accepter ces deux hypothèses. En d'autres termes, pour examiner la constitutionnalité des règles sur le secret des délibérations du jury au regard de l'art. 7, il faut supposer qu'un certain contrôle de la déclaration de culpabilité est nécessaire en tant que principe de justice fondamentale ou, si ce n'est pas le cas, que tout contrôle prévu par une loi ou par la common law doit se dérouler de façon équitable. Un tel contrôle ne peut être arbitraire, irrationnel ou injuste.

B. *The Common Law Rule of Jury Secrecy*

1. The Role of the Jury

41 The jury trial is a vital component of our system of criminal justice. Its importance in our justice system is described by Cory J. in *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, at para. 13, as follows:

> Our courts have very properly stressed the importance of jury verdicts and the deference that must be shown to those decisions. Today, as in the past, great reliance has been placed upon those decisions. That I think flows from the public awareness that 12 members of the community have worked together to reach a unanimous verdict.

42 The various rationales underlying the continued vitality of the jury as decision maker in our criminal justice system are summarized in the majority judgment of this Court in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, by L'Heureux-Dubé J. as follows (at p. 523):

> The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppressive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole.

43 The jury is a judicial organ of the criminal process. It accomplishes a large part of the function exercised by judges in non-jury criminal cases. In a jury trial, the jury is the "judge" of the facts,

B. *La règle de common law sur le secret des délibérations du jury*

1. Le rôle du jury

Le procès devant jury est un élément essentiel de notre système de justice pénale. Son importance dans notre système de justice a été décrite ainsi par le juge Cory, dans l'arrêt *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, par. 13 :

> Nos tribunaux ont, à très juste titre, insisté sur l'importance des verdicts rendus par un jury et sur la retenue dont il faut faire preuve à l'égard de ces décisions. Aujourd'hui, comme par le passé, elles font l'objet d'une grande confiance. Je crois que cela découle de la conscience du public que 12 membres de la collectivité ont travaillé ensemble en vue de rendre un verdict unanime.

Les diverses raisons expliquant la vitalité de l'institution du jury en tant que décideur dans notre système de justice pénale ont été résumées par le juge L'Heureux-Dubé, dans les motifs qu'elle a exposés pour la majorité de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 523 :

> Le jury, en raison du caractère collectif de ses décisions, s'avère un excellent juge des faits. Sa représentativité en fait la conscience de la collectivité. De plus, le jury peut servir de dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application. Il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle et, grâce à la participation du public, le jury accroît la confiance de la société dans l'ensemble du système.

Le jury est un organe judiciaire du processus pénal. Il exerce dans une large mesure le même rôle que les juges dans les procès sans jury en matière pénale. Dans un procès devant jury, ce der-

while the presiding judge is the "judge" of the law. They, judge and jury together, produce the judgment of the court. The jury hears all the evidence admitted at trial, receives instructions from the trial judge as to the relevant legal principles, and then retires to deliberate. It applies the law to the facts in order to arrive at a verdict. In acting as fact-finders in a criminal trial, jurors, like judges, bring into the jury room the totality of their knowledge and personal experiences, and their deliberations benefit from the combined experiences and perspectives of all of the jurors. One juror may remember a detail of the evidence that another forgot, or may be able to answer a question that perplexes another juror. Through the group decision-making process, the evidence and its significance can be comprehensively discussed in the effort to reach a unanimous verdict.

nier est le « juge » des faits tandis que le juge qui préside l'audience est le « juge » du droit. Ensemble, le juge et le jury produisent le jugement de la cour. Le jury entend toute la preuve admise au procès, reçoit les directives du juge du procès au sujet des principes juridiques pertinents, puis se retire pour délibérer. Il applique le droit aux faits afin de parvenir à un verdict. En tant que juges des faits dans les procès criminels, les jurés, tout comme les juges, apportent avec eux dans la salle des jurés leur bagage de connaissances et d'expériences personnelles, et leurs délibérations profitent de la somme des expériences et points de vue de tous les jurés. Un juré peut se rappeler un détail de la preuve qu'un autre juré a oublié, ou encore être en mesure de répondre à une question qui rend un autre juré perplexe. Grâce à ce processus décisionnel collectif, les éléments de preuve et leur importance peuvent être examinés de manière exhaustive en vue d'arriver à un verdict unanime.

While the jury, unlike a judge, does not provide reasons for its ultimate decision, the jury's deliberations can nevertheless be likened to the reasoning process in which a judge would engage prior to releasing oral or written reasons explaining his or her decision. A judge's written reasons only reveal the judge's ultimate rationale for deciding the case as he or she did. They do not necessarily reveal all the thought processes, the hesitations, the *quaeres* and the revisions leading up to those final written reasons. Likewise, the thoughts and discussions of the jurors that occur in the course of their deliberations are not revealed — only the jury's ultimate verdict is made public.

44 Bien que, contrairement au juge, le jury ne motive pas sa décision finale, les délibérations du jury peuvent tout de même se comparer au processus de raisonnement auquel se livre le juge avant d'exposer oralement ou par écrit les motifs expliquant sa décision. Les motifs écrits du juge ne révèlent que les raisons qui l'ont amené en bout de ligne à trancher l'affaire comme il l'a fait. Ils ne révèlent pas nécessairement tous les raisonnements et toutes les hésitations, questions et révisions ayant conduit à la version finale de ces motifs écrits. De même, les opinions qu'ont exprimées les jurés au cours de leurs délibérations ainsi que les discussions qu'ils ont eues à ce moment-là ne sont pas divulguées — seul le verdict final du jury est rendu public.

A judge's decision may be challenged on appeal, but judges cannot be compelled to testify as to how and why they arrived at a particular judicial decision: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56. In fact, as a general rule, reviewing courts do not seek information from the courts whose judgments they are reviewing in order to assess the likely impact of apparent errors. The limited exception to this is

45 La décision d'un juge peut être contestée en appel, mais le juge ne peut être contraint de témoigner au sujet des raisons pour lesquelles il est arrivé à une décision judiciaire donnée et de la manière dont il y est parvenu : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56. De fait, en règle générale, les cours de révision ne demandent pas aux tribunaux dont ils examinent les jugements de

s. 682(1) of the *Criminal Code*, which requires the trial judge to "report" to the court of appeal at the request of the court of appeal. As noted by Cory J. for the majority of this Court in *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at p. 192, the court of appeal should only request such a report "in those rare circumstances where something has occurred which is not reflected on the record upon which opposing counsel cannot agree". In any event, it is neither designed nor used to probe into the deliberative process of the decision maker, be it judge alone or jury.

46 Viewed in that light, the jury secrecy rules are not totally at odds with the methods of review of all fact-finding decisions. While the jury's verdict may be challenged through the normal appeal process, the jury's reasons for arriving at the verdict cannot be inquired into. This reflects, in part, the sound concern about the difficulty of reconstructing after the fact, and with hindsight, the integrity of the reasoning process that led to the original decision.

2. Origins of the Common Law Rule

47 The proposition that the jury must deliberate in private, free from outside interference, is a principle that has deep roots in the English common law. In earlier times, the restrictions imposed on juries during the deliberation process were quite severe: *Coke on Littleton* (1789), vol. II, para. 227b, as quoted in *R. v. Dyson*, [1972] 1 O.R. 744 (H.C.), at p. 745:

> By the law of England a jury, after their evidence given upon the issue, ought to be kept together in some convenient place, without meat or drinke, fire or candle, which some bookes call an imprisonment, and without speech with any, unlesse it be the bailife, and with him onely if they be agreed.

leur fournir des renseignements qui leur permettraient d'apprécier les répercussions probables des erreurs qu'ils détectent. L'exception limitée à cette règle générale est le par. 682(1) du *Code criminel*, lequel oblige le juge du procès à fournir un « rapport » à la cour d'appel, sur demande de cette dernière à cet effet. Comme l'a souligné le juge Cory, s'exprimant alors pour la majorité de notre Cour, dans l'arrêt *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, p. 192, les tribunaux d'appel ne doivent demander un tel rapport que « dans les rares cas où il s'est produit un événement qui ne ressort pas du dossier et à propos duquel les avocats adverses ne peuvent s'entendre ». Quoi qu'il en soit, cette exception ne vise pas ni ne sert à scruter le processus de délibération du décideur, qu'il s'agisse d'un juge seul ou d'un jury.

Considérées sous cet éclairage, les règles sur le secret des délibérations du jury ne sont pas totalement incompatibles avec les méthodes de contrôle de toutes les décisions des juges des faits. Quoique le verdict du jury puisse être attaqué dans le cadre du processus d'appel normal, les raisons pour lesquelles les jurés sont arrivés à ce verdict ne peuvent être examinées. Cette situation reflète en partie le souci valable lié à la difficulté que soulève la reconstitution, après coup et avec le recul du temps, de l'intégrité du raisonnement qui a conduit à la décision originale.

2. Les origines de la règle de common law

La proposition selon laquelle le jury doit délibérer en privé, à l'abri des interventions extérieures, est un principe qui est profondément enraciné dans la common law britannique. Au début, les restrictions imposées aux jurys durant leur processus de délibération étaient très sévères : *Coke on Littleton* (1789), vol. II, par. 227b, cité dans la décision *R. c. Dyson*, [1972] 1 O.R. 744 (H.C.), p. 745 :

> [TRADUCTION] Suivant le droit d'Angleterre, après qu'il a entendu la preuve sur la question en litige, le jury doit être rassemblé dans un endroit approprié, sans nourriture et boisson, chaleur et lumière, ce que certains livres appellent la séquestration, et sans communication avec quiconque, à l'exception du huissier et encore là seulement s'ils sont d'accord.

The common law rule of jury secrecy, which prohibits the court from receiving evidence of jury deliberations for the purpose of impeaching a verdict, similarly reflects a desire to preserve the secrecy of the jury deliberation process and to shield the jury from outside influences. The common law rule, also referred to as Lord Mansfield's rule, can be traced back to the case of *Vaise v. Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944 (K.B.), in which Lord Mansfield ruled that the court could not receive affidavits from jurors attesting to their own misconduct in reaching a verdict by lot: see *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, § 2352, at p. 696. The rule was explicitly adopted by this Court is *Danis v. Saumure*, [1956] S.C.R. 403, in the context of a civil jury trial.

La règle de common law sur le secret des délibérations du jury, qui interdit aux tribunaux d'admettre des éléments de preuve relatifs aux délibérations du jury et visant à attaquer leur verdict, traduit aussi le désir de préserver le secret du processus de délibération du jury et de protéger celui-ci des influences extérieures. La règle de common law, aussi appelée règle de lord Mansfield, remonte à la décision *Vaise c. Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944 (K.B.), dans laquelle lord Mansfield a jugé que le tribunal ne pouvait recevoir des affidavits dans lesquels des jurés attestaient avoir agi de façon irrégulière en rendant leur verdict en jouant à pile ou face : *Wigmore on Evidence* (McNaughton rév. 1961), vol. 8, § 2352, p. 696. La règle a été expressément adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Danis c. Saumure*, [1956] R.C.S. 403, dans le contexte d'un procès civil devant jury. 48

3. The Evolving Rationales for the Jury Secrecy Rule

3. L'évolution des justifications de la règle sur le secret des délibérations du jury

The policy justifications underlying Lord Mansfield's rule have evolved over time. The original rationale for the rule was that, because the violation of the juror's oath was a high misdemeanour, affidavits of jurors themselves were inadmissible as they were self-incriminatory. As this rationale fell into disuse, others were advanced. The main policy concerns advanced in support of keeping secret forever the deliberations of the jury have been canvassed by the Court of Appeal.

Les justifications de politique générale à la base de la règle de lord Mansfield ont évolué avec le temps. La justification originale était que, comme la violation du serment du juré constituait un délit grave, les affidavits des jurés eux-mêmes étaient inadmissibles puisqu'ils étaient incriminants. Lorsque cette justification est tombée en désuétude, d'autres ont été avancées. Les principales considérations de politique générale invoquées à l'appui du maintien permanent du secret des délibérations du jury ont été analysées en profondeur par la Cour d'appel. 49

The first reason supporting the need for secrecy is that confidentiality promotes candour and the kind of full and frank debate that is essential to this type of collegial decision making. While searching for unanimity, jurors should be free to explore out loud all avenues of reasoning without fear of exposure to public ridicule, contempt or hatred. This rationale is of vital importance to the potential acquittal of an unpopular accused, or one charged with a particularly repulsive crime. In my view, this rationale is sound, and does not require empirical confirmation.

La première raison est le fait que la confidentialité encourage la franchise et le genre de débats ouverts et exhaustifs essentiels à ce type de processus décisionnel collégial. Tout en visant à l'unanimité, les jurés doivent être libres d'explorer toutes les façons de voir les choses sans avoir à craindre de s'exposer au ridicule, au mépris ou à la haine. Cette justification est d'une importance vitale pour l'acquittement potentiel d'un accusé impopulaire ou d'une personne inculpée d'un crime particulièrement répugnant. À mon avis, cette justification est fondée et ne nécessite pas de confirmation empirique. 50

51 The Court of Appeal also placed considerable weight on the second rationale for the secrecy rule: the need to ensure finality of the verdict. Describing the verdict as the product of a dynamic process, the court emphasized the need to protect the solemnity of the verdict, as the product of the unanimous consensus which, when formally announced, carries the finality and authority of a legal pronouncement. That rationale is more abstract, and inevitably invites the question of why the finality of the verdict should prevail over its integrity in cases where that integrity is seriously put in issue. In a legal environment such as ours, which provides for generous review of judicial decisions on appeal, and which does not perceive the voicing of dissenting opinions on appeal as a threat to the authority of the law, I do not consider that finality, standing alone, is a convincing rationale for requiring secrecy.

La Cour d'appel a aussi accordé un poids considérable à la deuxième justification de la règle sur le secret des délibérations et jury : la nécessité d'assurer le caractère définitif du verdict. En décrivant le verdict comme le produit d'un processus dynamique, la cour a souligné la nécessité de protéger la solennité du verdict en tant que produit d'un accord unanime qui, lorsqu'il est officiellement annoncé, possède le caractère définitif et l'autorité d'une décision judiciaire. Cette justification est plus abstraite et appelle inévitablement la question de savoir pourquoi le caractère définitif du verdict devrait prévaloir sur son intégrité dans les cas où celle-ci est sérieusement remise en question. Dans un environnement juridique comme le nôtre, qui autorise généreusement le contrôle des décisions judiciaires en appel et qui ne perçoit pas l'expression d'opinions dissidentes en appel comme une menace à l'autorité du droit, je ne considère pas que le caractère définitif du verdict constitue à lui seul une justification suffisamment convaincante pour exiger le maintien du secret.

52 The respondent, as well as the interveners supporting its position and, in particular, the Attorney General of Quebec, place great emphasis on the third main rationale for the jury secrecy rule — the need to protect jurors from harassment, censure and reprisals. Our system of jury selection is sensitive to the privacy interests of prospective jurors (see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128), and the proper functioning of the jury system, a constitutionally protected right in serious criminal charges, depends upon the willingness of jurors to discharge their functions honestly and honourably. This in turn is dependent, at the very minimum, on a system that ensures the safety of jurors, their sense of security, as well as their privacy.

L'intimée, de même que les intervenants qui appuient sa position et tout particulièrement le procureur général du Québec, insistent beaucoup sur la troisième justification principale de la règle sur le secret des délibérations du jury — la nécessité de protéger les jurés contre le harcèlement, la censure et les représailles. Notre système de sélection du jury est sensible au droit à la vie privée des jurés potentiels (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128), et le bon fonctionnement de l'institution du jury, droit garanti par la Constitution aux personnes inculpées de crimes graves, dépend de la volonté des jurés de s'acquitter de leurs fonctions de façon honnête et honorable. Pour cela, il faut à tout le moins un système qui assure concrètement la sécurité des jurés, leur sentiment d'être protégés ainsi que le respect de leur vie privée.

53 I am fully satisfied that a considerable measure of secrecy surrounding the deliberations of the jury is essential to the proper functioning of that important institution and that the preceding rationales serve as a useful guide to the boundaries between

Je suis absolument convaincue qu'il est essentiel au bon fonctionnement de l'importante institution qu'est le jury d'assurer une protection considérable au secret des délibérations des jurés et que les justifications qui précèdent constituent des paramètres

the competing demands of secrecy and reviewability.

4. The Ambit of the Common Law Secrecy Rule

Under Lord Mansfield's rule, evidence relating to what occurs among the jurors in the jury room is not admissible. Although the rule was originally expressed to preclude the evidence of the jurors themselves being tendered to expose their deliberations, subsequent authorities have held that evidence pertaining to jury deliberations cannot be admitted even where the evidence originates from someone outside the jury who overheard the jurors discussing the verdict, as was the case in *R. v. Bean*, [1991] *Crim. L.R.* 843 (C.A.).

As the English cases show, the rule seeks to preserve the secrecy of the jury's deliberations, while ensuring that those deliberations remain untainted by contact with information or individuals from outside the jury. As a result, where the evidence establishes that the jury has been exposed to outside information or influences, it will generally be admissible. The situations in which evidence has been admitted under the rule in the English cases include: evidence that someone tried to bribe one of the jurors in the course of the trial: *R. v. Putnam* (1991), 93 Cr. App. R. 281 (C.A.); evidence that a jury bailiff may have made remarks to a jury revealing the fact that the accused had previous convictions: *R. v. Brandon* (1969), 53 Cr. App. R. 466 (C.A.); and evidence that a juror had used a cellular telephone to call someone at his place of business from the jury room: *R. v. McCluskey* (1993), 98 Cr. App. R. 216 (C.A.).

The application of the rule in the English cases has resulted, at times, in incongruous results. For example, evidence that a jury bailiff told the jurors of the accused's previous convictions has been

utiles pour délimiter les exigences opposées que constituent le secret des délibérations des jurys et le contrôle de leur verdict.

4. Le champ d'application de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury

Suivant la règle de lord Mansfield, la preuve relative à ce qui se passe au sein des jurés dans la salle où ils délibèrent n'est pas admissible. Quoique, à l'origine, la règle visait à empêcher que les éléments de preuve émanant des jurés eux-mêmes ne puissent être présentés pour révéler leurs délibérations, il a été jugé, dans des décisions subséquentes, que la preuve relative aux délibérations du jury ne peut être admise même lorsqu'elle émane de quelqu'un qui ne faisait pas partie du jury et qui a entendu les jurés discuter du verdict, comme c'était le cas dans l'affaire *R. c. Bean*, [1991] *Crim. L.R.* 843 (C.A.). 54

Comme le montrent les décisions britanniques, la règle vise à maintenir le secret des délibérations du jury, tout en faisant en sorte que ces délibérations ne soient pas viciées par le fait que les jurés viendraient en contact avec des informations ou personnes extérieures à leur groupe. En conséquence, lorsque la preuve établit que le jury a été exposé à des informations ou influences extérieures, cette preuve sera généralement admissible. Parmi les situations où de tels éléments de preuve ont été admis en vertu de cette règle dans des affaires britanniques, mentionnons les suivantes : preuve que quelqu'un avait tenté de soudoyer l'un des jurés durant le procès : *R. c. Putnam* (1991), 93 Cr. App. R. 281 (C.A.); preuve qu'un huissier avait pu révéler au jury que l'accusé avait un casier judiciaire : *R. c. Brandon* (1969), 53 Cr. App. R. 466 (C.A.); et preuve qu'un juré avait, dans la salle de délibération du jury, utilisé un téléphone cellulaire pour appeler quelqu'un à son lieu de travail : *R. c. McCluskey* (1993), 98 Cr. App. R. 216 (C.A.). 55

Dans les affaires britanniques, l'application de la règle a parfois abouti à des résultats incohérents. Par exemple, la preuve selon laquelle un huissier avait fait part aux jurés des déclarations de culpa- 56

held to be admissible (*Brandon*, *supra*), whereas evidence that the jury foreperson told the other jurors of the accused's previous convictions has been held to be inadmissible (*R. v. Thompson*, [1962] 1 All E.R. 65 (C.C.A.)). The rationale for the different result in these two situations is presumably that, in the former, the prejudicial information emanated from a source outside the jury room while, in the latter, the information, though equally prejudicial, was furnished by one of the jurors. In each case, however, the information is the same and its effect upon the jury is likely the same.

57 In Canada, with the exception of the case of *R. v. Zacharias* (1987), 39 C.C.C. (3d) 280 (B.C.C.A.), discussed below, the courts have applied Lord Mansfield's rule to exclude evidence of the jury's deliberations. In *R. v. Perras* (1974), 18 C.C.C. (2d) 47 (Sask. C.A.), the sheriff overheard a discussion by the jury in the jury room to the effect that they were going to decide the case by majority vote. A few minutes after this conversation, the jury rendered a guilty verdict. The appellant sought leave to examine the jurors for the purpose of impeaching their verdict. The court concluded that Lord Mansfield's rule was equally applicable to the evidence of a stranger as to the jury's deliberations, and declined to allow an inquiry of the jurors. As with the English cases, where the evidence relates to an intrusion into the jury deliberation process by an outside influence, the courts have admitted the evidence. For example, in *R. v. Mercier* (1973), 12 C.C.C. (2d) 377, the Quebec Court of Appeal held that evidence from a juror showing that a Crown attorney had entered the jury room in the absence of the jury and erased words from the blackboard was admissible, but that evidence concerning the effect of this act upon the jury was not admissible. The courts have also held that where the jury has had contact with third parties during the course of its deliberations, for example by calling home or mingling with the crowd at the movies, evidence

bilité antérieures de l'accusé a été jugée admissible (*Brandon*, précité), tandis que la preuve portant que le président du jury avait mentionné la même information aux autres jurés a été jugée inadmissible (*R. c. Thompson*, [1962] 1 All E.R. 65 (C.C.A.)). La raison expliquant la différence de résultat dans ces deux affaires est probablement le fait que, dans le premier cas, l'information préjudiciable émanait d'une source extérieure à la salle des jurés, alors que, dans le second, l'information, bien que tout aussi préjudiciable, avait été donnée par un des jurés. Dans chaque cas, toutefois, l'information était la même et son effet sur le jury était vraisemblablement le même.

Au Canada, exception faite de l'affaire *R. c. Zacharias* (1987), 39 C.C.C. (3d) 280 (C.A.C.-B.), qui sera examinée plus loin, les tribunaux ont appliqué la règle de lord Mansfield pour écarter des éléments de preuve relatifs aux délibérations du jury. Dans l'affaire *R. c. Perras* (1974), 18 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Sask.), le shérif a entendu par hasard les jurés dire, dans leur salle de délibération, qu'ils décideraient l'affaire à la majorité des voix. Quelques minutes après cette conversation, le jury a rendu un verdict de culpabilité. L'appelant a demandé l'autorisation d'interroger les jurés afin d'attaquer leur verdict. La cour a jugé que la règle de lord Mansfield s'appliquait également au témoignage d'une personne ne participant pas aux délibérations du jury et a refusé d'autoriser l'interrogatoire des jurés. Tout comme dans les affaires britanniques, lorsque la preuve a trait à une intrusion par une influence extérieure dans le processus de délibération du jury, les tribunaux ont jugé cette preuve admissible. Dans l'arrêt *R. c. Mercier* (1973), 12 C.C.C. (2d) 377, par exemple, la Cour d'appel du Québec a conclu que le témoignage d'un juré établissant qu'un substitut du procureur général était entré dans la salle des jurés en l'absence de ceux-ci et avait effacé des mots sur un tableau était admissible, mais que la preuve relative à l'incidence de cet acte sur le jury n'était pas admissible. Des tribunaux ont également jugé que, lorsque des jurés ont eu des contacts avec des tiers au cours de leurs délibérations, par exemple en téléphonant à la maison ou en se mêlant à la foule au cinéma, la preuve relative à ces irrégularités est

concerning these irregularities is admissible: *R. v. Ryan* (1951), 13 C.R. 363 (B.C.C.A.); *Nash*, *supra*.

As noted by the majority of the Court of Appeal, Lord Mansfield's rule has been applied restrictively in some Canadian cases so as to preclude the admission of evidence emanating from one of the jurors even where this evidence concerns the alleged influence of a third party on the jury deliberations. For example, in *R. v. Wilson* (1993), 78 C.C.C. (3d) 568 (Man. C.A.), the appellant claimed that an RCMP officer had communicated information to a juror about the appellant's co-conspirator and that this information was conveyed to the other jurors. This evidence was sought to be admitted through the testimony of the jury foreman. The court held that the foreman's evidence as to comments made in the jury room was inadmissible. This is similar to the English case of *Thompson*, *supra*, in which the rule was applied restrictively to preclude the admission of evidence that the foreman had produced a list of the accused's previous convictions during the deliberations.

I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that Lord Mansfield's rule should not be applied in such a restrictive manner. Evidence indicating that the jury has been exposed to some information or influence from outside the jury should be admissible for the purpose of considering whether or not there is a reasonable possibility that this information or influence had an effect upon the jury's verdict. Such evidence should be admissible regardless of whether it is a juror or someone outside the jury who offers the evidence. However, while jurors may testify as to whether or not they were exposed to extrinsic information in the course of their deliberations, the court should not admit evidence as to what effect such information had upon their deliberations. As I indicated earlier, reviewing courts do not probe into the deliberative process of trial judges, beyond what is revealed in their oral or written reasons, even when these reasons reveal very little. Whether this sound practice is based on a respect for the inde-

admissible : *R. c. Ryan* (1951), 13 C.R. 363 (C.A.C.-B.); *Nash*, précité.

58 Comme l'ont souligné les juges de la majorité de la Cour d'appel, la règle de lord Mansfield a, dans certaines décisions canadiennes, été appliquée de manière restrictive afin d'empêcher l'admission d'éléments de preuve émanant de l'un des jurés même lorsque ces éléments concernaient l'influence qu'un tiers aurait exercée sur les délibérations du jury. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Wilson* (1993), 78 C.C.C. (3d) 568 (C.A. Man.), l'appelant prétendait qu'un agent de la GRC avait donné à un juré des renseignements au sujet du complice de l'appelant et que ces renseignements avaient été communiqués aux autres jurés. On a voulu introduire cette preuve en faisant témoigner le président du jury. La cour a conclu que le témoignage du président du jury sur les commentaires faits au sein du jury était inadmissible. Cette décision s'apparente à l'affaire britannique *Thompson*, précitée, où la règle a été appliquée de manière restrictive afin d'empêcher l'admission d'éléments de preuve portant que le président du jury avait, au cours des délibérations, produit la liste des déclarations de culpabilité antérieures de l'accusé.

59 Je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle la règle de lord Mansfield ne devrait pas être appliquée d'une manière aussi restrictive. Des éléments de preuve établissant que le jury a été exposé à quelque information ou influence étrangère au jury devraient être admis pour déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que cette information ou influence ait eu un effet sur le verdict du jury. De tels éléments de preuve devraient être admis, indépendamment du fait que ce soit un membre du jury ou quelqu'un d'autre qui vienne déposer à cet égard. Toutefois, bien que les jurés puissent témoigner quant à la question de savoir s'ils ont ou non été exposés à de l'information extrinsèque au cours de leurs délibérations, le tribunal ne devrait pas admettre d'éléments de preuve relatifs à l'effet de ces renseignements sur leurs délibérations. Comme je l'ai indiqué plus tôt, les cours de révision n'examinent pas le processus de délibération du juge qui a présidé le procès, au-delà de ce qui ressort de ses

pendence of the original adjudicator, or on the more pragmatic conclusion that the exercise would likely be futile, it applies with equal force to the deliberations of a jury. Clearly, in some cases, evidence that would be admissible under the extrinsic distinction would also fall within the meaning of obstructing justice in s. 139(2) of the *Criminal Code* and could therefore be disclosed pursuant to an investigation under s. 139(2) of the *Code*.

60 The majority of the Court of Appeal defined the jury deliberation process as including "statements made, opinions expressed, arguments advanced, or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings" (para. 140). The majority found that it was this core of jury secrecy and nothing more that Lord Mansfield's rule sought to protect. While I agree that this definition accurately reflects the current application of the common law rule in Canada, I think that it requires further clarification as to the distinction between matters intrinsic to the deliberation process, which cannot be revealed, and extrinsic matters which would be admissible without infringing the secrecy rule. The distinction between intrinsic and extrinsic matters is not always self-evident and it is not possible to articulate with complete precision what is contemplated by the idea of a matter "extrinsic" to the jury deliberation process.

61 Jurors are expected to bring to their task their entire life's experiences. It is on the basis of what they know about human behaviour, knowledge that they have obviously acquired outside the courtroom, that they are requested to assess credibility and to draw inferences from proven facts. Even though not the object of evidence tendered in the trial, an opinion, a piece of general information, or even some specialized knowledge that a juror may reveal in the course of the deliberations, is not an

motifs oraux ou écrits, même lorsque ces motifs révèlent très peu de choses. Que cette pratique judicieuse repose sur le respect de l'indépendance du premier décideur ou sur la conclusion plus pragmatique qu'il serait probablement futile de pousser l'examen plus loin, elle s'applique avec autant de force aux délibérations du jury. Il va de soi que, dans certains cas, un élément de preuve admissible en vertu de la distinction applicable à la preuve extrinsèque serait également visé par les dispositions en matière d'entrave à la justice du par. 139(2) du *Code criminel* et pourrait donc être produit dans le cadre d'une enquête fondée sur ce paragraphe.

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont dit que le processus de délibération du jury incluait les [TRADUCTION] « déclarations, opinions, arguments ou votes des membres du jury au cours de leurs délibérations dans toute instance judiciaire » (par. 140). La majorité a conclu que la règle de lord Mansfield vise à protéger les choses qui touchent au cœur du secret des délibérations du jury et rien de plus. Bien que je reconnaisse que cette définition reflète précisément l'application courante de la règle de common law au Canada, j'estime que des précisions s'imposent quant à la distinction entre les choses intrinsèques du processus de délibération, lesquelles ne peuvent être révélées, et les choses extrinsèques, lesquelles seraient admissibles sans atteinte à la règle sur le secret des délibérations du jury. La distinction entre les choses intrinsèques et extrinsèques n'est pas toujours évidente et il n'est pas possible de définir avec une précision absolue ce que vise la notion de chose « extrinsèque » au processus de délibération du jury.

L'on s'attend à ce que les jurés mettent à contribution tout leur bagage d'expériences dans l'accomplissement de leur tâche. C'est à partir de leurs connaissances sur le comportement humain, connaissances qu'ils ont évidemment acquises à l'extérieur de la salle d'audience, qu'on leur demande d'apprécier la crédibilité des témoins et de tirer des inférences des faits prouvés. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un élément de preuve produit au procès, une opinion, une information générale ou même un

extrinsic matter. Typically, such information would not be the object of evidence tendered at trial. It would be viewed as either irrelevant, too remote, or as attempting to usurp the functions of the jury. On the other hand, if a juror, or a third party, conveys to the jury information that bears directly on the case at hand that was not admitted at trial, by reason of an oversight or a strategic decision by counsel or, worse yet, by operation of an exclusionary rule of admissibility, then it is truly a matter "extrinsic" to the deliberation process and the fact that it was introduced into that process may be revealed.

The line between matters of general knowledge and information that bears directly on the case may not always be evident. For example, if a juror shares with his fellow jurors his detailed familiarity with the location where the crime was alleged to have been committed, this may be viewed as an intrinsic matter protected by the secrecy rule. If the same juror, however, went on a visit to the site, took photographs and brought them back to the jury room to support his interpretation of the facts at issue, this may be extrinsic, outside information that falls outside the secrecy rule. In my view, the limits of the secrecy rule as it exists at common law are properly expressed by the distinction between intrinsic and extrinsic evidence even though that distinction itself is at times difficult to discern. What remains to be determined is whether or not the common law rule of exclusion, as expressed above, should be modified or whether, in its present form, it is consistent with the principles of fundamental justice.

C. *Should the Common Law Rule Be Changed?*

The Crown's position is that Lord Mansfield's rule should be strictly applied and that the line should be drawn at the jury room door. In the Crown's submission, any information emanating

renseignement de nature spécialisée que révèle un juré au cours des délibérations ne constitue pas une chose extrinsèque. Généralement, un tel renseignement ne ferait pas partie de la preuve présentée au procès. Il serait considéré comme dépourvu de toute pertinence, trop éloigné ou encore comme une tentative d'usurpation des fonctions du jury. Par ailleurs, si un juré ou un tiers communique au jury des renseignements portant directement sur l'affaire en cause et qui n'ont pas été admis au procès soit par inadvertance, soit par suite d'une décision stratégique de l'avocat d'une partie ou, pire encore, par suite de l'application d'une règle d'exclusion de la preuve, il s'agit alors d'une chose « extrinsèque » au processus de délibération et le fait qu'ils ont été introduits dans ce processus peut être révélé.

62 La ligne de démarcation entre les connaissances générales et les informations portant directement sur l'affaire n'est pas toujours évidente. Par exemple, si un juré familier avec le lieu où le crime se serait produit donne des précisions aux autres jurés, cette information pourrait être perçue comme une chose intrinsèque protégée par la règle sur le secret des délibérations du jury. Toutefois, si le même juré se rendait sur les lieux en question et y prenait des photographies qu'il rapportait dans la salle des jurés pour appuyer son interprétation des faits en litige, il pourrait s'agir d'informations extrinsèques, de renseignements extérieurs qui ne seraient pas visés par la règle sur le secret des délibérations. À mon avis, les limites de cette règle, telle qu'elle existe en common law, sont bien définies par la distinction entre la preuve intrinsèque et la preuve extrinsèque, même si cette distinction est elle-même parfois difficile à cerner. Il reste à déterminer si la règle d'exclusion prévue par la common law, telle qu'elle a été énoncée plus haut, devrait être modifiée ou si, dans sa forme actuelle, elle respecte les principes de justice fondamentale.

C. *La règle de common law devrait-elle être modifiée?*

63 La thèse du ministère public est que la règle de lord Mansfield devrait être appliquée strictement et que la limite devrait être fixée au pas de la porte de la salle des jurés. Selon le ministère public, tout

from the jurors themselves, even evidence that one juror told the others that the accused has a previous criminal record, as was the case in *Thompson*, *supra*, should be inadmissible. According to the Crown, a clear, bright line is required in this area of the law and nuances based on whether evidence is extrinsic or intrinsic to the deliberation process should therefore be avoided.

renseignement émanant des jurés eux-mêmes, même la preuve qu'un juré a dit aux autres que l'accusé avait un casier judiciaire, comme dans l'affaire *Thompson*, précitée, devrait être inadmissible. De l'avis du ministère public, il est nécessaire de disposer d'une limite bien définie dans ce domaine du droit et, en conséquence, il faut éviter les nuances fondées sur la question de savoir si on est en présence d'une preuve extrinsèque ou intrinsèque par rapport au processus de délibération du jury.

64 The appellants' position is that the flexible, case-by-case approach advocated by Finlayson J.A. in his reasons in *Pan* should be preferred. When difficult cases present themselves in which the operation of Lord Mansfield's rule may be unjust, Finlayson J.A. concludes that "it is incumbent on the court to do more than maintain blind allegiance to a rule that may work an injustice" (para. 369). Instead, according to Finlayson J.A., the court must fashion a remedy that works justice in the particular circumstances of the case, even if that requires modifying Lord Mansfield's rule.

La thèse des appelants est que la méthode au cas par cas souple qu'a préconisée le juge Finlayson de la Cour d'appel, dans ses motifs de dissidence dans *Pan*, devrait être retenue. Dans des affaires délicates où l'application de la règle de lord Mansfield peut être source d'injustice, le juge Finlayson conclut qu'[TRADUCTION] « il incombe au tribunal de ne pas se contenter d'appliquer aveuglement une règle qui peut entraîner une injustice » (par. 369). De l'avis du juge Finlayson, le tribunal doit plutôt élaborer une réparation qui soit juste dans les circonstances particulières de l'espèce, même s'il faut pour cela modifier la règle de lord Mansfield.

65 In support of this approach, Finlayson J.A. refers to the case of *Zacharias*, *supra*. In that case, the appellant was convicted of fraud by a jury. After the trial, the foreman of the jury contacted defence counsel and told him that third parties had communicated false prejudicial information about the appellant to members of the jury. Defence counsel referred the matter to Crown counsel and an investigation was conducted in which 11 members of the jury were questioned. The investigation of the allegations did not reveal any evidence of an offence under what is now s. 139(2) of the *Code*. However, the investigation did disclose that the jurors believed that they would be kept in deliberations for two or three weeks if they told the judge that they were unable to agree, and that they also believed that they could not ask the trial judge for clarification as to what constitutes a hung jury.

Au soutien de cette approche, le juge Finlayson invoque l'arrêt *Zacharias*, précité. Dans cette affaire, l'appelant a été déclaré coupable de fraude par un jury. Après le procès, le président du jury a communiqué avec l'avocat de la défense et lui a dit que des tiers avaient donné à des membres du jury de faux renseignements préjudiciables au sujet de l'appelant. L'avocat de la défense a communiqué cette information à l'avocat du ministère public et on a alors mené une enquête au cours de laquelle 11 membres du jury ont été interrogés. L'enquête sur ces allégations n'a pas permis de découvrir quelque preuve que ce soit d'une infraction à la disposition qui est maintenant le par. 139(2) du *Code*. Elle a toutefois révélé que les jurés croyaient qu'ils seraient contraints de délibérer pendant deux ou trois semaines s'ils disaient au juge qu'ils étaient incapables de s'entendre, et qu'ils croyaient également ne pas avoir le droit de demander au juge des précisions sur ce qui constitue un désaccord du jury.

The Court of Appeal in *Zacharias* concluded that the investigators were wrong in not preventing the jurors from revealing evidence of their deliberations. However, the Court also concluded that the disclosed information supported the conclusion that the jurors rendered a verdict of guilty because they did not fully understand the options open to them. In the result, the Court of Appeal, while noting that the "peculiar circumstances of this case ought to strip it of any precedent-setting value for probing a jury's deliberations in other cases", held that the conviction should be quashed and a new trial ordered (p. 284). The *Zacharias* case appears to be the only Canadian decision that has allowed the disclosure of jury deliberations for the purpose of impeaching the verdict: see *Wilson*, *supra*, at p. 574.

Dans l'affaire *Zacharias*, la Cour d'appel a conclu que les enquêteurs avaient eu tort de ne pas empêcher les jurés de révéler des éléments de preuve au sujet de leurs délibérations. Toutefois, la cour a également jugé que les renseignements divulgués appuyaient la conclusion que les jurés avaient rendu un verdict de culpabilité parce qu'ils ne comprenaient pas parfaitement les solutions qui s'offraient à eux. Par conséquent, tout en soulignant que les [TRADUCTION] « circonstances particulières de l'espèce devraient lui enlever toute valeur de précédent qui justifierait l'investigation des délibérations du jury dans des affaires subséquentes », la Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès (p. 284). L'affaire *Zacharias* semble être la seule décision canadienne dans laquelle le tribunal a autorisé la divulgation des délibérations du jury aux fins de contestation du verdict : voir l'arrêt *Wilson*, précité, p. 574. 66

Under the case-by-case approach advocated by the appellants and Finlayson J.A., the court could admit any evidence of irregularities in the jury proceedings for the purpose of impeaching the verdict where it considered that such evidence may have affected the outcome of the trial. The advantage of this approach is obviously that it ensures a thorough review of the integrity of the verdict by shedding light on any impropriety or error that may have tainted the jury's deliberations. The evidence can be admitted regardless of whether the alleged impropriety results from some outside influence or emanates from inside the jury room. Taken to its logical conclusion, this approach would suggest that, for the purposes of facilitating the best possible reconstruction of the deliberation process, should such reconstruction be required, minutes or some form of record of the jury's deliberations should be kept. Even without going that far, I do not think that this approach is sound.

Suivant la méthode au cas par cas préconisée par les appelants et le juge Finlayson de la Cour d'appel, le tribunal pourrait admettre toute preuve d'irrégularités dans les délibérations du jury aux fins de contestation du verdict lorsqu'il estime que cet élément de preuve peut avoir influé sur l'issue du procès. L'avantage de cette méthode est évidemment qu'elle garantit un examen approfondi de l'intégrité du verdict en mettant en lumière toute irrégularité ou erreur susceptible d'avoir vicié les délibérations du jury. La preuve peut être admise indépendamment du fait que l'irrégularité alléguée résulte de quelque influence extérieure ou émane de l'intérieur de la salle des jurés. Poussée à sa conclusion logique, cette approche semble indiquer que, en vue de faciliter la reconstitution la plus fidèle possible du processus de délibération, à supposer qu'une telle reconstitution s'avérerait nécessaire, il faudrait consigner dans un procès-verbal ou par quelque autre moyen les délibérations du jury. Même sans aller jusque là, je ne crois pas que cette approche soit judicieuse. 67

While the case-by-case approach ensures that no occurrences of jury misconduct are shielded from review, it also undermines, in a fundamental way, the very concept of jury secrecy. If the confidenti-

Quoique l'approche au cas par cas fasse en sorte qu'aucune conduite fautive du jury n'est à l'abri du contrôle judiciaire, elle a également pour effet de miner, d'une manière fondamentale, la notion 68

ality of the jury deliberation process is contingent on whether any allegations of impropriety are later raised following the conclusion of the trial, jury secrecy will be an illusory concept. We would be doing jurors a disservice, in my view, to tell them, on the one hand, that everything they say in the course of their deliberations is private and confidential, and, on the other hand, to decide after the deliberations are over whether in fact we will give effect to our guarantee of confidentiality. Given the importance of preserving the secrecy of jury deliberations in order to foster free and frank debate in the jury room and to protect jurors from harassment, we should not adopt an approach that determines whether the deliberations of the jury will remain secret after the fact, on a case-by-case basis. More certainty and predictability is required for jury secrecy to be meaningful.

même de secret des délibérations du jury. Si la confidentialité du processus de délibération du jury dépend de la question de savoir si quelqu'un présentera ou non des allégations d'irrégularité après le procès, le secret des délibérations du jury ne sera qu'un concept illusoire. À mon avis, ce serait rendre un bien mauvais service aux jurés de leur indiquer dans un premier temps que tout ce qu'ils disent au cours de leurs délibérations est secret et confidentiel, mais de décider dans un second temps, une fois les délibérations terminées, si nous donnerons effet concrètement à notre garantie de confidentialité. Compte tenu de l'importance de la préservation du secret des délibérations du jury afin d'encourager la tenue de débats ouverts et francs dans la salle des jurés et de protéger les jurés contre le harcèlement, nous ne devrions pas adopter une approche suivant laquelle on décide après coup, au cas par cas, si les délibérations du jury resteront secrètes. Davantage de certitude et davantage de prévisibilité sont nécessaires pour que le secret des délibérations du jury garde tout son sens.

69 The interpretation of the common law rule adopted by the majority of the Court of Appeal is similar to the statutory rule of evidence in the United States set out in Federal Rule 606(b). Rule 606(b), or a modified version thereof, has been adopted in many U.S. states. It provides that:

> Upon an inquiry into the validity of a verdict or indictment, a juror may not testify as to any matter or statement occurring during the course of the jury's deliberations or to the effect of anything upon that or any other juror's mind or emotions as influencing the juror to assent to or dissent from the verdict or indictment or concerning the juror's mental processes in connection therewith, except that a juror may testify on the question whether extraneous prejudicial information was improperly brought to the jury's attention or whether any outside influence was improperly brought to bear upon any juror . . . . [Emphasis added.]

L'interprétation de la règle de common law qu'ont adoptée les juges de la majorité de la Cour d'appel s'apparente à la règle de preuve américaine prévue à la règle 606(b) des *Federal Rules of Evidence*. Cette règle — ou une version modifiée de celle-ci — a été adoptée par de nombreux États américains. Elle prévoit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Lors d'une enquête au sujet de la validité d'un verdict ou d'une inculpation, un juré ne peut témoigner au sujet de quelque fait — déclaration ou autre événement — survenant au cours des délibérations du jury ou de l'effet de quoi que ce soit sur son esprit ou ses émotions ou sur ceux d'un autre juré qui l'aurait amené à se prononcer pour ou contre le verdict ou l'inculpation ou au sujet de son raisonnement sur ces éléments; toutefois, il peut témoigner à l'égard de la question de savoir si des renseignements externes préjudiciables ont été irrégulièrement portés à l'attention du jury ou si quelque influence externe a irrégulièrement été exercée à l'endroit de tout juré . . . [Je souligne.]

70 The Rule is essentially a rule of exclusion. It renders inadmissible matters internal to the deliberation process, including the effect of anything on

Cette disposition est essentiellement une règle d'exclusion. Elle rend inadmissible des choses internes au processus de délibération, y compris

a juror's mind. Subject to that prohibition, it permits the introduction of evidence of "extraneous prejudicial information" and "outside influence". The Rule, which applies in both civil and criminal cases, appears to have generated considerable litigation in the United States. This may in part be due to the fact that there is no equivalent of s. 649 of the *Criminal Code* to prevent jurors from public disclosure of their deliberations. The revelations that are often made by jurors after the trial, to the parties and to the press, may provide fertile ground for impeachment of the verdict, yet that impeachment is still subject to Rule 606(b). It is also important to remember that there is generally no appeal from acquittal under U.S. law, and that improprieties in jury deliberations leading to an acquittal, even when revealed publicly by the jurors themselves, are no basis for redress.

l'effet de quoi que ce soit sur l'esprit d'un juré. Sous réserve de cette interdiction, elle permet la production d'éléments de preuve de « renseignements externes préjudiciables » et d'« influence externe ». La règle, qui s'applique autant au civil qu'au pénal, semble avoir donné lieu à beaucoup de litiges aux États-Unis. Cette situation est peut-être due en partie à l'absence d'une disposition équivalente à l'art. 649 de notre *Code criminel* qui interdit aux jurés de rendre publiques leurs délibérations. Les fréquentes révélations que font des jurés aux parties et aux médias après les procès aux États-Unis peuvent constituer une abondante source de contestation des verdicts, mais de telles contestations demeurent subordonnées à l'application de la règle 606(b). Il importe également de se rappeler que, en droit américain, il n'est généralement pas possible d'interjeter appel d'un acquittement et que les irrégularités qui seraient survenues au cours de délibérations du jury aboutissant à un acquittement, même lorsqu'elles sont dénoncées publiquement par les jurés eux-mêmes, ne peuvent fonder une demande de réparation.

In light of the above, it is unnecessary to review extensively the American jurisprudence on this point. On its face, the Rule does not render information concerning internal jury deliberations admissible, even where this evidence indicates concerns about the performance of the jury. For example, in *Tanner v. United States*, 483 U.S. 107 (1987), the majority held that evidence that jurors had consumed drugs and alcohol during the course of the trial was not admissible. The approach to admissibility embodied in Rule 606(b) is similar to the approach in Canada, as described by the Court of Appeal, which focuses on whether the evidence relates to information or an influence originating from outside of the jury deliberation process.

71 Compte tenu de ce qui précède, il est inutile d'examiner de manière approfondie la jurisprudence américaine sur ce point. À première vue, la règle ne rend pas admissibles les renseignements portant sur les délibérations internes du jury, même lorsqu'une telle preuve révèle des inquiétudes au sujet de la façon dont le jury s'est acquitté de sa tâche. Dans l'affaire *Tanner c. United States*, 483 U.S. 107 (1987), par exemple, les juges formant la majorité ont conclu que la preuve indiquant que des jurés avaient consommé de la drogue et de l'alcool pendant le procès n'était pas admissible. L'approche en matière d'admissibilité établie par la règle 606(b) est analogue à l'approche canadienne, telle qu'elle a été décrite par la Cour d'appel, laquelle s'attache à la question de savoir si la preuve porte sur des informations ou influences extérieures au processus de délibération du jury.

The Law Reform Commission of Canada in its Working Paper 27 entitled *The Jury in Criminal Trials* (1980) formulated a different approach to the protection of the secrecy of deliberations. The

72 Dans son Document de travail 27 intitulé *Le jury en droit pénal* (1980), la Commission de réforme du droit du Canada a formulé une approche différente en matière de protection du secret

proposed Recommendation reads as follows (at p. 149):

27.1 The validity of a verdict may not be inquired into except upon an application to the Minister of Justice.

27.2 The Minister of Justice may, upon an application by or on behalf of a person who has been convicted by a jury, order a new trial, if after inquiry he is satisfied that some irregularity or misconduct occurred during the jury deliberations which indicates that the verdict did not reflect the judgment of all jurors.

27.3 Upon an inquiry into the validity of a verdict, a juror may not give evidence concerning the effect of anything upon his or any other juror's mind or emotions as influencing him to assent or to dissent from the verdict or concerning his mental processes in connection therewith. Nor may his affidavit or evidence of any statement by him indicating an effect of this kind be received for these purposes. [Emphasis added.]

This Recommendation was not included in the final report of the Law Reform Commission on the jury: Report 16, *The Jury* (1982). The reasons for its exclusion from the final report are not indicated.

73 The procedural aspect of this Recommendation, dealing with a review by the Minister of Justice, is obviously not before us. I simply turn to the way in which the Commission articulated the ambit of jury secrecy. The Recommendation seeks to maintain the prohibition against probing into the mental processes of jurors, while permitting exposure of irregularities or misconduct, presumably by the jurors or anyone else, that indicate that the verdict does not "reflect the judgment of all jurors". Standing alone, the Commission's Recommendation would not permit review of a verdict which may "reflect the judgment of all jurors", but which may have been tainted by an outside influence or extraneous prejudicial information. In contrast, such extrinsic evidence would be admissible under the American rule and under the common law rule as set out by the Court of Appeal.

des délibérations du jury. La recommandation proposée est ainsi rédigée (à la p. 153) :

27.1 La validité d'un verdict ne peut jamais faire l'objet d'une enquête sauf par requête au ministre de la Justice.

27.2 Le ministre de la Justice peut, à la demande d'une personne reconnue coupable par un jury, ordonner la tenue d'un nouveau procès si, après enquête, il est convaincu qu'il y a eu, au cours des délibérations, une irrégularité ou une inconduite montrant que le verdict n'est pas l'expression du jugement de tous les jurés.

27.3 Au cours d'une enquête sur la validité d'un verdict, un juré ne peut pas faire de déposition sur ce qui a influencé son esprit ou ses sentiments, ou ceux des autres jurés et l'a incité à appuyer le verdict ou à s'en dissocier, ou sur le raisonnement qu'il a suivi pour parvenir au verdict. Un affidavit d'un juré ou une preuve d'une déclaration de sa part indiquant qu'il a subi une influence de ce genre est irrecevable aux fins de cette enquête. [Je souligne.]

Cette recommandation n'a pas été incluse dans le rapport final de la Commission de réforme du droit du Canada sur le jury : Rapport 16, *Le jury* (1982). Les raisons pour lesquelles elle a été écartée ne sont pas indiquées.

L'aspect procédural de cette recommandation, qui pourvoit à la tenue d'une enquête par le ministre de la Justice, n'est évidemment pas une question dont nous sommes saisis. Je vais simplement m'arrêter à la façon dont la Commission a défini le champ d'application du secret des délibérations du jury. La recommandation propose de maintenir l'interdiction d'enquêter sur les raisonnements des jurés, tout en permettant la divulgation des irrégularités ou inconduites — vraisemblablement par les jurés ou par toute autre personne — montrant que le verdict « n'est pas l'expression du jugement de tous les jurés ». À elle seule, la recommandation de la Commission ne permettrait pas l'examen d'un verdict qui pourrait être « l'expression du jugement de tous les jurés », mais serait susceptible d'avoir été vicié par une influence externe ou par des renseignements externes préjudiciables. Par contraste, une telle preuve extrinsèque serait admissible en vertu de la règle américaine et en vertu de la règle de common law telle qu'elle a été énoncée par la Cour d'appel.

The Commission's formulation of the rule of admissibility has appeal because it renders admissible evidence of facts or events, beyond the ones classified as "extrinsic" by the Court of Appeal, that may reveal that the verdict was arrived at improperly, such as by a coin toss or majority vote. However, an exception that renders admissible evidence that the verdict "did not reflect the judgment of all jurors" may also capture circumstances where it is not the collective decision-making process of the jury that is alleged to be improper, such as arriving at the verdict by a coin toss, but rather the possibility that the decision of one or more of the jurors was influenced by something other than the relevant facts and law. For example, an allegation by a juror that he or she suppressed a dissenting view because of undue pressure from the other jurors, or that others arrived at their decisions because of biased and prejudicial opinions, might be admissible under this exception, as it suggests that the verdict may not have been the result of a unanimous decision of all jurors based on the facts and evidence. Such allegations could be interpreted as suggesting that the verdict did not "reflect the judgment of all jurors".

74 La règle d'admissibilité formulée par la Commission est attrayante parce qu'elle rend admissible la preuve de faits ou d'événements — outre ceux classés comme « extrinsèques » par la Cour d'appel — pouvant révéler que le verdict a été arrêté de manière irrégulière, par exemple en décidant à pile ou face ou par un vote majoritaire. Toutefois, une exception rendant admissible la preuve que le verdict n'était pas « l'expression du jugement de tous les jurés » peut aussi viser des situations où on reproche non pas l'irrégularité du processus décisionnel collectif du jury, par exemple le fait que le verdict ait été décidé à pile ou face, mais plutôt la possibilité que la décision d'un juré ou de plusieurs d'entre eux ait été influencée par autre chose que les faits et le droit pertinents. Ainsi, l'allégation d'un juré portant qu'il a retiré sa dissidence par suite de pressions indues des autres jurés ou que ceux-ci ont pris leurs décisions en se fondant sur des opinions partiales et préjudiciables pourrait être admissible sous le régime de cette exception, car elle tend à indiquer que le verdict n'est peut-être pas le résultat d'une décision unanime de tous les jurés fondée sur les faits et la preuve. De telles allégations pourraient être interprétées comme une indication que le verdict n'était pas « l'expression du jugement de tous les jurés ».

It is not uncommon for jurors to have second thoughts, after the trial is over, as to whether or not they should have delivered the verdict that they did. At that point they may come forward and state that they did not agree with the verdict delivered by the jury, although they expressed their agreement at the time the verdict was delivered. These second thoughts may result from information obtained following the conclusion of the trial, such as exposure to evidence excluded during the course of the trial, or they may arise from a juror's own thought processes. Whatever the origins of these second thoughts, they should fall squarely within the common law rule of jury secrecy and should not be admissible to impeach the verdict.

75 Il n'est pas rare que, une fois le procès terminé, des jurés se demandent si le verdict qu'ils ont rendu était le bon. Ils peuvent alors venir dire qu'ils n'étaient pas d'accord avec le verdict du jury, bien qu'ils y aient acquiescé lorsqu'il a été rendu. Ces doutes peuvent être provoqués par des renseignements obtenus après le procès, par exemple des éléments de preuve écartés au cours du procès, ou encore être le fruit du propre raisonnement du juré. Quelle que soit la source de ces doutes, ils tombent nettement dans le champ d'application de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et ne devraient pas être admissibles aux fins de contestation du verdict.

In my view, the Commission's Recommendation should not form part of the common law rule of exclusion. While it has the advantage of capturing the coin toss and majority verdict cases, which

76 À mon avis, la recommandation de la Commission ne devrait pas faire partie de la règle d'exclusion de common law. Bien qu'elle offre l'avantage de s'appliquer aux verdicts décidés à pile ou face

arise rarely but raise serious concerns about the integrity of the verdict, it would unduly complicate the existing rule and would result in greater uncertainty as to when it is appropriate to inquire into the secrecy of jury deliberations. I conclude therefore that the Commission's Recommendation should not be integrated into the common law rule of jury secrecy, whether in place of the extrinsic evidence exception contained in the common law rule as set out below, or in addition to the common law rule.

77 In light of the above, in my view a proper interpretation of the modern version of Lord Mansfield's rule is as follows: statements made, opinions expressed, arguments advanced and votes cast by members of a jury in the course of their deliberations are inadmissible in any legal proceedings. In particular, jurors may not testify about the effect of anything on their or other jurors' minds, emotions or ultimate decision. On the other hand, the common law rule does not render inadmissible evidence of facts, statements or events extrinsic to the deliberation process, whether originating from a juror or from a third party, that may have tainted the verdict.

78 This modern formulation of the rule, which reflects the approach of the majority of the Court of Appeal, best ensures that the sanctity of the jury's deliberations is preserved by promoting in equal measure the secrecy and confidentiality indispensable to the deliberation process and the exposure of serious matters casting doubt on the integrity of the verdict.

D. *Does the Common Law Rule Infringe the Charter?*

79 The appellants submit that the common law rule of jury secrecy infringes their rights under ss. 7, 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*. In my view, it is unnecessary in the present case to address the appellants' arguments concerning ss. 11(*d*) and

ou par un vote majoritaire, affaires plutôt rares mais qui soulèvent néanmoins de sérieuses inquiétudes quant à l'intégrité du verdict, elle compliquerait de manière excessive la règle existante et créerait davantage d'incertitude quant aux cas où il faut lever, dans le cadre d'une enquête, le secret des délibérations du jury. Par conséquent, je conclus que la recommandation de la Commission ne devrait pas être intégrée dans la règle de common law sur le secret des délibérations du jury, que ce soit en la substituant à l'exception relative à la preuve extrinsèque comprise dans la règle de common law décrite plus loin, ou en l'ajoutant à cette règle.

Compte tenu de ce qui précède, voici, à mon avis, l'interprétation qu'il convient de donner à la version moderne de la règle de lord Mansfield : les déclarations, opinions, arguments et votes des membres d'un jury dans le cours de leurs délibérations sont inadmissibles dans toute instance judiciaire. Plus particulièrement, un juré ne peut témoigner sur l'effet qu'a eu quoi que ce soit sur son esprit, ses sentiments ou sa décision finale, ou sur l'esprit, les sentiments ou la décision finale des autres jurés. Par ailleurs, la règle de common law ne rend pas inadmissible la preuve de faits, déclarations ou événements extérieurs au processus de délibération et susceptibles d'avoir vicié le verdict, que cette preuve émane d'un juré ou d'un tiers.

Cette formulation moderne de la règle, qui reflète l'approche retenue par les juges de la majorité de la Cour d'appel, est celle qui protège le mieux le caractère sacré des délibérations du jury en favorisant dans une égale mesure le secret et la confidentialité indispensables au processus de délibération d'une part, et la divulgation de choses sérieuses soulevant des doutes sur l'intégrité du verdict d'autre part.

D. *La règle de common law contrevient-t-elle à la Charte?*

Les appelants font valoir que la règle de common law sur le secret des délibérations du jury porte atteinte aux droits que leur garantissent l'art. 7 et les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*. À mon avis, il n'y a pas lieu en l'espèce d'examiner les

11(*f*) of the *Charter*. I agree with the Court of Appeal that the alleged *Charter* violations in the present appeals are more properly dealt with under s. 7 of the *Charter* and that nothing would be gained by also analysing the alleged violations under ss. 11(*d*) or 11(*f*). I will therefore confine my analysis to whether the common law rule and s. 649 of the *Criminal Code* are consistent with the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter*.

arguments des appelants au sujet des al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle, d'une part, c'est au regard de l'art. 7 de la *Charte* qu'il convient d'examiner les atteintes à la *Charte* reprochées dans les présents pourvois, et, d'autre part, il n'y a aucun avantage à analyser également les atteintes aux al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* qu'on reproche. Je vais en conséquence limiter mon analyse à la question de savoir si la règle de common law et l'art. 649 du *Code criminel* respectent les principes de justice fondamentale constitutionnalisés à l'art. 7 de la *Charte*.

The starting point of the appellants' arguments concerning jury secrecy is that the secrecy of jury deliberations is a problem from the accused's perspective, and that allowing accused persons to access evidence of jurors concerning the deliberation process would provide greater assurance of fairness to the accused. In some circumstances, this may no doubt be true. It is important to emphasize, however, that modifying the common law rule in the manner suggested by the appellants would not necessarily benefit accused persons in all cases. If jurors know that the views they express in the jury room may eventually come to light, they may be less inclined to argue for a verdict that may be perceived as unpopular. For example, a juror who has serious concerns about the foundations of a conviction might rapidly accede to the majority viewpoint of convicting an accused charged with a horrible crime rather than attempt to argue for, or even explore out loud, the arguments favouring an acquittal, fearful of possible negative public exposure.

80 L'argumentation des appelants sur le secret des délibérations du jury part des prémisses que le secret des délibérations est un problème pour l'accusé et que le fait de donner aux inculpés accès à la preuve émanant des jurés relativement à leurs délibérations assurerait aux premiers une plus grande garantie d'équité. Il ne fait aucun doute que cela pourrait être le cas dans certaines circonstances. Toutefois, il importe de souligner que le fait de modifier la règle de common law comme le proposent les appelants ne profiterait pas nécessairement dans tous les cas à l'accusé. Si les jurés savent que les opinions qu'ils expriment dans la salle des jurés risquent éventuellement d'être révélées, ils pourraient être moins enclins à préconiser un verdict susceptible d'être jugé impopulaire. Par exemple, un juré qui aurait de sérieuses réserves quant aux assises d'une déclaration de culpabilité pourrait se rallier rapidement au point de vue de la majorité et déclarer coupable une personne inculpée d'un crime horrible plutôt que de tenter de préconiser l'acquittement ou même simplement d'exprimer à voix haute les arguments en faveur de cette décision, par crainte d'une possible réaction négative du public.

The common law rule of jury secrecy, in combination with s. 649 of the *Code*, helps to ensure that jurors feel comfortable freely expressing their views in the jury room and that jurors who hold minority viewpoints do not feel pressured to retreat from their opinions because of possible negative repercussions associated with the disclosure of their positions. It is of course also possible

81 Conjuguée à l'art. 649 du *Code*, la règle de common law sur le secret des délibérations du jury permet de faire en sorte que les jurés se sentent à l'aise d'exprimer librement leurs points de vue dans la salle des jurés et que ceux d'entre eux qui ont des opinions minoritaires ne se sentent pas contraints d'y renoncer en raison des répercussions négatives que pourrait entraîner leur expression.

that evidence of juror improprieties, misconduct or error, if admissible, would serve to undermine the validity of an acquittal, rather than a conviction, and could cast a permanent shadow over that acquittal even if it were not overturned on appeal.

82 In addition, it is not at all clear that evidence given by jurors after the verdict concerning the substance of their deliberations would be a good indication of what actually occurred in the jury room. As the majority of the Court of Appeal notes, at para. 148:

> It is also questionable how reliable a post-verdict reconstruction of a jury's understanding of the evidence and the law would be. Memories are likely to fade. Individual jurors could be subject to pressure from litigants who want to influence the process. Further, some jurors, for any number of reasons, may want to revisit their decision and hence, unwittingly or not, could tailor their recollection accordingly.

This is particularly true if jurors are made aware, after the verdict, of the existence of properly excluded evidence which may lead them to reassess the facts in a different light.

83 In my view, erosions of the guarantees of jury secrecy beyond the existing boundaries would also result in the eventual erosion of the integrity of the jury as decision maker in criminal cases. The constitutional entrenchment of the right to trial by jury under s. 11(*f*) of the *Charter* means that jury trials will continue to be an important component of our criminal justice system. The secrecy of the deliberation process, both during and after the conclusion of the trial, is a vital and necessary component of the jury system. Given that the right to a trial by jury is guaranteed by the *Charter*, it is not open to us to adopt an approach that would threaten the jury's ability to carry out its role fairly and diligently. The principles of fundamental justice require that the integrity of the jury be preserved,

Évidemment, il est également possible que la preuve de quelque irrégularité, conduite fautive ou erreur des jurés, si cette preuve est admissible, ait pour effet de miner la validité d'un acquittement plutôt que d'une déclaration de culpabilité et jette un doute permanent sur cet acquittement s'il n'est pas annulé en appel.

En outre, il n'est pas du tout certain que les dépositions des jurés après le verdict au sujet de la teneur de leurs délibérations donneraient une bonne indication de ce qui s'est réellement passé dans la salle des jurés. Comme l'ont souligné les juges formant la majorité de la Cour d'appel, au par. 148 :

> [TRADUCTION] On peut aussi s'interroger sur le degré de fiabilité qu'aurait une reconstitution, après le verdict, de la compréhension qu'avait le jury de la preuve et du droit pertinents. Les souvenirs risquent de s'estomper. Les jurés pourraient, individuellement, faire l'objet de pressions par des plaideurs cherchant à influencer le processus. De plus, certains jurés pourraient, pour mille et une raisons, vouloir changer leur décision et, de ce fait, inconsciemment ou non, adapter leurs souvenirs en conséquence.

Cela pourrait se produire de façon plus particulière dans les cas où des jurés apprennent, après le verdict, l'existence d'éléments de preuve qui, bien qu'ayant à juste titre été écartés, pourraient amener ces jurés à réévaluer les faits sous un éclairage différent.

À mon avis, l'érosion des mesures garantissant le secret des délibérations du jury en-deçà des limites actuelles se traduirait en bout de ligne par l'érosion de l'intégrité de l'institution du jury comme décideur dans les affaires pénales. La constitutionnalisation du droit à un procès devant jury à l'al. 11*f*) de la *Charte* signifie que les procès devant jury continueront d'être un élément important de notre système de justice pénale. Le secret du processus de délibération — tant pendant le procès qu'après celui-ci — constitue un aspect vital et nécessaire de l'institution du jury. Comme le droit à un procès devant jury est garanti par la *Charte*, il ne nous est pas loisible d'adopter une approche susceptible de compromettre la capacité du jury de s'acquitter de son rôle de façon équi-

and, in my opinion, it is best preserved by the common law rule as interpreted above.

table et diligente. Les principes de justice fondamentale exigent la protection de l'intégrité du jury et, à mon avis, c'est la règle de common law, telle qu'elle a été interprétée plus haut, qui assure le mieux cette protection.

E. *Does Section 649 of the Criminal Code Infringe the Charter?*

E. *L'article 649 du Code criminel contrevient-il à la Charte?*

The appellants submit that s. 649 of the *Criminal Code* violates their rights under ss. 7, 11(*d*), and 11(*f*) of the *Charter*. Section 649 of the *Code* makes it an offence for a juror to disclose "any information relating to the proceedings of the jury when it was absent from the courtroom", except where that information was subsequently disclosed in open court or is disclosed for the purposes of an investigation or criminal proceedings in relation to an offence of obstructing justice under s. 139(2) of the *Code*.

84 Les appelants prétendent que l'art. 649 du *Code criminel* porte atteinte aux droits que leur garantissent l'art. 7 et les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*. Aux termes de l'art. 649 du *Code*, le fait qu'un juré divulgue « tout renseignement relatif aux délibérations du jury, alors que celui-ci ne se trouvait pas dans la salle d'audience » constitue une infraction, sauf si ces renseignements ont par la suite été divulgués en plein tribunal ou dans le cadre d'une enquête ou de poursuites pénales relativement à l'infraction d'entrave à la justice prévue au par. 139(2) du *Code*.

In the appellants' submissions, s. 649 is unconstitutional because it precludes an accused person from gathering the "evidentiary bricks", as this Court used that term in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608, which are necessary to demonstrate that improprieties occurred during the jury's deliberations that call into question the validity of the verdict. The majority of the Court of Appeal held that the term "proceedings of the jury" in s. 649 of the *Code* refers to the deliberation process as defined at common law, namely "statements made, opinions expressed, arguments advanced, or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings" (para. 140). Under this interpretation, the type of information that jurors are prohibited from disclosing under s. 649 is the same type of evidence that the common law renders inadmissible. I agree with the majority of the Court of Appeal that s. 649 prohibits the disclosure of information which lies at the core of jury secrecy to which the common law rule of exclusion applies.

85 Dans leurs observations, les appelants prétendent que l'art. 649 est inconstitutionnel parce qu'il empêche l'accusé de recueillir les « éléments de preuve nécessaires », au sens de l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608, pour démontrer qu'il s'est produit, au cours des délibérations du jury, des irrégularités mettant en doute la validité du verdict. Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont conclu que l'expression « délibérations du jury » à l'art. 649 du *Code* s'entend du processus de délibération tel qu'il est défini en common law, à savoir les [TRADUCTION] « déclarations, opinions, arguments ou votes des membres d'un jury au cours de leurs délibérations dans toute instance judiciaire » (par. 140). Suivant cette interprétation, le type de renseignements que l'art. 649 interdit aux jurés de communiquer est le même type d'éléments de preuve que la common law rend inadmissibles. Je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle l'art. 649 interdit la divulgation de renseignements qui touchent au cœur du secret des délibérations du jury et auxquels s'applique la règle d'exclusion prévue par la common law.

86 The majority of the Court of Appeal concluded, in my view correctly, that the constitutionality of s. 649 is only engaged if, and to the extent that, s. 649 prevents the appellants from gathering evidence that would otherwise be admissible in legal proceedings. I concluded above that, properly interpreted, the common law rule of exclusion is constitutionally sound. That rule would have precluded the admission of the proposed fresh evidence in both the *Pan* and *Sawyer* appeals. As a result, it is not necessary to address the constitutionality of s. 649 for the purposes of the present appeals. Since the evidentiary bricks that Pan and Sawyer seek to gather would at any rate be inadmissible, it cannot be said that they have been prejudiced by being denied access to inadmissible evidence.

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont conclu, à bon droit selon moi, que la constitutionnalité de l'art. 649 n'est en cause que dans la mesure où cette disposition empêche les appelants de recueillir des éléments de preuve qui seraient par ailleurs admissibles dans des procédures judiciaires. J'ai conclu précédemment que, suivant l'interprétation qu'il convient de lui donner, la règle d'exclusion prévue par la common law est constitutionnelle. Cette règle aurait empêché l'admission des éléments de preuve nouveaux qu'on désirait présenter, tant dans le pourvoi *Pan* que dans le pourvoi *Sawyer*. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de s'interroger sur la constitutionnalité de l'art. 649 dans le cadre des présents pourvois. Puisque les éléments de preuve nécessaires que Pan et Sawyer veulent recueillir seraient de toute façon inadmissibles, il est impossible d'affirmer qu'ils ont subi un préjudice du fait qu'on leur a refusé l'accès à des éléments de preuve inadmissibles.

87 Nevertheless, I think that it is helpful to discuss the relationship between s. 649 and the common law rule. Finlayson J.A. undertook a thorough and helpful review of the legislative history of the *Code* provision. Although that history suggests that its enactment was prompted by concerns about juror disclosures to the media, rather than by a desire to codify the common law rule, it does not follow, in my view, that there is no connection between the common law rule of exclusion and s. 649 of the *Code*. Rather, the two must, if possible, be reconciled in a coherent fashion and in accordance with the requirements of the *Charter*.

Néanmoins j'estime qu'il est utile d'examiner la corrélation entre l'art. 649 et la règle de common law. Le juge Finlayson de la Cour d'appel a fait une analyse approfondie et utile de l'historique législatif de cette disposition du *Code*. Bien que cet historique tende à indiquer que l'adoption de cette disposition était motivée par des inquiétudes liées aux révélations que les jurés pourraient faire aux médias plutôt que par le désir de codifier la règle de common law, il ne s'ensuit pas nécessairement, selon moi, qu'il n'y a aucun lien entre l'art. 649 du *Code* et la règle d'exclusion prévue par la common law. Au contraire, la règle et l'article doivent, si possible, être conciliés de façon cohérente et en conformité avec les exigences de la *Charte*.

88 In my view, the majority of the Court of Appeal interpreted the statutory provision correctly and in a manner consistent with *Charter* requirements by concluding that the phrase "proceedings of the jury" in s. 649 of the *Code* does not apply to a broader range of circumstances than is covered by the common law rule. Whatever the impetus for the enactment of s. 649 of the *Code*, it meets the

Je suis d'avis que les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont interprété la disposition législative d'une manière juste et conforme aux exigences de la *Charte* en concluant que l'expression « délibérations du jury » à l'art. 649 du *Code* ne s'applique pas à un éventail plus large de circonstances que celles visées par la règle de common law. Quelle qu'ait été la motivation à l'ori-

requirements of s. 7 of the *Charter* in that it does not prevent a juror from revealing any information that would be admissible in proceedings to impeach the jury's verdict. At the same time, it reinforces the importance of jury secrecy, within the proper ambit of the modern common law rule.

gine de l'adoption de l'art. 649 du *Code*, cette disposition satisfait aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'elle n'empêche pas un juré de divulguer tout renseignement qui serait admissible dans une procédure contestant le verdict du jury. Elle a également pour effet de renforcer l'importance du secret des délibérations du jury, dans les limites appropriées du champ d'application de la règle de common law moderne.

The common law rule of jury secrecy, in combination with the mirror prohibition on disclosure under s. 649 of the *Code*, serves to further the policy goals of promoting free and frank debate among jurors, protecting jurors from harassment, and preserving public confidence in the administration of justice. The role of each juror in respecting the confidentiality of the deliberation process serves to maintain public confidence in the criminal justice system. This was expressed as far back as 1922, in *R. v. Armstrong*, [1922] All E.R. 153 (C.A.), at p. 157, where Lord Hewart C.J. said:

89 Conjuguée à l'interdiction parallèle de divulgation prévue par l'art. 649 du *Code*, la règle de common law sur le secret des délibérations du jury tend à la réalisation des objectifs d'intérêt général que sont l'encouragement de débats francs et ouverts au sein du jury, la protection des jurés contre le harcèlement et le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice. Le rôle de chaque juré dans le respect de la confidentialité du processus de délibération contribue au maintien de la confiance du public dans le système de justice pénale. C'est ce qu'exprimait déjà, en 1922, dans l'arrêt *R. c. Armstrong*, [1922] All E.R. 153 (C.A.), p. 157, le lord juge en chef Hewart :

If one juryman might communicate with the public upon the evidence and the verdict, so might his colleagues also, and if they all took this dangerous course, differences of individual opinion might be made manifest which, at the least, could not fail to diminish the confidence that the public rightly has in the general propriety of criminal verdicts.

[TRADUCTION] Si un juré pouvait communiquer avec le public au sujet de la preuve et du verdict, ses collègues pourraient en faire autant, et s'ils empruntaient tous cette voie dangereuse, des divergences d'opinions pourraient éclater au grand jour, situation qui, à tout le moins, ne manquerait pas de miner la confiance que le public a à juste titre dans la justesse générale des verdicts en matière criminelle.

While the common law rule and s. 649 seek to prevent disclosure by different means, and arguably for different reasons, they both aim to preserve the confidentiality of the core of jury deliberations. Thus, while it is not strictly necessary to dispose of the constitutionality of s. 649 in the context of this appeal, even in the limited context of s. 7 of the *Charter*, I find it consistent with the common law rule which itself meets the constitutional requirements of fairness embodied in s. 7.

90 Quoique la règle de common law et l'art. 649 tendent à empêcher la divulgation d'information par des moyens différents et, peut-on prétendre, pour des raisons différentes, ils visent tous deux à préserver la confidentialité des choses qui touchent au cœur des délibérations du jury. Par conséquent, quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 649 dans le présent pourvoi, même dans le contexte limité de l'art. 7 de la *Charte*, je conclus à la compatibilité de cette disposition avec la règle de common law, laquelle satisfait aux exigences constitutionnelles en matière d'équité consacrées à l'art. 7.

F. *Jury Secrecy in Context*

1. Safeguards in the Jury System

91 The rules governing the secrecy of jury deliberations do not operate in a vacuum, but in the larger context of the many other safeguards that exist to ensure the integrity and the reliability of verdicts in jury trials. Some of these safeguards operate during the course of the trial, while others offer assurances of fairness in circumstances where the verdict has already been delivered.

92 The majority of the Court of Appeal surveyed many of the features of the criminal trial process that ensure the fairness of the jury system, including: the availability of peremptory challenges and challenges for cause, the requirement of the juror's oath, the judicial exclusion of prejudicial evidence, judicial instructions to the jury, the sequestration of jurors during deliberations, the non-publication of proceedings taking place in the absence of the jury, the requirement of unanimity, and the polling of individual jurors after the verdict is read. In my view, several of these safeguards warrant emphasis in the context of the present appeals.

93 The greatest safeguard against a perverse jury rests in s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*, which allows the court to set aside a verdict that is unreasonable or that cannot be supported by the evidence: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Molodowic*, [2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16, and *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17. Another important safeguard against a perverse verdict is s. 649(*a*) of the *Criminal Code*, which allows jurors to disclose what occurred in the jury room in response to an investigation for obstruction of justice under s. 139(2) of the *Code*.

F. *Analyse contextuelle du secret des délibérations du jury*

1. Les garanties assortissant l'institution du jury

Les règles régissant le secret des délibérations du jury ne s'appliquent pas dans l'abstrait, mais dans le contexte plus large des nombreuses autres garanties qui existent afin d'assurer l'intégrité et la fiabilité des verdicts rendus dans les procès devant jury. Quelques-unes de ces garanties s'appliquent pendant le procès tandis que d'autres assurent le respect de l'équité dans des situations postérieures au prononcé du verdict.

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont examiné bon nombre des éléments du processus judiciaire pénal qui assurent l'équité de l'institution du jury, notamment les aspects suivants : la possibilité de recourir aux procédures de récusation péremptoire et de récusation motivée, l'obligation faite aux jurés de prêter serment, l'exclusion par les tribunaux des éléments de preuve préjudiciables, les directives des juges au jury, l'isolement du jury pendant les délibérations, les interdictions de publication frappant les procédures se déroulant en l'absence du jury, la règle de l'unanimité et la pratique consistant à demander à chaque juré, après la lecture du verdict, quelle était sa décision. À mon avis, il convient de s'arrêter sur plusieurs de ces garanties dans le cadre des présents pourvois.

La plus importante garantie contre un jury inique est prévue au sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*, lequel habilite le tribunal à rejeter un verdict qui est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Molodowic*, [2000] 1 R.C.S. 420, 2000 CSC 16, et *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17. Une autre garantie importante contre un verdict inique est l'al. 649*a*) du *Code criminel*, qui autorise les jurés à divulguer ce qui s'est produit dans la salle des jurés dans le cadre d'une enquête en matière d'entrave à la justice menée en vertu du par. 139(2) du *Code*.

With particular reference to the *Sawyer* appeal, it is worth emphasizing two other safeguards against an improper verdict: challenges for cause and the power to discharge jurors in the course of the trial pursuant to s. 644(1) of the *Criminal Code*. Together, ss. 638(1)(*b*) and 644(1) of the *Criminal Code* permit a court to address concerns about bias that may arise before or during the course of a jury trial. Thus, it is only at the post-verdict stage that there is a restriction on the ability to probe into allegations of bias by virtue of the operation of the common law rule of exclusion.

94 Dans le cas particulièrement du pourvoi *Sawyer*, il y a lieu de souligner deux autres garanties contre un verdict injuste : les procédures de récusation motivée et le pouvoir du juge de libérer des jurés au cours du procès conformément au par. 644(1) du *Code criminel*. Ensemble, l'al. 638(1)*b*) et le par. 644(1) du *Code criminel* permettent au tribunal d'examiner les craintes de partialité qui naissent avant ou pendant un procès devant jury. Ce n'est donc qu'après le prononcé du verdict que la capacité d'enquêter sur des allégations de partialité est restreinte sous l'effet de l'application de la règle d'exclusion prévue par la common law.

As discussed by this Court in *Sherratt*, *supra*, and *Williams*, *supra*, a trial judge should permit challenges for cause under s. 638(1)(*b*) where there is a "realistic potential" of the existence of partiality on the part of jurors. In order to establish a realistic potential of juror partiality, the accused must generally show that there is widespread bias in the community and that some jurors may be incapable of setting aside their partiality despite trial safeguards: *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at para. 32.

95 Comme l'a précisé notre Cour dans les arrêts *Sherratt*, précité, et *Williams*, précité, le juge du procès doit autoriser le recours à la procédure de récusation motivée pour le motif prévu à l'al. 638(1)*b*) lorsqu'il y a « possibilité réaliste » de partialité de la part des jurés. Pour établir une possibilité réaliste de partialité au sein des jurés, l'accusé doit généralement prouver qu'il existe un préjugé largement répandu au sein de la collectivité et que certains jurés pourraient être incapables — malgré les garanties assortissant le procès — de faire abstraction de leur partialité : *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 32.

With respect to s. 644 of the *Criminal Code*, when it comes to the attention of the trial judge that a juror has been subject to improper external influences or is unable or unwilling to properly fulfil his or her role as a juror, the judge may hold a hearing to ascertain the nature of the problem, if any, and has the discretion to discharge the juror where the circumstances so warrant: *R. v. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415 (Man. C.A.); *R. v. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1 (Que. C.A.); *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552 (Que. C.A.). Lack of impartiality, whether due to racial bias or another cause, could, in a proper case, justify the discharge of a juror under s. 644.

96 Relativement à l'art. 644 du *Code criminel*, lorsque le juge du procès apprend qu'un juré a été soumis à des influences externes inacceptables ou encore qu'il est incapable de s'acquitter adéquatement de son rôle de juré ou non disposé à le faire, le juge peut tenir une audience pour déterminer la nature du problème, le cas échéant, et il a le pouvoir discrétionnaire de libérer le juré lorsque les circonstances le justifient : *R. c. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415 (C.A. Man.); *R. c. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.); *R c. Lessard* (1992), 14 C.R. (4th) 330 (C.A. Qué.). L'absence d'impartialité pour cause de préjugés raciaux ou pour un autre motif pourrait, dans des circonstances appropriées, justifier la récusation d'un juré en application de l'art. 644.

There are limits to the availability of challenges for cause and other pre-trial safeguards, just as there are limits to the availability of post-trial rem-

97 Il y a des limites à la possibilité de recourir à la procédure de récusation motivée et d'invoquer d'autres garanties préalables au procès, tout

edies. Likewise, there are limits to the use of s. 644 of the *Code* as a mechanism for discharging jurors in the course of the trial. Section 644 only permits jurors to be discharged in the course of the trial where a serious issue arises as to their fitness as a juror. It is not designed to encourage jurors to bring trivial complaints about their fellow jurors to the attention of the trial judge in the course of the trial, nor does it contemplate the discharge of jurors over minor concerns. Trial judges can be left to decide how best to instruct the jury on these issues. Ideally, trial judges should satisfy themselves that jurors understand that their decision is an exercise in personal conscience and judgment and that they are entitled to respect from the criminal justice system for the *bona fide* exercise of their judgment. In instructing the jury on the requirement of unanimity, judges often emphasize that jurors have an obligation to be attentive to and respectful of the opinions of their fellow jurors, and that they should maintain the integrity of their own opinions while yielding when appropriate to the collective wisdom emanating from the deliberation process. Jurors should understand that the trial judge is there to assist them with any serious difficulty that may arise in the course of their deliberations that they are unable to resolve.

comme il y a des limites à la possibilité d'exercer des recours postérieurs au procès. Il y a également des limites à la possibilité de recourir à l'art. 644 du *Code* comme mécanisme de libération des jurés au cours d'un procès. Cet article ne permet la libération d'un juré au cours du procès que dans les cas où surgit un problème sérieux quant à son aptitude à agir comme juré. Il n'a pas pour objet d'encourager les jurés à se plaindre au juge de faits anodins au sujet de leurs collègues au cours du procès, pas plus qu'il ne prévoit la libération de jurés pour des problèmes mineurs. Il appartient au juge du procès de décider de la meilleure façon d'instruire le jury de ces questions. Idéalement, le juge du procès devrait s'assurer que les jurés comprennent que, pour prendre leur décision, ils doivent s'en remettre à leur conscience et à leur jugement personnels et qu'ils ont le droit d'être traités avec déférence par le système de justice pénale lorsqu'ils exercent de bonne foi leur jugement. Dans leur exposé sur l'obligation d'unanimité, les juges soulignent souvent aux jurés qu'ils sont tenus de se montrer attentifs et respectueux à l'égard des opinions des autres jurés, et qu'ils doivent défendre leurs propres opinions tout en se montrant prêts à céder, lorsqu'il convient de le faire, devant la sagesse collective qui se dégage du processus de délibération. Les jurés doivent également comprendre que le juge du procès est là pour leur venir en aide s'ils éprouvent, au cours de leurs délibérations, quelque difficulté sérieuse qu'ils sont incapables de résoudre.

98 The interaction between the judge and the jury is a most important safeguard of the integrity of the jury system. The judge's instructions provide a vital prophylactic measure against jury misconduct and wrongful verdicts. The need for the trial judge to provide clear instructions to the jury, not just about the applicable legal principles, but also about the procedural aspects of the jury trial, is illustrated by the circumstances that arose in the *Sawyer* appeal as well as in the *Zacharias* case, *supra*. As discussed above, the inquiry held in the *Zacharias* case revealed that the jury was under a misconception about how long they would remain sequestered before a mistrial could be declared on the basis of a hung jury. Similarly, in the *Sawyer*

L'interaction entre le juge et les jurés est la plus importante garantie d'intégrité de l'institution du jury. Les directives du juge au jury constituent une mesure préventive vitale contre les conduites fautives du jury et les verdicts iniques. La nécessité que le juge du procès donne des directives claires au jury, et ce non seulement sur les principes juridiques applicables mais aussi sur les aspects procéduraux des procès devant jury, ressort bien des situations survenues dans le pourvoi *Sawyer* et dans l'affaire *Zacharias*, précitée. Comme il a été indiqué plus tôt, l'enquête menée dans l'affaire *Zacharias* a révélé que les jurés se faisaient une idée erronée de la période pendant laquelle ils devraient rester isolés avant que le procès puisse

action, the juror who contacted Sawyer alleged that she was under undue pressure to convict because she was told that the jury would have to be sequestered for at least three weeks before a hung jury could be declared. In my view, regardless of whether there is any substance to the allegations made by the juror in *Sawyer*, the similarities between jurors' misconceptions in *Zacharias* and in *Sawyer* illustrate the desirability of clear and explicit explanations by the trial judge about the mechanics of the deliberation process.

être annulé pour cause de désaccord du jury. De même, dans l'affaire *Sawyer*, la jurée qui a communiqué avec Sawyer a prétendu avoir subi des pressions indues pour qu'elle se prononce en faveur de la déclaration de culpabilité parce qu'on lui avait dit que le jury devrait rester isolé pendant au moins trois semaines avant que le tribunal puisse conclure au désaccord du jury. À mon avis, que les allégations faites par la jurée dans *Sawyer* soient fondées ou non, la similitude entre les idées erronées des jurés dans les affaires *Zacharias* et *Sawyer* illustrent bien l'utilité d'explications claires et explicites du juge du procès sur le fonctionnement du processus de délibération.

The requirement of a unanimous verdict is a central feature of our jury system. The first recorded case where unanimity was required was in 1367, when an English court refused to accept a majority verdict of guilty: Anonymous Case, *Lib. Assisarum*, 41, 11, translated and reprinted in R. Pound, *Readings on the History and System of the Common Law* (2nd ed. 1913), at pp. 123-24. Although the historical reasons for the unanimity rule are not clear, it remains a strong protection against wrongful, perverse verdicts: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *supra*, at p. 19. As noted by the majority of the Court of Appeal in the *Pan* appeal, the strength of the jury's verdict "lies not in the assessment of the evidence by each individual juror or in each juror's vote but, rather, in its unanimity" (para. 142). This being said, I acknowledge and agree with the concern raised in *Williams*, *supra*, at para. 11, that there is a risk that the views of a biased juror may infect the jury's deliberations and create a risk that the verdict is not solely based on the evidence and law. Clearly, the requirement of unanimity is not a complete remedy for jury partiality or juror misconduct. Nevertheless, the possibility of a biased juror having a decisive effect upon the verdict is reduced in a legal system such as ours that imposes unanimity, as opposed to a system that permits majority verdicts. Undesirable as this result may be, a mistrial resulting from a jury's inability to reach a unanimous verdict provides an additional

99

L'obligation d'unanimité du verdict est un élément central de notre institution du jury. La première affaire connue dans laquelle l'unanimité a été requise remonte à 1367, lorsqu'un tribunal anglais a refusé d'accepter un verdict de culpabilité rendu à la majorité : Anonymus Case, *Lib. Assisarum*, 41, 11 (1367), traduit et réimprimé dans R. Pound, *Readings on the History and System of the Common Law* (2e éd. 1913), p. 123-124. Bien que les assises historiques de la règle de l'unanimité ne soient pas claires, celle-ci demeure une protection efficace contre les verdicts injustes et iniques : Document de travail 27 de la Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, p. 19. Comme l'ont souligné les juges formant la majorité de la Cour d'appel dans le pourvoi *Pan*, la valeur du verdict du jury [TRADUCTION] « repose non pas sur l'appréciation de la preuve par chaque juré ni sur le vote de chacun d'eux, mais plutôt sur son caractère unanime » (par. 142). Cela dit, je reconnais et accepte l'inquiétude soulevée dans l'arrêt *Williams*, précité, par. 11, selon laquelle il existe un danger que les opinions d'un juré partial vicient les délibérations du jury et créent le risque que le verdict ne soit pas fondé uniquement sur la preuve et le droit. Manifestement, l'obligation d'unanimité n'est pas la solution complète aux risques de partialité du jury ou de conduite fautive d'un juré. Néanmoins, la possibilité qu'un juré partial ait un effet décisif sur le verdict est réduite dans un système juridique comme le nôtre, qui impose l'unanimité, par opposition à un système qui permet les verdicts majoritaires. Aussi indési-

safeguard against a result driven by bias and prejudice.

2. Jury Research in Canada

100 As noted by McLachlin C.J. in *Find*, *supra*, trial by jury is a cornerstone of our criminal justice system and Canadian jurors, since our country's earliest days, have met the challenge of judging their peers fairly and impartially. Nevertheless, some cases do raise concerns that incorrect judicial instructions, jurors' disregard of the evidence or other factors may have improperly affected the verdict. The jury secrecy rules, and more particularly the narrow scope of access to jurors provided for in s. 649 of the *Criminal Code*, have prevented the scientific community from conducting empirical research indigenous to the Canadian judicial environment. Researchers cannot carry out studies involving real Canadian juries to gain more insight into the mechanics of the jury process and the effect of judicial instructions upon the deliberations and verdict of the jury. Instead, we are made to rely upon extrapolations from American studies and from simulated exercises to test the assumptions upon which many of our rules develop.

101 In its 1982 *Report on the Jury*, *supra*, the Law Reform Commission of Canada recommended that an exception be introduced into s. 649 of the *Code* to permit access to jury deliberations for the purpose of scientific research. Although the idea received some support, it was not acted upon. The desirability of permitting social science research involving real juries to take place has also been expressed more recently by academic commentators: see P. Quinlan, "Secrecy of Jury Deliberations — Is the Cost Too High?" (1993), 22 C.R. (4th) 127; S. R. Chopra and J. R. P. Ogloff, "Evaluating Jury Secrecy: Implications for Academic

rable que puisse être ce résultat, l'annulation d'un procès par suite de l'incapacité du jury à rendre un verdict unanime constitue une garantie supplémentaire contre un verdict inspiré par la partialité et les préjugés.

2. Les recherches sur le jury au Canada

Comme l'a souligné le juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Find*, précité, le procès devant jury constitue une des pierres d'assises de notre système de justice pénale et, depuis les tout débuts de notre pays, les jurés canadiens ont su s'acquitter de la tâche de juger leurs pairs équitablement et impartialement. Néanmoins, il arrive que, dans certaines affaires, naissent effectivement des inquiétudes que soit des directives erronées au jury, soit l'indifférence des jurés à l'égard de la preuve ou encore d'autres facteurs puissent avoir influencé indûment le verdict. Les règles sur le secret des délibérations du jury et plus particulièrement l'accès restreint aux jurés que permet l'art. 649 du *Code criminel* ont empêché la communauté scientifique de mener des recherches empiriques propres à l'environnement judiciaire canadien. Les chercheurs ne sont pas en mesure de s'adresser à de vrais jurys canadiens et de réaliser des travaux qui apporteraient une connaissance plus intime du fonctionnement des jurys et de l'effet des directives des juges sur les délibérations des jurys et sur leur verdicts. Nous devons plutôt nous contenter d'extrapolations, fondées sur des études américaines et des simulations, pour vérifier les hypothèses à partir desquelles sont élaborées nombre de nos règles.

Dans son *Rapport sur le jury*, *op. cit.*, publié en 1982, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé l'édiction d'une exception à l'art. 649 du *Code* afin de permettre l'accès à l'information relative aux délibérations du jury dans le cadre de recherches scientifiques. Bien que cette idée ait reçu certains appuis, on n'y a pas donné suite. L'intérêt qu'il y aurait à permettre la réalisation de travaux de recherche en sciences sociales auprès de vrais jurys a aussi été souligné plus récemment par des commentateurs : voir P. Quinlan, « Secrecy of Jury Deliberations — Is the Cost Too High? » (1993), 22 C.R. (4th) 127; S. R. Cho-

Research and Juror Stress" (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190.

The jury secrecy rules, which are essential to the proper functioning of the jury as an institution, come at a price. Not only is it impossible to ascertain whether a particular jury has acted in accordance with its oath and the requirements of the law, but we cannot measure in any meaningful way whether the procedures that we have in place to ensure that it does function properly are effective.

Every year, several jury verdicts are reversed and expensive new trials are ordered because of the risk of a serious error in the deliberative process. We assume that errors in the admissibility of evidence, improper comments by counsel or, more commonly, misdirections on the law by the trial judge may have misguided the jury and may have had an adverse impact on its verdict. When that concern emerges, we then speculate as to whether the error is likely to have adversely affected the deliberations of the jury and, if so, we conclude that the entire trial is vitiated and that we must start again.

That entire exercise is conducted on the basis of assumptions, some very fundamental, and some more easily verifiable than others. For example, we assume that the exact wording of a jury charge will likely have an impact of the jury's understanding of its tasks. The clearest example is the long-standing search for the proper explanation of what guilt beyond a reasonable doubt means, and how it should be conveyed to the jury: see for example *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; and *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

There are means by which we should be able to assess rationally, and in an informed and reliable

pra et J. R. P. Ogloff, « Evaluating Jury Secrecy : Implications for Academic Research and Juror Stress » (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190.

Les règles sur le secret des délibérations du jury, qui sont essentielles au bon fonctionnement du jury en tant qu'institution, ont toutefois un prix. Non seulement est-il impossible de nous assurer qu'un jury donné a agi conformément à son serment et aux exigences de la loi, mais il nous est également impossible de mesurer de quelque manière utile l'efficacité des procédures qui ont été établies pour faire en sorte qu'il fonctionne adéquatement. 102

Chaque année, plusieurs verdicts rendus par des jurys sont annulés et de nouveaux procès coûteux sont ordonnés en raison du risque qu'une erreur grave soit survenue dans le processus de délibération. Nous supposons que des erreurs touchant l'admissibilité de la preuve, des commentaires inappropriés des avocats ou, situation plus courante, des directives erronées du juge du procès sur le droit ont pu induire le jury en erreur et avoir un effet négatif sur son verdict. Lorsque naît une telle inquiétude, nous supputons la probabilité que cette erreur ait pu avoir des répercussions négatives sur les délibérations du jury et, si c'est le cas, nous concluons que l'ensemble du procès est vicié et qu'il faut tout reprendre depuis le début. 103

Toute cette analyse repose sur des hypothèses, certaines très fondamentales et certaines plus facilement vérifiables que d'autres. Nous supposons par exemple que les mots mêmes utilisés dans l'exposé au jury auront vraisemblablement un effet sur la compréhension que les jurés ont de leur tâche. L'exemple le plus patent est la recherche continue de l'explication appropriée de la notion de culpabilité hors de tout doute raisonnable et de la façon de la présenter au jury : voir, par exemple, *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; et *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56. 104

Il existe des moyens qui devraient nous permettre d'apprécier de manière rationnelle, avertie et 105

manner, whether exposure to some information is unduly prejudicial in the sense that juries are likely to give it inappropriate weight, for example in the case of criminal records or similar fact evidence. We should also be able to measure the real capacity of juries to understand long and complex oral instructions, and to determine whether our current models of jury charges substantially accomplish their purpose. In short, we should be able to assess, in an informed and rational fashion, the likely impact of an alleged error or event on the deliberations of the jury and on the fairness and reliability of its verdict.

106 The recent case of *Find*, *supra*, raises the issue of the lack of reliable social science research concerning the effect of juror attitudes on the deliberation process and verdict. The accused in *Find*, who was charged with the sexual assault of children, argued that the nature of the charges gave rise to a realistic possibility that some jurors might harbour prejudice against him and be incapable of acting impartially. He therefore sought to challenge jurors for cause. This Court held that challenges for cause should not be permitted as the alleged "generic prejudice" arising from a charge involving sexual assault of children had not been established. With respect to the prohibition on disclosure of jury deliberations imposed by s. 649 of the *Code* and its effect upon research into the jury process, the Chief Justice said (at para. 87):

> More comprehensive and scientific assessment of this and other aspects of the criminal law and criminal process would be welcome. Should Parliament reconsider this prohibition [s. 649], it may be that more helpful research into the Canadian experience would emerge.

107 Parliament, after input from the social science community, the judiciary and the bar, could design

fiable si le fait pour le jury de connaître certains renseignements est indûment préjudiciable en ce sens qu'il risque de leur accorder un poids inapproprié, par exemple l'existence d'un casier judiciaire ou une preuve de faits similaires. Nous devrions également être capables de mesurer la capacité réelle des jurés de comprendre des directives orales longues et complexes et de déterminer si les exposés types au jury dont nous disposons actuellement atteignent substantiellement les objectifs visés. En résumé, nous devrions être en mesure d'évaluer, de façon avertie et rationnelle, l'effet vraisemblable de l'erreur ou de l'événement invoqué sur les délibérations du jury et sur l'équité et la fiabilité de son verdict.

Dans le récent l'arrêt *Find*, précité, notre Cour mentionne le problème du manque de travaux de recherche fiables en sciences sociales concernant l'effet des attitudes des jurés sur le processus de délibération et sur le verdict. Dans cette affaire, l'accusé, qui avait été inculpé d'agressions sexuelles contre des enfants, prétendait que la nature des accusations portées contre lui faisait naître la possibilité réaliste que certains jurés nourrissent à son endroit des préjugés qui les rendraient incapables d'agir impartialement. Il a par conséquent demandé à recourir à la procédure de récusation motivée. Notre Cour a conclu que le recours à cette procédure ne devait pas être autorisé puisque le « préjugé générique » qui, plaidait-on, se rattache aux accusations d'agressions sexuelles contre des enfants n'avait pas été établi. Pour ce qui est de l'interdiction de divulgation de l'information relative aux délibérations du jury imposée par l'art. 649 du *Code* et de l'effet de cette prohibition sur les recherches sur le fonctionnement du jury, le Juge en chef a dit ceci (au par. 87) :

> Il serait opportun qu'on procède à une analyse plus exhaustive et scientifique de cette question et d'autres aspects du droit criminel et du processus pénal. Si le législateur décidait de réexaminer cette interdiction [l'art. 649], cela entraînerait peut-être la réalisation d'un plus grand nombre de travaux utiles sur la situation au Canada.

Après avoir consulté le milieu des sciences sociales ainsi que la magistrature et les avocats, le

appropriate parameters for this type of research to ensure respect for the concerns that inform the present jury secrecy rules, as well as most other rules governing jury trials. Such research would add to the legitimacy of the existing rules and, if need be, would trigger judicial or legislative modifications.

législateur pourrait établir les paramètres appropriés pour ce type de recherches, de manière à assurer le respect des considérations qui sont à la base des règles actuelles sur le secret des délibérations du jury et de la plupart des autres règles régissant les procès devant jury. De telles recherches viendraient renforcer la légitimité de ces règles et, au besoin, susciter des modifications d'origine judiciaire ou législative.

These appeals, and many others in the past decades, illustrate the difficulty and the importance of the tasks that citizens are compelled to perform when called for jury duty. We should protect jurors from unjustified intrusion into their personal lives and we should also be able to give them assurances that the guidance they receive from the judge is based on the best knowledge we have about the way to a fair and just verdict. 108

Les présents pourvois, tout comme bon nombre d'autres affaires au cours des dernières décennies, illustrent bien la difficulté et l'importance des tâches qui incombent aux citoyens appelés à agir comme jurés. Nous devons protéger les jurés contre toute intrusion injustifiée dans leur vie privée. Nous devons aussi être en mesure de les assurer que les directives qu'ils reçoivent du juge sont fondées sur la meilleure façon connue de parvenir à un verdict juste et équitable.

G. *Did Pan's Third Trial Constitute an Abuse of Process?*

G. *Le troisième procès de Pan a-t-il constitué un abus de procédure?*

As indicated at the outset of these reasons, the main thrust of the appellant Pan's argument in the present appeal is that the declaration of the mistrial by O'Connell J. at his second trial was improper. It follows from this, Pan says, that the third trial before Watt J., which resulted in his conviction for first degree murder, violated the principle against double jeopardy and constituted an abuse of process. The appellant submits that the appropriate remedy is for this Court to order a stay of proceedings. In order to establish the impropriety of the mistrial, Pan seeks to have admitted as fresh evidence in the appeal the testimony of jurors from his second trial. For the reasons above, I have concluded that the appellant is barred by the common law jury secrecy rule from adducing such evidence. I will return to this issue below. 109

Comme il a été indiqué au début des présents motifs, l'aspect principal de l'argumentation de l'appelant Pan dans le présent pourvoi est que l'annulation de son deuxième procès par le juge O'Connell n'était pas justifiée. Il s'ensuit, d'affirmer Pan, que le troisième procès devant le juge Watt, qui a abouti à sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré, a enfreint le principe de la protection contre la double incrimination et constitué un abus de procédure. L'appelant prétend que la réparation qu'il convient que notre Cour lui accorde est l'arrêt des procédures. Afin d'établir le caractère injustifié de l'annulation du procès, Pan sollicite l'admission comme éléments de preuve nouveaux en appel des dépositions des jurés ayant participé à son deuxième procès. Pour les motifs exposés précédemment, j'estime que la règle de common law sur le secret des délibérations du jury empêche l'appelant de présenter une telle preuve. Je reviendrai sur cette question plus loin.

1. Section 653(2) of the *Criminal Code*

110 As a threshold matter on the abuse of process issue, the appellant Pan challenges the constitutional validity of s. 653(2) of the *Code*, which provides that a judge's exercise of discretion to declare a mistrial on the basis that the jury is unable to agree upon a verdict is "not reviewable". In addition to his arguments on the double jeopardy issue, the appellant submits that s. 653(2) of the *Code* violates ss. 7, 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter* because it purports to insulate from review the decision of a judge to declare a mistrial on the basis of a deadlocked jury.

111 The Crown has not disputed the ability of this Court, the Court of Appeal or Watt J. to review the mistrial declared by O'Connell J. I do not see how declaring s. 653(2) to be constitutionally invalid would advance the appellant's position. The propriety of the mistrial before O'Connell J. has been, and continues to be, under review. The fact that no issue was taken by the Crown with the appropriateness of this review may relate to the statement of Martin J.A, speaking for the Ontario Court of Appeal in *D. (T.C.)*, *supra*, at p. 447, in which he said:

> Notwithstanding the common law limitations on the ability to challenge the judge's discretion to terminate a trial before verdict, I am satisfied that the propriety of a decision to declare a mistrial is subject to Charter scrutiny where a second trial, after the improper termination of the first trial, would contravene principles of fundamental justice.

While I agree with this statement, I do not think that the constitutional issue needs to be resolved in the present case.

2. The Effect of the Second Mistrial

112 The law is clear that a third trial will not, without more, constitute an abuse of process: *Keyowski*, *supra*; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. It is also clear that a stay of proceedings should only

1. Le paragraphe 653(2) du *Code criminel*

En tant qu'aspect préliminaire de la question de l'abus de procédure, l'appelant Pan conteste la validité constitutionnelle du par. 653(2) du *Code*, qui précise que l'exercice par le juge du pouvoir discrétionnaire de prononcer la nullité d'un procès parce que le jury ne peut s'entendre sur son verdict « ne peut faire l'objet d'une révision ». En plus de ses arguments sur la question de la double incrimination, l'appelant plaide que le par. 653(2) du *Code* porte atteinte à l'art. 7 et aux al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* parce qu'il tend à soustraire au contrôle judiciaire la décision d'un juge de prononcer l'annulation d'un procès lorsque le jury est dans une impasse.

Le ministère public n'a pas contesté le pouvoir de notre Cour, ni celui de la Cour d'appel ou du juge Watt de réviser l'annulation du procès prononcée par le juge O'Connell. Je ne vois pas comment l'invalidation du par. 653(2) pourrait renforcer la thèse de l'appelant. La question du bien-fondé de l'annulation du procès tenu devant le juge O'Connell a été examinée et continue de l'être. Le fait que le ministère public n'ait pas contesté le bien-fondé de cet examen découle peut-être de la déclaration suivante du juge Martin, dans les motifs qu'il a exposés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *D. (T.C.)*, précité, p. 447 :

> [TRADUCTION] Nonobstant les limites imposées par la common law à la possibilité de contester le pouvoir discrétionnaire du juge de mettre fin à un procès avant le prononcé du verdict, je suis convaincu que le bien-fondé d'une décision déclarant un procès nul peut être contrôlé au regard de la *Charte* lorsque la tenue d'un deuxième procès, après l'annulation injustifiée du premier, porterait atteinte aux principes de justice fondamentale.

Bien que je sois d'accord avec cette affirmation, je n'estime pas qu'il soit nécessaire de trancher cette question constitutionnelle en l'espèce.

2. L'effet de l'annulation du deuxième procès

Le droit est clair, le simple fait de tenir un troisième procès ne constitue pas à lui seul un abus de procédure : *Keyowski*, précité; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659. Il est également clair que

be entered in the "clearest of cases": *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Conway*, *supra*; *Keyowski*, *supra*; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565. Where a claim of abuse of process is made, it is necessary to examine the particular facts of the case in order to determine whether, in all the circumstances, it would offend the principles of fundamental justice to proceed further. In Pan's case, there has been no suggestion of prosecutorial misconduct or of systemic failure. Pan's abuse of process argument therefore rests solely on his contention that O'Connell J. acted improperly in declaring a mistrial at the second trial, and that the third trial offended the principle against double jeopardy, for which the appropriate remedy is a stay of proceedings.

l'arrêt des procédures ne doit être accordé que dans les « cas les plus manifestes » : *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Conway*, précité; *Keyowski*, précité; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; et *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565. En cas de plainte d'abus de procédure, il faut examiner les faits particuliers de l'espèce afin de déterminer si, eu égard à toutes les circonstances, la poursuite des procédures violerait les principes de justice fondamentale. Dans le cas de l'appelant Pan, on ne reproche pas de conduite fautive de la poursuite ou de manquement d'ordre systémique. L'abus de procédure invoqué par Pan repose uniquement sur le fait que, selon lui, le juge O'Connell aurait eu tort de prononcer la nullité du deuxième procès et que la tenue du troisième procès a enfreint le principe de la protection contre la double incrimination, atteinte à l'égard de laquelle la réparation convenable est l'arrêt des procédures.

In my view, an improper declaration of a mistrial by a trial judge could, depending on the circumstances of the case, lead to the conclusion that a further trial would contravene the principles of fundamental justice. I entirely agree with the remarks of Martin J.A. in *D. (T.C.)*, *supra*, at pp. 447-48:

113 À mon avis, l'annulation injustifiée d'un procès par un juge pourrait, selon les circonstances de l'affaire, amener à conclure que la tenue d'un autre procès contreviendrait aux principes de justice fondamentale. Je souscris entièrement aux remarques suivantes du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *D. (T.C.)*, précité, p. 447-448 :

Section 11(*h*) of the Charter enshrines the principles underlying the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* which are applicable, as previously indicated, only where the first trial has proceeded to verdict and do not apply where the first trial has proved abortive. In my view, however, s. 7 of the Charter constitutionalizing the requirement of "fundamental justice" might, in some circumstances, bar a second trial where the first trial has been improperly terminated. By way of example only, I consider that if, upon a breakdown of the Crown's case, a judge were to declare a mistrial in order to give the prosecution an opportunity to strengthen its case against the accused by endeavouring to find additional witnesses thereby depriving the accused of an acquittal where the Crown's initial preparation had been negligent, a second trial in those circumstances would contravene the principles of fundamental justice.

[TRADUCTION] L'alinéa 11*h*) de la Charte consacre les principes à la base des moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict qui, comme il a été indiqué plus tôt, ne s'appliquent que dans les cas où le premier procès a abouti à un verdict, et pas dans ceux où le premier procès a avorté. Toutefois, je suis d'avis que l'art. 7 de la Charte — qui constitutionnalise l'obligation de respect de la « justice fondamentale » — pourrait, dans certaines circonstances, faire obstacle à la tenue d'un deuxième procès lorsqu'il a été mis fin au premier procès de façon injustifiée. À titre d'exemple seulement, je considère que si, par suite de l'effondrement de la cause du ministère public, un juge prononçait l'annulation du procès afin de donner au ministère public la possibilité d'étoffer sa preuve contre l'accusé en tentant de trouver d'autres témoins et qu'il privait ainsi l'accusé d'un acquittement, dans un cas où le ministère public a été négligent dans sa préparation initiale, la tenue d'un deuxième procès en pareilles circonstances violerait les principes de justice naturelle.

114 The principle of double jeopardy might also preclude a further trial if the Crown were to proceed unfairly in depriving the accused of a verdict. For example, if the Crown were to enter a stay of proceedings at a late stage of the trial in order to preclude the jury from acquitting the accused in light of the deficiencies in the Crown's case, it seems to me that the principles of fundamental justice could preclude further proceedings, despite the fact that double jeopardy within the meaning of s. 11(*h*) of the *Charter* may not apply. However, while double jeopardy may be a principle of fundamental justice that could be invoked in some circumstances prior to a verdict being rendered within the meaning of s. 11(*h*), these circumstances do not arise in the appellant's case.

Le principe de la protection contre la double incrimination pourrait aussi empêcher la tenue d'un nouveau procès si le ministère public privait de façon inéquitable l'accusé d'un verdict. Par exemple, si le ministère public ordonnait l'inscription d'un arrêt des procédures tard dans le procès afin d'empêcher le jury d'acquitter l'accusé en raison de lacunes dans la preuve à charge, il me semble que les principes de justice fondamentale feraient obstacle à l'engagement d'autres procédures, malgré le fait que la protection contre la double incrimination prévue par l'al. 11*h*) de la *Charte* puisse ne pas s'appliquer. Toutefois, bien que la protection contre la double incrimination soit un principe de justice fondamentale qui pourrait être invoqué dans certaines circonstances avant qu'un verdict ne soit rendu au sens de l'al. 11*h*), ces circonstances ne sont pas présentes dans le cas de l'appelant.

115 In support of his submissions on the double jeopardy issue, Pan relies heavily on the American jurisprudence, which only permits a subsequent trial following the declaration of a mistrial where circumstances of "manifest necessity" exist. The obvious example of such a situation would be where the jury is hopelessly deadlocked: *United States v. Perez*, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); *United States v. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson v. United States*, 468 U.S. 317 (1984). Pan submits that the declaration of a mistrial in this case did not meet the standard of "manifest necessity" and that it was therefore improperly declared. In my view, the American jurisprudence is of limited assistance given the differences in our respective constitutions and case law on the double jeopardy issue. However, even if the American test of "manifest necessity" were applied to the *Pan* appeal, it would not appear to assist the appellant since it too allows for re-prosecution after a deadlocked jury trial.

À l'appui de ses observations sur la question de la double incrimination, Pan invoque abondamment la jurisprudence américaine, laquelle n'autorise la tenue d'un autre procès à la suite de l'annulation d'un procès qu'en cas de [TRADUCTION] « nécessité manifeste ». L'exemple évident d'une telle situation est le cas où le jury est irrémédiablement dans une impasse : *United States c. Perez*, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); *United States c. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson c. United States*, 468 U.S. 317 (1984). Pan prétend que l'annulation du procès en l'espèce ne répondait pas à la norme de la « nécessité manifeste » et a, de ce fait, été prononcée de manière injustifiée. À mon avis, les décisions américaines ne sont que d'une utilité limitée compte tenu des différences qui caractérisent nos constitutions et jurisprudence respectives en ce qui concerne la question de la double incrimination. Toutefois, même si le critère de la « nécessité manifeste » était appliqué au pourvoi *Pan*, il ne semble pas que l'appelant en tirerait quelque avantage puisque cette doctrine autorise également l'engagement de nouvelles poursuites après qu'un procès devant jury a abouti à une impasse.

116 The *Criminal Code* confers a broad discretion upon the trial judge to declare a mistrial when he

En vertu du *Code criminel*, le juge du procès dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire l'habili-

or she is of the view that the jury is unable to agree upon a verdict. Watt J., following a *voir dire* at the outset of the third trial, reviewed the circumstances under which O'Connell J. had declared a mistrial. He rejected the suggestion that the mistrial was declared because the judge was aware that the jury had reached a verdict of acquittal. Rather, Watt J. found that O'Connell J., after canvassing the views of counsel, came to the conclusion that the jury was irremediably deadlocked. The Court of Appeal found no basis to interfere with the conclusions of Watt J. on this point, and neither do I. Watt J. made several critical findings of fact that are dispositive of this ground of appeal.

tant à prononcer la nullité du procès lorsqu'il est convaincu que le jury ne peut s'entendre sur son verdict. À la suite d'un voir-dire tenu dès l'ouverture du troisième procès, le juge Watt a examiné les circonstances dans lesquelles le juge O'Connell avait déclaré le procès nul. Il a rejeté la prétention selon laquelle il y avait eu annulation du procès parce que le juge savait que le jury s'était entendu sur un verdict d'acquittement. Le juge Watt a plutôt conclu que, après avoir sollicité l'opinion des avocats, le juge O'Connell en était venu à la conclusion que le jury se trouvait irrémédiablement dans une impasse. La Cour d'appel n'a trouvé aucune raison justifiant de modifier les conclusions du juge Watt sur ce point, et je n'en vois pas non plus. Le juge Watt a tiré plusieurs conclusions de fait cruciales, qui sont déterminantes à l'égard de ce moyen d'appel.

With regard to the alleged communication by James Woodside, the deputy at Pan's trial, to O'Connell J. to the effect that the jury was split 8-4 in favour of acquittal, Watt J. says this:

> The substance of James Woodside's evidence, as well the manner in which he gave it, do not satisfy me that he communicated his speculative conclusion about the division of the jurors to the trial judge as he appeared to indicate in his evidence. I do not accept his evidence on the point. It lacked certainty and clarity of recollection. It appears, equally, the result of speculation. [Emphasis in original.]

117 Pour ce qui est de l'allégation selon laquelle James Woodside, huissier au procès de Pan, aurait dit au juge O'Connell que le jury était partagé dans une proportion de 8 à 4 en faveur de l'acquittement, le juge Watt a dit ceci :

> [TRADUCTION] La teneur du témoignage de James Woodside, tout comme la manière dont il a déposé, ne me convainquent pas qu'il a communiqué sa conclusion hypothétique au sujet de la division au sein des jurés au juge du procès comme il a semblé l'indiquer dans son témoignage. Je ne retiens pas son témoignage sur ce point. Ses souvenirs manquaient de certitude et de clarté. Ils semblaient aussi être le résultat de conjectures. [Souligné dans l'original.]

Watt J. also found that O'Connell J. was not informed that the jury had reported having reached a "verdict" on the evening of April 30, 1991. On the morning of May 1, 1991, the day of the declaration of the mistrial, O'Connell J. was informed that one of the jurors was claiming to have been pressured in the course of the jury's deliberations and had written a note that she wished to convey to the trial judge. Upon receipt of the note, O'Connell J. read it and then convened court to discuss the note with counsel. Watt J. concluded that at no time before the declaration of the mistrial was O'Connell J. aware of the nature of the "verdict" that the jury had reached. What O'Connell J. did know was that the jury had reached a "verdict" and

118 Le juge Watt a également conclu que le juge O'Connell n'avait pas été informé du fait que le jury avait signalé être parvenu à s'entendre sur un « verdict » le soir du 30 avril 1991. Le matin du 1er mai 1991, jour de l'annulation du procès, le juge O'Connell a été avisé qu'une jurée prétendait avoir subi des pressions au cours des délibérations du jury et qu'elle avait écrit une note qu'elle désirait transmettre au juge du procès. Dès qu'il a reçu la note, le juge O'Connell l'a lue, puis il a convoqué la cour pour discuter de la note avec les avocats des parties. Le juge Watt a estimé que, à aucun moment avant de prononcer la nullité du procès, le juge O'Connell n'avait été au fait de la nature du « verdict » sur lequel le jury s'était entendu. Ce

that one of the jurors did not agree with it and wished O'Connell J. to poll the jury following the reading of the verdict so that she could voice her disagreement at that time. While the note itself indicates that a verdict has been reached, it also indicates that juror #1 disagreed with it.

que savait le juge O'Connell, c'est que le jury s'était entendu sur un « verdict » et qu'une jurée n'était pas d'accord avec le verdict et souhaitait que, après la lecture du verdict, le juge O'Connell demande à chacun des jurés de faire connaître son verdict afin qu'elle puisse alors exprimer son désaccord. Bien que la note elle-même indique qu'un verdict avait été arrêté, elle révèle également que la jurée numéro un n'était pas d'accord avec celui-ci.

119 In O'Connell J.'s discussions with counsel concerning the appropriate course of action to take in response to the note, no one ever suggested that the jury be brought in and asked to deliver their verdict. On this point, Watt J. says:

> It is worthy of observation that, notwithstanding the plain reference in the note of juror #1 that the jury had reached a verdict, none of the persons conducting the case, whether prosecuting, defending or presiding, considered that a verdict had been achieved. The only logical inference to draw is that what is now asserted to be a verdict of which the [appellant] has been wrongly deprived was not then, at the time, thought to be so.

Au cours des discussions qu'a eues le juge O'Connell avec les avocats au sujet des mesures qu'il convenait de prendre en réponse à la note, personne n'a suggéré de rappeler le jury et de lui demander de rendre son verdict. Sur ce point, le juge Watt a dit ceci :

> [TRADUCTION] Il convient de souligner que, nonobstant la mention claire dans la note de la jurée numéro un que le jury s'était entendu sur un verdict, aucune des personnes participant à l'instance, qu'il s'agisse de la poursuite, de la défense ou du juge présidant l'audience, n'a considéré que le jury s'était entendu sur un verdict. La seule conclusion logique à tirer est que ce que l'on prétend maintenant être un verdict dont [l'appelant] aurait été injustement privé n'était pas, à ce moment là, considéré comme tel.

Counsel for Pan suggested that it might be advisable for O'Connell J. to give the jury a "gentle exhortation" to reach a verdict, and said that "the other way" was "to declare them a hung jury". Counsel for the Crown favoured a gentle exhortation and strongly objected to the mistrial option. Both counsel strongly disagreed with O'Connell J.'s suggestion that juror #1 be brought in for an inquiry on her own concerning the contents of the note, which could conceivably have led to her being discharged as a juror. O'Connell J. subsequently decided to declare a mistrial, thereby ending Pan's second trial.

L'avocat de Pan a suggéré qu'il serait peut-être souhaitable que le juge O'Connell [TRADUCTION] « exhorte gentiment » le jury à s'entendre sur un verdict et il a ajouté que « l'autre solution » serait de « déclarer qu'il y a désaccord du jury ». L'avocat du ministère public a dit préférer l'exhortation en douceur et s'est fermement opposé à l'annulation du procès. Les deux avocats ont repoussé énergiquement la suggestion du juge O'Connell d'interroger la jurée numéro un en l'absence des autres jurés au sujet du contenu de sa note, ce qui aurait logiquement pu entraîner sa libération comme juré. Le juge O'Connell a par la suite décidé de prononcer la nullité du procès, mettant ainsi fin au deuxième procès de Pan.

120 As Watt J. notes, the issue is not whether O'Connell J. could have exercised his discretion differently than he did. Clearly, he could have. For example, he could have taken the verdict and made an inquiry as to the unanimity of the verdict in

Comme le souligne le juge Watt, la question en litige n'est pas de savoir si le juge O'Connell aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire différemment. Il aurait évidemment pu le faire. Par exemple, il aurait pu recevoir le verdict et s'assurer

light of the note from juror #1. Had juror #1 repudiated her agreement with the verdict at that stage, the result would have been a mistrial. The only issue is whether, in exercising his discretion and declaring a mistrial, O'Connell J. can be said to have acted improperly. On this point, Watt J. says:

> The trial judge would have been entitled to exercise his discretion differently than by declaring a mistrial. The mere existence of alternatives, however, does not mean that, in choosing the course he did, the learned trial judge improperly terminated trial proceedings. It is doubtless that if a trial judge discharges the jury when further deliberations may produce a fair verdict, the accused is deprived of his valued right to have his trial completed by a particular tribunal. On the other hand, a failure to discharge a jury which is unable to reach [a] unanimous verdict after protracted and exhausting deliberations creates a significant risk that a verdict may result from pressures inherent in the situation, rather than the considered judgment of all the jurors. [Emphasis in original.]

It is abundantly clear from Watt J.'s reasons that O'Connell J. did not act improperly in declaring a mistrial at the second trial. As a result, I find Pan's submissions in support of a stay of proceedings, whether framed in terms of abuse of process, double jeopardy, or s. 7 of the *Charter*, to be without merit.

H. *The Fresh Evidence*

1. The *Pan* Action

The Court of Appeal was unanimous in concluding that the proposed fresh evidence in the *Pan* action would have no bearing on the propriety of the declaration of a mistrial by O'Connell J. The proposed fresh evidence indicates that there was a deadlock among the jury and that the atmosphere in the jury room had degenerated into hostility. Even if the common law rule were changed in order to permit the admission of such evidence, it would only serve to support O'Connell J.'s decision to declare a mistrial. The only extrinsic evi-

de son caractère unanime, compte tenu de la note de la jurée numéro un. Si cette dernière avait alors répudié son adhésion au verdict, cela aurait entraîné l'annulation du procès. La seule question litigieuse est de savoir s'il est possible d'affirmer que le juge O'Connell a agi de manière injustifiée en exerçant son pouvoir discrétionnaire et en prononçant la nullité du procès. Sur ce point, le juge Watt a dit ceci :

> [TRADUCTION] Le juge du procès était habilité à exercer son pouvoir discrétionnaire autrement qu'en prononçant la nullité du procès. Le seul fait qu'il existe d'autres solutions ne signifie toutefois pas que, en choisissant d'agir comme il l'a fait, le juge du procès a erronément mis fin au procès. Il ne fait aucun doute que si le juge du procès libère le jury, alors que la poursuite des délibérations pourrait permettre d'arriver à un verdict juste, l'inculpé est privé de son précieux droit à un procès complet devant un tribunal donné. En revanche, le fait de ne pas libérer un jury incapable de s'entendre sur un verdict unanime après des délibérations prolongées et épuisantes crée un risque appréciable que le verdict soit le fruit des pressions inhérentes à une telle situation plutôt que d'une décision mûrement réfléchie de tous les jurés. [Souligné dans l'original.]

Il ressort très clairement des motifs du juge Watt 121
que le juge O'Connell n'a pas agi erronément en prononçant la nullité du deuxième procès. Par conséquent, j'estime que sont sans fondement les arguments — qu'ils s'agissent de ceux fondés sur l'abus de procédure, sur la double incrimination ou sur l'art. 7 de la *Charte* — présentés par Pan au soutien de sa demande d'arrêt des procédures.

H. *Les éléments de preuve nouveaux*

1. L'affaire *Pan*

La Cour d'appel à l'unanimité a conclu que les 122
éléments de preuve nouveaux que l'on proposait de présenter dans l'affaire *Pan* n'avaient aucun rapport avec le bien-fondé de l'annulation du procès par le juge O'Connell. Ces nouveaux éléments indiquent que le jury était dans une impasse et que l'atmosphère dans la salle des jurés était devenue empreinte d'hostilité. Même si la règle de common law était modifiée afin de permettre l'admission d'une telle preuve, celle-ci ne ferait qu'appuyer la décision du juge O'Connell de prononcer l'annula-

dence that seems to be disclosed by the juror interviews is the fact that juror #1 asked her doctor how long it would take to dismember a body if one had medical training, and then conveyed the doctor's response to this question to the other members of the jury. However, even if this extrinsic evidence had been disclosed in the course of Pan's trial and had been found to have had a potentially prejudicial effect on the jury, the appropriate remedy would have been to declare a mistrial, which was the result of the trial in any event. Consequently, I conclude that none of the fresh evidence offered by Pan, even if it were admissible under the common law jury secrecy rule as interpreted above, would be relevant to the issue of whether or not O'Connell J. exercised his discretion properly in declaring the mistrial, nor could it serve to support the appellant's request for an acquittal or a stay of proceedings.

tion du procès. Le seul élément de preuve extrinsèque que semble avoir révélé l'interrogatoire des jurés est le fait que la jurée numéro un ait demandé à son médecin de lui dire combien de temps il faudrait à une personne possédant des connaissances médicales pour démembrer un corps et qu'elle ait communiqué aux autres jurés la réponse du médecin à sa question. Toutefois, même si cet élément de preuve extrinsèque avait été divulgué au cours du procès de Pan et avait été jugé avoir un effet potentiellement préjudiciable sur le jury, la réparation convenable aurait été l'annulation du procès, résultat auquel a abouti le procès de toute façon. En conséquence, j'estime qu'aucun des éléments de preuve nouveaux proposés par Pan, même s'ils étaient admissibles en vertu de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury telle qu'elle a été interprétée plus tôt, ne serait pertinent à l'égard de la question de savoir si le juge O'Connell a exercé adéquatement son pouvoir discrétionnaire en prononçant l'annulation du procès, ni n'appuierait la demande d'acquittement ou d'arrêt des procédures présentée par l'appelant.

2. The *Sawyer* Action

123 Sawyer seeks to adduce as fresh evidence an affidavit setting out the substance of a telephone conversation he had with one of the jurors after the verdict. The gist of the conversation was that the juror told him that the verdict was "eating her inside" and that she had been subjected to undue pressure in coming to the verdict and, in particular, was told by other members of the jury that they would have to be sequestered for at least three weeks before a hung jury could be declared. The juror also allegedly told the appellant that racial slurs were made by some jurors in the course of the deliberations. The majority of the Court of Appeal concluded, in my view correctly, that this evidence fell within the scope of the common law rule of jury secrecy and was inadmissible on appeal. Accordingly, the Court of Appeal was correct in rejecting Sawyer's application to adduce fresh evidence.

2. L'affaire *Sawyer*

Sawyer désire produire, comme élément de preuve nouveau, un affidavit décrivant la teneur d'une conversation téléphonique qu'il a eue avec l'un des jurés après le verdict. L'essentiel de la conversation porte que la jurée lui a dit que le verdict [TRADUCTION] « la tourmentait » et qu'on avait exercé sur elle des pressions indues pour qu'elle arrive à ce verdict, et en particulier que d'autres membres du jury lui avaient dit qu'ils devraient rester isolés pendant au moins trois semaines avant que le tribunal ne déclare que le jury était dans l'impasse. La jurée aurait aussi dit à l'appelant que certains jurés auraient tenu des propos racistes au cours des délibérations. Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont conclu, à juste titre selon moi, que cette preuve était visée par la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et qu'elle était inadmissible en appel. En conséquence, la Cour d'appel a eu raison de rejeter la demande de production d'éléments de preuve nouveaux présentée par Sawyer.

Before this Court, Sawyer focussed his submissions on the alleged racist comments made by members of the jury. He submits that these comments show that the jury relied on impermissible considerations in arriving at its verdict and that the jury secrecy rules should not apply in such circumstances.

Devant notre Cour, Sawyer a concentré ses observations sur les propos racistes qui auraient été tenus par des membres du jury. Il a prétendu que ces propos montrent que le jury s'est fondé sur des considérations inadmissibles pour arriver à son verdict et, partant, que les règles sur le secret des délibérations du jury ne devraient pas s'appliquer en pareilles circonstances. 124

Applying the common law of jury secrecy as discussed above, such evidence is clearly inadmissible. Delving into the accuracy of such allegations would intrude into the secrecy of the deliberation process as it requires an inquiry into the "statements made, opinions expressed or votes cast" by members of the jury. In the words of the Law Reform Commission of Canada, with which I agree, to permit an inquiry into the reasons why jurors voted as they did "could lead to endless and unresolvable disputes" (Working Paper 27, *supra*, at p. 150). The only situation in which the substance of such allegations should be explored is where they raise concerns serious enough to warrant an investigation under s. 139(2) of the *Criminal Code*, which was not pursued in the present appeal.

Si l'on applique la règle de common law sur le secret des délibérations du jury, telle qu'elle a été analysée précédemment, une telle preuve est clairement inadmissible. Scruter ces allégations pour vérifier leur exactitude porterait atteinte au secret du processus de délibération du jury, puisqu'il faudrait enquêter sur les « déclarations, opinions ou votes » des membres du jury. Pour reprendre les propos de la Commission de réforme du droit du Canada, auxquels je souscris, le fait de permettre une enquête au sujet des motifs pour lesquels les jurés ont voté comme ils l'ont fait « pourrait mener à des contestations sans fin et sans solution » (Document de travail 27, *op. cit.*, p. 155). La seule situation où la teneur de telles allégations devrait être examinée est celle où les allégations soulèvent des inquiétudes suffisamment sérieuses pour justifier la tenue d'une enquête en vertu du par. 139(2) du *Code criminel*, solution qui n'a pas été retenue dans le présent pourvoi. 125

It is important to note that this is not one of those borderline cases where the proposed evidence could conceivably be admissible on a broad interpretation of the common law rule of admissibility as defined above. If indeed racist comments were made in the jury room by one or more of the jurors, these would fall squarely within the scope of the common law exclusionary rule. Such comments are clearly intrinsic to the jury's deliberations and do not relate to any contact with information or persons outside of the jury.

Il importe de souligner que nous ne sommes pas en présence, en l'espèce, de l'un de ces cas limites où la preuve proposée pourrait plausiblement être admissible moyennant une interprétation large de la règle de common law sur l'admissibilité définie précédemment. Si des propos racistes ont effectivement été tenus dans la salle des jurés par un ou plusieurs de ceux-ci, ces propos seraient nettement visés par la règle d'exclusion prévue par la common law. De tels propos sont clairement un aspect intrinsèque des délibérations du jury et ils ne se rattachent pas à quelque contact avec des informations ou des personnes extérieures au jury. 126

I. *Charge to the Jury in Pan's Third Trial*

I. *L'exposé du juge au jury dans le troisième procès de Pan*

In addition to the grounds of appeal discussed above, Pan submits that the trial judge at the third

Outre les moyens d'appel examinés plus tôt, Pan fait valoir que le juge qui a présidé son troisième 127

trial erred in his instructions to the jury on the meaning of reasonable doubt. At the conclusion of the third trial, Watt J. charged the jury on the meaning of reasonable doubt as follows:

> What is meant by "proof beyond a reasonable doubt"? It has been said, members of the jury, that the term explains itself. It is achieved when you, as jurors, feel sure of the guilt of the accused. It is that degree of proof which convinces the mind and satisfies the conscience so you, as conscientious jurors, feel bound or compelled to act upon it. You must be able to say to yourself, "He is really guilty. Of that I am morally certain." I said morally certain, not mathematically certain, for it is not the obligation of the prosecution in this or any criminal case to prove guilt to a mathematical certainty.
>
> On the other hand, should the evidence which you have heard leave you, as a responsible juror, with some lingering or nagging doubt with respect to the proof of some essential element of the offence with which the accused is charged or any offence which is included in it, so that you are unable to say to yourself that the Crown has proven the guilt of the accused in respect of that offence beyond a reasonable doubt, as I have defined those words, your duty is then to find the accused not guilty in respect of the offence about which you have such reasonable doubt.
>
> The doubt, members of the jury, I emphasize, must be reasonable. It must be a reasonable doubt based upon the evidence that you have heard in this case. It must not be a speculative, fanciful, imaginary or illusory doubt conjured up in the mind of a timid juror so that he or she may avoid their plain duty or responsibility. It must be, as well, with regard to an essential element of the crime, not in respect of some unessential matter. It must not be a doubt born of sympathy for or of prejudice against either the accused or the deceased. To put the matter shortly, it must be a reasonable doubt founded upon the evidence adduced, neither speculative, fanciful, illusory, imaginary, born of sympathy, nor animated by prejudice. [Emphasis in original.]

128 In reviewing Watt J.'s charge on the meaning of reasonable doubt, the Court of Appeal noted that the trial took place prior to this Court's judgment in *Lifchus*, *supra*, and, as a result, Watt J. did not

procès a commis une erreur dans ses directives au jury sur le sens du doute raisonnable. À la fin du troisième procès, le juge Watt a présenté aux jurés l'exposé suivant sur le sens du doute raisonnable :

> [TRADUCTION] Que signifie l'expression « preuve hors de tout doute raisonnable »? Certains ont dit, membres du jury, que cette expression parle d'elle-même. Cette preuve est faite lorsque vous, en tant que jurés, êtes certains de la culpabilité de l'accusé. C'est ce degré de preuve qui convainc l'esprit et satisfait la conscience, de sorte que vous, comme jurés consciencieux, vous sentez obligés ou contraints d'agir en conséquence. Il faut que vous soyez capables de vous dire à vous-même : « Il est vraiment coupable. J'en ai la certitude morale ». J'ai dit moralement certain et non mathématiquement certain, car le ministère public n'est pas tenu en l'espèce, comme dans toute autre affaire criminelle d'ailleurs, de prouver la culpabilité avec une certitude mathématique.
>
> En revanche, si malgré la preuve que vous avez entendue vous continuez d'avoir, en tant que juré responsable, un doute persistant ou tenace quant à la preuve d'un élément essentiel de l'infraction dont l'inculpé est accusé ou de toute autre infraction incluse dans celle-ci, et qu'en conséquence vous êtes incapables de vous dire que le ministère public a établi la culpabilité de l'accusé à l'égard de cette infraction hors de tout doute raisonnable, au sens où j'ai défini ces mots, vous avez l'obligation de conclure que l'accusé n'est pas coupable de l'infraction à l'égard de laquelle vous entretenez un tel doute raisonnable.
>
> Le doute, membres du jury, doit, je le souligne, être raisonnable. Il doit s'agir d'un doute raisonnable fondé sur la preuve que vous avez entendue en l'espèce. Il ne doit pas s'agir d'un doute hypothétique, fantaisiste, imaginaire ou illusoire, qui serait concocté par un juré timoré afin de pouvoir se dérober à ses obligations ou responsabilités claires. Ce doute doit aussi porter sur un élément essentiel du crime, et non sur quelque aspect non essentiel. Ce ne doit pas être un doute né d'un sentiment de sympathie ou encore de préjugés envers l'accusé ou le défunt. En résumé, il doit s'agir d'un doute qui soit fondé sur la preuve présentée et qui ne soit ni hypothétique, fantaisiste, illusoire, imaginaire, ni inspiré par la sympathie ou motivé par un préjugé. [Souligné dans l'original.]

Lorsqu'elle a examiné l'exposé du juge Watt sur le sens du doute raisonnable, la Cour d'appel a souligné que le procès avait eu lieu avant que notre Cour ne rende jugement dans l'affaire *Lifchus*, pré-

have the benefit of Cory J.'s discussion concerning the elements that should be included and those that should be avoided in explaining reasonable doubt to the jury. For its part, the Court of Appeal did not have the benefit of this Court's reasons in the recent cases of *Starr*, *supra*, *Beauchamp*, *supra*, *Russell*, *supra*, and *Avetysan*, *supra*, concerning the application of the *Lifchus* principles to cases decided prior to *Lifchus*. While some of the required elements in *Lifchus* were omitted from Watt J.'s charge and some of the terms that should have been avoided were included, I do not think that the deficiencies are such that they "cause serious concern about the validity of the jury's verdict, and lead to the conclusion that the accused did not have a fair trial": *Russell*, *supra*, at para. 23. For the reasons given in the recent cases from this Court, I agree with the Court of Appeal's conclusion that this ground of appeal should be dismissed.

VII. Conclusion and Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeals and answer the constitutional questions for both the *Pan* and *Sawyer* actions as follows:

1. Does s. 649 of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7, 11(*d*) or 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

2. If the answer to Question 1 is yes, is s. 649 of the *Criminal Code* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given the answer to question 1, it is unnecessary to answer this question.

3. Does the common law exclusionary rule, precluding the admission of evidence relating to the deliberations of a jury, infringe the rights and freedoms guar-

citée, et que, en conséquence, le juge Watt n'avait pu profiter de l'analyse du juge Cory sur les éléments à inclure et ceux à éviter dans les explications au jury sur le doute raisonnable. Pour sa part, la Cour d'appel n'a pu profiter des motifs exposés par notre Cour dans les récents arrêts *Starr*, précité, *Beauchamp*, précité, *Russell*, précité, et *Avetysan*, précité, qui concernent l'application des principes énoncés dans *Lifchus* aux affaires tranchées avant cet arrêt. Quoique certains des éléments requis par l'arrêt *Lifchus* aient été omis dans l'exposé du juge Watt et que certains des termes qui auraient dû être évités ont été utilisés, je ne pense pas que ces défectuosités soient telles qu'elles « soulève[nt] des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury et p[uissent] mener à la conclusion que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable » : *Russell*, précité, par. 23. Pour les motifs exposés dans les récents arrêts de notre Cour, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu de rejeter ce moyen d'appel.

VII. Conclusion et dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les 129
pourvois et je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles, tant dans l'affaire *Pan* que dans l'affaire *Sawyer* :

1. L'article 649 du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, l'al. 11*d*) ou l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 649 du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. La règle d'exclusion qui, en common law, empêche l'admission d'éléments de preuve concernant les délibérations d'un jury porte-t-elle atteinte aux droits

anteed by s. 7, 11(*d*) or 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If the answer to Question 3 is yes, is the above-noted common law rule a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if not, ought the said common law rule to be modified to conform with the said *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given the answer to question 3, it is unnecessary to answer this question.

5. Does s. 653(1) of the *Criminal Code* and/or the common law power of a judge to declare a mistrial, during or following the deliberations of the jury, violate the protection against double jeopardy which is guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

6. If the answer to Question 5 is yes, is s. 653(1) of the *Criminal Code*, or the said common law power to declare a mistrial, a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if not, ought the common law power to be modified to conform with the said *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given the answer to question 5, it is unnecessary to answer this question.

7. Does s. 653(2) of the *Criminal Code* violate s. 7, 11(*d*) or 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

8. If the answer to Question 7 is yes, is s. 653(2) of the *Criminal Code* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

et aux libertés garantis par l'art. 7, l'al. 11*d*) ou l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, la règle de common law susmentionnée est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Sinon, y a-t-il lieu de modifier cette règle de common law pour qu'elle respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Le paragraphe 653(1) du *Code criminel* et/ou le pouvoir conféré au juge en common law de prononcer la nullité d'un procès, pendant ou après les délibérations du jury, portent-ils atteinte à la protection contre la double incrimination qui est garantie par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

6. Si la réponse à la cinquième question est affirmative, le par. 653(1) du *Code criminel* ou le pouvoir conféré au juge en common law de prononcer la nullité d'un procès constituent-ils une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Sinon, y a-t-il lieu de modifier le pouvoir conféré en common law pour qu'il respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée à la cinquième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

7. Le paragraphe 653(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte à l'art. 7, à l'al. 11*d*) ou à l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

8. Si la réponse à la septième question est affirmative, le par. 653(2) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: Given the answer to question 7, it is unnecessary to answer this question.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellant Rui Wen Pan: Keith E. Wright, Toronto.

Solicitors for the appellant Bradley Sawyer: Buhr & Kert, Toronto; Pinkofsky Lockyer, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

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, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée à la septième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvois rejetés.

Procureur de l'appelant Rui Wen Pan : Keith E. Wright, Toronto.

Procureurs de l'appelant Bradley Sawyer : Buhr & Kert, Toronto; Pinkofsky Lockyer, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Ottawa.

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, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2001 Vol. 2

3e cahier, 2001 Vol. 2

Cited as [2001] 2 S.C.R. 413-563

Renvoi [2001] 2 R.C.S. 413-563

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

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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, 2001.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

CONTENTS

Boston *v.* Boston **413**

Family law — Spousal support — Variation on retirement — Double recovery — Pension income — Whether retired payor spouse entitled to seek reduction of support payments to former spouse on basis that pension being received was previously considered in equalization of matrimonial property — Whether spouse who received assets in exchange for capitalized value of other spouse's pension has obligation to invest those assets in order to produce income — If assets not invested, whether court will impute income to payee spouse, based on what those assets could produce if invested, thereby reducing spousal support obligation.

Danyluk *v.* Ainsworth Technologies Inc. **460**

Administrative law — Issue estoppel — Employee filing complaint against employer under Employment Standards Act seeking unpaid wages and commissions — Employee subsequently commencing court action against employer for wrongful dismissal and unpaid wages and commissions — Employment standards officer dismissing employee's complaint — Employer arguing that employee's claim for unpaid wages and commissions before court barred by issue estoppel — Whether officer's failure to observe procedural fairness in deciding employee's complaint preventing application of issue estoppel — Whether preconditions to application of issue estoppel satisfied — If so, whether this Court should exercise its discretion and refuse to apply issue estoppel.

Fortin *v.* Chrétien **500**

Contracts — Validity — Formation of contract — Respondents entering into contract with Club juridique for non-advocate to perform service of preparing and drawing up legal proceedings for remuneration — Contract made in contravention of provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate — Whether contract that contravenes those provisions must be sanctioned by absolute nullity — If so, whether nullity of contract affects validity of resulting proceedings — Principle of simple nullity — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128(1)(b) — Civil Code of Québec, arts. 1411, 1417.

Barristers and solicitors — Practice of profession of advocate — Whether provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate are provisions of public order — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128(1)(b).

Civil procedure — Right of person to represent self before court — Respondents entering into contract with Club juridique for non-advocate to perform service of preparing and drawing up legal proceedings for remuneration — Contract made contrary to provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate —

Continued on next page

SOMMAIRE

Boston *c.* Boston **413**

Droit de la famille — Obligation alimentaire entre conjoints — Modification lors de la retraite — Double indemnisation — Revenu provenant de la pension de retraite — Le conjoint débiteur à la retraite a-t-il le droit de demander la réduction de son obligation alimentaire envers un ex-conjoint en raison du fait que la pension de retraite qu'il reçoit maintenant a déjà fait partie de l'égalisation des biens matrimoniaux? — Le conjoint qui a reçu des biens en échange de la valeur capitalisée de la pension de retraite de l'autre conjoint a-t-il l'obligation d'investir ces biens de manière à produire un revenu? — Si les biens ne sont pas investis, la cour devrait-elle attribuer au conjoint un revenu en fonction de ce que ces biens pourraient produire s'ils avaient été investis et réduire en conséquence l'obligation alimentaire envers ce conjoint?

Danyluk *c.* Ainsworth Technologies Inc. **460**

Droit administratif — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Plainte déposée par une employée contre son employeur en vertu de la Loi sur les normes de l'emploi et réclamant le versement de salaire et commissions impayés — Action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié et pour salaire et commissions impayés intentée subséquemment par l'employée contre l'employeur — Rejet de la plainte par l'agente des normes d'emploi — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée plaidée par l'employeur à l'égard de la réclamation pour salaire et commissions impayés — L'inobservation de l'équité procédurale par l'agente des normes dans sa décision sur la plainte de l'employée empêche-t-elle l'application de cette doctrine? — Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont-elles réunies? — Dans l'affirmative, notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer cette doctrine?

Fortin *c.* Chrétien **500**

Contrats — Validité — Formation du contrat — Intimés concluant un contrat avec un club juridique prévoyant l'octroi par un non-avocat d'un service de préparation et de rédaction de procédures judiciaires moyennant rémunération — Contrat conclu à l'encontre des dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat — Un contrat qui contrevient à ces dispositions doit-il être sanctionné de nullité absolue? — Dans l'affirmative, la nullité du contrat affecte-t-elle la validité des procédures qui en résultent? — Principe de la nullité simple — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128(1)b) — Code civil du Québec, art. 1411, 1417.

Avocats et procureurs — Exercice de la profession d'avocat — Les dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat sont-elles d'ordre public? — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128(1)b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Whether nullity of contract affects validity of resulting proceedings — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 61.

Western Canadian Shopping Centres Inc. *v.* Dutton .. 534

Practice — Class actions — Plaintiffs suing defendants for breach of fiduciary duties and mismanagement of funds — Defendants applying for order to strike plaintiffs' claim to sue in representative capacity — Whether requirements for class action met — If so, whether class action should be allowed — Whether defendants entitled to examination and discovery of each class member — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, Rule 42.

SOMMAIRE (Fin)

Procédure civile — Droit d'une personne d'assurer elle-même sa représentation devant un tribunal — Intimés concluant un contrat avec un club juridique prévoyant l'octroi par un non-avocat d'un service de préparation et de rédaction de procédures judiciaires moyennant rémunération — Contrat conclu à l'encontre des dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat — La nullité du contrat affecte-t-elle la validité des procédures qui en résultent? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61.

Western Canadian Shopping Centres Inc. *c.* Dutton .. 534

Pratique — Recours collectifs — Action intentée pour manquement à des obligations fiduciaires et mauvaise gestion de fonds — Requête en radiation d'une demande visant à poursuivre en qualité de représentants — Les conditions du recours collectif sont-elles réunies? — Le recours collectif doit-il être autorisé? — Les défendeurs peuvent-ils procéder à l'examen et à l'interrogatoire préalable de chaque membre du groupe? — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règle 42.

Willis Barclay Frederick Boston *Appellant*

v.

Shirley Isobel Boston *Respondent*

and

Women's Legal Education and Action Fund *Intervener*

INDEXED AS: BOSTON *v.* BOSTON

Neutral citation: 2001 SCC 43.

File No.: 27682.

2001: January 17; 2001: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Family law — Spousal support — Variation on retirement — Double recovery — Pension income — Whether retired payor spouse entitled to seek reduction of support payments to former spouse on basis that pension being received was previously considered in equalization of matrimonial property — Whether spouse who received assets in exchange for capitalized value of other spouse's pension has obligation to invest those assets in order to produce income — If assets not invested, whether court will impute income to payee spouse, based on what those assets could produce if invested, thereby reducing spousal support obligation.

The parties separated in 1991 after a 36-year marriage in which the wife was a homemaker with primary responsibility for raising their seven children, while the husband pursued his career in education and financially supported the family. In 1994, the husband and wife consented to a judgment dividing their accumulated assets. The husband received approximately $385,000 in assets, of which $333,329 was attributable to the value of his pension. The wife received the matrimonial home, surrounding lands, household contents and RRSPs as

Willis Barclay Frederick Boston *Appelant*

c.

Shirley Isobel Boston *Intimée*

et

Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : BOSTON *c.* BOSTON

Référence neutre : 2001 CSC 43.

N° du greffe : 27682.

2001 : 17 janvier; 2001 : 12 juillet.

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

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

Droit de la famille — Obligation alimentaire entre conjoints — Modification lors de la retraite — Double indemnisation — Revenu provenant de la pension de retraite — Le conjoint débiteur à la retraite a-t-il le droit de demander la réduction de son obligation alimentaire envers un ex-conjoint en raison du fait que la pension de retraite qu'il reçoit maintenant a déjà fait partie de l'égalisation des biens matrimoniaux? — Le conjoint qui a reçu des biens en échange de la valeur capitalisée de la pension de retraite de l'autre conjoint a-t-il l'obligation d'investir ces biens de manière à produire un revenu? — Si les biens ne sont pas investis, la cour devrait-elle attribuer au conjoint un revenu en fonction de ce que ces biens pourraient produire s'ils avaient été investis et réduire en conséquence l'obligation alimentaire envers ce conjoint?

Les parties se sont séparées en 1991 après 36 ans de mariage pendant lequel la femme est demeurée au foyer et était principalement chargée d'élever leurs sept enfants, alors que le mari poursuivait sa carrière dans l'enseignement et pourvoyait aux besoins financiers de la famille. En 1994, le mari et la femme ont consenti à un jugement qui partageait leurs biens accumulés. Le mari a reçu des biens valant environ 385 000 $, dont 333 329 $ représentait la valeur de sa pension de retraite. La femme a obtenu le foyer conjugal, son con-

her share of the assets, amounting to approximately $370,000. In addition, the husband agreed to pay the wife $3,200 per month in spousal support, indexed annually to the cost of living. At the time of judgment, the husband was earning $115,476 as Director of Education, while the wife had no income from employment. The husband, who had remarried, retired in 1997, and his total pension income thereafter was $8,000 per month. The larger portion of the pension, $5,300 per month, came from assets he retained on equalization, while the smaller portion, $2,300 per month, was earned since separation and not part of the equalization of net family property. The balance of $431 per month the husband receives as a CPP benefit. The wife invested her assets prudently and they are now worth over $493,000. By contrast, the husband's capital assets exceed his debts by $7,000. In 1998, the husband applied to reduce the amount of spousal support provided for in the consent judgment, claiming that his retirement, reduced income, and systematic depletion of his pension as capital amounted to a material change in circumstances. The husband submitted that, considering the earlier division of assets, the wife had an obligation to contribute to her own support and only the unequalized portion of his pension should be considered when determining support on a variation application. The motions judge accepted the husband's position, and reduced the amount of monthly support from $3,433.12, indexed, to $950, unindexed. The Court of Appeal raised this amount to $2,000 per month, indexed to the cost of living. The husband appealed from this decision.

Held (L'Heureux-Dubé and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The motions judge's award should be reinstated, with the further order that the monthly amount be indexed and arrears, if any, of spousal support paid to the wife.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: The retired payor spouse was entitled in this case to reduce his support obligation to his former wife on the basis that the pension now being received was previously considered in the distribution of matrimonial property.

tenu et les terrains avoisinants, et des REER comme part des biens, valant environ 370 000 $. De plus, le mari a accepté de verser une pension alimentaire, indexée annuellement sur le coût de la vie, de 3 200 $ par mois à la femme. Au moment du jugement, le mari avait un salaire de 115 476 $ comme directeur de l'enseignement, alors que la femme n'avait aucun revenu d'emploi. Le mari, qui s'est remarié, a pris sa retraite en 1997 et son revenu total de pension était de 8 000 $ par mois. La partie la plus importante de la pension de retraite, de 5 300 $ par mois, provenait des biens que le mari a conservés à l'égalisation des biens matrimoniaux alors que la partie la moins importante de la pension de retraite, de 2 300 $ par mois, a été gagnée depuis la séparation et ne faisait pas partie de l'égalisation des biens familiaux nets. Le mari reçoit également des prestations du RPC de 431 $ par mois. La femme a sagement investi ses biens et ceux-ci valent maintenant plus de 493 000 $. Or, les biens en capital du mari excèdent de 7 000 $ ses dettes. En 1998, le mari a demandé une réduction du montant de la pension alimentaire fixée dans le jugement sur consentement, prétendant que sa retraite, la diminution de son revenu et l'épuisement systématique de sa pension de retraite comme capital avaient fait en sorte que sa situation avait changé de façon importante. Le mari a soutenu que, compte tenu du partage précédent des biens, la femme avait l'obligation de subvenir à ses propres besoins et seulement la partie de sa pension de retraite qui n'avait pas servi au calcul d'égalisation devrait être prise en considération dans la fixation d'une pension alimentaire dans le cadre d'une demande de modification. Le juge des requêtes a accepté la position du mari et a réduit le montant de la pension alimentaire de 3 433,12 $ par mois indexée à 950 $ par mois, non indexée. La Cour d'appel a porté le montant de la pension alimentaire à 2 000 $ par mois, indexée sur le coût de la vie. Le mari a interjeté appel contre cette décision.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La décision du juge des requêtes est rétablie avec l'ordonnance supplémentaire que la somme mensuelle soit indexée et que l'arriéré de pension alimentaire, le cas échéant, soit versé à la femme.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Le conjoint débiteur à la retraite a le droit, en l'espèce, de réduire son obligation alimentaire envers son ex-conjointe en raison du fait que la pension de retraite qu'il reçoit maintenant a déjà fait partie du partage des biens matrimoniaux.

A pension is "property" under the Ontario *Family Law Act* and must be included in the equalization of net family property. Where, as here, a pension is divided by the lump sum method under a compensatory spousal support order or agreement, the pension-holding spouse must transfer real assets to the payee spouse in order to equalize matrimonial property. The payee spouse must use the assets received on equalization to create a "pension" to provide for her future support based upon the principle that the payee spouse should attempt to generate economic self-sufficiency as far as it is reasonable. For spouses who remained at home during a long marriage, self-sufficiency will not be practicable, but where the payee spouse receives assets on equalization in exchange for a part of her former spouse's pension entitlement, she must use those assets in a reasonable attempt to generate income at least by the time the pension starts to pay out. Failure to make a reasonable attempt to produce an income from equalized assets may result in the imputation of income to the payee spouse, based upon actuarial evidence. The obligation on the payee spouse to generate income from her assets would be satisfied by investing in a capital depleting income fund which would provide a regular annual income.

Une pension de retraite est un « bien » au sens où l'entend la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario et doit faire partie de l'égalisation des biens familiaux nets. Dans le cas où, comme en l'espèce, on applique à la pension de retraite la méthode de la « somme globale » conformément à une ordonnance ou entente alimentaire compensatoire, le conjoint participant doit transférer des biens actuels au conjoint bénéficiaire afin d'égaliser les biens matrimoniaux. Le conjoint bénéficiaire doit se servir des biens reçus à l'égalisation pour créer une « pension de retraite » qui lui permettrait éventuellement de subvenir à ses besoins sur le fondement du principe selon lequel, dans la mesure où c'est raisonnable, le conjoint bénéficiaire devrait essayer de parvenir à l'autonomie financière. Pour les conjoints qui sont restés à la maison pendant le mariage, l'autonomie ne sera pas réalisable, mais lorsque le conjoint bénéficiaire reçoit des biens à l'égalisation en échange d'une part du droit à pension de son ex-conjoint, il doit se servir de ces biens pour tenter raisonnablement de produire un revenu du moins au plus tard lorsque la pension de retraite commence à être versée. À défaut d'essayer de tirer un revenu à partir de biens égalisés, un revenu peut être imputé au conjoint bénéficiaire sur le fondement d'éléments de preuve actuarielle. L'obligation pour le conjoint bénéficiaire de tirer un revenu de ses biens serait remplie par l'investissement dans un fonds à revenu à épuisement de capital qui lui assurerait un revenu annuel régulier.

The support payments should provide a level of income sufficient to maintain a lifestyle that is comparable to that enjoyed during the marriage. Here, the spousal support was mainly compensatory, the purpose of which is to relieve economic hardship suffered by reason of the marriage or its breakdown. When spousal support plays a compensatory role on marriage breakdown, it may be unreasonable to expect the payee spouse to generate investment income from the matrimonial home, as the ability to remain in it usually assists the payee spouse and children to maintain their previous lifestyle. When support is based on need, different considerations apply, so that where the value of the family home has become disproportionate to the means of the parties, equity may require that it be sold and replaced appropriately.

Les paiements de pension alimentaire devraient assurer un niveau de revenu suffisant pour maintenir un style de vie comparable à celui dont les conjoints bénéficiaient pendant le mariage. En l'espèce, la pension alimentaire était principalement compensatoire et visait à remédier aux difficultés économiques suscitées par le mariage ou par sa rupture. Dans le cas où la pension alimentaire joue un rôle compensatoire à la rupture du mariage, il peut être déraisonnable de s'attendre à ce que le conjoint bénéficiaire tire un revenu de placement à même le foyer conjugal, car la capacité d'y demeurer contribue habituellement au maintien du style de vie du conjoint bénéficiaire et des enfants. Des considérations différentes s'appliquent lorsque la pension alimentaire est fondée sur le besoin, de sorte que si la valeur du foyer conjugal devient disproportionnée par rapport aux moyens des parties, l'équité peut commander qu'il soit vendu et remplacé convenablement.

There is no reason *per se* that spousal support cannot continue past the retirement date of the pension-holding spouse, but need, ability to pay and double recovery must all be considered. It is generally unfair to allow the payee spouse to reap the benefit of the pension both as

Il n'existe aucune raison en soi que la pension alimentaire ne puisse pas continuer à être versée après la date de la retraite du conjoint participant, mais il convient de tenir compte des besoins, de la capacité de payer et de la double indemnisation. Il est généralement

an asset and then again as a source of income, particularly where the payee spouse receives capital assets which she uses to grow her estate. To avoid double recovery, the court should, where practicable, focus on the portion of the payor's income and assets which have not been a part of the equalization division when the payee spouse's continuing need for support is shown. This would include the portion of the payor's pension earned after separation and not subject to equalization. Double recovery cannot always be avoided, and a pension previously divided can also be viewed as a maintenance asset, where the payor has the ability to pay, where the payee has made a reasonable effort to use equalized assets in an income-producing way and despite this, economic hardship from the marriage or its breakdown persists. Double recovery may also be permitted in spousal support orders/agreements based upon need as opposed to compensation.

In the case at bar, the amount of support should be reduced based on the material change in circumstances and the ability of the wife to reasonably produce an income from her investments. The motions judge's award of $950 per month was carefully assessed by her and deference must be paid to that decision. The motions judge considered the relevant factors and properly concluded in this case that the unequalized portion of the husband's pension was the principal consideration in the support to be paid. The Court of Appeal erred in determining that the amount of support awarded was outside the realm of reasonableness, overlooking the obligation to fairly avoid double recovery. The wife would not suffer hardship if double recovery were not permitted, based on the asset position of both parties at the time of the application to vary.

Per L'Heureux-Dubé and LeBel JJ. (dissenting): The Court of Appeal judgment should be upheld. The case is a straightforward matter of assessment of the needs and means of the former spouses in the context of the dynamic relationship that arises from the marriage and its breakdown. The law of support must address a wide spectrum of life experiences. Although the courts have

inéquitable de permettre au conjoint bénéficiaire de tirer avantage de la pension de retraite à la fois comme un bien et par la suite comme une source de revenu, particulièrement quand le conjoint bénéficiaire reçoit des biens en capital qu'il conserve ensuite pour augmenter son patrimoine. Pour éviter la double indemnisation, le tribunal devrait, lorsque c'est possible, s'intéresser surtout à la portion du revenu et des biens du débiteur qui n'ont pas fait partie du partage d'égalisation quand il est prouvé que le conjoint bénéficiaire a toujours besoin d'aide pour subvenir à ses besoins. La portion de la pension de retraite qui a été gagnée après la séparation et qui n'est pas assujettie à l'égalisation serait incluse. La double indemnisation ne peut pas toujours être évitée et une pension de retraite qui a déjà été divisée peut également être considérée comme un bien alimentaire quand le conjoint débiteur possède la capacité de payer, quand le conjoint bénéficiaire a fait des efforts raisonnables pour utiliser les biens visés par l'égalisation de manière à produire un revenu et que, malgré cela, des difficultés économiques découlant du mariage ou de sa rupture subsistent. La double indemnisation peut également être autorisée dans les ordonnances et ententes alimentaires fondées principalement sur le besoin plutôt que sur l'indemnisation.

Dans la présente affaire, le montant de la pension alimentaire devrait être réduit parce que la situation a changé de façon importante et que la femme est raisonnablement en mesure de produire un revenu de ses investissements. Le montant mensuel de 950 $ fixé par le juge des requêtes a été soigneusement évalué par elle et il faut témoigner de la déférence à cette décision. Le juge des requêtes a tenu compte des facteurs pertinents et a conclu, à bon droit, qu'en l'espèce la partie de la pension du mari qui n'a pas servi au calcul d'égalisation représentait la considération principale dans la pension alimentaire devant être versée. La Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le montant de la pension alimentaire accordé excédait le domaine du caractère raisonnable, ne tenant pas compte de l'obligation d'éviter équitablement la double indemnisation. La femme n'éprouverait pas de difficultés si la double indemnisation n'était pas autorisée compte tenu des biens détenus par les deux parties qui ont été considérés au moment de la demande de modification.

Les juges L'Heureux-Dubé et LeBel (dissidents) : Le jugement de la Cour d'appel est confirmé. Il s'agit d'une affaire très simple d'évaluation des besoins et des ressources des ex-conjoints dans le cadre de la relation dynamique qui découle du mariage et de son échec. Le droit en matière d'obligation alimentaire doit traiter un vaste éventail d'expériences de vie. Bien que les tribu-

identified models of marriage, none of the classifications can account for all situations. The categories must not be closed and inflexible, and none of the legislative purposes behind spousal support should take precedence over the others. The three bases for support are contract/consent, compensation for economic hardship, and a non-compensatory model related to the concrete needs of the spouses. In this case, support must rest on an assessment of the means and needs of the parties, and the need to compensate the wife, who stayed at home, and gave up economic independence. The first objective is to ensure that the dependent spouse has enough to live on, taking into consideration the past income and living standards of the parties.

The view that the income stream arising out of an already equalized pension should be insulated from contribution to support, because this amounts to double dipping, is rejected. It is mistaken to limit the availability of the pension asset for spousal support and to view the pension as a finally allocated asset, ignoring that it operates primarily as a source of income. The Ontario *Family Law Act* does not alter the complex factors and objectives governing spousal support before or after the retirement of the debtor spouse. Spousal support continuing past the payor's retirement does not give the dependent spouse a double benefit of the pension. Even though the income stream belongs to the husband, this does not mean it cannot be accessed in order to redress the economic disadvantages of the wife that continue to flow from the marriage or its breakdown. All income streams are relevant in the assessment of means and needs and of the proper level of support considering the lifestyle and the living experience of the couple.

Upon the husband's retirement, it was fair in the process of support determination for the courts to consider the assets of both parties and the income that could be generated from them if they were used efficiently. The husband had kept his entire pension rights with the financial and personal security that flows from them, while his wife, by reason of her moderate lifestyle, had made safe investments and had a substantial asset base under her control. The Court of Appeal imputed an

naux aient défini des modèles de mariage, aucune des classifications ne rend compte de toutes les situations. Les catégories ne doivent pas être fermées et rigides et aucun des objectifs législatifs sous-jacents à la pension alimentaire ne doit avoir préséance sur les autres. Les trois fondements à la pension alimentaire sont un contrat/consentement, une indemnisation pour les difficultés économiques et un modèle non compensatoire relatif aux besoins très concrets des conjoints. En l'espèce, l'ordonnance alimentaire doit reposer sur une évaluation des besoins et des ressources des parties et le besoin d'indemniser la femme qui est demeurée à la maison et qui a renoncé à l'indépendance économique. Le premier objectif est de s'assurer que le conjoint à charge dispose de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins, en tenant compte du revenu et du niveau de vie antérieurs des parties.

L'opinion selon laquelle le flux de revenu découlant d'une pension de retraite ayant déjà fait l'objet d'une égalisation ne devrait pas servir au paiement d'une pension alimentaire parce que cela équivaudrait à une double ponction est rejetée. Il est incorrect de limiter la disponibilité des avoirs de retraite aux fins du paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint et de considérer la pension de retraite comme un bien finalement attribué sans prendre en considération le fait que celle-ci tient lieu principalement de source de revenu. La *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario ne modifie pas les facteurs et les objectifs complexes qui régissent l'obligation alimentaire entre conjoints avant ainsi qu'après la retraite du conjoint débiteur. Le paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint, qui se poursuit après la retraite du payeur, ne procure pas au conjoint à charge un double bénéfice à l'égard de la pension de retraite. Même si le flux de revenu provenant de la pension de retraite appartient au mari, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'est pas possible d'y accéder afin de parer aux inconvénients économiques que la femme continue de subir en raison du mariage ou de sa rupture. Tous les flux de revenu restent pertinents dans l'évaluation des ressources et des besoins et de la pension alimentaire qu'il convient d'accorder eu égard au style de vie et à l'expérience de vie du couple.

À la retraite du mari, il était juste, dans le cadre de la fixation de la pension alimentaire, que les tribunaux prennent en considération les biens des deux parties et le revenu que ces biens pouvaient générer s'ils étaient utilisés efficacement. Le mari avait conservé tous ses droits à une pension de retraite avec la sécurité financière et personnelle qui en découle, alors que sa femme, en raison de son style de vie modéré, avait fait des investissements prudents et disposait donc d'un actif important.

income from the assets controlled by the wife but, nevertheless, given the circumstances of the parties, held that the variation of support by the motions judge was unreasonable and raised the amount of support to $2,000 per month. The Court of Appeal judgment acknowledges the lack of independence flowing from the wife's married life and its breakdown, factoring in her former lifestyle, living standards and her need to acquire financial security. The husband, with a pension of about $100,000 per year, retains a fairly comfortable lifestyle. Under these circumstances, the wife is entitled to a reasonable standard of living without having to engage in a massive program of liquidation of assets.

An analysis based on the nature of the assets may skew the proper approach to support. Here, the needs were established, after making allowance for the efficient use of assets under the wife's control. These needs should be evaluated reasonably, given the standard of living of the parties during the marriage and the imperative of long-term financial protection.

Cases Cited

By Major J.

Applied: *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518; **referred to:** *Best v. Best*, [1999] 2 S.C.R. 868; *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Veres v. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447; *Butt v. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415; *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1; *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112; *Flett v. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24; *Rivers v. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90; *Grainger v. Grainger* (1992), 39 R.F.L. (3d) 101; *Nantais v. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201; *Rintjema v. Rintjema*, [1996] O.J. No. 4717 (QL); *Hutchison v. Hutchison* (1998), 38 R.F.L. (4th) 377; *Campbell v. Campbell* (1998), 40 R.F.L. (4th) 462.

By LeBel J. (dissenting)

Bracklow v. Bracklow, [1999] 1 S.C.R. 420; *LeMoine v. LeMoine* (1997), 185 N.B.R. (2d) 173; *Nantais v. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147; *Iurincic v. Iurincic* (1998), 40 R.F.L. (4th) 258; *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112; *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Dolman v. Dolman* (1998),

La Cour d'appel a attribué un revenu aux biens sous le contrôle de la femme, mais a néanmoins jugé, compte tenu de la situation des parties, que la modification qu'avait apportée le juge des requêtes au montant de la pension alimentaire était déraisonnable et a porté le montant de la pension alimentaire à 2 000 $ par mois. Le jugement de la Cour d'appel reconnaît le manque d'indépendance qui découle de la vie conjugale de la femme et de la rupture de son mariage, et qu'il devait être tenu compte de son style de vie et de son niveau de vie antérieurs ainsi que son besoin d'acquérir une certaine sécurité financière. Le mari avec une pension de retraite annuelle de près de 100 000 $ conserve un style de vie assez confortable. Dans ces circonstances, la femme a droit à un niveau de vie raisonnable sans être obligée de procéder à une liquidation importante de ses biens.

Une analyse fondée sur la nature des biens peut altérer la manière correcte d'envisager la pension alimentaire. En l'espèce, les besoins ont été établis après la prise en considération de l'utilisation efficace de biens sous le contrôle de la femme. Ces besoins devraient être raisonnablement évalués en tenant compte du niveau de vie des parties pendant le mariage et de la nécessité d'une protection financière à long terme.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt appliqué : *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518; **arrêts mentionnés :** *Best c. Best*, [1999] 2 R.C.S. 868; *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Veres c. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447; *Butt c. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415; *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1; *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112; *Flett c. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24; *Rivers c. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90; *Grainger c. Grainger* (1992), 39 R.F.L. (3d) 101; *Nantais c. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201; *Rintjema c. Rintjema*, [1996] O.J. No. 4717 (QL); *Hutchison c. Hutchison* (1998), 38 R.F.L. (4th) 377; *Campbell c. Campbell* (1998), 40 R.F.L. (4th) 462.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Bracklow c. Bracklow, [1999] 1 R.C.S. 420; *LeMoine c. LeMoine* (1997), 185 R.N.-B. (2e) 173; *Nantais c. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Ross c. Ross* (1995), 168 R.N.-B. (2e) 147; *Iurincic c. Iurincic* (1998), 40 R.F.L. (4th) 258; *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112; *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Dolman c. Dolman* (1998),

38 R.F.L. (4th) 362; *Carter v. Carter* (1998), 42 R.F.L. (4th) 314; *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 426.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 4(1) "property", 5(1), (6), 7, 9, 33, 37.
Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.

Authors Cited

Goubau, Dominique. "The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada" (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333.
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Hovius, Berend, and Timothy G. Youdan. *The Law of Family Property*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
McLeod, James G. Annotation to *Shabdolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253.
Payne, Julien W., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
Walker, Tom. "Double Dipping: Can a Pension Be Both Property and Income?", in *Best of Money & Family Law*, vol. 9, No. 12, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 126 O.A.C. 296, [1999] O.J. No. 4140 (QL), allowing the respondent's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) reducing the amount of spousal support. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and LeBel JJ. dissenting.

J. Yvonne Pelley and *Susan Tindal*, for the appellant.

Maurice J. Neirinck, for the respondent.

Nicole Tellier and *Joanna Radbord*, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

MAJOR J. — "Double recovery" or "double dipping" are terms that have come to describe the situation where, after an equal division of assets on

38 R.F.L. (4th) 362; *Carter c. Carter* (1998), 42 R.F.L. (4th) 314; *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 426.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.).
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 4(1) « bien », 5(1), (6), 7, 9, 33, 37.
Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.

Doctrine citée

Goubau, Dominique. « The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada » (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333.
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.
Hovius, Berend, and Timothy G. Youdan. *The Law of Family Property*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1991.
McLeod, James G. Annotation to *Shabdolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253.
Payne, Julien W., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.
Walker, Tom. « Double Dipping : Can a Pension Be Both Property and Income? », in *Best of Money & Family Law*, vol. 9, No. 12, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 126 O.A.C. 296, [1999] O.J. No. 4140 (QL), qui a accueilli l'appel de l'intimée contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) qui avait réduit le montant de la pension alimentaire. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et LeBel sont dissidents.

J. Yvonne Pelley et *Susan Tindal*, pour l'appelant.

Maurice J. Neirinck, pour l'intimée.

Nicole Tellier et *Joanna Radbord*, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE MAJOR — Les expressions « double indemnisation » ou « double ponction » décrivent une situation où, après un partage égal des biens à 1

marriage breakdown, one spouse claims continued support from the previously divided or equalized assets of the other spouse. This usually arises, as here, when a pension is involved. In place of the common designations of "appellant" and "respondent", the use of the terms "husband" and "wife" from time to time in these reasons might add to the clarity of what follows.

la rupture d'un mariage, un conjoint sollicite une obligation alimentaire permanente tirée des biens de l'autre conjoint qui ont déjà fait l'objet du partage ou de l'égalisation. Cette situation survient généralement, comme en l'espèce, quand une pension de retraite est visée. Plutôt que les désignations habituelles d'« appelant » et d'« intimée », l'utilisation occasionnelle des termes « mari » et « femme » dans les présents motifs pourrait permettre de mieux comprendre ce qui suit.

2 Pension rights give rise to special difficulties in questions of spousal support. Under the Ontario *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, a pension right must be valued as a capital asset that is an entitlement to a future income stream. After retirement, the pension changes from a capital asset into an income asset. When the pension is in pay, in a sense, the pension asset is being liquidated.

Des droits de pension de retraite soulèvent des problèmes particuliers dans le cas de la pension alimentaire. Aux termes de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, un droit de pension de retraite doit être considéré comme un bien en capital qui représente un droit à un flux de revenu éventuel. À la retraite, la pension de retraite passe d'un bien en capital à un bien en revenu. Quand la pension de retraite est versée, dans un certain sens, les avoirs de retraite sont liquidés.

3 When a pension changes from an asset into income the "double recovery" difficulty can arise, usually in the following way. On marriage dissolution, the parties equalize the matrimonial assets. The pension-holding spouse (the husband in this appeal) must include the future right to his pension as part of his net family property. For the husband to retain his pension, the payee spouse (the wife in this appeal) must get other assets of the same value, in order to equalize their net family property. While the husband is still employed, he may be obliged to make spousal support payments to the wife. When he retires, however, and his pension comes into pay, the wife is said to be making a double recovery if she continues to receive spousal support from the husband's pension income, as she received assets equal to the capital value of the pension at the time of settlement. If support payments from the pension are maintained, she is collecting twice from the same source.

Quand une pension de retraite se transforme d'un bien en un revenu, le problème de la « double indemnisation » peut se poser, habituellement de la manière suivante. À la dissolution du mariage, les parties répartissent également les biens matrimoniaux. Le conjoint participant (le mari dans le présent pourvoi) doit inclure le droit futur à sa pension de retraite dans ses biens familiaux nets. Pour que le mari conserve sa pension de retraite, le conjoint bénéficiaire (la femme dans le présent pourvoi) doit obtenir d'autres biens de même valeur, aux fins d'égalisation des biens familiaux nets. Tant qu'il travaille, le mari peut être tenu de verser une pension alimentaire mensuelle à l'épouse. Toutefois, lorsqu'il prend sa retraite et commence à percevoir sa pension de retraite, on affirme que l'épouse reçoit une double indemnisation si elle continue de recevoir des versements de pension alimentaire faits sur le revenu de pension du mari, car elle a obtenu des biens égaux à la valeur en capital de la pension de retraite au moment du règlement. Si le paiement de la pension alimentaire provenant de la pension de retraite se poursuit, la femme perçoit deux fois des biens de la même source.

Is the husband therefore entitled to reduce the support obligation to his former wife when he retires on the basis that his pension was previously part of the agreed division of the matrimonial property?

In this appeal, the appellant husband sought to reduce the amount of spousal support provided to the wife because he had retired, his pension was in pay and his income was reduced. He also argued that his ability to pay support should not be determined using his pension income, as this was the same pension that was previously divided with the wife on the equalization of net family property.

The motions judge reduced the amount of spousal support from $3,433.12 per month (indexed annually to the cost of living) to $950 per month (not indexed). The Court of Appeal varied this amount to $2,000 per month (indexed). The husband appealed to reinstate the spousal support award of the motions judge. For the reasons outlined, this appeal is allowed and the $950 per month award of the motions judge reinstated with indexing and arrears, if any, added.

I. Facts

Willis Boston and Shirley Boston separated in 1991 after a 36-year marriage. At the time of separation, the husband was employed as a Director of Education. The wife was a homemaker throughout the marriage and was never employed outside the home. She took care of their seven children and the household and, to that significant extent, assisted with the husband's career.

On October 21, 1994 the parties consented to a judgment which settled property and support matters. The total of the combined assets, while not precise, was approximately $750,000. On equalization, the husband retained his Ontario Teachers' pension, which was valued at $333,329 after tax on the valuation date. He also received one half of the

Le mari a-t-il donc le droit de réduire l'obligation alimentaire envers son ex-femme quand il prend sa retraite sur le fondement du principe selon lequel sa pension de retraite avait auparavant fait partie du partage convenu des biens matrimoniaux? 4

Dans le cadre du présent pourvoi, le mari appelant a cherché à réduire le montant de la pension alimentaire versée à la femme parce qu'il a pris sa retraite, que sa pension de retraite a commencé à lui être versée et que son revenu a diminué. Il a également prétendu que sa capacité de verser une pension alimentaire ne devrait pas être déterminée à l'aide de son revenu de pension de retraite, car il s'agissait de la même pension qui avait été précédemment partagée avec la femme dans le cadre du processus d'égalisation des biens familiaux nets. 5

Le juge des requêtes a réduit le montant de la pension alimentaire qui s'élevait à 3 433,12 $ par mois (indexée annuellement sur le coût de la vie) à 950 $ par mois (non indexée). La Cour d'appel a fixé cette somme à 2 000 $ par mois (indexée). Le mari a interjeté appel en vue de rétablir la pension alimentaire accordée par le juge des requêtes. Pour les motifs exposés, le présent pourvoi est accueilli et la somme de 950 $ par mois adjugée par le juge des requêtes est rétablie avec l'indexation et l'arriéré, le cas échéant, ajouté. 6

I. Les faits

Willis Boston et Shirley Boston se sont séparés en 1991 après 36 ans de mariage. Au moment de la séparation, le mari travaillait comme directeur de l'enseignement. La femme est demeurée au foyer pendant toute la durée du mariage et n'a jamais travaillé à l'extérieur de la maison. Elle a pris soin de leurs sept enfants et du ménage et, dans cette large mesure, a contribué à la carrière de son mari. 7

Le 21 octobre 1994, les parties ont consenti à un jugement qui réglait les questions de biens et de pension alimentaire. Le total des biens combinés, quoique imprécis, était d'environ 750 000 $. À l'égalisation, le mari a conservé sa pension de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario, qui était évaluée à 333 329 $ après 8

proceeds of the sale of the family cottage of $23,694 as well as items from a farming business, some furniture, personal property and a 1991 Oldsmobile totalling about $65,000. As well, the husband assumed payments of all debts arising out of the marriage amounting to approximately $65,000.

9 The wife received the mortgage-free matrimonial home on 168 acres of land and its contents, all valued at $213,000. She received one half of the proceeds of sale of the family cottage of $23,694 and a 1992 Honda worth $2,000. She also received payments of $18,000 and $25,000 that were transferred by the husband in RRSPs, in partial discharge of the equalization payments owing to her.

10 Three parcels of vacant lands were sold to the parties' son in trust for $68,500 of which the wife received $64,000. She collected half of the proceeds of sale amounting to $34,250 and also received $24,000 from the husband as another installment to her equalization payment which was deducted from his half of the proceeds of sale of the vacant lands. The amount of $6,100 was also deducted from the husband's half of the proceeds and paid to the wife by way of arrears for spousal support. The husband retained approximately $4,000 in total from the proceeds of sale of the vacant lands.

11 Four remaining vacant lots were sold after the hearing of the motion in March 1999 but before the appeal in November 1999. The parties sold one parcel to their daughter and divided the proceeds of $16,000 equally. The other three lots were transferred to the wife, who sold to a third party and paid the husband one half of the proceeds amounting to $16,000.

12 In summary and in general terms, the consent judgment provided an almost equal division of matrimonial assets. The husband received net assets of approximately $385,000 ($333,329 being

impôt à la date d'évaluation. Il a également obtenu la moitié du produit de la vente de la maison de campagne familiale de 23 694 $, ainsi que des articles d'une exploitation agricole, des meubles, des biens personnels et une voiture de marque Oldsmobile de 1991 pour un total d'environ 65 000 $. De plus, le mari s'est chargé de toutes les dettes découlant du mariage qui s'élevaient à environ 65 000 $.

La femme a obtenu le foyer conjugal, exempt d'hypothèque, situé sur une terre de 168 acres, avec son contenu, le tout d'une valeur de 213 000 $. Elle a reçu la moitié du produit de la vente de la maison de campagne familiale de 23 694 $ ainsi qu'une voiture de marque Honda de 1992 valant 2 000 $. Elle a également obtenu des sommes de 18 000 $ et de 25 000 $ — qui ont été transférées par le mari dans des REER — en règlement partiel des paiements d'égalisation qui lui étaient dus.

Trois parcelles de terrains vagues ont été vendues au fils des parties, en fiducie, pour la somme de 68 500 $ de laquelle la femme a obtenu 64 000 $. Elle a touché la moitié du produit de la vente, soit 34 250 $, en plus de recevoir 24 000 $ du mari — au titre des paiements d'égalisation — somme qui a été déduite de sa moitié à lui du produit de la vente des terrains vagues. La somme de 6 100 $ a également été soustraite de la moitié du produit de la vente destiné au mari et a été versée à la femme à titre d'arriéré de pension alimentaire. Le mari a conservé environ 4 000 $ au total du produit de la vente des terrains vagues.

Quatre autres terrains vagues ont été vendus après l'audition de la requête en mars 1999, mais avant l'appel en novembre 1999. Les parties ont vendu une parcelle à leur fille et en ont partagé le produit de 16 000 $ également. Les trois autres parcelles ont été transférées à la femme, qui les a vendues à un tiers et a versé au mari la moitié du produit s'élevant à 16 000 $.

En résumé et en termes généraux, le jugement sur consentement prévoyait un partage presque égal des biens matrimoniaux. Le mari a reçu des biens nets valant environ 385 000 $ (333 329 $

the capitalized value of his pension) and the wife received assets of approximately $370,000.

étant la valeur capitalisée de sa pension de retraite) et la femme a reçu des biens valant environ 370 000 $.

At the time of the consent judgment in 1994, the husband's income from employment was approximately $115,476 per year as a Director of Education. He agreed to pay the wife $3,200 per month in spousal support, indexed annually to the cost of living.

13 À la date du jugement sur consentement en 1994, le mari gagnait annuellement comme directeur de l'enseignement un revenu d'emploi d'environ 115 476 $. Il a accepté de verser une pension alimentaire, indexée annuellement sur le coût de la vie, de 3 200 $ par mois à la femme.

The parties divorced in 1995 and the husband remarried in 1996. He resides with his new wife, who works part time as a nurse, and with her two sons from a previous marriage.

14 Les parties ont divorcé en 1995 et le mari s'est remarié en 1996. Il habite avec sa nouvelle femme, qui travaille à temps partiel comme infirmière, et avec les deux fils de cette dernière nés d'un précédent mariage.

On January 31, 1997 the husband retired but continued to work for the School Board as a consultant until the end of December 1997. He began receiving his indexed pension from the Ontario Teachers' Pension Plan Board of almost $7,600 per month in February 1997 and his Canadian Pension Plan (CPP) benefits of around $431 per month in August 1998. His total pension income at the hearing date was approximately $8,000 per month.

15 Le 31 janvier 1997, le mari a pris sa retraite, mais il a continué à travailler pour le conseil scolaire à titre de conseiller jusqu'à la fin du mois de décembre 1997. Il a commencé à recevoir sa pension de retraite indexée du Conseil du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario s'élevant à presque 7 600 $ par mois en février 1997 et ses prestations du Régime de pensions du Canada (RPC) d'environ 431 $ par mois en août 1998. Son revenu total de pension à la date de l'audience était d'environ 8 000 $ par mois.

Since the consent judgment the wife has not earned any employment income. However, since that time she has invested her assets prudently and they are now worth over $493,000. She has no debts. By contrast, the husband's capital assets exceed his debts by $7,000.

16 Depuis la date du jugement sur consentement, la femme n'a pas gagné de revenu d'emploi. Toutefois, depuis cette date, elle a sagement investi ses biens et ceux-ci valent maintenant plus de 493 000 $. Elle n'a pas de dette. Or, les biens en capital du mari excèdent de 7 000 $ ses dettes.

In January 1998 the husband applied to reduce the amount of spousal support provided for in the consent judgment of October 1994. He claimed that his retirement, his reduced income and the systematic depletion of his pension as capital amounted to a material change in circumstances.

17 En janvier 1998, le mari a demandé une réduction du montant de la pension alimentaire fixée dans le jugement sur consentement en octobre 1994. Il a prétendu que sa retraite, la diminution de son revenu et l'épuisement systématique de sa pension de retraite comme capital avaient fait en sorte que sa situation avait changé de façon importante.

The husband's Ontario Teacher's pension had two components. The larger portion of the pension, $5,300 per month, came from the asset he retained on equalization of the matrimonial assets and, according to the husband, should not be considered

18 La pension de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario du mari comportait deux éléments. La partie la plus importante de la pension de retraite, de 5 300 $ par mois, provenait des biens que le mari a conservés à l'égalisation des

in assessing spousal support. The second component of the pension, $2,300 per month, was earned since separation and was not part of the equalization of assets. The husband's submission was that, considering the earlier division of assets, the wife had an obligation to contribute to her own support and only the unequalized portion of his pension should be considered when determining support on a change in circumstances.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division), Family Court* — Order of Robertson J., March 16, 1999

19 The motions judge reduced the amount of support from $3,433.12 per month (indexed annually to the cost of living) to $950 per month (not indexed).

20 She found jurisdiction to vary the spousal support order in s. 37 of the *Family Law Act* which provides, in part, that the court may vary an order where it is satisfied that there has been a material change in circumstances. The motions judge found two material changes: "the husband has experienced a 13% overall income decrease and the bulk of his income is derived from the liquidation of an asset". According to Robertson J., without variation, the wife would receive some double recovery as she had already received 50 percent of the matrimonial assets.

21 The motions judge considered the length of the marriage, the roles assumed by the parties during the marriage, and the fact that the wife had wisely invested her share of the matrimonial assets. She noted that the wife had not earned an income from employment but had undertaken "impressive community positions of responsibility" including

biens matrimoniaux et, selon lui, ne devrait pas être prise en considération dans la fixation de la pension alimentaire. Le second élément de la pension de retraite, 2 300 $ par mois, a été gagné depuis la séparation et ne faisait pas partie de l'égalisation des biens. La prétention du mari était que, compte tenu du partage précédent des biens, la femme avait l'obligation de subvenir à ses propres besoins et seulement la partie de sa pension de retraite qui n'avait pas servi au calcul d'égalisation devrait être prise en considération dans la fixation d'une pension alimentaire après un changement de situation.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale), Cour de la famille* — Ordonnance du juge Robertson, en date du 16 mars 1999

Le juge des requêtes a réduit le montant de la pension alimentaire de 3 433,12 $ par mois (indexée annuellement sur le coût de la vie) à 950 $ par mois (non indexée).

Elle a jugé que l'art. 37 de la *Loi sur le droit de la famille*, qui prévoit notamment que le tribunal peut modifier une ordonnance quand il est convaincu que la situation a changé de façon importante, lui confère la compétence de modifier l'ordonnance alimentaire. Le juge des requêtes a relevé deux changements importants : [TRADUCTION] « le mari fait face à une diminution de l'ensemble de son revenu de 13 pour 100 et la majeure partie de son revenu provient de la liquidation d'un bien ». Selon le juge Robertson, sans modification, la femme recevrait une double indemnisation parce qu'elle a déjà obtenu 50 pour 100 des biens matrimoniaux.

Le juge des requêtes a pris en considération la durée du mariage, les rôles tenus par les parties pendant le mariage, et le fait que la femme avait sagement investi sa part des biens matrimoniaux. Elle a relevé que la femme n'avait pas gagné un revenu d'emploi, mais qu'elle avait occupé [TRADUCTION] « des postes de responsabilité impressionnants au sein de la communauté » dont la présidence du conseil d'administration d'un hôpital

chairing a hospital board during a period of restructure. She commented that:

> [The wife's] lawyer expects me to assume she cannot find paid employment or that she need not look. . . . A lack of paid employment does not equate to a lack of skill. There is no evidence that her ability to secure paid employment has been addressed.

Robertson J. concluded that this was a "small factor" which she addressed only because her failure to do so "may undermine the value of [the wife's] role during the marriage".

Robertson J. then reviewed the parties' financial positions. The husband had, in addition to his pension of approximately $8,000 per month, assets of $7,000. The wife had assets of $493,486. The husband earned some pension credits since separation resulting in a higher pension value and these credits had not been equalized. The motions judge considered that this unequalized portion of the pension was a factor in the amount of continuing support to be paid. As previously noted, the unequalized portion of the pension amounted to $2,300 of the $7,600 per month of the Ontario Teachers' pension.

The motions judge concluded that the wife had an obligation to use her assets in an income-producing way. The husband, by contrast, was "asset poor" because his pension (Ontario Teachers' pension and CPP benefits) was his only source of income. He had no ability to accumulate assets. She found that:

> The law discourages double recovery. Without relief, the husband would be paying twice. He has no ability to accumulate assets presently. The wife's obligation to attempt self-sufficiency extends beyond employment income. On these facts, she has an obligation to look towards her assets in an income producing way. The

pendant une période de restructuration. Elle a fait les observations suivantes :

> [TRADUCTION] L'avocat [de la femme] s'attend à ce que je présume que celle-ci ne peut pas trouver un travail rémunéré ou qu'elle n'a pas besoin de le faire. [. . .] L'absence de travail rémunéré ne signifie pas un manque de compétence. Il n'existe aucune preuve du fait que sa capacité [celle de la femme] d'obtenir un travail rémunéré ait été abordée.

Le juge Robertson était d'avis qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] « facteur de moindre importance » qu'elle avait soulevé uniquement parce que si elle ne l'avait pas fait [TRADUCTION] « la valeur du rôle [de la femme] pendant le mariage aurait pu être sous-estimée ».

Le juge Robertson a ensuite examiné la situation financière des parties. Le mari avait, outre sa pension de retraite d'environ 8 000 $ par mois, des biens de 7 000 $. La femme avait des biens de 493 486 $. Le mari a gagné des droits à pension depuis la séparation, ce qui a donné lieu à une valeur de pension plus élevée, et ces droits n'ont pas servi au calcul d'égalisation. Le juge des requêtes était d'avis que cette partie de la pension de retraite non visée par l'égalisation était un facteur favorable au maintien de la pension alimentaire. Comme je l'ai déjà signalé, la partie de la pension de retraite n'ayant pas servi au calcul d'égalisation s'élevait à 2 300 $ sur les 7 600 $ par mois de la pension de retraite des enseignantes et enseignants de l'Ontario. 22

Le juge des requêtes a conclu que la femme avait l'obligation d'utiliser ses biens de manière à produire un revenu. Le mari, au contraire, était [TRADUCTION] « pauvre en biens » parce que sa pension de retraite (la pension de retraite des enseignantes et enseignants de l'Ontario et les prestations du RPC) était sa seule source de revenu. Il n'avait pas la possibilité d'accumuler des biens. Le juge des requêtes a déclaré : 23

> [TRADUCTION] La loi prévient la double indemnisation. Sans redressement, le mari payerait deux fois. Il n'a pas la possibilité d'accumuler des biens actuellement. L'obligation de la femme d'essayer d'atteindre l'autonomie s'étend au-delà du revenu d'emploi. Vu ces faits, elle est tenue de considérer que ses biens peuvent

husband has done this. She does not have to sell her home and the husband does not seek this. The reality is she cannot continue to save her money and live on the liquidation of the husband's main asset from the marriage, namely his pension. [Emphasis added.]

24 After finding that "[w]ithout relief, the result will be that the wife accumulates an estate and the husband liquidates his estate", Robertson J. concluded that there was a significant material change in circumstances sufficient to reduce the support order to $950 per month, not indexed. Any arrears were rescinded. She also provided for a review of the quantum of support when the wife reached 65 in 2002.

B. *Ontario Court of Appeal* (Catzman, Labrosse and Moldaver JJ.A.) (1999), 126 O.A.C. 296

25 The Court of Appeal set aside the motions judge's order, varied the amount of spousal support to $2,000 per month, indexed, and ordered the payment of arrears.

26 In the Court of Appeal, the parties conceded that there was a material change in circumstances. The court found that there was a need on the part of the wife for support while the husband had the ability to pay it.

27 The court examined the total assets of the wife that could be liquidated and estimated that she could earn a yearly investment income of approximately $15,000 plus CPP benefits. The court found that the motions judge erred in factoring into her decision an ability on the part of the wife to earn employment income. In addition, the amount of variation allowed by the motions judge was "outside the realm of reasonableness" (para. 10).

III. Issues

28 1. Is a retired payor spouse entitled to seek to reduce the support obligation to a former spouse on the basis that the pension now being

produire un revenu. Le mari l'a fait. Elle n'a pas à vendre sa maison et le mari ne cherche pas non plus à ce qu'elle le fasse. En réalité elle ne peut pas continuer à mettre de côté son argent et à vivre de la liquidation du bien principal que le mari a conservé du mariage, à savoir sa pension de retraite. [Je souligne.]

Après avoir dit que [TRADUCTION] « [s]ans redressement, la conséquence sera que la femme accumule un patrimoine et que le mari liquide le sien », le juge Robertson a déclaré que la situation avait changé de façon suffisamment importante pour réduire l'ordonnance alimentaire à 950 $ par mois, non indexée. L'arriéré a été annulé. Elle a également prévu une révision du montant de la pension alimentaire quand la femme atteindra l'âge de 65 ans en 2002.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (les juges Catzman, Labrosse et Moldaver) (1999), 126 O.A.C. 296

La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance du juge des requêtes, a fixé le montant de la pension alimentaire à 2 000 $ par mois, indexée, et a ordonné le paiement de l'arriéré.

Devant la Cour d'appel, les parties ont admis que la situation avait changé de façon importante. La cour a jugé que la femme avait besoin d'une pension alimentaire et que le mari était en mesure de la payer.

La cour a examiné l'ensemble des biens de la femme qui pouvaient être liquidés et a évalué que celle-ci pouvait gagner annuellement un revenu de placement d'environ 15 000 $ en plus des prestations du RPC. La cour était d'avis que le juge des requêtes avait eu tort de tenir compte dans sa décision de la capacité de la femme de gagner un revenu d'emploi. En outre, le montant de la modification accordée par le juge des requêtes [TRADUCTION] « excédait le domaine du caractère raisonnable » (par. 10).

III. Les questions en litige

1. Le conjoint débiteur à la retraite a-t-il le droit de demander une réduction de son obligation alimentaire envers un ex-conjoint en raison du

received was previously considered in the distribution of matrimonial property?

2. Does the spouse who received assets in exchange for a share of the capitalized value of the other spouse's pension have an obligation to invest those assets in order to produce an income? If those assets are not invested to produce an income, should the court impute to the spouse an income based on what those assets could produce if invested and thereby reduce the spousal support obligation?

fait que la pension de retraite qu'il reçoit maintenant a déjà fait partie du partage des biens matrimoniaux?

2. Le conjoint qui a reçu des biens en échange d'une part de la valeur capitalisée de la pension de retraite de l'autre conjoint a-t-il l'obligation d'investir ces biens de manière à produire un revenu? Si ces biens ne sont pas investis pour produire un revenu, la cour devrait-elle attribuer au conjoint un revenu en fonction de ce que ces biens pourraient produire s'ils avaient été investis et réduire en conséquence l'obligation alimentaire à l'endroit de ce conjoint?

IV. Analysis

A. *The Nature of Pensions*

On marriage breakdown, pensions present special difficulties in determining spousal support. In case of long-term marriages, one spouse often gives up a career in the workforce to take care of the household and/or the children and thereby assist with the other spouse's career. As a result, the non-employed spouse is dependent upon the employed spouse for income on which to live. Obviously, unlike the employed spouse, the non-employed spouse has no pension. On separation or divorce, within the concept of a compensatory order, one issue is how to fairly distribute the value of the employed spouse's pension.

The nature of a "pension" complicates matters. A pension right arises as an asset or a contingent bundle of rights to a future income stream. After retirement, when the pension produces an income, the pension asset is, in a sense, being liquidated. This has caused debate about whether a pension is property (a capital asset) or income (a maintenance asset), or a combination of both.

IV. L'analyse

A. *La nature des pensions de retraite*

29 À la rupture d'un mariage, les pensions de retraite posent des difficultés particulières dans la fixation de la pension alimentaire. Dans le cas des mariages de longue durée, un conjoint renoncera souvent à une carrière dans la population active pour prendre soin du ménage et/ou des enfants et contribuera ainsi à la carrière de l'autre conjoint. En conséquence, le conjoint sans emploi dépend financièrement du conjoint ayant un emploi pour vivre. Évidemment, contrairement au conjoint ayant un emploi, le conjoint sans emploi n'a pas de pension de retraite. À la séparation ou au divorce, dans le cadre du concept d'une ordonnance compensatoire, l'un des points à régler est de savoir comment distribuer de manière équitable la valeur de la pension de retraite du conjoint ayant un emploi.

30 La nature d'une « pension de retraite » complique les choses. Un droit à pension prend naissance comme un bien ou un ensemble éventuel de droits à un flux de revenu futur. Après la retraite, quand la pension de retraite produit un revenu, les avoirs de retraite sont, dans un sens, liquidés. Ce sujet soulève un débat à savoir si une pension de retraite est un bien (un bien en capital) ou un revenu (un bien alimentaire), ou une combinaison des deux.

31 Pension rights are sparsely dealt with in Part I of the *Family Law Act*. In s. 4(1) "property" is defined as follows:

"property" means any interest, present or future, vested or contingent, in real or personal property and includes,

. . .

(c) in the case of a spouse's rights under a pension plan that have vested, the spouse's interest in the plan including contributions made by other persons.

32 As property, a pension must be included in the equalization calculations and valued along with the spouses' other net family property. A pension entitlement involves a determination of the present value of a future income stream. Thus, the valuation of a pension is a matter of educated guesswork, undertaken by actuaries.

33 Once a pension is valued, there are different ways in which the equalization of net family properties can be implemented. With respect to pensions, the two methods are the "lump sum" and the "if and when" method (see *Best v. Best*, [1999] 2 S.C.R. 868). The issues in the present case arise when a pension is equalized by lump sum, the method chosen by the parties in this appeal.

B. *The Double Recovery Problem*

34 The term "double recovery" is used to describe the situation where a pension, once equalized as property, is also treated as income from which the pension-holding spouse (here the husband) must make spousal support payments. Expressed another way, upon marriage dissolution the payee spouse (here the wife) receives assets and an equalization payment that take into account the capital value of the husband's future pension income. If she later shares in the pension income as spousal support when the pension is in pay after

Les droits de pension sont abordés de façon très sommaire dans la Partie I de la *Loi sur le droit de la famille*. La définition du terme « bien » au par. 4(1) est la suivante :

« bien » Droit, actuel ou futur, acquis ou éventuel, sur un bien meuble ou immeuble. Sont compris :

. . .

c) dans le cas du droit du conjoint, en vertu d'un régime de retraite, qui a été acquis, le droit du conjoint y compris les contributions des autres personnes.

La pension de retraite étant un bien, il faut l'inclure dans le calcul d'égalisation et l'évaluer comme les autres biens familiaux nets des conjoints. Un droit de pension de retraite présuppose une détermination de la valeur actuelle d'un flux de revenu éventuel. L'évaluation d'une pension de retraite est donc une affaire d'estimation raisonnée dont se chargent des actuaires.

Une fois la pension de retraite évaluée, il existe différentes façons permettant de procéder à l'égalisation des biens familiaux nets. En ce qui concerne les pensions de retraite, les deux méthodes sont celle de la « somme globale » et la méthode « conditionnelle » (voir *Best c. Best*, [1999] 2 R.C.S. 868). Les questions litigieuses en l'espèce se posent quand une pension de retraite fait l'objet de l'égalisation au moyen du paiement d'une somme globale, la méthode choisie par les parties au présent pourvoi.

B. *Le problème de la double indemnisation*

L'expression « double indemnisation » sert à décrire le cas où une pension de retraite, qui a servi comme bien aux fins du calcul d'égalisation, est également considérée comme un revenu aux fins du paiement de la pension alimentaire par le conjoint participant (en l'espèce le mari). Autrement dit, à la dissolution du mariage le conjoint bénéficiaire (en l'espèce la femme) reçoit des biens ainsi qu'un paiement d'égalisation qui tiennent compte de la valeur en capital du revenu futur de pension du mari. Si la femme partage par la suite le revenu

the husband has retired, the wife can be said to be recovering twice from the pension: first at the time of the equalization of assets and again as support from the pension income.

de pension de retraite à titre de pension alimentaire quand la pension de retraite est versée après que le mari a pris sa retraite, il est possible de dire qu'elle est indemnisée deux fois à partir de la pension de retraite : d'abord, au moment de l'égalisation des biens et ensuite à titre de pension alimentaire provenant du revenu de pension de retraite.

Double recovery appears inherently unfair in cases where, to a large extent, the division or equalization of assets has addressed the compensation required. In equalizing the spouses' net family properties, the husband or wife as the case may be must include the future right to the pension income as "property" on his or her side of the ledger. This means that the pension-holder must, on separation or divorce, transfer real assets of equal value to the pension to the other spouse in order to retain the pension under the property accounting.

35 La double indemnisation paraît fondamentalement inéquitable dans les cas où, dans une large mesure, il a été tenu compte de l'indemnisation nécessaire dans le partage ou l'égalisation des biens. Dans l'égalisation des biens familiaux nets, le mari ou la femme, selon le cas, doit inclure le droit futur au revenu de pension de retraite comme un « bien » dans sa partie du grand livre. Le conjoint participant doit donc, à la séparation ou au divorce, transférer des biens actuels d'une valeur égale à la pension de retraite à l'autre conjoint afin de conserver la pension dans le compte en immobilisations.

The pension-holder cannot divide the actual pension as it cannot be accessed until retirement. The pension entitlement cannot be sold or transferred. The apparent unfairness arises when the other spouse receives support payments from the pension income after the pension-holder retires. Professor James G. McLeod stated in his annotation to *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253, at p. 253: "Put another way, [the pension-holding] spouse receives nothing in return for the real assets transferred to his or her partner in order to retain his or her pension under the property accounting."

36 Le conjoint participant ne peut pas partager la pension elle-même, car celle-ci n'est pas disponible avant la retraite. Le droit à pension ne peut pas être vendu ni cédé. L'injustice apparente survient quand l'autre conjoint reçoit une pension alimentaire provenant du revenu de pension de retraite du conjoint participant qui a pris sa retraite. Le professeur James G. McLeod a affirmé dans son annotation à *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253, p. 253 : [TRADUCTION] « Autrement dit, le conjoint [participant] ne reçoit rien en retour des biens actuels transférés à son partenaire afin de conserver sa pension de retraite dans le compte en immobilisations. »

The double recovery issue here arises if the wife is permitted to seek further support from her former husband where the ability to pay support is determined by including the same pension, the value of which was previously used to determine the value of the husband's net family property, and to calculate the equalization payment owing to the wife. It is this issue which remains unsettled.

37 Le problème de la double indemnisation se pose en l'espèce si la femme est autorisée à demander le maintien d'une pension alimentaire de son ex-mari quand la capacité d'en verser une est déterminée par l'inclusion de la même pension de retraite, dont la valeur a précédemment servi à déterminer la valeur des biens familiaux nets du mari et à calculer le paiement d'égalisation dû à la femme. Il s'agit du problème qui demeure non résolu.

C. *Review of Early Case Law*

38 The first approach to double recovery was rigid. In making spousal support orders on marriage breakdown, two Ontario trial courts found that spousal support should cease entirely when the pension-holding spouse retires so that support payments would not continue from the already-equalized pension asset (see *Veres v. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447 (Ont. H.C.), and *Butt v. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415 (Ont. H.C.)).

39 Subsequent decisions provided that spousal support could continue beyond retirement. Neither *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.), nor *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112, are considered to be true "double recovery" cases as the pension comprised only a small part of the total assets to be divided or equalized on marriage dissolution. The court in each case stated that even if there was some overlap between the inclusion of a small portion of the pension in the matrimonial property division and using its income as a source for maintenance payments, the overlap was so minimal that it should not be considered.

40 Other decisions went further, providing that a pension should be one of the factors that a court could consider in determining a spouse's ability to pay (see *Flett v. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24 (Ont. U.F.C.), and *Rivers v. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90 (Ont. Ct. (Gen. Div.))). In *Grainger v. Grainger* (1992), 39 R.F.L. (3d) 101 (Sask. C.A.), the court found at para. 8 that:

> The pension asset, even though it is a right to an income stream, should not, because of its uniqueness, be excluded from being considered as one of the factors in determining an ability to pay. If the asset was a business, the income from the business could be considered in assessing the business-owning spouse's ability to pay maintenance.

C. *Examen de la jurisprudence ancienne*

La question de la double indemnisation a d'abord été traitée de manière stricte. En rendant des ordonnances alimentaires à la rupture du mariage, deux cours de première instance de l'Ontario ont jugé que la pension alimentaire devrait complètement cesser quand le conjoint participant prend sa retraite afin que la pension alimentaire ne soit plus versée sur les avoirs de retraite ayant déjà fait l'objet de l'égalisation (voir *Veres c. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447 (H.C. Ont.), et *Butt c. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415 (H.C. Ont.)).

D'autres décisions rendues par la suite énonçaient que la pension alimentaire pouvait se poursuivre après la retraite. Ni *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.), ni *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112, ne sont considérées comme étant des affaires de véritable « double indemnisation », car la pension de retraite ne constituait qu'une petite partie du total des biens à partager ou égaliser à la dissolution du mariage. La cour a, dans chacune de ces affaires, statué que même s'il y avait un certain chevauchement entre l'inclusion d'une petite partie de la pension de retraite dans le partage des biens matrimoniaux et l'utilisation de son revenu comme source de paiements alimentaires, le chevauchement était si peu important qu'il ne fallait pas en tenir compte.

D'autres décisions sont allées plus loin, en disant qu'une pension de retraite devrait figurer parmi les facteurs qu'un tribunal devrait prendre en considération pour apprécier la capacité de paiement d'un conjoint (voir *Flett c. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24 (C.U.F. Ont.), et *Rivers c. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90 (C. Ont. (Div. gén.))). Dans *Grainger c. Grainger* (1992), 39 R.F.L. (3d) 101 (C.A. Sask.), la cour a déclaré, au par. 8 :

> [TRADUCTION] Les avoirs de retraite, quoiqu'il s'agisse d'un droit à un flux de revenu, devraient pouvoir, en raison de leur caractère unique, être considérés comme l'un des facteurs permettant de déterminer la capacité de payer. Si les avoirs étaient une entreprise, le revenu d'entreprise pourrait être pris en considération dans l'évaluation de la capacité de verser des aliments du conjoint propriétaire d'une entreprise.

D. *Trends in Recent Case Law*

The issue of whether a retired spouse is entitled to seek to reduce his or her support obligation to the former spouse on the basis that the pension was previously considered in the distribution of property arose squarely in *Nantais v. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Brockenshire J. The court found no difficulty with the continuation of support beyond retirement. Brockenshire J. stated at para. 32:

> In short, I do not look upon the pension income now being received as the realization of an asset, but rather as a contractual replacement of an income. This income, like the wages received before retirement, is fully available for the support of a needy former spouse.

In *Rintjema v. Rintjema*, [1996] O.J. No. 4717 (QL) (Gen. Div.), the court stated that it had "considerable sympathy for the view [that] there should not be 'double dipping'" (para. 9). However, the court felt bound by *Nantais* to consider the capital that the payee received on equalization as a factor in her support maintenance.

The problem with the *Nantais* decision was identified in the Ontario trial court decision *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Czutrin J., at para. 35:

> With all due respect to Brockenshire J. [in *Nantais*] I do not share his view that pension is only a replacement of income and not a realization of an asset. If that were the case then why should it be considered as part of the equalization payment calculation?

Czutrin J. offered a reasonable solution to the problem of double recovery. He enunciated a general rule, a rule which in my opinion should be the starting point for double recovery issues: "The challenge for the court is to determine how to fairly avoid 'double recovery'" (para. 46 (empha-

D. *Tendances dans la jurisprudence récente*

41 La question de savoir si un conjoint à la retraite a le droit de demander une réduction de son obligation alimentaire envers son ex-conjoint au motif que la pension avait été précédemment prise en considération dans la répartition des biens a directement été posée dans la décision *Nantais c. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201 (C. Ont. (Div. gén.)), rendue par le juge Brockenshire. Le tribunal a jugé que le maintien de la pension alimentaire après la retraite ne posait pas de problème. Le juge Brockenshire a affirmé, au par. 32 :

> [TRADUCTION] En résumé, je ne considère pas le revenu de pension maintenant reçu comme la réalisation d'un bien, mais plutôt comme une substitution contractuelle d'un revenu. Ce revenu, comme le salaire reçu avant la retraite, est entièrement disponible pour aider un ex-conjoint dans le besoin.

Dans *Rintjema c. Rintjema*, [1996] O.J. No. 4717 (QL) (C. Ont. (Div. gén.)), la cour a dit qu'elle éprouvait une [TRADUCTION] « grande sympathie pour l'opinion [selon laquelle] il ne devrait pas y avoir de "double ponction" » (par. 9). Toutefois, la cour a jugé qu'elle était liée par la décision *Nantais* et devait prendre en considération le capital que la bénéficiaire avait reçu à l'égalisation à titre de facteur dans la détermination de la pension alimentaire.

42 Le problème soulevé par la décision *Nantais* a été cerné dans la décision de la cour de première instance de l'Ontario *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Czutrin, au par. 35 :

> [TRADUCTION] En toute déférence pour le juge Brockenshire [dans *Nantais*], je ne crois pas, contrairement à lui, que la pension de retraite est seulement une substitution de revenu et non la réalisation d'un bien. Si c'était le cas, alors pourquoi devrait-elle faire partie du calcul du paiement d'égalisation?

43 Le juge Czutrin a fourni une solution acceptable au problème de la double indemnisation. Il a formulé une règle générale qui, à mon avis, devrait constituer le point de départ des questions de double indemnisation : [TRADUCTION] « La cour a pour mission de déterminer comment éviter équitable-

sis added)). Czutrin J. stated that property and support issues are "somewhat intertwined" (para. 48) and that cases recognize the need to take double recovery into consideration in determining support, need and ability to pay.

ment la "double indemnisation" » (par. 46 (je souligne)). Le juge Czutrin a déclaré que les questions de biens et d'aliments sont [TRADUCTION] « en quelque sorte étroitement liées » (par. 48) et que des causes reconnaissent la nécessité de prendre la double indemnisation en considération dans la détermination d'une pension alimentaire, des besoins et de la capacité de payer.

44 Czutrin J.'s approach has received academic approval. See Professor McLeod's annotation to *Shadbolt*, *supra*, at p. 255:

Le point de vue du juge Czutrin a reçu l'approbation des auteurs. Voir l'annotation du professeur McLeod à *Shadbolt*, *loc. cit.*, p. 255 :

> Czutrin J. applies the logic of the if-and-when division cases to cases where a pension benefit has been divided as capital in the property accounting. Pension income is not simply an income replacement. Rather, pension income represents the realization of a capital asset into an income stream. The pension changes from a capital asset into an income asset. A court deciding support after a payor's retirement should force a payee to change its pension capital replacement into income in order to fairly compare the parties' positions. In this way, reasonable deterioration in property will be recognized and one party will not be allowed to retain capital and live off another's income while the other consumes its capital (the pension).
>
> If a pension is divided on an if-and-when basis, each spouse is required to live off his or her capital, and that capital is converted to income upon the employee's retirement. Czutrin J. holds that a spouse who receives his or her pension entitlement as real capital under the matrimonial property accounting, he or she must convert the capital to income when the other spouse retires and live off capital, as the other is required to do. As a result, a court can compare the capital available at retirement and the income available from capital at retirement to decide whether a further adjustment is needed to promote inter-spousal fairness.
>
> Czutrin J.'s reasoning and analysis are sound and recognize that pensions are different from other assets. He balances the competing policies and comes up with a solution that treats both spouses fairly. His solution to the double-dipping problem is so obvious that it is surprising that no one has adopted it before. [Emphasis added.]

> [TRADUCTION] Le juge Czutrin applique la logique des cas de partage conditionnel aux affaires dans lesquelles des prestations de retraite ont été partagées comme un capital dans le compte en immobilisations. Un revenu de pension de retraite n'est pas simplement une substitution de revenu. Un revenu de pension représente plutôt la réalisation d'un bien en capital en un flux de revenu. La pension passe d'un bien en capital à un bien en revenu. Un tribunal se prononçant sur les aliments après la retraite d'un débiteur devrait obliger un bénéficiaire à changer son remplacement d'immobilisations de pension de retraite en revenu afin de comparer équitablement les situations des parties. À cet égard, une diminution raisonnable dans la valeur d'un bien sera admise et une partie ne sera pas autorisée à conserver son capital et à vivre du revenu de l'autre tandis que celui-ci épuise son capital (la pension de retraite).
>
> Si une pension de retraite est divisée sur une base conditionnelle, les deux conjoints sont tenus de vivre de leur propre capital, et ce capital est converti en revenu à la retraite de l'employé. Le juge Czutrin est d'avis qu'un conjoint qui reçoit son droit à pension comme un capital réel dans le compte en immobilisations matrimoniales doit convertir le capital en revenu quand l'autre conjoint prend sa retraite, et vivre du capital, comme l'autre est tenu de le faire. En conséquence, un tribunal peut comparer le capital disponible à la retraite et le revenu disponible du capital à la retraite pour décider si un nouvel ajustement est nécessaire pour favoriser l'équité entre conjoints.
>
> Le raisonnement et l'analyse du juge Czutrin sont justes et reconnaissent que les pensions de retraite sont différentes d'autres biens. Il compare les politiques concurrentes et parvient à une solution qui traite les deux conjoints de manière équitable. Sa solution au problème de la double ponction est si évidente qu'il est surprenant que personne ne l'ait adoptée auparavant. [Je souligne.]

Subsequent case law has applied the reasoning to avoid double recovery in *Shadbolt*. See *Hutchison v. Hutchison* (1998), 38 R.F.L. (4th) 377 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), and *Campbell v. Campbell* (1998), 40 R.F.L. (4th) 462 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). In *Campbell*, Mazza J. stated at para. 4 that:

It is clear from both the *Shadbolt* and *Hutchison* cases, that the trend of recent cases is away from "double-dipping", and any determination of support in the future, after equalization, should be restricted to unequalized amounts.

E. *Pension Implementation*

As stated above, a pension is "property" under the *Family Law Act* and must be included in the equalization of net family properties. The equalization entitlement can be implemented by the "if and when" method or by the lump sum method.

An "if and when" implementation may be ordered by the court under s. 9(1)(d) of the *Family Law Act*. Briefly, an "if and when" implementation means that the pension-holding spouse would pay the other spouse a share of the pension benefits "if and when" he or she received them.

There are advantages and disadvantages to an "if and when" implementation in cases where the pension has been given a specific value for the purpose of the division of assets. It is advantageous when a major part of the difference in net family properties is attributable to the capitalized value of a pension. The pension-holding spouse cannot use the pension asset to satisfy the equalization burden on marriage dissolution because the pension cannot be accessed until retirement. He or she must use assets other than the pension to equalize the net family property. This could expose the pension-holding spouse to hardship if the pension is his or her main or only asset. The "if and

La jurisprudence ultérieure a appliqué le raisonnement fait dans *Shadbolt* pour éviter la double indemnisation. Voir *Hutchison c. Hutchison* (1998), 38 R.F.L. (4th) 377 (C. Ont. (Div. gén.)), et *Campbell c. Campbell* (1998), 40 R.F.L. (4th) 462 (C. Ont. (Div. gén.)). Dans *Campbell*, le juge Mazza a affirmé, au par. 4 : 45

[TRADUCTION] Il ressort clairement des décisions *Shadbolt* et *Hutchison* que dans les affaires récentes la tendance est de s'éloigner de la « double ponction », et que toute décision éventuelle relative aux aliments, après l'égalisation, devrait être restreinte aux montants qui n'ont pas fait partie du calcul d'égalisation.

E. *Application de la pension de retraite*

Comme je l'ai déjà souligné, une pension de retraite est un « bien » au sens où l'entend la *Loi sur le droit de la famille* et doit faire partie de l'égalisation des biens familiaux nets. Le droit à l'égalisation peut être appliqué par la méthode « conditionnelle » ou par celle de la somme globale. 46

Le tribunal peut ordonner une application sur une base « conditionnelle » aux termes de l'al. 9(1)d) de la *Loi sur le droit de la famille*. En résumé, une application sur une base « conditionnelle » signifie que le conjoint participant ne verserait à l'autre conjoint une part des prestations de retraite que lorsqu'il les recevrait, si tant est qu'il les reçoive. 47

Il existe des avantages et des inconvénients à l'application sur une base « conditionnelle » dans les cas où une valeur précise a été attribuée à la pension aux fins du partage des biens. Elle est utile quand une partie importante de la différence dans les biens familiaux nets est attribuable à la valeur capitalisée d'une pension de retraite. Le conjoint participant ne peut pas avoir recours aux avoirs de retraite pour répondre au fardeau de l'égalisation à la dissolution du mariage parce qu'il est impossible d'avoir accès à la pension avant la retraite. Il doit avoir recours à d'autres biens que la pension de retraite pour répartir également les biens familiaux nets. Le conjoint participant pourrait donc éprouver des difficultés si la pension de retraite est son principal ou son seul bien. Le régime de paie- 48

when" scheme alleviates this hardship by carving the equalization payment from the pension itself.

49 A significant disadvantage of the "if and when" method is the requirement that the ex-spouses must continue financial association after separation or divorce. Also, there is the risk of underpayment to the non-pension-holding spouse if the pension-holder dies before the full equalization amount has been paid (see *Best*, *supra*, at para. 113).

50 The present case and the cases mentioned above deal with lump sum implementation. With a lump sum implementation, in order to retain his pension, the pension-holding spouse (here the husband) must transfer real assets to the wife to equalize matrimonial property. The wife can use these real assets immediately. The husband cannot use the pension entitlement until retirement.

51 There are accompanying advantages and disadvantages to both parties with implementation by the lump sum method. There is an advantage to the payee spouse (here the wife) by making an immediate provision of assets to address her needs. She need not wait until the payor spouse's pension matures and the payments commence. There is a disadvantage to the husband who must make an immediate payment in exchange for his pension rights, but cannot use the pension rights to make that payment.

52 Another advantage to the wife is that a lump sum payment is not dependent upon the risks affecting the husband's pension. The husband must bear the risk that the pension income might be less than the value that was placed on it. This depends on the type of pension, whether it is guaranteed-benefits or otherwise. There is also the risk that the pension is undervalued or broke, although by increased government regulation it is becoming less likely that the pension fund will be insolvent when called upon. The advantage to the husband is that, ideally, he can keep his pension income as provision for when he retires. Also, the lump sum method attempts to place a final resolution on the

ment « conditionnel » atténue ces difficultés puisqu'il prévoit que le montant d'égalisation sera prélevé de la pension de retraite elle-même.

Un inconvénient majeur du régime « conditionnel » est l'obligation qu'il fait aux ex-conjoints de maintenir leur association financière au-delà de la séparation ou du divorce. Il présente aussi le risque de paiement insuffisant pour le conjoint non participant si le conjoint participant décède avant que le montant d'égalisation ait été versé intégralement (voir *Best*, précité, par. 113).

La présente affaire et celles susmentionnées portent sur l'application d'une somme globale. Avec la méthode de la somme globale, le conjoint participant (en l'espèce le mari) doit, afin de conserver sa pension de retraite, transférer des biens actuels à la femme pour égaliser des biens matrimoniaux. La femme peut utiliser ces biens actuels immédiatement. Le mari ne peut pas se servir du droit à pension avant sa retraite.

L'application de la méthode de la somme globale présente des avantages et des inconvénients pour les deux parties. Le conjoint bénéficiaire (ici la femme) profite du fait qu'elle dispose immédiatement de biens pour répondre à ses besoins. Elle n'est pas tenue d'attendre que la pension de retraite du conjoint débiteur arrive à échéance et que les paiements commencent. Le mari est désavantagé du fait qu'il doit effectuer un paiement immédiat en échange de son droit à pension, mais qu'il ne peut pas utiliser le droit à pension pour effectuer ce paiement.

Un autre avantage pour la femme est que le versement global n'est pas tributaire des risques touchant la pension de retraite du mari. Le mari doit assumer le risque que le revenu de pension puisse être inférieur à la valeur attribuée. Cela dépend du type de pension, qu'il s'agisse de prestations garanties ou autre. Il existe également un risque que la pension soit sous-évaluée ou épuisée, quoiqu'en raison d'une réglementation gouvernementale accrue il devienne de moins en moins vraisemblable qu'une caisse de retraite soit insolvable au moment de la présentation de la réclamation. L'avantage pour le mari est que, idéalement, il peut conserver son revenu de pension comme une

parties' economic relationship (see B. Hovius and T. G. Youdan, *The Law of Family Property* (1991), at pp. 510-14, for a detailed review of lump sum implementation).

The issue of how a payor spouse is to settle his equalization obligation would benefit from overdue and much-needed legislative attention (see *Best*, *supra*, at para. 2 and 116). The double recovery problem likely would not arise if the pension was divided between the parties on an "if and when" basis; however, various disadvantages to the "if and when" implementation prevent it from providing the final solution to the problem of double recovery. The parties agreed to a lump sum method of implementation so the merits of it compared to the "if and when" method are not relevant in this appeal.

F. *Payee Spouse's Obligation to Use Equalization Assets*

I agree with Czutrin J.'s reasons in *Shadbolt* and Professor McLeod's comments in annotation to that case. When a pension is dealt with by the lump-sum method, the pension-holding spouse (here the husband) must transfer real assets to the payee spouse (here the wife) in order to equalize matrimonial property. The wife can use these real assets immediately. Under a compensatory spousal support order or agreement, the wife has an obligation to use these assets in an income-producing way. She need not dedicate the equalization assets to investment immediately on receiving them; however, she must use them to generate income when the pension-holding spouse retires. The ideal would be if the payee spouse generated sufficient income or savings from her capital assets to equal the payor spouse's pension income. In any event, the payee spouse must use the assets received on equalization to create a "pension" to provide for her future support.

réserve pour sa retraite. En outre, la méthode de la somme globale vise à mettre un terme final à la relation économique entre les parties (voir B. Hovius et T. G. Youdan, *The Law of Family Property* (1991), p. 510-514, pour une analyse détaillée de l'application de la somme globale).

53 La question de savoir comment un conjoint débiteur peut s'acquitter de son obligation d'égalisation profiterait de l'attention combien nécessaire que le législateur aurait dû depuis longtemps lui consacrer (voir *Best*, précité, par. 2 et 116). Le problème de la double indemnisation ne surviendrait vraisemblablement pas si la pension était partagée entre les parties sur une base « conditionnelle »; toutefois, des inconvénients divers du régime « conditionnel » l'empêche de fournir la solution finale au problème de la double indemnisation. Les parties ont accepté la méthode de l'application de la somme globale, donc son bien-fondé par rapport à la méthode « conditionnelle » n'est pas pertinent dans le présent pourvoi.

F. *Obligation du conjoint bénéficiaire d'utiliser les biens d'égalisation*

54 Je suis d'accord avec les motifs du juge Czutrin dans *Shadbolt* et les commentaires du professeur McLeod en annotation à l'affaire. Quand on applique à une pension de retraite la méthode de la somme globale, le conjoint participant (en l'espèce le mari) doit transférer des biens actuels au conjoint bénéficiaire (en l'espèce la femme) afin d'égaliser les biens matrimoniaux. Conformément à une ordonnance ou entente alimentaire compensatoire, la femme a l'obligation d'utiliser ces biens de manière à produire un revenu. Il n'est pas nécessaire qu'elle investisse les biens d'égalisation dès qu'elle les reçoit; toutefois, elle doit s'en servir afin de produire un revenu quand le conjoint participant prend sa retraite. L'idéal serait que le conjoint bénéficiaire produise à même ses biens en capital un revenu ou des économies qui soient suffisants pour égaler le revenu de pension de retraite du conjoint débiteur. Quoi qu'il en soit, le conjoint bénéficiaire doit se servir des biens reçus à l'égalisation pour créer une « pension de retraite » en vue de subvenir à ses besoins.

55 This requirement is based on the principle that, as far as it is reasonable, the payee spouse should attempt to generate economic self-sufficiency. Self-sufficiency is only one factor of many that is weighed. It is obvious that in most cases of long-term marriage, the goal of self-sufficiency is decidedly difficult to attain, particularly for spouses who remained at home during the marriage. Self-sufficiency will often not be practicable largely due to the residual effects of being outside the labour market for a protracted period of time. In addition, there are factors to consider such as age, education and parenting responsibilities. Consequently, it is often unreasonable to expect the payee spouse to earn an income from employment after separation or divorce.

Cette exigence repose sur le principe selon lequel, dans la mesure où c'est raisonnable, le conjoint bénéficiaire devrait essayer de parvenir à l'autonomie financière. L'autonomie n'est qu'un des nombreux facteurs qui sont évalués. Manifestement, dans la majorité des affaires touchant des mariages à long terme, l'objectif de l'autonomie demeure incontestablement difficile à atteindre, en particulier pour les conjoints qui sont restés à la maison pendant le mariage. L'autonomie sera rarement réalisable en grande partie à cause des effets résiduels que comporte le fait de se trouver en dehors du marché du travail pendant une période prolongée. En outre, il faut tenir compte de certains facteurs comme l'âge, les études et les responsabilités parentales. Par conséquent, il est souvent déraisonnable de s'attendre à ce que le conjoint bénéficiaire gagne un revenu d'emploi après une séparation ou un divorce.

56 However, where the payee spouse receives assets on equalization in exchange for a part of her former spouse's pension entitlement, she must use those assets in a reasonable attempt to generate income at least by the time the pension starts to pay out. The reason for this requirement is clear. The payee spouse cannot save the assets that she receives upon equalization and choose instead to live on the liquidation of the payor spouse's pension when he retires. If she were permitted to do so, the payee spouse would accumulate an estate while the payor spouse's estate is liquidating.

Toutefois, lorsque le conjoint bénéficiaire reçoit des biens à l'égalisation en échange d'une part du droit à pension de son ex-conjoint, elle doit se servir de ces biens pour tenter raisonnablement de produire un revenu du moins au plus tard lorsque la pension de retraite commence à être versée. La raison de cette exigence est claire. Le conjoint bénéficiaire ne peut pas mettre de côté les biens qu'elle a obtenus à l'égalisation et choisir plutôt de vivre de la liquidation de la pension de retraite du conjoint débiteur quand il prend sa retraite. Si elle était autorisée à le faire, elle accumulerait un patrimoine tandis que le conjoint débiteur liquiderait le sien.

57 Pension income is obviously different from business income or income from an investment. See T. Walker, "Double Dipping: Can a Pension Be Both Property and Income?" in *Best of Money & Family Law*, vol. 9, No. 12, 1994, in which the author argues that pensions should not be treated as other assets subject to equalization consideration. When a pension produces income the asset is being liquidated. The same capital that was equalized is being converted into an income stream. By contrast, when a business or investment is producing income, that income can be spent without affecting the asset itself. In fact, the business or

Un revenu de pension de retraite diffère évidemment d'un revenu d'entreprise ou d'un revenu de placement. Voir T. Walker, « Double Dipping : Can a Pension Be Both Property and Income? », dans *Best of Money & Family Law*, vol. 9, nº 12, 1994, dans lequel l'auteur estime que les pensions de retraite ne devraient pas être traitées comme d'autres biens impliqués dans l'égalisation. Quand une pension de retraite produit un revenu, les biens sont liquidés. Le même capital qui a été égalisé est converti en un flux de revenu. Au contraire, quand une affaire ou un placement produit un revenu, celui-ci peut être dépensé sans que le bien lui-

asset may continue to increase in value. The value of the business or investment can be equalized, but neither is depleted solely by producing income.

même soit touché. En fait, l'affaire ou le bien peut continuer à prendre de la valeur. La valeur de l'affaire ou du placement peut servir aux fins du calcul d'égalisation, mais ni l'un ni l'autre ne peuvent s'épuiser simplement en produisant un revenu.

The obligation of the payee spouse to generate investment income from the assets that she received on equalization is not an onerous one. It is not predicated upon insensitive standards on how the payee spouse should have managed her finances from the point of separation. Nor does it require investment-savvy decisions, premised upon an extensive knowledge of the marketplace. The obligation on the payee spouse to generate income from her assets would be satisfied by investing in a capital depleting income fund which would provide a regular annual income.

58 L'obligation du conjoint bénéficiaire de tirer un revenu de placement des biens qu'elle reçoit à l'égalisation n'est pas exigeante. Elle n'est pas fondée sur des normes implacables sur la manière dont le conjoint bénéficiaire devrait gérer ses finances à compter de la séparation. Elle n'exige pas non plus des décisions avisées en matière d'investissement, fondées sur une connaissance approfondie du marché. L'obligation pour le conjoint bénéficiaire de tirer un revenu de ses biens serait remplie par l'investissement dans un fonds à revenu à épuisement de capital qui lui assurerait un revenu annuel régulier.

When spousal support plays a compensatory role on marriage breakdown, it may be unreasonable to expect the payee spouse to generate investment income from the matrimonial home. As far as is practicable, the support payments should provide a level of income sufficient to maintain a lifestyle that is comparable to that enjoyed during the marriage. The ability to remain in the matrimonial home usually assists the payee spouse and the children in maintaining their previous lifestyle.

59 Dans le cas où la pension alimentaire joue un rôle compensatoire à la rupture du mariage, il peut être déraisonnable de s'attendre à ce que le conjoint bénéficiaire tire un revenu de placement à même le foyer conjugal. Dans la mesure du possible, les paiements de pension alimentaire devraient assurer un niveau de revenu suffisant pour maintenir un style de vie comparable à celui dont les conjoints bénéficiaient pendant le mariage. La capacité de demeurer dans le foyer conjugal contribue habituellement au maintien du style de vie du conjoint bénéficiaire et des enfants.

Each case depends on its own facts. Generally, the payee spouse would not be expected to sell or leave the matrimonial home, particularly if there are dependent children. However, in cases where the support order is based mostly on need as opposed to compensation, different considerations apply. It is not impossible to envisage circumstances where the value of the family home has become disproportionate to the means of the parties so that equity requires that it be sold and replaced appropriately. Such considerations do not arise in this appeal as the support agreement was mainly compensatory.

60 Chaque affaire dépend de ses propres faits. En général, on ne devrait pas s'attendre à ce que le conjoint bénéficiaire vende ou quitte le foyer conjugal, notamment s'il y a des enfants à charge. Cependant, des considérations différentes s'appliquent dans les cas où l'ordonnance alimentaire est fondée principalement sur le besoin plutôt que sur l'indemnisation. Il n'est pas impossible d'envisager des circonstances où la valeur du foyer conjugal deviendrait disproportionnée par rapport aux moyens des parties à un point tel que l'équité commande qu'il soit vendu et remplacé convenablement. De telles considérations ne se posent pas dans le présent pourvoi, car l'entente relative aux aliments était principalement compensatoire.

G. *Variation on Retirement*

61 The purpose of spousal support in cases such as this is to relieve the economic hardship suffered by reason of the marriage or its breakdown. There is no reason *per se* that spousal support cannot continue past the date of retirement of the pension-holding spouse. However, several factors must be considered in making that decision. On retirement, the pension-holding spouse may apply to vary the support order if his ability to pay support is compromised (see *Linton*, *supra*, at p. 31, and *Rivers*, *supra*, at para. 17). The decision of whether to vary support depends on whether the applicant can demonstrate that there has been a material change in circumstances pursuant to s. 37(2) of the *Family Law Act*.

62 The payee spouse's need and the payor spouse's ability to pay are always factors which a court considers when determining spousal support (see s. 33(9) of the *Family Law Act*). Another issue is the extent, if any, of "double recovery".

63 How is double recovery fairly avoided? (See *Shadbolt*, *supra*, *per* Czutrin J., at para. 46.) It is generally unfair to allow the payee spouse to reap the benefit of the pension both as an asset and then again as a source of income. This is particularly true where the payee spouse receives capital assets which she then retains to grow her estate. The comments of Walker, *supra*, at p. 233, bear echoing:

> It is well-recognized that a borrower should not be compelled to continue monthly loan payments to the lender if the borrower has previously paid the full amount owing. "Double dipping" is analogous to such a situation and is logically and mathematically indefensible.

64 To avoid double recovery, the court should, where practicable, focus on that portion of the payor's income and assets that have not been part

G. *Modification lors de la retraite*

La pension alimentaire vise dans des affaires comme l'espèce à remédier aux difficultés économiques suscitées par le mariage ou par la rupture de celui-ci. Il n'existe aucune raison en soi que la pension alimentaire ne puisse pas continuer à être versée après la date de la retraite du conjoint participant. Plusieurs facteurs doivent cependant être examinés pour prendre cette décision. À sa retraite, le conjoint participant peut présenter une demande sollicitant une modification de la pension alimentaire si sa capacité de payer une pension est compromise (voir *Linton*, précité, p. 31, et *Rivers*, précité, par. 17). La décision de modifier une pension alimentaire repose sur la question de savoir si le demandeur parvient à faire la preuve que sa situation a changé de façon importante conformément au par. 37(2) de la *Loi sur le droit de la famille*.

Les besoins du conjoint bénéficiaire et la capacité de payer du conjoint débiteur sont toujours des facteurs dont un tribunal tient compte quand il fixe une pension alimentaire (voir le par. 33(9) de la *Loi sur le droit de la famille*). Un autre point est l'étendue, le cas échéant, de la « double indemnisation ».

Comment éviter équitablement la double indemnisation? (Voir le juge Czutrin dans *Shadbolt*, précité, par. 46.) Il est généralement inéquitable de permettre au conjoint bénéficiaire de tirer avantage de la pension de retraite à la fois comme un bien et par la suite comme une source de revenu. C'est particulièrement vrai quand le conjoint bénéficiaire reçoit des biens en capital qu'elle conserve ensuite pour augmenter son patrimoine. Les commentaires de Walker, *loc. cit.*, p. 233, vont dans le même sens :

> [TRADUCTION] Il est bien reconnu qu'un emprunteur ne devrait pas être tenu de continuer à effectuer des versements mensuels sur un prêt au prêteur s'il a déjà payé toute la somme due. La « double ponction » est semblable à une telle situation et est logiquement et mathématiquement insoutenable.

Pour éviter la double indemnisation, le tribunal devrait, lorsque c'est possible, s'intéresser surtout à la portion du revenu et des biens du débiteur qui

of the equalization or division of matrimonial assets when the payee spouse's continuing need for support is shown (see *Hutchison*, *supra*, at para. 9). In this appeal, that would include the portion of the pension that was earned following the date of separation and not included in the equalization of net family property.

n'ont pas fait partie du partage ou de l'égalisation des biens matrimoniaux quand il est prouvé que le conjoint bénéficiaire a toujours besoin d'aide pour subvenir à ses besoins (voir *Hutchison*, précité, par. 9). Dans le présent pourvoi, la portion de la pension de retraite qui a été gagnée après la date de la séparation et qui n'a pas été prise en compte dans l'égalisation des biens matrimoniaux serait incluse.

Despite these general rules, double recovery cannot always be avoided. In certain circumstances, a pension which has previously been equalized can also be viewed as a maintenance asset. Double recovery may be permitted where the payor spouse has the ability to pay, where the payee spouse has made a reasonable effort to use the equalized assets in an income-producing way and, despite this, an economic hardship from the marriage or its breakdown persists. Double recovery may also be permitted in spousal support orders/agreements based mainly on need as opposed to compensation, which is not the case in this appeal.

65 Malgré ces règles générales, la double indemnisation ne peut pas toujours être évitée. Dans certaines circonstances, une pension de retraite qui a déjà fait l'objet de l'égalisation peut également être considérée comme un bien alimentaire. La double indemnisation peut être autorisée quand le conjoint débiteur possède la capacité de payer, quand le conjoint bénéficiaire a fait des efforts raisonnables pour utiliser les biens visés par l'égalisation de manière à produire un revenu et que, malgré cela, des difficultés économiques découlant du mariage ou de la rupture de celui-ci subsistent. La double indemnisation peut également être autorisée dans les ordonnances et ententes alimentaires fondées principalement sur le besoin plutôt que sur l'indemnisation, ce qui n'est pas le cas dans le présent pourvoi.

H. *Imputing Income*

H. *Revenu imputé*

Finally, if the payee spouse receives assets in exchange for a share of the capitalized value of the other spouse's pension and she does not invest those assets in an attempt to produce an income, the court should impute an income to the payee spouse based on what those assets could reasonably produce if invested. This should not be based on artificial assumptions but on professional actuarial advice.

66 Enfin, si le conjoint bénéficiaire obtient des biens en échange d'une part de la valeur capitalisée de la pension de retraite de l'autre conjoint et qu'elle n'investit pas ces biens afin d'essayer de produire un revenu, le tribunal devrait imputer un revenu au conjoint bénéficiaire en fonction de ce que ces biens auraient pu raisonnablement produire s'ils avaient été investis. Cette imputation de revenu ne devrait pas se fonder sur des présomptions artificielles, mais sur des conseils actuariels professionnels.

I. *Application to Case at Bar*

I. *Application à la présente affaire*

As outlined in the facts, after his retirement, the husband brought an application to vary the amount of spousal support provided for in the earlier consent judgment. The motions judge granted the application and reduced the amount of support

67 Comme il a été souligné dans les faits, après avoir pris sa retraite, le mari a présenté une demande de modification du montant de la pension alimentaire précédemment fixé dans le jugement sur consentement. Le juge des requêtes a accueilli

from $3,433.12 per month (indexed annually to the cost of living) to $950 per month (not indexed). The Court of Appeal varied the amount of spousal support to $2,000 per month (indexed). The husband seeks the reinstatement of the order of the motions judge.

68 A court has jurisdiction to vary a support order where there is a material change in circumstances. The motions judge noted two material changes in circumstances. After retirement, the husband experienced a 13 percent overall decrease in income and the bulk of his income derived from the liquidation of his pension asset. While employed as Director of Education, he was earning employment income of $115,476 per year. After retirement, his pension income was approximately $96,000 per year, a reduction of about 13 percent in income. The material change in circumstances arose out of the fact that his reduced income after retirement was derived from his pension, the same pension which was previously subject to an equalization of net family property with the wife.

69 Before the Court of Appeal it was conceded that there was a material change in circumstances. The court also found that the wife still had a need for support and, as his reduction in income was only 13 percent, the husband retained the ability to pay. The husband was not requesting a termination of the support order, but a reduction in amount given his retirement.

70 The wife's stated needs were $3,400 per month. She invested her assets wisely and they are now worth almost $493,000. She has an obligation, as far as it is reasonable, to attempt self-sufficiency by using those assets to produce an income. Douglas C. Townsend, an actuary, calculated the annual income which the wife could expect to receive if she converted her current assets into an income payable to her for life. If the wife invested $250,000 in a life annuity, it would produce

la demande et a réduit le montant de la pension alimentaire qui était de 3 433,12 $ par mois (indexée annuellement sur le coût de la vie) à 950 $ par mois (non indexée). La Cour d'appel a modifié le montant de la pension alimentaire à 2 000 $ par mois (indexée). Le mari sollicite le rétablissement de l'ordonnance du juge des requêtes.

Un tribunal possède la compétence de modifier une ordonnance alimentaire quand la situation a changé de façon importante. Le juge des requêtes a indiqué deux changements importants de situation. Après sa retraite, le mari a fait face à une diminution de l'ensemble de son revenu de 13 pour 100 et la majeure partie de son revenu provient de la liquidation de ses avoirs de retraite. Quand il était directeur de l'enseignement, il gagnait un revenu d'emploi de 115 476 $ par année. Après sa retraite, son revenu de pension était d'environ 96 000 $ par année, une diminution d'environ 13 pour 100 de son revenu. La situation a changé de façon importante en raison du fait que le revenu moins élevé du mari après sa retraite provenait de sa pension, pension qui avait déjà fait l'objet de l'égalisation des biens familiaux nets avec la femme.

Devant la Cour d'appel, il a été admis que la situation avait changé de façon importante. La cour a également conclu que la femme avait toujours besoin d'une pension alimentaire et que, comme la réduction du revenu du mari n'était que de 13 pour 100, celui-ci conservait la capacité de payer. Le mari n'a pas demandé la résiliation de l'ordonnance alimentaire, mais une réduction du montant à verser à cause de sa retraite.

Les besoins déclarés de la femme étaient de 3 400 $ par mois. Elle a sagement investi ses biens et ils valent maintenant presque 493 000 $. Elle est tenue, dans la mesure du possible, d'essayer de parvenir à l'autonomie en ayant recours à ses biens pour produire un revenu. Douglas C. Townsend, un actuaire, a calculé le revenu annuel que la femme pouvait s'attendre à recevoir si elle convertissait ses actifs à court terme en un revenu qui lui serait payable à vie. Si la femme investissait 250 000 $ dans une rente viagère, cet argent produirait 18 025 $ par année pour la vie. Si elle investissait

$18,025 per year for life. If she invested $500,000 it would produce $36,050 per year for life.

I agree with the motions judge that the amount of support should be reduced based on the material change in circumstances and the ability of the wife to reasonably produce an income from her investments, but by how much?

In *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, L'Heureux-Dubé J. for the Court set out the approach to be taken by appellate courts in reviewing spousal support and child support orders made at trial (at para. 11):

> Our Court has often emphasized the rule that appeal courts should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong.

We are left to determine whether the motions judge's decision to vary the spousal support order to $950 per month (not indexed) was an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or clearly wrong. She took into account the fact that some of the husband's pension credits were earned following the date of separation and, as such, were not equalized with the other net family property. This unequalized portion is approximately $2,300 per month of the total Ontario Teachers' pension income of $7,600. The previously equalized portion amounts to approximately $5,300 per month. The motions judge correctly found that the unequalized portion of $2,300 per month should be "factored into the support to be paid".

The motions judge concluded that because the wife has assets of over $493,000 while the husband is "asset poor" with assets of $7,000, the wife must look to her assets in an income-producing way. She found that the support order should

500 000 $, il en résulterait un revenu annuel de 36 050 $ à vie.

71 Tout comme le juge des requêtes, j'estime que le montant de la pension alimentaire devrait être réduit parce que la situation a changé de façon importante et que la femme est raisonnablement en mesure de produire un revenu de ses investissements, mais de combien?

72 Dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, le juge L'Heureux-Dubé a précisé pour la Cour la démarche que doivent adopter les tribunaux d'appel quand ils révisent les ordonnances de pension alimentaire pour le conjoint et les enfants rendues dans le cadre du procès (au par. 11) :

> Notre Cour a souvent insisté sur la règle qui veut qu'une cour d'appel n'infirme une ordonnance alimentaire que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée.

73 Nous devons donc décider si la décision du juge des requêtes de fixer l'ordonnance alimentaire à 950 $ par mois (non indexée) était une erreur de principe, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou était manifestement erronée. Elle a pris en considération le fait qu'une partie des droits à pension du mari a été obtenu après la date de la séparation et, à ce titre, ne faisait pas partie du calcul d'égalisation avec les autres biens familiaux nets. Cette partie non incluse dans le calcul d'égalisation est d'environ 2 300 $ par mois du revenu de pension provenant du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario de 7 600 $. La partie qui avait déjà été comprise dans le calcul d'égalisation s'élève à environ 5 300 $ par mois. Le juge des requêtes a correctement statué que la partie de 2 300 $ par mois qui n'entrait pas dans l'égalisation devrait [TRADUCTION] « être prise en considération dans la fixation de la pension alimentaire ».

74 Le juge des requêtes a conclu que parce que la femme disposait de biens de plus de 493 000 $ tandis que le mari avait seulement des biens de 7 000 $, il fallait que la femme se serve de ses biens de manière à ce qu'ils produisent un revenu.

be varied to $950 per month. One of her stated considerations was that, without relief, the wife would accumulate an estate while the husband's estate would be depleted.

75 It would be inequitable in this case to allow the wife to reap the benefit of the pension first on the division of assets and again as a source of income. The wife received capital assets on equalization which she is saving and accumulating presumably for her beneficiaries. By contrast, the husband's only tangible asset, his pension, is diminishing.

76 The motions judge concluded that the wife still had a need for support and the husband still had an ability to pay, and focussed on that portion of the husband's income that had not been the subject of division with the wife in the past. I agree with her conclusion that the unequalized portion of the husband's pension was the principal consideration in the support to be paid.

77 With respect, I disagree with the Court of Appeal's brief reasons in concluding that the motions judge's decision was "outside the realm of reasonableness". The motions judge's decision was not an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or clearly wrong. I conclude that the Court of Appeal erred in changing the motions judge's award of $950 to $2,000 per month, an amount more than double that awarded in the lower court. In addition, while the motions judge clearly considered the issue of double recovery, in my view, the Court of Appeal overlooked its obligation to do so and failed to consider the earlier division of matrimonial property.

78 Although the Court of Appeal imputed a yearly investment income of $15,000 plus $3,240 in CPP benefits to the wife, it is unclear on what basis the court derived this figure. It is also unclear on what basis the Court of Appeal awarded $2,000 per

Elle a décidé que l'ordonnance alimentaire devrait être fixée à 950 $ par mois. L'une des raisons qu'elle a mentionnées était que, sans redressement, la femme accumulerait un patrimoine tandis que le patrimoine du mari s'épuiserait.

Il serait injuste en l'espèce d'autoriser la femme à tirer avantage de la pension de retraite une première fois au partage des biens et de nouveau comme une source de revenu. La femme a reçu des biens en capital à l'égalisation qu'elle épargne et accumule vraisemblablement pour ses ayants droit. Par contraste, le seul bien corporel du mari, sa pension de retraite, diminue.

Le juge des requêtes était d'avis que la femme avait toujours besoin d'une pension alimentaire et que le mari était toujours en mesure de payer, et elle s'est penchée sur cette partie du revenu du mari qui n'avait pas fait l'objet d'un partage avec la femme par le passé. Je fais mienne sa conclusion selon laquelle la partie de la pension du mari qui n'a pas servi au calcul d'égalisation représentait la considération principale en regard de la pension alimentaire à verser.

En toute déférence, je ne souscris pas aux brefs motifs de la Cour d'appel qui a jugé que la décision du juge des requêtes [TRADUCTION] « excédait le domaine du caractère raisonnable ». La décision du juge des requêtes ne comportait pas d'erreur de principe, d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve, et n'était pas manifestement erronée. Je conclus que la Cour d'appel a eu tort de modifier de 950 $ à 2 000 $ par mois le montant fixé par le juge des requêtes, accordant ainsi plus du double que ce qu'avait accordé ce juge. En outre, alors que le juge des requêtes a clairement tenu compte de la question de la double indemnisation, je suis d'avis que la Cour d'appel a pour sa part manqué à son obligation de le faire et omis de prendre en considération le partage antérieur des biens matrimoniaux.

Quoique la Cour d'appel ait attribué à la femme un revenu annuel de placement de 15 000 $ plus 3 240 $ en prestations du RPC, il n'est pas clair sur quoi la cour s'est basée pour établir ce chiffre. De même, la question de savoir sur quelle base la

month in spousal support. It is possible that the Court of Appeal was attempting to provide a level of support over and above the imputed income which would meet the wife's stated needs of $3,400 per month. However, the award of $2,000 per month plus the yearly income of $18,240 imputed by the Court of Appeal provided the wife with an amount of support greater than her stated needs of $3,400 per month.

Cour d'appel a accordé 2 000 $ par mois en pension alimentaire demeure incertaine. Il est possible que la Cour d'appel tentait de prévoir un niveau de pension alimentaire en sus du revenu imputé qui répondrait aux besoins déclarés de la femme qui étaient de 3 400 $ par mois. Toutefois, une somme de 2 000 $ par mois plus le revenu annuel de 18 240 $ imputé par la Cour d'appel donnait à la femme un montant de pension alimentaire plus élevé que ses besoins déclarés de 3 400 $ par mois.

It is my opinion, based on the asset positions of both parties viewed at the time of the application to vary, that the wife would not suffer hardship if double recovery from the previously equalized portion of the pension was not allowed. 79

Je suis d'avis, compte tenu des biens détenus par les deux parties considérés au moment de la demande de modification, que la femme n'éprouverait pas de difficultés si la double indemnisation à même la partie de la pension de retraite comprise dans l'égalisation ne lui était pas attribuée.

Finally, the Court of Appeal erred in finding that the motions judge mistakenly factored into her decision an ability on the part of the wife to earn employment income. The motions judge stated in her reasons, and I accept, that the purpose in addressing this "small factor" was because to fail to do so might not recognize the wife's abilities and her role during the marriage. It played no part in the motions judge's financial allocations and was not a suggestion that the wife, now close to age 65, seek employment. 80

Enfin, la Cour d'appel a eu tort de conclure que le juge des requêtes avait commis une erreur lorsqu'elle a tenu compte dans sa décision d'une capacité de la part de la femme de gagner un revenu d'emploi. Le juge des requêtes a affirmé dans ses motifs, et je suis d'accord avec elle, qu'elle avait traité de ce [TRADUCTION] « facteur de moindre importance » dans le but de ne pas faire abstraction des capacités de la femme et de son rôle pendant le mariage. Ce facteur n'a eu aucune incidence sur les sommes allouées par le juge des requêtes et ne laissait nullement entendre que la femme, maintenant âgée de près de 65 ans, devait chercher un emploi.

V. Disposition

V. Dispositif

The adjusted amounts of spousal support reached by both the motions judge and the Court of Appeal are not detailed, as calculations were not provided by either court. Both parties proceeded on the apparently rounded amounts. The motions judge's award of $950 was carefully assessed by her and deference must be paid to that decision. Double recovery can be fairly avoided in this case. In the result, the appeal is allowed and the judgment of the motions judge is reinstated with the further order that the monthly amount be indexed 81

Les montants ajustés de pension alimentaire fixés par le juge des requêtes et par la Cour d'appel ne sont pas détaillés, car les deux cours n'ont pas fourni leurs calculs. Les deux parties n'ont eu recours qu'aux chiffres apparemment arrondis. Le montant de 950 $ fixé par le juge des requêtes a été soigneusement évalué par elle et il faut témoigner de la déférence à cette décision. La double indemnisation peut équitablement être évitée dans la présente affaire. Par conséquent, le pourvoi est accueilli et le jugement du juge des requêtes est rétabli avec l'ordonnance supplémentaire que la somme mensuelle soit indexée et que l'arriéré de

and arrears, if any, of spousal support be paid to the wife.

82 Based on the divided success of this appeal, each party shall bear its own costs in all courts.

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

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

83 This appeal concerns spousal support after the breakdown of a marriage. It requires a discussion of the impact of the retirement of the supporting spouse on support and the problems raised by the allocation of pension rights, at the time of the division of the family assets and at the moment of retirement.

84 Justice Major's reasons fully review the facts, and I will return to them only as required by these reasons. The appellant and the respondent were married for a long time. Mrs. Boston worked only inside the home where she raised a large family. The marriage broke down after some 30 years, a division of family assets intervened, and, by agreement, spousal support was set at $3,200 per month, indexed annually to the cost of living. At the time the family assets were divided, arrangements were made to value and divide the appellant's pension rights. Three years later, Mr. Boston retired, started to draw his pension and asked for a review of the support order.

85 Robertson J. of the Ontario Court (General Division) reduced the amount of support to $950 per month, not indexed. The Ontario Court of Appeal raised the amount of spousal support to $2,000 per month. With respect for the contrary view, the judgment of the Court of Appeal should be upheld and the appeal dismissed. Albeit concise, this judgment seems grounded on a proper application of

pension alimentaire, le cas échéant, soit versé à la femme.

Compte tenu du succès partagé des parties dans le présent pourvoi, chaque partie assume ses propres dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'obligation alimentaire entre conjoints après la rupture d'un mariage. Il convient d'analyser les conséquences de la retraite du conjoint soutien de la famille sur la pension alimentaire, et des problèmes que soulève la répartition des droits à une pension de retraite, lors du partage des biens familiaux et au moment de la retraite.

Dans ses motifs, le juge Major fait un examen complet des faits, et je n'y ferai référence que si les présents motifs l'exigent. L'appelant et l'intimée ont été mariés pendant de nombreuses années. Madame Boston a travaillé seulement à la maison où elle a élevé une famille nombreuse. Le mariage a pris fin après environ 30 ans, un partage des biens familiaux a eu lieu, et, par suite d'une entente, la pension alimentaire payable à l'intimée a été fixée à 3 200 $ par mois avec indexation annuelle sur le coût de la vie. Au moment du partage des biens familiaux, des arrangements ont été pris pour évaluer et partager les droits de l'appelant à une pension de retraite. Trois années plus tard, M. Boston a pris sa retraite, a commencé à toucher sa pension et a demandé une révision de l'ordonnance alimentaire.

Madame le juge Robertson de la Cour de l'Ontario (Division générale) a réduit le montant de la pension alimentaire à 950 $ par mois, sans indexation. La Cour d'appel de l'Ontario a porté le montant de la pension alimentaire payable à l'intimée à 2 000 $ par mois. Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, il convient de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi. Malgré sa

the legal principles governing the equalization of net family property of family assets and spousal support.

In the end, this case remains a very straightforward matter of assessment of the needs and means of the former spouses in context of the dynamic relationship that arises from the marriage and its breakdown. This relationship is governed by a set of legal principles common to the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, and the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).

II. Analysis

Analysis in such a case should not be overly influenced by catch words like "double dipping" and its alleged unfairness in the determination and the process of support, where none really exists, once the relevant legal principles are identified and applied. On the other hand, a lack of fairness should be found when a wife does not receive a level of support congruent with the lifestyle she enjoyed, although a separation or divorce may lower the living standards of both parties. A spouse should not be penalized mainly because she adopted a moderate lifestyle and prudently invested her assets. The argument raised by the appellant, to a certain extent, reverts to the old idea that, after the breakdown of the marriage, the supported spouse is not really entitled to much more than a subsistence level income. The process of the division of assets and determination of spousal support must remain fair, but should also attempt to address in a realistic way the consequences of the breakdown of a marriage, in the context of the life experience of the spouses.

After the breakdown of a marriage, the process of settling financial matters may appear complicated. Two basic stages must be distinguished: first, the division of family assets and, second, deciding whether spousal support will be warranted and determining its quantum.

concision, cet arrêt semble fondé sur une application correcte des principes de droit régissant l'égalisation des biens familiaux nets et l'obligation alimentaire entre conjoints.

En fin de compte, ce pourvoi pose une question très simple d'évaluation des besoins et des ressources des ex-conjoints dans le cadre de la relation dynamique qui découle du mariage et de son échec. Cette relation est régie par un ensemble de principes de droit énoncés dans la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, et la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.). 86

II. Analyse

Dans une affaire comme l'espèce, l'analyse ne doit pas accorder trop d'importance à des mots accrocheurs comme « double ponction » et à son prétendu caractère injuste dans la fixation de la pension alimentaire et l'application de celle-ci, alors que ce n'est pas vraiment le cas, une fois les principes de droit pertinents cernés et appliqués. Par ailleurs, le fait qu'une épouse ne reçoive pas une pension alimentaire correspondant au style de vie dont elle bénéficiait paraîtrait inéquitable, bien qu'une séparation ou un divorce puisse faire baisser le niveau de vie des deux parties. Une conjointe ne devrait pas être pénalisée principalement parce qu'elle a choisi un style de vie modeste et parce qu'elle a investi ses biens avec prudence. L'argument soulevé par l'appelant, dans une certaine mesure, renvoie à l'idée ancienne selon laquelle, après la rupture du mariage, le conjoint bénéficiaire n'a droit à guère plus qu'un revenu de subsistance. Le processus du partage des biens et la fixation de la pension alimentaire payable à un conjoint doivent demeurer équitables, mais tenteront également de tenir compte de manière réaliste des conséquences de la rupture d'un mariage, dans le cadre de l'expérience de vie des conjoints. 87

Après la rupture d'un mariage, le règlement des questions financières peut paraître compliqué. On distingue deux étapes fondamentales : premièrement, le partage des biens familiaux et, deuxièmement, la décision sur l'attribution d'une pension alimentaire et la fixation du montant de celle-ci. 88

A. *Equalization of Net Family Property*

89 Under the *Family Law Act*, the equalization of net family property differs fundamentally from the determination of the quantum of support payments. The Act does not provide for a re-apportionment of assets. Rather, it creates a debtor/creditor relationship resulting in a payment obligation. Section 5(1) makes clear that the equalization of net family property is an entirely mechanical process. The spouses calculate their respective net family properties under s. 4 of the Act. An application is then made under s. 7 to equalize the net family properties. The spouse with the lesser net family property must receive a payment equal to half the difference between the two net family properties, subject to the discretion of the Court to vary this entitlement under s. 5(6) in case of unconscionability.

90 After the determination of the entitlement, the Court must then decide how payment will be made, having regard to s. 9 of the Act. Pension rights, like all family assets, are thrown into the pot and must be equalized. Despite their importance for a number of couples, the Act contains no provision addressing the specific problems arising out of the division and allocation of pension rights. At the end of the process of division and equalization, the creditor spouse will be left with certain assets including, sometimes, a claim against the other spouse.

B. *Spousal Support*

(1) Legislative Purposes

91 The process of determining support, by contrast, remains anything but mechanical. It requires an often subtle analysis, based on complex factors set out in s. 33 of the *Family Law Act*. Specifically, the Act identifies a number of purposes: any support order must recognize the spouse's contribution to the relationship and its economic conse-

A. *Égalisation des biens familiaux nets*

Aux termes de la *Loi sur le droit de la famille*, l'égalisation des biens familiaux nets diffère fondamentalement de la fixation du montant de la pension alimentaire. La Loi ne prévoit pas de nouveau partage des biens. Elle crée plutôt une relation débiteur/créancier qui doit naître à une obligation de paiement. Le paragraphe 5(1) montre clairement que l'égalisation des biens familiaux nets est une démarche tout à fait mécanique. Les conjoints évaluent leurs biens familiaux nets respectifs en application de l'art. 4 de la Loi. Une demande est alors présentée conformément à l'art. 7 pour égaliser les biens familiaux nets. Le conjoint qui possède le moins de biens familiaux nets doit recevoir un paiement égal à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets qui appartiennent à chacun des conjoints, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du tribunal prévu au par. 5(6) de modifier ce montant s'il est d'avis que l'égalisation des biens familiaux serait inadmissible.

Après avoir statué sur le droit des parties, le tribunal détermine comment le paiement sera effectué, en tenant compte de l'art. 9 de la Loi. Les droits à une pension de retraite, de même que tous les biens familiaux, sont mis en commun et doivent être égalisés. Malgré l'importance des droits à une pension de retraite pour un certain nombre de couples, la Loi ne comporte pas de disposition portant sur les problèmes particuliers découlant du partage et de la répartition de ceux-ci. À la fin du processus de partage et d'égalisation, le conjoint créancier conservera certains biens dont, parfois, une réclamation contre l'autre conjoint.

B. *Pension alimentaire en faveur d'un conjoint*

(1) Objectifs législatifs

Par contraste, le processus de fixation de la pension alimentaire est loin d'être simplement mécanique. Il exige une analyse souvent subtile, fondée sur les facteurs complexes énoncés à l'art. 33 de la *Loi sur le droit de la famille*. En particulier, la Loi précise plusieurs buts : les ordonnances alimentaires doivent reconnaître l'apport du conjoint à

quences, the burden of child support, and must provide assistance to the spouse to gain autonomy and to relieve financial hardship, if this has not been done by the equalization of net family property. These are enumerated as follows:

(8) [Purposes of order for support of spouse] An order for the support of a spouse should,

(a) recognize the spouse's contribution to the relationship and the economic consequences of the relationship for the spouse;

(b) share the economic burden of child support equitably;

(c) make fair provision to assist the spouse to become able to contribute to his or her own support; and

(d) relieve financial hardship, if this has not been done by orders under Parts I (Family Property) and II (Matrimonial Home).

This approach does not differ substantially from the objectives of support and variation orders under the *Divorce Act*. Under both statutes, any final order of support will have factored in what assets come under the control of each spouse and what income they can generate from their property, work or other sources.

As is well known, the determination and application of the principles governing the law of support have given rise to a considerable amount of controversy and litigation in Canadian courts. The question keeps coming back. This Court has rendered several judgments in this area, the most important in recent years remaining *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, and *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420.

The law of support must address an almost infinite number of situations and life experiences. Nevertheless, courts have attempted to define models of marriage. As McLachlin J. (as she then was) pointed out in *Bracklow*, *supra*, it appears useful to try to identify some basic models. She suggested, for example, a distinction between the

l'union et ses conséquences économiques, ainsi que le fardeau des aliments à fournir à un enfant, et elles doivent aider le conjoint à parvenir à l'autonomie et alléger ses difficultés financières, si l'égalisation des biens familiaux nets n'y est pas parvenue. Ces facteurs sont les suivants :

(8) [Buts de l'ordonnance d'aliments à l'égard d'un conjoint] L'ordonnance alimentaire à l'égard d'un conjoint devrait :

a) reconnaître l'apport du conjoint à l'union et les conséquences économiques de l'union pour le conjoint;

b) distribuer équitablement le fardeau économique que représentent les aliments à fournir à un enfant;

c) comprendre des dispositions équitables en vue d'aider le conjoint à devenir capable de subvenir à ses propres besoins;

d) alléger les difficultés financières, si les ordonnances rendues en vertu de la partie I (Biens familiaux) et de la partie II (Foyer conjugal) ne l'ont pas fait.

92 Cette démarche ne diffère pas substantiellement des objectifs des ordonnances alimentaires et modificatives prises sous le régime de la *Loi sur le divorce*. Aux termes des deux lois, toute ordonnance alimentaire définitive aura tenu compte des biens appartenant à chacun des conjoints et des revenus que leurs biens, leur travail et d'autres sources peuvent générer.

93 Il est bien connu que la détermination et l'application des principes régissant le droit en matière d'obligation alimentaire ont soulevé un nombre considérable de controverses et de litiges devant les tribunaux canadiens. La question revient toujours. Notre Cour a rendu plusieurs jugements dans ce domaine, dont les plus importants aux cours des récentes années demeurent *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, et *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

94 Le droit en matière d'obligation alimentaire doit traiter un nombre pratiquement infini de situations et d'expériences de vie. Les tribunaux ont toutefois tenté de définir des modèles de mariage. Comme madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l'a souligné dans l'arrêt *Bracklow*, précité, il paraît utile d'essayer de circonscrire certains

"basic social obligation" model (para. 23) in which the primary responsibility falls on the former spouse to provide for his or her ex-partner and the "independent" model (para. 24) in which each party is viewed as an autonomous actor retaining his or her economic independence during the marriage. She then associated each type of marriage with a model of spousal support. In the end, though, McLachlin J. noted that none of these classifications would really account for all situations or allow the development of an entirely just law of spousal support (para. 32).

95 The spectrum of situations remains wide. This Court should be careful not to establish closed and inflexible categories that might bear little relationships with the actual life experiences and needs of Canadian couples. This case would certainly not be an appropriate one for such an attempt. As can be seen from the facts of the case, it is clear that the parties had a traditional long-term marriage. Absent legislative schemes like the equalization process under the *Family Law Act* and the right to support, the respondent would have been left with no assets, no experience in the job market and no income. She would have found herself in a situation of utter dependency, arising out of the way of life and the allocation of responsibilities, accepted by the couple during a long marriage. On the other hand, Mr. Boston would have been left with most of the assets including his pension and the income stream arising out of them.

96 One of the primary objectives of the modern law of spousal support is to address such unfairness. In *Moge*, however, L'Heureux-Dubé J. pointed out that the legislative purposes behind spousal support are various, and that none should take precedence over any other. She made this point at p. 853 as follows:

> Many proponents of the deemed self-sufficiency model effectively elevate it to the pre-eminent objective

modèles de base. Elle a par exemple proposé une distinction entre le modèle de « l'obligation sociale fondamentale » (par. 23) en vertu duquel c'est à l'ex-époux qu'il incombe principalement de subvenir aux besoins de son ex-conjoint et le modèle « indépendant » (par. 24) selon lequel chaque partie est considérée comme un acteur autonome qui conserve son indépendance économique pendant le mariage. Elle a alors associé chaque type de mariage à un modèle de pension alimentaire. Cependant, en définitive, le juge McLachlin a mentionné qu'aucune de ces classifications ne rendrait vraiment compte de toutes les situations ni ne permettrait l'élaboration d'une loi tout à fait équitable en matière de pension alimentaire au profit d'un époux (voir par. 32).

L'éventail des situations possibles demeure large. Notre Cour devrait se garder d'établir des catégories fermées et rigides qui ne correspondraient que peu aux expériences de vie réelles et aux vrais besoins des couples canadiens. La présente affaire ne se prête certainement pas à un tel exercice. Il ressort clairement des faits de l'espèce que les parties ont eu un mariage traditionnel de longue durée. Sans régimes législatifs comme le processus d'égalisation prévu par la *Loi sur le droit de la famille* et le droit aux aliments, l'intimée serait demeurée sans biens, sans expérience sur le marché du travail et sans revenu. Elle se serait retrouvée complètement dépendante, en raison du style de vie et de la répartition des responsabilités adoptés par le couple durant un long mariage. Par ailleurs, M. Boston aurait conservé la majorité des biens, dont sa pension de retraite, et le flux de revenu qu'ils génèrent.

L'un des principaux objectifs du droit contemporain en matière d'obligation alimentaire entre conjoints est de contrer cette injustice. Cependant, dans l'arrêt *Moge*, madame le juge L'Heureux-Dubé a souligné que les objectifs législatifs sous-jacents à la pension alimentaire payable à un conjoint sont variés, et qu'aucun ne devrait avoir préséance sur l'autre. Elle a fait état de ce point de vue de la manière suivante à la p. 853 :

> Nombre de tenants du modèle de l'indépendance économique présumée lui attribuent en fait un rôle prédomi-

in determining the right to, quantum and duration of spousal support. In my opinion, this approach is not consonant with proper principles of statutory interpretation. The objective of self-sufficiency is only one of several objectives enumerated in the section and, given the manner in which Parliament has set out those objectives, I see no indication that any one is to be given priority. Parliament, in my opinion, intended that support reflect the diverse dynamics of many unique marital relationships. [Emphasis added.]

nant dans la détermination du droit à l'obligation alimentaire, de son montant et de sa durée. À mon avis, cette approche n'est pas compatible avec les principes d'interprétation législative. L'objectif d'indépendance économique n'est que l'un des nombreux objectifs énumérés dans cet article et, compte tenu de la façon dont le législateur les a formulés, je ne crois pas que l'un ou l'autre doive avoir priorité. À mon avis, le législateur a plutôt voulu que la pension alimentaire reflète la diversité dynamique de nombre d'unions conjugales uniques. [Je souligne.]

The same four legislative objectives articulated in the *Divorce Act* form part of the *Family Law Act*. Thus, the treatment of those four objectives under the *Divorce Act* in *Moge* and *Bracklow* applies to the provincial statute, *mutatis mutandis*. In both of those cases, however, this Court has treated the four objectives in the larger context of three bases for support payments. Accordingly, I will review this approach.

97 Les mêmes quatre objectifs formulés dans la *Loi sur le divorce* font partie de la *Loi sur le droit de la famille*. Par conséquent, la manière dont les quatre objectifs prévus dans la *Loi sur le divorce* sont abordés dans les arrêts *Moge* et *Bracklow* s'applique à la loi provinciale, *mutatis mutandis*. Toutefois, dans ces deux arrêts, notre Cour a apprécié ces quatre objectifs dans le contexte plus large des trois fondements relatifs au versement d'une pension alimentaire. J'examinerai donc cette méthode.

(2) Bases for Spousal Support

(2) Fondements du droit d'un conjoint à une pension alimentaire

The major issue in *Bracklow* was whether there was a basis for spousal support beyond (i) contract/consent and (ii) compensation for economic hardship suffered as a result of the marriage or its breakdown. Based on a close reading of the relevant statutory provisions, McLachlin J. held at paras. 37 *et seq.*, that a third, non-compensatory, basis could be found, related to the very concrete needs of the spouses.

98 La principale question en litige dans *Bracklow* était de savoir s'il existait un fondement à la pension alimentaire payable à un conjoint autre (i) qu'un contrat/consentement et (ii) qu'une indemnisation pour les difficultés économiques découlant du mariage ou de son échec. Après avoir examiné de près les dispositions législatives pertinentes, le juge McLachlin a statué, aux par. 37 et suiv. qu'un troisième fondement non compensatoire pouvait être établi, relativement aux besoins très concrets des conjoints.

At para. 40, McLachlin J. asserted there must be a non-compensatory ground for spousal support in the following terms:

99 Au paragraphe 40, le juge McLachlin a affirmé qu'il devait exister un fondement non compensatoire à la pension alimentaire payable à un conjoint de la manière suivante :

While the statutes contemplate an obligation of support based on the grounds of contract and compensation, they do not confine the obligation to these grounds. The "ability and capacity of, and the reasonable efforts made by, either or both spouses to support themselves" (*Family Relations Act*, s. 89(1)(d)), suggests a concern with need that transcends compensation or contract. . . . Similarly, "economic circumstances"

Bien que les lois prévoient une obligation alimentaire fondée sur le contrat et l'indemnisation, elles ne restreignent pas l'obligation à ces motifs. La « capacité de l'un ou l'autre des époux, ou des deux à la fois, de subvenir à leurs besoins, et [l]es efforts raisonnables qu'ils déploient en ce sens » (*Family Relations Act*, al. 89(1)d)), indiquent une préoccupation des besoins qui transcende l'indemnisation ou le contrat. [. . .] De

(s. 89(1)(e)) invites broad consideration of all factors relating to the parties' financial positions, not just those related to compensation. The same may be said for the broad injunction of the *Divorce Act* that the court consider the "condition, means, needs and other circumstances of each spouse". [First emphasis added; second emphasis in original.]

même, les « circonstances économiques » (al. 89(1)e)) incitent à prendre en considération, de manière générale, tous les facteurs concernant la situation financière des parties, et non seulement ceux liés à l'indemnisation. On peut en dire autant de la *Loi sur le divorce* qui ordonne aux tribunaux de tenir compte « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux ». [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

100 This analysis entails very significant consequences. Some academic comments viewed them as potentially far-reaching but as yet uncertain. For example, Professor D. Goubau (in "The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada" (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333) suggests that this decision opens the door to an award of spousal support wherever there is need on the part of one spouse and an ability to pay on the part of the other, regardless of whether or not that need was occasioned by the marriage. To remove the connection between the need and the marriage, he argues, forces one spouse to pay for another's misfortune, even though it has nothing whatsoever to do with him.

Il s'agit d'une analyse qui entraîne des conséquences très importantes. Certains auteurs les considèrent comme susceptibles d'avoir une grande portée mais comme étant toujours incertaines. Par exemple, le professeur D. Goubau (dans « The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada » (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333) est d'avis que cet arrêt permet l'attribution d'un soutien alimentaire en faveur d'un conjoint lorsqu'il existe un besoin de la part de l'un des conjoints et une capacité de payer de la part de l'autre, sans égard à la question de savoir si ce besoin découle du mariage. Le fait de supprimer le lien entre le besoin et le mariage, soutient-il, contraint un conjoint à payer pour l'infortune de l'autre, même si cela n'a absolument rien à voir avec lui.

101 Instead of removing the causation requirement altogether, Professor Goubau argues that a relaxing of the causation requirement — so that not only needs that are caused by the marriage but also those that are caused by its breakdown are compensable — is sufficient. As an example of this strategy, he points to a decision of the Quebec Court of Appeal, rendered shortly before *Moge*, which rejected a reading of the *Pelech-Richardson-Caron* trilogy that would require an unduly mechanistic application of the requirement of causation (*Droit de la famille* — 1688, [1992] R.J.Q. 2797). Simply relaxing the requirement, rather than removing it altogether, allows the court to maintain the conceptual link between the payment of support and the marriage without limiting recovery by unduly legalistic categories.

Plutôt que de retirer complètement l'exigence relative au lien de causalité, le professeur Goubau prétend qu'un assouplissement de cette exigence — de manière à ce que non seulement les besoins découlant du mariage, mais également ceux qui résultent de son échec soient indemnisables — suffit. Pour illustrer cette stratégie, il invoque un arrêt de la Cour d'appel du Québec, rendu peu de temps avant *Moge*, dans lequel une interprétation de la trilogie *Pelech-Richardson-Caron* qui exigerait une application trop mécanique de l'exigence du lien de causalité a été rejetée (*Droit de la famille* — 1688, [1992] R.J.Q. 2797). Un simple assouplissement de l'exigence, plutôt que son retrait complet, permet au tribunal de conserver le lien conceptuel qui existe entre le paiement d'une pension alimentaire et le mariage sans restreindre le recouvrement par l'établissement de catégories trop légalistes.

102 In my view, *Bracklow* does not discard altogether the requirement of a causal connection

J'estime que l'arrêt *Bracklow* n'écarte pas totalement l'exigence d'un lien de causalité entre les

between the needs of the payee spouse and the marriage, its history and its breakdown. McLachlin J.'s reasons, which build upon prior judgments of the Court, emphasize the diversity of the factors affecting the right to support and its quantum, but do not appear to reject the consideration of a broad form of causal connection, as a requirement for some categories of support orders.

Julien and Marilyn Payne argue that it "is amply demonstrated by *Bracklow* v. *Bracklow* [that] needs and capacity to pay as the basis of spousal support have not been superseded by the notion of compensatory support. They have been complemented by it" (J. D. Payne and M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), at p. 207). This much seems clear from the following passage from *Bracklow*, at para. 32: ". . . Parliament and the legislatures have decreed otherwise by requiring courts to consider not only compensatory factors, but the 'needs' and 'means' of the parties". Julien and Marilyn Payne also laud this decision as making clear what should have been so all along: that simply because courts have examined the sacrifices made by women in a marriage and have sought to compensate them for such sacrifices, this does not mean that all other considerations should be ignored after the breakdown of a marriage.

Finally, the reality faced by family court judges should be recognized. Although the compensation rationale remains very important, in most cases it will not be clear exactly how much compensation is required and how to compute it. (See Payne and Payne, *supra*, at p. 209.) Thus, even when compensation is acknowledged as an important rationale, the means and needs of the parties are often used by courts simply because they supply the only available numbers. Bastarache J.A. (as he then

besoins du conjoint bénéficiaire et le mariage, son histoire et son échec. Les motifs du juge McLachlin, qui s'inscrivent dans la lignée des jugements antérieurs de la Cour, mettent l'accent sur la diversité des facteurs ayant une incidence sur le droit à une pension alimentaire et son montant, mais ne paraissent pas rejeter la prise en considération d'une forme large de lien de causalité, en tant qu'exigence relative à certaines catégories d'ordonnances alimentaires.

103 Julien et Marilyn Payne prétendent qu'il [TRADUCTION] « est largement démontré dans *Bracklow* c. *Bracklow* que les besoins et la capacité de payer en tant que fondement de la pension alimentaire payable à un conjoint n'ont pas été supplantés par la notion d'aliments compensatoires. Ils ont été complétés par elle » (J. D. Payne et M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), p. 207). Cette affirmation semble claire en regard du passage suivant tiré de *Bracklow*, par. 32 : « . . . le Parlement et les législatures en ont décidé autrement en exigeant que les tribunaux tiennent compte non seulement des facteurs compensatoires, mais également des "besoins" et des "ressources" des parties ». Julien et Marilyn Payne ont également exprimé leur satisfaction à l'égard de cet arrêt parce qu'il a précisé ce qui aurait dû l'être depuis toujours, soit simplement que ce n'est pas parce que les tribunaux ont tenu compte des sacrifices faits par des femmes dans un mariage et ont cherché à les indemniser pour ces sacrifices que toutes les autres considérations devraient être laissées de côté après la rupture du mariage.

104 Enfin, la situation que vivent les juges des tribunaux de la famille devrait être reconnue. Quoique le principe de l'indemnisation demeure très important, dans la majorité des cas il ne sera pas évident de déterminer exactement le montant de l'indemnisation nécessaire et comment la calculer. (Voir Payne et Payne, *op. cit.*, p. 209.) Ainsi, même quand l'indemnisation est reconnue comme un principe important, les tribunaux se réfèrent souvent aux ressources et aux besoins des parties simplement parce qu'ils fournissent les seuls chiffres disponibles. Le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour) a admis cette réalité dans l'arrêt

was) recognised this reality in *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147 (C.A.), at para.15, as follows:

> It is in cases where it is not possible to determine the extent of the economic loss of the disadvantaged spouse that the court will consider need and standard of living as the primary criteria, together with the ability to pay of the other party.

105 In the case at bar, any order of support must address both the consequences of the marriage and of its breakdown. It must rest on an assessment of the needs and means of the parties and it should acknowledge the need to compensate the spouse who stayed home, worked there and gave up any idea of a career and the economic independence it allows.

106 The first objective of any order is to make sure that the dependent spouse, after the breakdown of the marriage, has enough to live on. In assessing the adequacy of support, the courts must consider the past income and living standards of the parties. (See Payne and Payne, *supra*, at p. 205; *Moge*, *supra*, at pp. 866 and 870.) The creditor spouse remains entitled to an income proportionate to her former living standards, although some economic disadvantages and costs often arise out of the splitting up of the family unit. It is also fair and consistent with the objectives of the *Family Law Act* to include an element of compensation for the consequences of the breakdown of a marriage where a spouse has given up any possibility of a career outside the home.

107 Then, in assessing the needs of a spouse, a judge must factor in the need of both spouses for security. This factor may very well have become of critical importance for a dependent spouse like the respondent. Absent an actual division of pension credits, she will be left entirely on her own, if her spouse predeceases her, and she will have to rely on the asset base and income rights she may have acquired at or since the breakdown. Such factors seem to have been considered when the parties separated and agreed on the amount of support. The law and the courts have recognized that such

Ross c. Ross (1995), 168 R.N.-B. (2e) 147 (C.A.), par. 15, en disant :

> [TRADUCTION] C'est dans les causes où il n'est pas possible de mesurer l'ampleur de la perte économique de l'époux désavantagé que la cour considère les besoins et le niveau de vie comme critères premiers, avec la capacité de payer de l'autre partie.

L'ordonnance alimentaire en l'espèce doit tenir compte tant des conséquences du mariage que de sa rupture. Elle doit reposer sur une évaluation des besoins et des ressources des parties et elle devrait reconnaître le besoin d'indemniser le conjoint qui est demeuré à la maison, qui y a travaillé et qui a renoncé à l'idée d'une carrière et à l'indépendance économique que celle-ci autorise.

Le premier objectif d'une ordonnance alimentaire est de s'assurer que le conjoint à charge, après la rupture du mariage, dispose de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins. En évaluant la suffisance de la pension alimentaire, les tribunaux doivent tenir compte du revenu et du niveau de vie antérieurs des parties. (Voir Payne et Payne, *op. cit.*, p. 205; *Moge*, précité, p. 866 et 870.) Le conjoint créancier a toujours droit à un revenu proportionnel à son ancien niveau de vie, quoique la scission de la cellule familiale entraîne souvent des inconvénients économiques et des coûts. Il est en outre juste et conforme aux objectifs de la *Loi sur le droit de la famille* d'inclure un élément d'indemnisation pour les conséquences de la rupture du mariage quand un des conjoints a renoncé à toute possibilité de carrière à l'extérieur de la maison.

Ensuite, dans l'évaluation des besoins d'un conjoint, le juge doit prendre en considération le besoin de sécurité des deux conjoints. Ce facteur peut très bien être devenu d'une importance cruciale pour une conjointe à charge comme l'intimée. Sans partage effectif des droits à la pension de retraite, elle sera entièrement livrée à elle-même, si son conjoint décède avant elle, et elle devra compter sur les biens et les droits à un revenu qu'elle aura pu acquérir à la rupture ou depuis cette date. Ces facteurs semblent avoir été pris en considération quand les parties se sont

arrangements should not be tampered with, unless a material change occurs. I abstain from expressing any opinion as to whether such a material change actually happened here. Given the concession in the Court of Appeal, I will dispose of the matter, assuming, without deciding, that such a change happened when Mr. Boston retired.

séparées et ont convenu du montant de la pension alimentaire. Le droit et les tribunaux ont reconnu que de tels arrangements ne devraient pas être modifiés, à moins qu'un changement important ne survienne. Je m'abstiens de tout commentaire sur la question de savoir si un tel changement important est survenu en l'espèce. Compte tenu de l'admission devant la Cour d'appel, je statuerai sur l'affaire en supposant, sans toutefois le décider, qu'un tel changement est survenu quand M. Boston a pris sa retraite.

C. *The Pension Problem*

As an Ontario judge put it: "I confess that there is one word which, given the choice, I would prefer not to hear in a matrimonial proceeding: 'pension'" (*Iurincic v. Iurincic* (1998), 40 R.F.L. (4th) 258 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Quinn J.), at para. 1. Much as we may prefer to forget about this problem, it is a live issue, in respect both of the process of family property equalization and of determination of support. When Mr. and Mrs. Boston separated, the pension rights acquired under the Ontario Teachers' Pension Plan were an important family asset. As indicated above, the *Family Law Act* does not provide for any specific rules on the splitting of pension credits, contrary to what is found in other provincial laws dealing with the equalization of family assets, like the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 426. The *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, though, sets out a number of rules governing the splitting of several credits or rights, but was not discussed or considered in the present case. Absent any other rule than the principle of an equal division, the parties and the courts are left to their own devices. The problem becomes: shall we split now or later, if and when the spouse holding the pension rights retires? I will not attempt to discuss which approach should be preferred. Both have their advantages and their downsides. Each involves an element of risk. For example, the "if and when" formula sometimes may require complex legal arrangements, in order to protect the creditor spouse until the time of retirement and to provide also for the possibility of an early death. The parties here chose another commonly used method, as explained in Justice Major's reasons. It requires an

C. *Le problème de la pension de retraite*

Comme un juge ontarien l'a dit : [TRADUCTION] « J'avoue qu'il existe un mot que, si on me donnait le choix, je préférerais ne pas entendre dans une instance en matière matrimoniale : pension de retraite » (*Iurincic c. Iurincic* (1998), 40 R.F.L. (4th) 258 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Quinn), par. 1. Même si nous pouvons préférer oublier ce sujet, il s'agit d'un problème réel, qui porte à la fois sur le processus d'égalisation des biens familiaux et sur la fixation du montant de la pension alimentaire. Quand M. et Mme Boston se sont séparés, les droits à une pension de retraite acquis en vertu du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario constituaient un bien familial important. Comme nous l'avons déjà mentionné, la *Loi sur le droit de la famille* ne prévoit pas de règles particulières sur le partage des droits à une pension de retraite, contrairement à ce qu'on trouve dans d'autres lois provinciales régissant l'égalisation des biens familiaux, comme le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 426. Cependant, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, établit un certain nombre de règles régissant le partage de plusieurs droits, mais elle n'a pas été examinée dans la présente affaire. Sans autre règle que le principe d'un partage égal, les parties et les tribunaux sont laissés à eux-mêmes. Le problème qui se présente est donc le suivant : partageons-nous maintenant ou plus tard, quand le conjoint titulaire de la pension prendra sa retraite et s'il la prend? Je n'essaierai pas de déterminer quelle démarche devrait être adoptée. Les deux possèdent des avantages et des inconvénients. Elles comportent toutes deux un élément de risque. Par exemple, la formule conditionnelle « si et

108

immediate transfer of assets or money in order to extinguish a claim in respect of pension rights which will be exercised only later.

quand » peut parfois exiger des dispositions juridiques complexes, afin de protéger le conjoint créancier jusqu'au moment de la retraite et de prévoir également la possibilité d'un décès prématuré. Les parties en l'espèce ont opté pour une autre méthode communément utilisée, comme l'explique le juge Major dans ses motifs. Elle requiert un transfert immédiat de biens ou d'argent afin d'éteindre une revendication relative à des droits à une pension de retraite qui ne seront exercés qu'ultérieurement.

109 In the separation agreement, the parties put a value on Mr. Boston's pension rights and then the total marital assets were split. Mr. Boston dealt with the claim arising out of this arrangement through the transfer of a number of assets to his wife. The process allocated Mrs. Boston most of the matrimonial property. On the other hand, Mr. Boston retained his full pension rights and the right to the entire income stream arising out of it. Although the parties did not discuss this aspect of the case, it remains probable that such a public service pension ensures him a substantial degree of protection against inflation, periodic revisions of pension payments and an almost ironclad protection against any economic risks. The respondent got her long-term security through the management of assets that must be used efficiently and remain exposed to a degree of market and economic risk.

Dans l'entente de séparation, les parties ont attribué une valeur aux droits de M. Boston à une pension de retraite et à ce moment-là l'ensemble des biens matrimoniaux ont été partagés. Monsieur Boston a traité la revendication découlant de cette entente par le transfert d'un certain nombre de biens à son épouse. La démarche a permis à Mme Boston d'obtenir la majeure partie des biens matrimoniaux. Par ailleurs, M. Boston a conservé la totalité de ses droits à une pension de retraite et le droit à tout le flux de revenu qui en découle. Les parties n'ont pas abordé cet aspect de l'affaire, mais il demeure probable qu'une telle pension de retraite de la fonction publique garantit à l'appelant une protection importante contre l'inflation, des révisions périodiques des prestations de pension de retraite et une protection pratiquement absolue contre les risques économiques. L'intimée a acquis une sécurité à long terme par la gestion de biens qui doivent être utilisés de manière efficace et qui demeurent exposés à un degré de risque lié au marché et à l'économie.

110 Mr. Boston paid off his wife's claim, transferred assets and avoided a division of his pension rights and credits, hence the problem when he retired. He took the view that the payment of support out of the income stream generated by his pension was inherently unfair, and that this amounted to double dipping. He asserts that the income stream arising out of an already equalized pension should be insulated from contribution to support. This problem has never been addressed directly by this Court, although it was mentioned in *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112, at p. 120, where Cory J. considered it irrelevant, given the facts of that case.

Monsieur Boston a acquitté la réclamation de son épouse, transféré des biens et évité un partage de ses droits à une pension, de là le problème survenu lorsqu'il a pris sa retraite. Il était d'avis que le paiement d'une pension alimentaire provenant du flux de revenu généré par sa pension de retraite était fondamentalement inéquitable, et que cela équivalait à une double ponction. Il affirme que le flux de revenu découlant d'une pension de retraite ayant déjà fait l'objet d'une égalisation ne devrait pas servir au paiement d'une pension alimentaire. Notre Cour ne s'est jamais penchée directement sur ce problème qui a toutefois été mentionné dans

Interestingly enough, it appears that counsel for the debtor spouse, in that case, advanced a distinction between property assets and maintenance assets. The former would be free from contribution to spousal maintenance. Pension rights would fall within this category (see p. 119). A basically identical argument is raised in this appeal.

(1) Double Dipping

The issue of "double dipping" in respect of pension rights has generated controversy in Canadian courts. Some case law supports the view that spousal support should be paid only from the portion of the pension that was unequalized at the time of the separation and from other sources of income. (See *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).) Nevertheless, this process of limiting the availability of the pension asset for spousal support purposes is mistaken. It views the pension as a finally allocated asset and ignores that it operates primarily as a source of income. Also, it should not be forgotten that, while spousal support and property division may be ordered or agreed to as part of an overall settlement package, they serve different purposes. In some situations, support is designed both to compensate the dependent spouse and to address essential economic needs arising out of the marriage breakdown. This rationale remains distinct from the property division, with which it should not be confused. Assets made available to a spouse after the equalization process should be factored in when considering the needs and means, as they will sometimes allow the dependent spouse to reach a degree of independence, which reflects one of the objectives of the *Family Law Act* and her essential human dignity. On the other hand, the Act does not modify the nature of the complex factors and objectives governing spousal support

l'arrêt *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112, p. 120; dans cet arrêt, le juge Cory a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un problème pertinent, compte tenu des faits de l'espèce. Il est intéressant de signaler qu'il paraît que dans cette affaire les avocats du conjoint débiteur ont proposé une distinction entre les biens patrimoniaux et les biens alimentaires. Les premiers ne devraient pas servir au paiement de la pension alimentaire. Les droits à une pension de retraite entreraient dans cette catégorie (voir p. 119). Un argument pratiquement identique est soulevé dans le présent pourvoi.

(1) Double ponction

La question de la « double ponction » en ce qui concerne des droits à une pension de retraite a donné lieu à des controverses devant les tribunaux canadiens. Une certaine jurisprudence soutient le point de vue selon lequel la pension alimentaire payable à un conjoint ne devrait provenir que de la partie de la pension de retraite qui n'a pas fait l'objet d'une égalisation au moment de la séparation et d'autres sources de revenu. (Voir *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (C. Ont. (Div. gén.)).) Néanmoins, cette méthode consistant à limiter la disponibilité des avoirs de retraite aux fins du paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint est incorrecte. Elle considère la pension de retraite comme un bien finalement attribué et ne prend pas en considération le fait que celle-ci tient lieu principalement de source de revenu. En outre, il ne faudrait pas oublier que, bien qu'une pension alimentaire en faveur d'un conjoint et un partage de biens puissent être ordonnés ou acceptés dans le cadre d'un règlement d'ensemble, ils servent des fins différentes. Dans certaines situations, la pension alimentaire vise à indemniser le conjoint à charge et à répondre aux besoins économiques découlant de la rupture du mariage. Ce raisonnement demeure distinct du partage des biens, avec lequel il ne saurait se confondre. Les biens mis à la disposition de la conjointe à charge après le processus d'égalisation devraient être pris en considération dans l'évaluation des besoins et des ressources, car ils lui permettront parfois d'atteindre un degré d'indépendance qui témoigne de l'un des objectifs de la *Loi sur le droit de la famille* et sa dignité humaine essentielle. Par

111

before, as well as after the retirement of the debtor spouse. A number of judgments make this clear.

112 For example, in *Dolman v. Dolman* (1998), 38 R.F.L. (4th) 362 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), Philp J. found that the *Family Law Act* of Ontario allows spousal support to continue after an equalization payment if the dependent non-pensioned spouse remains in need, and if the payer remains able to pay. *Shadbolt* was referred to in the case of *Carter v. Carter* (1998), 42 R.F.L. (4th) 314 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), dismissing a motion to suspend existing support obligations. Kozak J. held that, although the initial jurisprudence under the *Family Law Act* stood for the principle that, after equalizing the pension, the pension should not again be the basis of spousal support payments, the later case law confirmed that spousal support continuing past the payer's retirement did not give the dependent spouse a double benefit of the pension.

113 As Bastarache J.A. said in *LeMoine v. LeMoine* (1997), 185 N.B.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 29, referring to *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.), it is not improper "to extend support beyond the payor spouse's retirement simply because of the inclusion of the pension in the property division". He went on to say (at para. 30):

> Although the pension income stream may belong to the husband . . . this does not mean that it cannot be accessed in order to redress the economic disadvantages of the wife that continue to flow from the marriage or its breakdown. It is not a case of re-dividing an asset, but of ordering a person to continue paying support.

114 Finally, Brockenshire J. made clear in *Nantais v. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201 (Ont. Ct.

ailleurs, la Loi ne modifie pas la nature des facteurs et des objectifs complexes qui régissent l'obligation alimentaire entre conjoints avant ainsi qu'après la retraite du conjoint débiteur. De nombreux jugements en font clairement état.

À titre d'exemple, dans *Dolman c. Dolman* (1998), 38 R.F.L. (4th) 362 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Philp a conclu que la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario permet la poursuite du versement de la pension alimentaire au profit d'un conjoint après un paiement d'égalisation si le conjoint à charge sans pension de retraite reste dans le besoin, et que le payeur est toujours en mesure de payer. La décision *Shadbolt* a été mentionnée dans *Carter c. Carter* (1998), 42 R.F.L. (4th) 314 (C. Ont. (Div. gén.)), où on a rejeté une requête en suspension des obligations alimentaires existantes. Le juge Kozak a conclu que, bien que la première jurisprudence en ce qui concerne la *Loi sur le droit de la famille* défendait le principe que, après l'égalisation de la pension de retraite, la pension ne devait pas de nouveau servir au paiement de la pension alimentaire au profit d'un conjoint, la jurisprudence récente a confirmé que le paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint, qui se poursuit après la retraite du payeur, ne procure pas au conjoint à charge de double bénéfice à l'égard de la pension de retraite.

Comme le juge Bastarache l'a écrit dans *LeMoine c. LeMoine* (1997), 185 R.N.-B. (2e) 173 (C.A.), par. 29, en faisant référence à *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.), il n'est pas incorrect [TRADUCTION] « de prolonger le versement des aliments après la retraite du conjoint payeur simplement parce que le régime de retraite avait été inclus dans la répartition des biens ». Il a ajouté (au par. 30) :

> [TRADUCTION] Bien que le revenu de pension puisse appartenir au mari [. . .] cela ne signifie pas qu'il soit impossible d'y toucher pour redresser les inconvénients économiques que l'épouse continue de subir en raison du mariage ou de son échec. Il ne s'agit pas de répartir de nouveau un bien, mais d'ordonner à quelqu'un de continuer de verser des aliments.

En dernier lieu, le juge Brockenshire a indiqué clairement dans *Nantais c. Nantais* (1995), 16

(Gen. Div.)), that the mere fact that the source of a payor or spouse's income is a pension rather than employment should not *prima facie* exclude such income from consideration when determining the quantum of spousal support. Brockenshire J. viewed it as "a contractual replacement of an income [and], like the wages received before retirement, is fully available for the support of a needy former spouse" (para. 32).

R.F.L. (4th) 201 (C. Ont. (Div. gén.)), que le simple fait que la source de revenu d'un payeur ou d'un conjoint soit une pension de retraite plutôt qu'un revenu d'emploi ne devrait pas *prima facie* empêcher la prise en considération de ce revenu dans la fixation du montant de la pension alimentaire payable à un conjoint. Le juge Brockenshire a décidé qu'il s'agissait [TRADUCTION] « [d']un remplacement contractuel de revenu [. . .] [semblable] au salaire reçu avant la retraite, [qui] peut pleinement servir au paiement d'une pension alimentaire à un ex-conjoint dans le besoin » (par. 32).

(2) The Process of Fixing Support After Retirement

(2) La démarche relative à la fixation de la pension alimentaire après la retraite

No assets or income streams should be set aside or treated differently after a debtor spouse starts drawing a pension. This Court should not entertain in any manner the view that we should draw a distinction between what some would call property assets and maintenance assets. All income streams are relevant in the assessment of means and needs and of the proper level of support considering the lifestyle and the living experience of the couple. Pension payments remain income. Indeed, the *Income Tax Act* views them as fully taxable for income tax purposes (see P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 357-58). The problem to be addressed in a question of spousal support is not the nature of the assets available to the parties, but how they should be used by each party.

115 Aucun bien ni flux de revenu ne devrait être écarté ou traité de manière différente après qu'un conjoint débiteur commence à toucher une pension de retraite. Notre Cour ne devrait d'aucune façon accepter le point de vue selon lequel nous serions tenus d'établir une distinction entre ce que certains appellent les biens et les biens alimentaires. Tous les flux de revenu restent pertinents dans l'évaluation des ressources et des besoins et de la pension alimentaire qu'il convient d'accorder eu égard au style de vie et à l'expérience de vie du couple. Les versements de pension de retraite demeurent un revenu. En fait, la *Loi de l'impôt sur le revenu* les considère comme entièrement imposables aux fins de l'impôt sur le revenu (voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2e éd. 1997), p. 357-358). Le problème qu'il faut aborder dans une affaire d'obligation alimentaire entre conjoints ne porte pas sur la nature des biens à la disposition des parties, mais sur la façon dont ces biens devraient être utilisés par chaque partie.

I agree that a spouse may not sit on a pot of gold, while fleecing his or her former life partner. As the trial judge and the Court of Appeal found, by reason of her moderate, if not frugal lifestyle, Mrs. Boston had made safe investments and, therefore, had a substantial asset base under her control. On the other hand, Mr. Boston had kept his entire pension rights with the financial and personal security that flows from them, but few other assets. No information as to the nature and conditions of the Teachers' Pension Plan of Ontario is available

116 Je conviens qu'un conjoint ne devrait pas conserver des biens importants tout en ruinant son ex-partenaire de vie. Comme le juge de première instance et la Cour d'appel l'ont conclu, en raison de son style de vie modéré, voire frugal, Mme Boston avait fait des investissements prudents et, en conséquence, disposait d'un actif important. Cependant, M. Boston avait conservé tous ses droits à une pension de retraite avec la sécurité financière et personnelle qui en découle, mais peu d'autres biens. La preuve ne contient pas de renseignements

in the record. Normally, this kind of pension guarantees lifelong economic security for the pensioner, and beyond this for designated surviving companions. Mr. Boston gave up assets, but retained this security. This arrangement did not amount to trading assets for nothing, as some academic or judicial comment asserts. On the other hand, Mrs. Boston has substantial assets, and has taken insurance on the life of her husband, but will be left on her own if her former spouse predeceases her. In the circumstances of the case, the reasoning of the Court of Appeal implies that the calculation of support payable to her had to factor in her former lifestyle and living standards and also her need to acquire some financial security throughout her life. The appeal judgment acknowledges the lack of independence that flows from her married life and its breakdown.

quant à la nature et aux conditions du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario. Normalement, ce type de pension assure une sécurité financière à vie au retraité, et également aux conjoints survivants désignés. Monsieur Boston a renoncé à des biens, mais a conservé cette sécurité. Cet arrangement n'équivalait pas à l'échange de biens sans contrepartie, comme l'affirment des auteurs ou des juges. Par ailleurs, Mme Boston dispose de biens importants, et a contracté une assurance sur la vie de son mari, mais elle sera livrée à elle-même si son ex-conjoint décède avant elle. Eu égard aux circonstances de l'espèce, le raisonnement de la Cour d'appel laisse supposer que le calcul de la pension alimentaire payable à l'intimée devait tenir compte de son style de vie et de son niveau de vie antérieurs et également de son besoin d'acquérir une certaine sécurité financière pendant toute sa vie. Le jugement rendu en appel reconnaît le manque d'indépendance qui découle de la vie conjugale de l'intimée et de la rupture de son mariage.

117 Upon the appellant's retirement, it was fair, in a process of support determination, that courts considered the assets of both parties and the income that could be generated from them if they were used efficiently. The Court of Appeal decided to impute an income from the assets controlled by the respondent. The Court of Appeal based this income on the value of the assets considered as liquid, which amounted to about $250,000 and deducted a notional income of some $15,000 a year, which appears as accurate as can be. Given the circumstances of the parties and the ambiguous reference in the trial judge's order as to the respondent's ability to take care of herself, it held that the variation of support by Robertson J. was unreasonable. Indeed, the support fixed by the Court of Appeal might appear somewhat conservative, considering the income left to Mr. Boston. After all, he draws a pension of about $100,000 per year. Although he has few assets, he retains a fairly comfortable lifestyle. Mrs. Boston is entitled to a reasonable standard of living, as contemplated by the separation agreement. She should not have to engage in a massive program of liquidation of

À la retraite de l'appelant, il était juste, dans le cadre de la fixation de la pension alimentaire, que les tribunaux prennent en considération les biens des deux parties et le revenu que ces biens pouvaient générer s'ils étaient utilisés efficacement. La Cour d'appel a décidé d'attribuer un revenu aux biens sous le contrôle de l'intimée. Elle a calculé ce revenu en fonction de la valeur des biens jugés liquides qui s'élevait à environ 250 000 $, et a déduit un revenu fictif de quelque 15 000 $ par année, qui paraît aussi exact que possible. Compte tenu de la situation des parties et de la mention ambiguë dans l'ordonnance du juge de première instance quant à la capacité de l'intimée de subvenir à ses besoins, elle a jugé que la modification qu'avait apportée le juge Robertson au montant de la pension alimentaire était déraisonnable. En fait, la pension alimentaire fixée par la Cour d'appel pourrait paraître un peu conservatrice, compte tenu du revenu qui reste à M. Boston. Après tout, il touche annuellement une pension de retraite de près de 100 000 $. Même s'il possède peu de biens, il conserve un style de vie assez confortable. Madame Boston a droit à un niveau de vie raison-

assets, based on an assumption that her lifestyle is frugal, and hence her needs modest.

Pension rights deplete over time, but they provide, especially in this case, a stable and protected income. By any means, income arising out of the pension rights of a pensioner remains income and may be subject to contribution for maintenance, if the circumstances warrant it. Neither the *Family Law Act* nor the *Divorce Act* supports the drawing of a distinction between categories of assets and particular income streams for the purpose of spousal support. Support should remain governed by the factors and objectives defined in the law and applied by the jurisprudence of the Court.

An analysis based on the nature of the assets may skew the proper approach to support. In this case, needs had been established, after making allowance for the efficient use of assets under the respondent's control. These needs should be evaluated reasonably, given the standard of living of the parties during the marriage and the imperative of long-term financial protection.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ *and* LEBEL JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: J. Yvonne Pelley, Kingston.

Solicitors for the respondent: Maurice J. Neirinck & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener: Nicole Tellier and Epstein Cole, Toronto.

nable, comme le prévoit l'entente de séparation. Elle ne devrait pas être obligée de procéder à une liquidation importante de ses biens, étant donné l'hypothèse que son style de vie est frugal et qu'en conséquence ses besoins sont modestes.

118 Les droits à une pension de retraite s'épuisent avec le temps, mais ils fournissent, particulièrement dans la présente affaire, un revenu stable et garanti. Quoi qu'il en soit, un revenu provenant des droits à une pension de retraite demeure un revenu et peut servir au paiement d'une pension alimentaire, si les circonstances le justifient. Ni la *Loi sur le droit de la famille* ni la *Loi sur le divorce* ne permettent que soit faite une distinction entre des catégories de biens et des flux de revenu particuliers aux fins du paiement d'une pension alimentaire à un conjoint. Les facteurs et les objectifs définis dans la loi et appliqués par la jurisprudence de la Cour devraient continuer de régir l'obligation alimentaire.

119 Une analyse fondée sur la nature des biens peut altérer la manière correcte d'envisager la pension alimentaire. En l'espèce, des besoins ont été établis, après la prise en considération de l'utilisation efficace de biens sous le contrôle de l'intimée. Ces besoins devraient être raisonnablement évalués, en tenant compte du niveau de vie des parties pendant le mariage et de la nécessité d'une protection financière à long terme.

120 Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ *et* LEBEL *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant : J. Yvonne Pelley, Kingston.

Procureurs de l'intimée : Maurice J. Neirinck & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenant : Nicole Tellier et Epstein Cole, Toronto.

Mary Danyluk *Appellant*

v.

Ainsworth Technologies Inc., Ainsworth Electric Co. Limited, F. Jack Purchase, Paul S. Gooderham, Jack A. Taylor, Ross A. Pool, Donald W. Roberts, Timothy I. Pryor, Clifford J. Ainsworth, John F. Ainsworth, Kenneth D. Ainsworth, Melville O'Donohue, Donald J. Hawthorne, William I. Welsh and Joseph McBride Watson *Respondents*

INDEXED AS: DANYLUK *v.* AINSWORTH TECHNOLOGIES INC.

Neutral citation: 2001 SCC 44.

File No.: 27118.

2000: October 31; 2001: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Administrative law — Issue estoppel — Employee filing complaint against employer under Employment Standards Act seeking unpaid wages and commissions — Employee subsequently commencing court action against employer for wrongful dismissal and unpaid wages and commissions — Employment standards officer dismissing employee's complaint — Employer arguing that employee's claim for unpaid wages and commissions before court barred by issue estoppel — Whether officer's failure to observe procedural fairness in deciding employee's complaint preventing application of issue estoppel — Whether preconditions to application of issue estoppel satisfied — If so, whether this Court should exercise its discretion and refuse to apply issue estoppel.

In 1993, an employee became involved in a dispute with her employer over unpaid commissions. No agreement was reached, and the employee filed a complaint under the *Employment Standards Act* ("ESA") seeking

Mary Danyluk *Appelante*

c.

Ainsworth Technologies Inc., Ainsworth Electric Co. Limited, F. Jack Purchase, Paul S. Gooderham, Jack A. Taylor, Ross A. Pool, Donald W. Roberts, Timothy I. Pryor, Clifford J. Ainsworth, John F. Ainsworth, Kenneth D. Ainsworth, Melville O'Donohue, Donald J. Hawthorne, William I. Welsh et Joseph McBride Watson *Intimés*

RÉPERTORIÉ : DANYLUK *c.* AINSWORTH TECHNOLOGIES INC.

Référence neutre : 2001 CSC 44.

N° du greffe : 27118.

2000 : 31 octobre; 2001 : 12 juillet.

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

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

Droit administratif — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Plainte déposée par une employée contre son employeur en vertu de la Loi sur les normes de l'emploi et réclamant le versement de salaire et commissions impayés — Action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié et pour salaire et commissions impayés intentée subséquemment par l'employée contre l'employeur — Rejet de la plainte par l'agente des normes d'emploi — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée plaidée par l'employeur à l'égard de la réclamation pour salaire et commissions impayés — L'inobservation de l'équité procédurale par l'agente des normes dans sa décision sur la plainte de l'employée empêche-t-elle l'application de cette doctrine? — Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont-elles réunies? — Dans l'affirmative, notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer cette doctrine?

En 1993, un différend relatif à des commissions impayées a opposé une employée et son employeur. Aucune entente n'est intervenue et l'employée a déposé, en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi* (la « LNE »),

unpaid wages, including commissions. The employer rejected the claim for commissions and eventually took the position that the employee had resigned. An employment standards officer spoke with the employee by telephone and met with her for about an hour. Before the decision was made, the employee commenced a court action claiming damages for wrongful dismissal and the unpaid wages and commissions. The ESA proceedings continued, but the employee was not made aware of the employer's submissions in the ESA claim or given an opportunity to respond to them. The ESA officer rejected the employee's claim and ordered the employer to pay her $2,354.55, representing two weeks' pay in lieu of notice. She advised the employer of her decision and, 10 days later, notified the employee. Although she had no appeal as of right, the employee was entitled to apply under the ESA for a statutory review of this decision. She elected not to do so and carried on with her wrongful dismissal action. The employer moved to strike the part of the statement of claim that overlapped the ESA proceeding. The motions judge considered the ESA decision to be final and concluded that the claim for unpaid wages and commissions was barred by issue estoppel. The Court of Appeal affirmed the decision.

Held: The appeal should be allowed.

Although, in general, issue estoppel is available to preclude an unsuccessful party from relitigating in the courts what has already been litigated before an administrative tribunal, this is not a proper case for its application. Finality is a compelling consideration and judicial decisions should generally be conclusive of the issues decided unless and until reversed on appeal. However, estoppel is a public policy doctrine designed to advance the interests of justice. Where, as here, its application bars the courthouse door against a claim because of an administrative decision made in a manifestly improper and unfair manner, a re-examination of some basic principles is warranted.

une plainte dans laquelle elle réclamait le versement de salaire impayé, y compris des commissions. L'employeur a rejeté sa demande de commissions et a finalement considéré qu'elle avait remis sa démission. Une agente des normes d'emploi a eu un entretien téléphonique avec l'employée, qu'elle a ensuite rencontrée pendant environ une heure. Avant que la décision soit rendue, l'employée a intenté une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié dans laquelle elle demandait le paiement du salaire et des commissions. La procédure prévue par la LNE a suivi son cours, mais l'employée n'a pas été avisée des arguments invoqués par l'employeur au sujet de sa plainte et elle n'a pas eu la possibilité d'y répondre. L'agente des normes d'emploi a rejeté la réclamation de l'employée et a ordonné à l'employeur de verser à cette dernière la somme de 2 354,55 $, soit deux semaines de salaire, à titre d'indemnité de préavis. Elle a informé l'employeur de sa décision et, 10 jours plus tard, elle en a avisé l'employée. L'employée ne pouvait interjeter appel de plein droit mais elle avait, en vertu de la LNE, le droit de demander la révision de cette décision. Elle a choisi de ne pas le faire et a plutôt poursuivi son action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié. L'employeur a présenté une requête en radiation de la partie de la déclaration qui recoupait la procédure engagée en vertu de la LNE. Le juge des requêtes a considéré que la décision fondée sur la LNE était définitive et il a conclu que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée faisait obstacle à la réclamation pour salaire et commissions impayés. La Cour d'appel a confirmé la décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Bien que, en règle générale, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) puisse être invoquée pour empêcher une partie déboutée de saisir les cours de justice d'une question qu'elle a déjà plaidée sans succès devant un tribunal administratif, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où il convient d'appliquer cette doctrine. Le caractère définitif des instances est une considération impérieuse et, en règle générale, une décision judiciaire devrait trancher les questions litigieuses de manière définitive, tant qu'elle n'est pas infirmée en appel. Toutefois, la préclusion est une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice. Dans les cas où, comme en l'espèce, par suite d'une décision administrative prise à l'issue d'une procédure qui était manifestement inappropriée et inéquitable, l'application de cette doctrine empêche le recours aux cours de justice, il convient de réexaminer certains principes fondamentaux.

The preconditions to the operation of issue estoppel are threefold: (1) that the same question has been decided in earlier proceedings; (2) that the earlier judicial decision was final; and (3) that the parties to that decision or their privies are the same in both the proceedings. If the moving party successfully establishes these preconditions, a court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel ought to be applied.

The preconditions require the prior proceeding to be judicial. Here, the ESA decision was judicial. First, the administrative authority issuing the decision is capable of receiving and exercising adjudicative authority. Second, as a matter of law, the decision was required to be made in a judicial manner. While the ESA officers utilize procedures more flexible than those that apply in the courts, their adjudicative decisions must be based on findings of fact and the application of an objective legal standard to those facts.

The appellant denies the applicability of issue estoppel because, as found by the Court of Appeal, the ESA decision was taken without proper notice to the appellant and she was not given an opportunity to meet the employer's case. It is clear that an administrative decision which is made without jurisdiction from the outset cannot form the basis of an estoppel. Where an administrative officer or tribunal initially possessed the jurisdiction to make a decision in a judicial manner but erred in the exercise of that jurisdiction, the resulting decision is nevertheless capable of forming the basis of an estoppel. Alleged errors in carrying out the mandate are matters to be considered by the court in the exercise of its discretion. This result makes the principle governing estoppel consistent with the law governing judicial review in *Harelkin* and collateral attack in *Maybrun*.

In this case, the pre-conditions for issue estoppel have been met: the same issue is raised in both proceedings, the decision of the ESA officer was final for the purposes of the Act since neither the employer nor the employee took advantage of the internal review procedure, and the parties are identical. The Court must therefore decide whether to refuse to apply estoppel as a mat-

Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont au nombre de trois : (1) que la même question ait été décidée dans une procédure antérieure; (2) que la décision judiciaire antérieure soit définitive; (3) que les parties ou leurs ayants droit soient les mêmes dans chacune des instances. Si le requérant réussit à établir l'existence des conditions d'application, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion devrait être appliquée.

Suivant ces conditions, la décision antérieure doit être une décision judiciaire. En l'espèce, la décision fondée sur la LNE était judiciaire. Premièrement, le décideur administratif ayant rendu la décision peut être investi d'un pouvoir juridictionnel et il est capable d'exercer ce pouvoir. Deuxièmement, sur le plan juridique, la décision devait être prise judiciairement. Bien que les agents des normes d'emploi aient recours à des procédures plus souples que celles des cours de justice, leurs décisions juridictionnelles doivent s'appuyer sur des conclusions de fait et sur l'application à ces faits d'une norme juridique objective.

L'appelante conteste l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que, conformément à la conclusion de la Cour d'appel, la décision fondée sur la LNE a été rendue sans qu'on donne à l'appelante un préavis suffisant et la possibilité de répondre aux prétentions de l'employeur. Il est clair qu'une décision administrative qui a au départ été prise sans la compétence requise ne peut fonder l'application de la préclusion. Lorsque le décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal — avait initialement compétence pour rendre une décision de manière judiciaire, mais a commis une erreur dans l'exercice de cette compétence, la décision rendue est néanmoins susceptible de fonder l'application de la préclusion. Les erreurs qui auraient été commises dans l'accomplissement du mandat doivent être prises en considération par la cour de justice dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela a pour effet d'assurer la conformité du principe régissant la préclusion avec les règles de droit relatives au contrôle judiciaire énoncées dans l'arrêt *Harelkin* et celles relatives aux contestations indirectes énoncées dans l'arrêt *Maybrun*.

En l'espèce, les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont réunies : la même question est à l'origine des deux instances, la décision de l'agente des normes avait un caractère définitif pour l'application de la Loi en raison du fait que ni l'employeur ni l'employée ne se sont prévalus du mécanisme de révision interne, et les parties

ter of discretion. Here this Court is entitled to intervene because the lower courts committed an error of principle in failing to address the issue of the discretion. The list of factors to be considered with respect to its exercise is open. The objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice, but not at the cost of real injustice in the particular case. The factors relevant to this case include the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives, the purpose of the legislation, the availability of an appeal, the safeguards available to the parties in the administrative procedure, the expertise of the administrative decision maker, the circumstances giving rise to the prior administrative proceeding and, the most important factor, the potential injustice. On considering the cumulative effect of the foregoing factors, the Court in its discretion should refuse to apply issue estoppel in this case. The stubborn fact remains that the employee's claim to commissions worth $300,000 has simply never been properly considered and adjudicated.

sont les mêmes. La Cour doit par conséquent décider si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer la préclusion. En l'espèce, notre Cour a le droit d'intervenir puisque les tribunaux de juridiction inférieure ont commis une erreur de principe en omettant d'examiner la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La liste des facteurs à considérer pour l'exercice de ce pouvoir n'est pas exhaustive. L'objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice dans une affaire donnée. Parmi les facteurs pertinents en l'espèce, mentionnons : le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l'ordonnance administrative, l'objet du texte de la loi, l'existence d'un droit d'appel, les garanties offertes aux parties dans le cadre de l'instance administrative, l'expertise du décideur administratif, les circonstances ayant donné naissance à l'instance administrative initiale et, facteur le plus important, le risque d'injustice. Vu l'effet cumulatif des facteurs susmentionnés, la Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, doit refuser d'appliquer en l'espèce la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. En effet, le fait demeure que la réclamation de l'employée visant des commissions totalisant 300 000 $ n'a tout simplement jamais été examinée et tranchée adéquatement.

Cases Cited

Considered: *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; **disapproved in part:** *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; **referred to:** *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292; *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *Robinson v. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103; *Bell v. Miller* (1862), 9 Gr. 385; *Raison v. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622; *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182; *Machin v. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326; *Hamelin v. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112; *Thrasyvoulou v. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173; *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12; *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181; *Machado*

Jurisprudence

Arrêt examiné : *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; **arrêt critiqué en partie :** *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; **arrêts mentionnés :** *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292; *Farwell c. La Reine* (1894), 22 R.C.S. 553; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *Robinson c. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103; *Bell c. Miller* (1862), 9 Gr. 385; *Raison c. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622; *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182; *Machin c. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326; *Hamelin c. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112; *Thrasyvoulou c. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173; *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12; *Thoday c. Thoday*,

v. Pratt & Whitney Canada Inc. (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132; *Randhawa v. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19; *Heynen v. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183; *Perez v. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145; *Munyal v. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58; *Alderman v. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535; *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Poucher v. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89; *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72; *Arnold v. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41; *Susan Shoe Industries Ltd. v. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660; *Iron v. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 23(1).
Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 1 "wages", 2(2), 6, 65(1)(a), (b), (c) [rep. & sub. 1991, c. 16 (Supp.), s. 9(1)], (7) [ad. *idem*, s. 9(2)], 67(1) [am. *idem*, s. 10(1)], (2) [rep. & sub. *idem*, s. 10(2)], (3) [ad. *idem*], (5) [*idem*], (7) [*idem*], 68(1) [am. *idem*, s. 11(1); am. 1991, c. 5, s. 16; am. 1993, c. 27, sch.], (3) [rep. & sub. 1991, c. 16 (Supp.), s. 11(2)], (7).
Employment Standards Improvement Act, 1996, S.O. 1996, c. 23, s. 19(1).
O. Reg. 626/00, s. 1(1).

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1982.
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2).
Handley, K. R. "Res Judicata: General Principles and Recent Developments" (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214.
Holmested, George Smith, and Garry D. Watson. *Ontario Civil Procedure*, vol. 3 Supp. Toronto: Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2000, release 3).

[1964] P. 181; *Machado c. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132; *Randhawa c. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19; *Heynen c. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183; *Perez c. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145; *Munyal c. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58; *Alderman c. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535; *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Poucher c. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89; *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72; *Arnold c. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41; *Susan Shoe Industries Ltd. c. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660; *Iron c. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1.

Lois et règlements cités

Loi de 1996 sur l'amélioration des normes d'emploi, L.O. 1996, ch. 23, art. 19(1).
Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 1 « salaire », 2(2), 6, 65(1)a), b), c) [abr. & rempl. 1991, ch. 16 (suppl.), art. 9(1)], (7) [aj. *idem*, art. 9(2)], 67(1) [mod. *idem*, art. 10(1)], (2) [abr. & rempl. *idem*, art. 10(2)], (3) [aj. *idem*], (5) [*idem*], (7) [*idem*], 68(1) [mod. *idem*, art. 11(1); mod. 1991, ch. 5, art. 16; mod. 1993, ch. 27, ann.], (3) [abr. & rempl. 1991, ch. 16 (suppl.), art. 11(2)], (7).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 23(1).
Règl. de l'Ont. 626/00, art. 1(1).

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second : Judgments 2d*, vol. 2. St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 1982.
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2).
Handley, K. R. « Res Judicata : General Principles and Recent Developments » (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214.
Holmested, George Smith, and Garry D. Watson. *Ontario Civil Procedure*, vol. 3 Supp. Toronto : Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2000, release 3).

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2000.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Spencer Bower, George, and Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 3rd ed. by K. R. Handley. London, U.K.: Butterworths, 1996.

Watson, Garry D. "Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 42 O.R. (3d) 235, 167 D.L.R. (4th) 385, 116 O.A.C. 225, 12 Admin. L.R. (3d) 1, 41 C.C.E.L. (2d) 19, 27 C.P.C. (4th) 91, [1998] O.J. No. 5047 (QL), dismissing the appellant's appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) rendered on June 10, 1996. Appeal allowed.

Howard A. Levitt and *J. Michael Mulroy*, for the appellant.

John E. Brooks and *Rita M. Samson*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The appellant claims that she was fired from her position as an account executive with the respondent Ainsworth Technologies Inc. on October 12, 1993. She says that at the time of her dismissal she was owed by her employer some $300,000 in unpaid commissions. The courts in Ontario have held that she is "estopped" from having her day in court on this issue because of an earlier failed attempt to claim the same unpaid monies under the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14 ("ESA" or "Act"). An employment standards officer, adopting a procedure which the Ontario Court of Appeal held to be improper and unfair, denied the claim. I agree that in general issue estoppel is available to preclude an unsuccessful party from relitigating in the courts what has already been unsuccessfully litigated before an administrative tribunal, but in my view this was not a proper case for its application. A judicial doctrine developed to serve the ends of justice

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2000.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Spencer Bower, George, and Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 3rd ed. by K. R. Handley. London, U.K. : Butterworths, 1996.

Watson, Garry D. « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 42 O.R. (3d) 235, 167 D.L.R. (4th) 385, 116 O.A.C. 225, 12 Admin. L.R. (3d) 1, 41 C.C.E.L. (2d) 19, 27 C.P.C. (4th) 91, [1998] O.J. No. 5047 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'appelante contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) rendue le 10 juin 1996. Pourvoi accueilli.

Howard A. Levitt et *J. Michael Mulroy*, pour l'appelante.

John E. Brooks et *Rita M. Samson*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'appelante prétend que, le 12 octobre 1993, elle a été congédiée du poste de chargée de projet qu'elle occupait chez l'intimée Ainsworth Technologies Inc. Elle soutient que, au moment de son congédiement, son employeur lui devait quelque 300 000 $ en commissions impayées. Les cours de justice ontariennes ont jugé que l'appelante était précluse (« *estopped* ») de saisir les tribunaux de ce différend en raison de sa tentative infructueuse d'obtenir le paiement de cette somme en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14 (la « LNE » ou la « Loi »). Adoptant une procédure que la Cour d'appel de l'Ontario a jugé inappropriée et inéquitable, une agente des normes d'emploi a rejeté la demande de l'appelante. En règle générale, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (« *issue estoppel* ») peut, j'en conviens, être invoquée pour empêcher une partie déboutée de saisir les cours de justice d'une question qu'elle a déjà plaidée sans succès devant un tribunal administratif. Toutefois, je suis d'avis que la présente espèce

should not be applied mechanically to work an injustice. I would allow the appeal.

I. Facts

2 In the fall of 1993, the appellant became involved in a dispute with her employer, the respondent Ainsworth Technologies Inc., over unpaid commissions. The appellant met with her superiors and sent various letters to them outlining her position. These letters were generally copied to her lawyer, Mr. Howard A. Levitt. Her principal complaint concerned an alleged entitlement to commissions of about $200,000 in respect of a project known as the CIBC Lan project, plus other commissions which brought the total to about $300,000.

3 The appellant rejected a proposed settlement from the employer. On October 4, 1993, she filed a complaint under the ESA seeking unpaid wages, including commissions. It is not clear on the record whether she had legal advice on this aspect of the matter. On October 5, the employer wrote to the appellant rejecting her claim for commissions and eventually took the position that she had resigned and physically escorted her off the premises.

4 An employment standards officer, Ms. Caroline Burke, was assigned to investigate the appellant's complaint. She spoke with the appellant by telephone and on or about January 30, 1994 met with her for about an hour. The appellant gave Ms. Burke various documents including her correspondence with the employer. They had no further meetings.

5 On March 21, 1994, more than six months after filing her claim under the Act, but as yet without an ESA decision, the appellant, through Mr. Levitt, commenced a court action in which she claimed

n'est pas une affaire où il convenait d'appliquer cette doctrine. Une doctrine élaborée par les tribunaux dans l'intérêt de la justice ne devrait pas être appliquée mécaniquement et donner lieu à une injustice. J'accueillerais le pourvoi.

I. Les faits

À l'automne 1993, un différend relatif à des commissions impayées a opposé l'appelante et son employeur, l'intimée Ainsworth Technologies Inc. L'appelante a rencontré ses supérieurs et elle leur a envoyé diverses lettres exposant son point de vue. Copie conforme de chacune de ces lettres était généralement transmise à son avocat, Me Howard A. Levitt. L'appelante prétendait principalement avoir droit à environ 200 000 $ à titre de commissions à l'égard d'un projet connu sous le nom de projet CIBC Lan, ainsi qu'à d'autres commissions portant à approximativement 300 000 $ la somme totale réclamée.

L'appelante a rejeté le règlement proposé par l'employeur. Le 4 octobre 1993, elle a déposé, en vertu de la LNE, une plainte dans laquelle elle réclamait le versement de salaire impayé, y compris des commissions. Le dossier n'indique pas clairement si elle a profité des conseils d'un avocat sur cet aspect du litige. Le 5 octobre, l'employeur a écrit à l'appelante, lui indiquant qu'il rejetait sa demande visant les commissions. Subséquemment, lorsqu'elle s'est présentée au travail, il l'a fait conduire hors de ses locaux, considérant qu'elle avait remis sa démission.

On a demandé à une agente des normes d'emploi, Mme Caroline Burke, d'enquêter sur la plainte déposée par l'appelante. Madame Burke a d'abord eu un entretien téléphonique avec l'appelante puis, vers le 30 janvier 1994, elle l'a rencontrée pendant environ une heure. L'appelante a remis à Mme Burke divers documents, dont sa correspondance avec l'employeur. Aucune autre rencontre n'a eu lieu par la suite.

Le 21 mars 1994, plus de 6 mois après avoir déposé sa plainte en vertu de la Loi, mais sans qu'une décision ait encore été rendue à cet égard, l'appelante a intenté, par l'entremise de Me Levitt,

damages for wrongful dismissal. She also claimed the unpaid wages and commissions that were already the subject-matter of her ESA claim.

On June 1, 1994, solicitors for the employer wrote to Ms. Burke responding to the appellant's claim. The employer's letter included a number of documents to substantiate its position. None of this was copied to the appellant. Nor did Ms. Burke provide the appellant with information about the employer's position; nor did she give the appellant the opportunity to respond to whatever the appellant may have assumed to be the position the employer was likely to take. The appellant, in short, was left out of the loop.

On September 23, 1994, the ESA officer advised the respondent employer (but not the appellant) that she had rejected the appellant's claim for unpaid commissions. At the same time she ordered the employer to pay the appellant $2,354.55, representing two weeks' pay in lieu of notice. Ten days later, by letter dated October 3, 1994, Ms. Burke for the first time advised the appellant of the order made against the employer for two weeks' termination pay and the rejection of her claim for the commissions. The letter stated in part: "[w]ith respect to your claim for unpaid wages, the investigation revealed there is no entitlement to $300,000.00 commission as claimed by you". The letter went on to explain that the appellant could apply to the Director of Employment Standards for a review of this decision. Ms. Burke repeated this advice in a subsequent telephone conversation with the appellant. The appellant did not apply to the Director for a review of Ms. Burke's decision; instead, she decided to carry on with her wrongful dismissal action in the civil courts.

The respondents contended that the claim for unpaid wages and commissions was barred by issue estoppel. They brought a motion in the appellant's civil action to strike the relevant paragraphs

une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié dans laquelle elle demandait également le paiement du salaire et des commissions impayés qui faisaient déjà l'objet de la plainte qu'elle avait présentée en vertu de la LNE.

6 Le 1er juin 1994, les procureurs de l'employeur ont écrit à Mme Burke au sujet de la plainte de l'appelante. La lettre de l'employeur était accompagnée d'un certain nombre de documents étayant la thèse de ce dernier. Aucun de ces documents n'a été communiqué à l'appelante. Madame Burke n'a pas non plus fourni d'information à l'appelante relativement à la thèse de l'employeur et elle ne lui a pas donné la possibilité de répondre aux arguments qui, selon l'appelante, seraient vraisemblablement avancés par l'employeur. Bref, l'appelante a été tenue à l'écart.

7 Le 23 septembre 1994, l'agente des normes d'emploi a informé l'employeur intimé (mais non l'appelante) qu'elle avait rejeté la réclamation de l'appelante pour commissions impayées. Par contre, elle a ordonné à l'employeur de verser à l'appelante la somme de 2 354,55 $, soit deux semaines de salaire, à titre d'indemnité de préavis. Dix jours plus tard, dans une lettre datée du 3 octobre 1994, Mme Burke a informé l'appelante de l'ordonnance intimant à l'employeur de lui verser deux semaines de salaire à titre d'indemnité de licenciement et du rejet de la réclamation visant les commissions. La lettre disait notamment ce qui suit : [TRADUCTION] « [r]elativement à votre réclamation pour salaire impayé, l'enquête a révélé que vous n'avez pas droit aux 300 000,00 $ que vous réclamez à titre de commissions ». Elle ajoutait que l'appelante pouvait présenter au directeur des normes d'emploi une demande de révision de cette décision, information que Mme Burke a répétée lors d'un entretien téléphonique subséquent avec l'appelante. L'appelante n'a toutefois pas demandé la révision de la décision de Mme Burke, décidant plutôt de poursuivre son action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié déposée au civil.

8 Les intimés ont invoqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à l'encontre de la réclamation pour salaire et commissions impayés. Dans le cadre de l'instance civile engagée par l'ap-

from the statement of claim. On June 10, 1996, McCombs J. of the Ontario Court (General Division) granted the respondents' motion. Only her claim for damages for wrongful dismissal was allowed to proceed. On December 2, 1998, the appellant's appeal was dismissed by the Court of Appeal for Ontario.

II. Judgments

A. *Ontario Court (General Division)* (June 10, 1996)

9 The issue before McCombs J. was whether the doctrine of issue estoppel applied in the present case. Following *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), he concluded that issue estoppel could apply to issues previously determined by an administrative officer or tribunal. In his view, the sole issue to be determined was whether the ESA officer's decision was a final determination. The motions judge noted that the appellant did not seek to appeal or review the ESA officer's decision under s. 67(2) of the Act, as she was entitled to do if she wished to contest that decision. He considered the ESA decision to be final. The criteria for the application of issue estoppel were therefore met. The paragraphs relating to the appellant's claim for unpaid wages and commissions were struck from her statement of claim.

B. *Court of Appeal for Ontario* (1998), 42 O.R. (3d) 235

10 After reviewing the facts of the case, Rosenberg J.A. for the court identified, at pp. 239-40, the issues raised by the appellant's appeal:

> This case concerns the second requirement of issue estoppel, that the decision which is said to create the estoppel be a final judicial decision. The appellant submits that the decision of an employment standards officer is neither judicial nor final. She also submits that, in any event, the process followed by Ms. Burke in this particular case was unfair and therefore her decision

pelante, ils ont présenté une requête en radiation des paragraphes pertinents de la déclaration. Le 10 juin 1996, le juge McCombs de la Cour de l'Ontario (Division générale) a accueilli cette requête. Seule la demande de dommages-intérêts pour congédiement injustifié a pu suivre son cours. Le 2 décembre 1998, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel formé par l'appelante.

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (10 juin 1996)

Le juge McCombs devait décider si la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait en l'espèce. S'appuyant sur l'arrêt *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), il a estimé que cette doctrine pouvait s'appliquer à une question déjà tranchée par un décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal. Selon lui, la seule question à trancher était de savoir si la décision de l'agente des normes d'emploi était une décision définitive. Le juge des requêtes a souligné que l'appelante n'avait pas demandé la révision de la décision de l'agente des normes d'emploi ainsi que le lui permettait le par. 67(2) de la Loi. Il a considéré que la décision de l'agente des normes d'emploi était définitive. Les critères d'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient donc respectés. Les paragraphes de la déclaration de l'appelante ayant trait aux salaire et commissions impayés ont été radiés.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1998), 42 O.R. (3d) 235

Après examen des faits de l'espèce, le juge Rosenberg, s'exprimant pour la Cour d'appel, a fait état des questions que soulevait l'appel aux p. 239-240 :

> [TRADUCTION] La présente affaire porte sur la seconde condition d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, savoir celle voulant que la décision qui, affirme-t-on, donne ouverture à la préclusion soit une décision judiciaire définitive. L'appelante prétend que la décision que rend un agent des normes d'emploi n'est ni judiciaire ni définitive. Elle soutient

should not create an estoppel. Specifically, the appellant argues she was not treated fairly as she was not provided with a copy of the submissions made by the employer and thus not given an opportunity to respond to those submissions.

In rejecting these submissions, Rosenberg J.A. grouped them under three headings: whether the ESA officer's decision was final; whether the ESA officer's decision was judicial; and the effect of procedural unfairness on the application of the doctrine of issue estoppel.

In his view, the decision of the officer in the present case was final because neither party exercised the right of internal appeal under s. 67(2) of the Act. Moreover, while not all administrative decisions that finally determine the rights of parties will be "judicial" for purposes of issue estoppel, Rosenberg J.A. found that the statutory procedure set out in the Act satisfied the requirements. He considered *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292 (C.A.), to be "determinative of this issue" (p. 249).

Lastly, Rosenberg J.A. addressed the issue of whether failure by the ESA officer to observe procedural fairness affected the application of the doctrine of issue estoppel in this case. He agreed that the ESA officer had in fact failed to observe procedural fairness in deciding upon the appellant's complaint. Nevertheless, this failure did not prevent the operation of issue estoppel (at p. 252):

The officer was required to give the appellant access to, and an opportunity to refute, any information gathered by the officer in the course of her investigation that was prejudicial to the appellant's claim. At a minimum, the appellant was entitled to a copy of the June 1, 1994 letter and a summary of any other information gathered in the course of the investigation that was prejudicial to her claim. She was also entitled to a fair opportunity to con-

également que, quoiqu'il en soit, la procédure suivie par Mme Burke en l'espèce était inéquitable et donc que sa décision ne devrait pas donner naissance à la préclusion. De façon plus particulière, l'appelante plaide qu'elle n'a pas été traitée équitablement puisqu'on ne lui a pas remis copie des observations de l'employeur et qu'on ne lui a pas, de ce fait, accordé la possibilité de les réfuter.

Le juge Rosenberg a rejeté les prétentions de l'appelante, qu'il a regroupées sous les trois questions suivantes : La décision de l'agente des normes d'emploi était-elle une décision définitive? Cette décision était-elle une décision judiciaire? Quel est l'effet d'une iniquité procédurale sur l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée? 11

Selon lui, la décision de l'agente était une décision définitive, étant donné que ni l'une ni l'autre des parties n'avaient exercé le droit d'appel interne prévu au par. 67(2) de la Loi. De plus, bien que les décisions administratives statuant définitivement sur les droits des parties ne soient pas toutes considérées comme « judiciaires » pour l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le juge Rosenberg a estimé que la procédure établie par la Loi respectait les conditions requises. Il a jugé que l'arrêt *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292 (C.A.), était [TRADUCTION] « décisif à cet égard » (p. 249). 12

Enfin, le juge Rosenberg s'est demandé si l'inobservation par l'agente des normes d'emploi des règles d'équité procédurale avait un effet en l'espèce sur l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il a reconnu que l'agente des normes avait effectivement manqué à ces règles en statuant sur la plainte de l'appelante. Il a néanmoins jugé que ce manquement ne faisait pas obstacle à l'application de la doctrine (à la p. 252): 13

[TRADUCTION] L'agente était tenue de donner à l'appelante la possibilité de consulter et de réfuter toute information préjudiciable à sa réclamation recueillie par l'agente dans le cours de l'enquête. L'appelante aurait dû tout au moins recevoir copie de la lettre du 1er juin 1994 ainsi qu'un résumé de toute autre information préjudiciable à sa réclamation recueillie dans le cours de l'enquête. Elle aurait également dû se voir accorder la

sider and reply to that information. The appellant was denied the opportunity to know the case against her and have an opportunity to meet it: Ms. Burke failed to act judicially. In this particular case, this failure does not, however, affect the operation of issue estoppel.

possibilité d'examiner cette information et d'y répondre. L'appelante n'a pas reçu communication des allégations formulées contre elle et elle a été privée de la possibilité de les réfuter : Mme Burke n'a donc pas agi judiciairement. En l'espèce, toutefois, ce manquement n'empêche pas l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

14 In Rosenberg J.A.'s view, although ESA officers are obliged to act judicially, failure to do so in a particular case, at least if there is a possibility of appeal, will not preclude the operation of issue estoppel. This conclusion is based on the policy considerations underlying two rules of administrative law (at p. 252):

De l'avis du juge Rosenberg, même si les agents des normes d'emploi ont l'obligation d'agir judiciairement, le manquement à cette obligation dans un cas donné, du moins lorsqu'il est possible d'interjeter appel, ne fait pas obstacle à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Sa conclusion s'appuie sur les considérations de politique d'intérêt général qui sont à la base de deux règles de droit administratif (à la p. 252):

These two rules are: (1) that the discretionary remedies of judicial review will be refused where an adequate alternative remedy exists; and (2) the rule against collateral attack. These rules, in effect, require that the parties pursue their remedies through the administrative process established by the legislature. Where an appeal route is available the parties will not be permitted to ignore it in favour of the court process.

[TRADUCTION] Ces deux règles sont les suivantes : (1) la règle écartant les recours discrétionnaires en matière de contrôle judiciaire lorsqu'il existe un autre recours approprié; (2) la règle prohibant les contestations indirectes. Dans les faits, ces règles exigent que les parties demandent réparation au moyen de la procédure administrative établie par le législateur. Lorsque les parties disposent d'une voie d'appel, elles ne sont pas admises à l'écarter pour s'adresser aux cours de justice.

15 Rosenberg J.A. noted that if the appellant had applied, under s. 67(3) of the Act for a review of the ESA officer's decision, the adjudicator conducting such a review would have been required to hold a hearing. This supported his view that the review process provided by the Act is an adequate alternative remedy. Rosenberg J.A. concluded, at p. 256:

Le juge Rosenberg de la Cour d'appel a souligné que, si l'appelante avait demandé la révision de la décision de l'agente des normes d'emploi en vertu du par. 67(3) de la Loi, l'arbitre saisi de l'affaire aurait dû tenir une audience. Cette constatation étayait son opinion selon laquelle la procédure de révision prévue par la Loi constitue un autre recours approprié. Le juge Rosenberg a conclu ainsi, à la p. 256 :

In summary, Ms. Burke did not accord this appellant natural justice. The appellant's recourse was to seek review of Ms. Burke's decision. She failed to do so. That decision is binding upon her and her employer.

[TRADUCTION] En résumé, Mme Burke n'a pas accordé à l'appelante le bénéfice des règles de justice naturelle. Le recours qui s'offrait à cette dernière était de demander la révision de la décision de l'agente. Elle ne l'a pas fait. Elle et son employeur sont liés par cette décision.

16 The court thus applied the doctrine of issue estoppel and dismissed the appellant's appeal.

La Cour d'appel a en conséquence appliqué la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et a débouté l'appelante.

III. Relevant Statutory Provisions

Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14

1. In this Act,

. . .

"wages" means any monetary remuneration payable by an employer to an employee under the terms of a contract of employment, oral or written, express or implied, any payment to be made by an employer to an employee under this Act and any allowances for room or board as prescribed in the regulations or under an agreement or arrangement therefor but does not include,

(a) tips and other gratuities,

(b) any sums paid as gifts or bonuses that are dependent on the discretion of the employer and are not related to hours, production or efficiency,

(c) travelling allowances or expenses,

(d) contributions made by an employer to a fund, plan or arrangement to which Part X of this Act applies; ("salaire")

. . .

6. — (1) No civil remedy of an employee against his or her employer is suspended or affected by this Act.

(2) Where an employee initiates a civil proceeding against his or her employer under this Act, notice of the proceeding shall be served on the Director in the prescribed form on the same date the civil proceeding is set down for trial.

65. — (1) Where an employment standards officer finds that an employee is entitled to any wages from an employer, the officer may,

(a) arrange with the employer that the employer pay directly to the employee the wages to which the employee is entitled;

(b) receive from the employer on behalf of the employee any wages to be paid to the employee as the result of a compromise or settlement; or

(c) issue an order in writing to the employer to pay forthwith to the Director in trust any wages to which an employee is entitled and in addition such order shall provide for payment, by the employer to the

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14 17

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

. . .

« salaire » Rémunération en espèces payable par un employeur à un employé aux termes d'un contrat de travail, verbal ou écrit, exprès ou implicite, paiement qu'un employeur doit verser à un employé en vertu de la présente loi, et allocations de logement ou de repas prescrites par les règlements ou prévues par un accord ou un arrangement à cette fin, à l'exclusion des éléments suivants :

a) les pourboires et autres gratifications,

b) les sommes versées à titre de cadeaux ou de primes qui sont laissées à la discrétion de l'employeur et qui ne sont pas liées au nombre d'heures qu'un employé a travaillé, à sa production ou à son efficacité,

c) les allocations ou indemnités de déplacement,

d) les cotisations de l'employeur à une caisse, un régime ou un arrangement auxquels la partie X de la présente loi s'applique. (« wages »)

. . .

6 (1) La présente loi ne suspend pas les recours civils dont dispose un employé contre son employeur ni n'y porte atteinte.

(2) Si un employé introduit une instance civile contre son employeur en vertu de la présente loi, l'avis d'instance est signifié au directeur, selon la formule prescrite, le jour même où l'instance civile est inscrite au rôle.

65 (1) Si l'agent des normes d'emploi conclut qu'un employé a le droit de percevoir un salaire d'un employeur, il peut, selon le cas :

a) s'entendre avec l'employeur pour que celui-ci verse directement à l'employé le salaire auquel ce dernier a droit;

b) recevoir de l'employeur, au nom de l'employé, le salaire qui doit être versé à ce dernier par suite d'une transaction;

c) ordonner, par écrit, que l'employeur verse sans délai au directeur, en fiducie, le salaire auquel un employé a droit; il ordonne également à l'employeur de verser au directeur, à titre de frais d'administration, celle

Director, of administration costs in the amount of 10 per cent of the wages or $100, whichever is the greater.

. . .

(7) If an employer fails to apply under section 68 for a review of an order issued by an employment standards officer, the order becomes final and binding against the employer even though a review hearing is held to determine another person's liability under this Act.

. . .

67. — (1) Where, following a complaint in writing by an employee, an employment standards officer finds that an employer has paid the wages to which an employee is entitled or has found that the employee has no other entitlements or that there are no actions which the employer is to do or is to refrain from doing in order to be in compliance with this Act, the officer may refuse to issue an order to an employer and upon refusing to do so shall advise the employee of the refusal by prepaid letter addressed to the employee at his or her last known address.

(2) An employee who considers himself or herself aggrieved by the refusal to issue an order to an employer or by the issuance of an order that in his or her view does not include all of the wages or other entitlements to which he or she is entitled may apply to the Director in writing within fifteen days of the date of the mailing of the letter mentioned in subsection (1) or the date of the issue of the order or such longer period as the Director may for special reasons allow for a review of the refusal or of the amount of the order.

(3) Upon receipt of an application for review, the Director may appoint an adjudicator who shall hold a hearing.

. . .

(5) The adjudicator who is conducting the hearing may with necessary modifications exercise the powers conferred on an employment standards officer under this Act and may make an order with respect to the refusal or an order to amend, rescind or affirm the order of the employment standards officer.

. . .

des deux sommes suivantes qui est la plus élevée, à savoir : 10 pour cent du salaire ou 100 $.

. . .

(7) Si un employeur ne fait pas la demande visée à l'article 68 en vue de la révision d'une ordonnance rendue par un agent des normes d'emploi, l'ordonnance devient sans appel et lie l'employeur même si une audience en révision est tenue afin de déterminer l'obligation d'une autre personne aux termes de la présente loi.

. . .

67 (1) Si, à la suite d'une plainte par écrit d'un employé, l'agent des normes d'emploi conclut que l'employeur a versé à un employé le salaire auquel ce dernier a droit ou a conclu que l'employé n'a droit à rien d'autre ou qu'il n'y a rien que l'employeur doive faire ou s'abstenir de faire pour se conformer à la présente loi, il peut refuser de rendre une ordonnance visant l'employeur. Il en avise l'employé par lettre affranchie à sa dernière adresse connue.

(2) L'employé qui se croit lésé par le refus de l'agent de rendre une ordonnance contre l'employeur ou par une ordonnance qui, à son avis, ne comprend pas le salaire complet auquel il a droit ni ses autres droits peut, dans les quinze jours de la mise à la poste de la lettre visée au paragraphe (1) ou de la date où l'ordonnance a été rendue ou dans le délai plus long que le directeur peut autoriser pour des motifs particuliers, demander au directeur, par écrit, de réviser le refus ou le montant fixé dans l'ordonnance.

(3) Sur réception de la demande de révision, le directeur peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience.

. . .

(5) L'arbitre de griefs qui tient l'audience peut exercer, avec les adaptations nécessaires, les pouvoirs que la présente loi confère à un agent des normes d'emploi, et peut rendre une ordonnance à l'égard du refus ou une ordonnance modifiant, annulant ou confirmant l'ordonnance de l'agent des normes d'emploi.

. . .

(7) The order of the adjudicator is not subject to a review under section 68 and is final and binding on the parties.

68. — (1) An employer who considers themself aggrieved by an order made under section 45, 48, 51, 56.2, 58.22 or 65, upon paying the wages ordered to be paid and the penalty thereon, if any, may, within a period of fifteen days after the date of delivery or service of the order, or such longer period as the Director may for special reasons allow and provided that the wages have not been paid out under subsection 72 (2), apply for a review of the order by way of a hearing.

. . .

(3) The Director shall select a referee from the panel of referees to hear the review.

. . .

(7) A decision of the referee under this section is final and binding upon the parties thereto and such other parties as the referee may specify.

IV. Analysis

The law rightly seeks a finality to litigation. To advance that objective, it requires litigants to put their best foot forward to establish the truth of their allegations when first called upon to do so. A litigant, to use the vernacular, is only entitled to one bite at the cherry. The appellant chose the ESA as her forum. She lost. An issue, once decided, should not generally be re-litigated to the benefit of the losing party and the harassment of the winner. A person should only be vexed once in the same cause. Duplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided.

Finality is thus a compelling consideration and judicial decisions should generally be conclusive of the issues decided unless and until reversed on appeal. However, estoppel is a doctrine of public policy that is designed to advance the interests of

(7) L'ordonnance de l'arbitre de griefs n'est pas susceptible de révision dans le cadre de l'article 68. Elle est sans appel et lie les parties.

68 (1) Après avoir versé le salaire qu'il lui est ordonné de payer ainsi que la somme à titre de pénalité qui s'y rapporte, s'il y a lieu, l'employeur qui s'estime lésé par une ordonnance rendue en vertu de l'article 45, 48, 51, 56.2, 58.22 ou 65 peut, dans les quinze jours qui suivent la remise ou la signification de l'ordonnance ou dans le délai plus long que le directeur peut autoriser pour des motifs particuliers, et à la condition que le salaire n'ait pas été versé en vertu du paragraphe 72 (2), demander que l'ordonnance fasse l'objet d'une révision par voie d'audience.

. . .

(3) Le directeur choisit un arbitre au sein du tableau des arbitres pour tenir l'audience de révision.

. . .

(7) La décision que l'arbitre prend en vertu du présent article est sans appel et lie les parties et les autres personnes que l'arbitre peut préciser.

IV. L'analyse

Le droit tend à juste titre à assurer le caractère définitif des instances. Pour favoriser la réalisation de cet objectif, le droit exige des parties qu'elles mettent tout en œuvre pour établir la véracité de leurs allégations dès la première occasion qui leur est donnée de le faire. Autrement dit, un plaideur n'a droit qu'à une seule tentative. L'appelante a décidé de se prévaloir du recours prévu par la LNE. Elle a perdu. Une fois tranché, un différend ne devrait généralement pas être soumis à nouveau aux tribunaux au bénéfice de la partie déboutée et au détriment de la partie qui a eu gain de cause. Une personne ne devrait être tracassée qu'une seule fois à l'égard d'une même cause d'action. Les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives doivent être évités. 18

Le caractère définitif des instances est donc une considération impérieuse et, en règle générale, une décision judiciaire devrait trancher les questions litigieuses de manière définitive, tant qu'elle n'est pas infirmée en appel. Toutefois, la préclusion est 19

justice. Where as here, its application bars the courthouse door against the appellant's $300,000 claim because of an administrative decision taken in a manner which was manifestly improper and unfair (as found by the Court of Appeal itself), a re-examination of some basic principles is warranted.

20 The law has developed a number of techniques to prevent abuse of the decision-making process. One of the oldest is the doctrine estoppel *per rem judicatem* with its roots in Roman law, the idea that a dispute once judged with finality is not subject to relitigation: *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553, at p. 558; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at pp. 267-68. The bar extends both to the cause of action thus adjudicated (variously referred to as claim or cause of action or action estoppel), as well as precluding relitigation of the constituent issues or material facts necessarily embraced therein (usually called issue estoppel): G. S. Holmested and G. D. Watson, *Ontario Civil Procedure* (looseleaf), vol. 3 Supp., at 21§17 *et seq.* Another aspect of the judicial policy favouring finality is the rule against collateral attack, i.e., that a judicial order pronounced by a court of competent jurisdiction should not be brought into question in subsequent proceedings except those provided by law for the express purpose of attacking it: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223.

21 These rules were initially developed in the context of prior court proceedings. They have since been extended, with some necessary modifications, to decisions classified as being of a judicial or quasi-judicial nature pronounced by administrative officers and tribunals. In that context the more specific objective is to balance fairness to the parties with the protection of the administrative decision-

une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice. Dans les cas où, comme en l'espèce, par suite d'une décision administrative prise à l'issue d'une procédure qui était manifestement inappropriée et inéquitable (conclusion tirée par la Cour d'appel elle-même), l'application de cette doctrine empêche l'appelante de s'adresser aux cours de justice pour réclamer les 300 000 $ qui lui seraient dus, il convient de réexaminer certains principes fondamentaux.

Le droit s'est doté d'un certain nombre de moyens visant à prévenir les recours abusifs. L'un des plus anciens est la doctrine de la préclusion *per rem judicatem*, qui tire son origine du droit romain et selon laquelle, une fois le différend tranché définitivement, il ne peut être soumis à nouveau aux tribunaux : *Farwell c. La Reine* (1894), 22 R.C.S. 553, p. 558, et *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 267-268. La doctrine est opposable tant à l'égard de la cause d'action ainsi décidée (on parle de préclusion fondée sur la demande, sur la cause d'action ou sur l'action) que des divers éléments constitutifs ou faits substantiels s'y rapportant nécessairement (on parle alors généralement de préclusion découlant d'une question déjà tranchée) : G. S. Holmested et G. D. Watson, *Ontario Civil Procedure* (feuilles mobiles), vol. 3 suppl., 21§17 et suiv. Un autre aspect de la politique établie par les tribunaux en vue d'assurer le caractère définitif des instances est la règle qui prohibe les contestations indirectes, c'est-à-dire la règle selon laquelle l'ordonnance rendue par un tribunal compétent ne doit pas être remise en cause dans des procédures subséquentes, sauf celles prévues par la loi dans le but exprès de contester l'ordonnance : *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223.

Initialement, ces règles ont été établies dans le contexte de procédures judiciaires antérieures. Leur champ d'application a depuis été élargi, avec les adaptations nécessaires, aux décisions de nature judiciaire ou quasi judiciaire rendues par les juridictions administratives — fonctionnaires ou tribunaux. Dans ce contexte, l'objectif spécifique poursuivi consiste à assurer l'équilibre entre le respect

making process, whose integrity would be undermined by too readily permitting collateral attack or relitigation of issues once decided.

de l'équité envers les parties et la protection du processus décisionnel administratif, dont l'intégrité serait compromise si on autorisait trop facilement les contestations indirectes ou l'engagement d'une nouvelle instance à l'égard de questions déjà tranchées.

The extension of the doctrine of issue estoppel in Canada to administrative agencies is traced back to cases in the mid-1800s by D. J. Lange in *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), at p. 94 *et seq.*, including *Robinson v. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103 (S.C.), at pp. 104-5, and *Bell v. Miller* (1862), 9 Gr. 385 (U.C. Ch.), at p. 386. The modern cases at the appellate level include *Raison v. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622 (B.C.C.A.); *Rasanen*, *supra*; *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182 (Alta. C.A.); *Machin v. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326 (Ont. C.A.); and *Hamelin v. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112 (C.A.). See also *Thrasyvoulou v. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273 (H.L.). Modifications were necessary because of the "major differences that can exist between [administrative orders and court orders] in relation, *inter alia*, to their legal nature and the position within the state structure of the institutions that issue them": *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, at para. 4. There is generally no dispute that court orders are judicial orders; the same cannot be said of the myriad of orders that are issued across the range of administrative tribunals.

22 Dans *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), p. 94 et suiv., D. J. Lange attribue l'application aux organismes administratifs canadiens de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à certaines décisions datant du milieu du XIXe siècle — notamment les affaires *Robinson c. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103 (C.S.), p. 104-105, et *Bell c. Miller* (1862), 9 Gr. 385 (Ch. H.-C.), p. 386. Parmi les arrêts contemporains rendus par des cours d'appel, mentionnons les suivants : *Raison c. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622 (C.A.C.-B.); *Rasanen*, précité; *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182 (C.A. Alb.); *Machin c. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326 (C.A. Ont.); et *Hamelin c. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112 (C.A.). Voir également *Thrasyvoulou c. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273 (H.L.). Des modifications s'imposaient en raison des « différences importantes qui peuvent exister entre ces deux types d'ordonnances [c.-à-d. les ordonnances administratives et les ordonnances judiciaires], notamment quant à leur nature juridique et la place des institutions qui les rendent à l'intérieur de la structure étatique » : *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, par. 4. On s'entend généralement pour dire que les ordonnances des cours de justice sont des ordonnances de nature judiciaire; il n'en est pas de même pour les innombrables ordonnances rendues par les différents tribunaux administratifs.

In this appeal the parties have not argued "cause of action" estoppel, apparently taking the view that the statutory framework of the ESA claim sufficiently distinguishes it from the common law framework of the court case. I therefore say no more about it. They have however, joined issue on

23 Dans le présent pourvoi, les parties n'ont pas plaidé la préclusion fondée sur la « cause d'action », estimant apparemment que le cadre législatif de la demande fondée sur la LNE distingue suffisamment cette demande du cadre juridique de common law de l'instance judiciaire. Je n'en dirai par conséquent pas davantage à ce sujet. Les parties ont cependant lié contestation quant à l'application de la préclusion découlant d'une question

the application of issue estoppel and the relevance of the rule against collateral attack.

24 Issue estoppel was more particularly defined by Middleton J.A. of the Ontario Court of Appeal in *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, at p. 422:

> When a question is litigated, the judgment of the Court is a final determination as between the parties and their privies. Any right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a Court of competent jurisdiction as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up, cannot be re-tried in a subsequent suit between the same parties or their privies, though for a different cause of action. The right, question, or fact, once determined, must, as between them, be taken to be conclusively established so long as the judgment remains. [Emphasis added.]

This statement was adopted by Laskin J. (later C.J.), dissenting in *Angle*, *supra*, at pp. 267-68. This description of the issues subject to estoppel ("[a]ny right, question or fact distinctly put in issue and directly determined") is more stringent than the formulation in some of the older cases for cause of action estoppel (e.g., "all matters which were, or might properly have been, brought into litigation", *Farwell*, *supra*, at p. 558). Dickson J. (later C.J.), speaking for the majority in *Angle*, *supra*, at p. 255, subscribed to the more stringent definition for the purpose of issue estoppel. "It will not suffice" he said, "if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment." The question out of which the estoppel is said to arise must have been "fundamental to the decision arrived at" in the earlier proceeding. In other words, as discussed below, the estoppel extends to the material facts and the conclusions of law or of mixed fact and law ("the questions") that

déjà tranchée et à la pertinence de la règle prohibant les contestations indirectes.

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été définie de façon précise par le juge Middleton de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, p. 422 :

> [TRADUCTION] Lorsqu'une question est soumise à un tribunal, le jugement de la cour devient une décision définitive entre les parties et leurs ayants droit. Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés par un tribunal compétent comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une prétention qu'on met de l'avant, ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d'action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu'on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure. [Je souligne.]

Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a souscrit à cet énoncé dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 267-268. Cette description des aspects visés par la préclusion (« [l]es droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés ») est plus exigeante que celle utilisée dans certaines décisions plus anciennes à l'égard de la préclusion fondée sur la cause d'action (par exemple [TRADUCTION] « toute question ayant été débattue ou qui aurait pu à bon droit l'être », *Farwell*, précité, p. 558). S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 255, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a également fait sienne la définition plus exigeante de l'objet de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. « Il ne suffira pas », a-t-il dit, « que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement. » La question qui est censée donner naissance à la préclusion doit avoir été « fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé » dans l'affaire antérieure. En d'autres termes, comme il est expliqué plus loin, la préclusion vise les faits substantiels, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit (« les questions ») à l'égard desquels on a nécessairement statué (même si on ne

were necessarily (even if not explicitly) determined in the earlier proceedings.

The preconditions to the operation of issue estoppel were set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*, at p. 254:

(1) that the same question has been decided;

(2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and,

(3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

The appellant's argument is that even though the ESA officer was required to make a decision in a judicial manner, she failed to do so. Although she had jurisdiction under the ESA to deal with the claim, the ESA officer lost jurisdiction when she failed to disclose to the appellant the case the appellant had to meet and to give the appellant the opportunity to be heard in answer to the case put against her. The ESA officer therefore never made a "judicial decision" as required. The appellant also says that her own failure to exercise her right to seek internal administrative review of the decision should not be given the conclusive effect adopted by the Ontario Court of Appeal. Even if the conditions precedent to issue estoppel were present, she says, the court had a discretion to relieve against the harsh effects of estoppel *per rem judicatem* in the circumstances of this case, and erred in failing to do so.

A. *The Statutory Scheme*

1. The Employment Standards Officer

The ESA applies to "every contract of employment, oral or written, express or implied" in Ontario (s. 2(2)) subject to certain exceptions under the regulations, and establishes a number of minimum

l'a pas fait de façon explicite) dans le cadre de l'instance antérieure.

25 Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ont été énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 254 :

(1) que la même question ait été décidée;

(2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la [préclusion] soit finale; et

(3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la [préclusion] est soulevée, ou leurs ayants droit.

26 L'appelante soutient que l'agente des normes d'emploi n'a pas — bien quelle ait été tenue de le faire — pris sa décision de manière judiciaire. L'agente disposait, en vertu de la LNE, de la compétence nécessaire pour connaître de la réclamation, mais elle a perdu cette compétence en omettant de communiquer à l'appelante les prétentions de l'employeur et de lui donner la possibilité de les réfuter. L'agente n'a donc jamais rendu une « décision judiciaire » comme elle était tenue de le faire. L'appelante soutient en outre que sa propre omission d'exercer son droit de demander la révision administrative interne de la décision de l'agente ne devrait pas se voir accorder l'effet déterminant que lui a attribué la Cour d'appel de l'Ontario. Selon elle, même si les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient réunies, la cour avait, dans les circonstances de l'espèce, le pouvoir discrétionnaire de la soustraire aux effets draconiens de la préclusion *per rem judicatem*, et elle a commis une erreur en s'abstenant de le faire.

A. *Le cadre législatif*

1. L'agent des normes d'emploi

27 La LNE s'applique à « tout contrat de travail, verbal ou écrit, exprès ou implicite » en Ontario (par. 2(2)), sous réserve de certaines exceptions prévues par règlement, et elle établit un certain

employment standards for the protection of employees. These include hours of work, minimum wages, overtime pay, benefit plans, public holidays and vacation with pay. More specifically, the Act provides a summary procedure under which aggrieved employees can seek redress with respect to an employer's alleged failure to comply with these standards. The objective is to make redress available, where it is appropriate at all, expeditiously and cheaply. In the first instance, the dispute is referred to an employment standards officer. ESA officers are public servants in the Ministry of Labour. They are generally not legally trained, but have some experience in labour relations. The statute does not set out any particular procedure that must be followed in disposing of claims. ESA officers are given wide powers to enter premises, inspect and remove documents and make other relevant inquiries. If liability is found, ESA officers have broad powers of enforcement (s. 65).

nombre de normes d'emploi minimales en vue de protéger les employés. Ces normes portent notamment sur les heures de travail, le salaire minimum, le salaire pour les heures supplémentaires, les régimes d'avantages sociaux, les jours fériés et les congés payés. Plus particulièrement, la Loi établit une procédure sommaire permettant aux employés qui s'estiment lésés parce que leur employeur aurait omis de se conformer à ces normes de demander réparation à cet égard. L'objectif est d'offrir, dans les cas appropriés, un recours rapide et peu coûteux. Au premier palier, l'examen du différend est confié à un agent des normes d'emploi. Fonctionnaires du ministère du Travail, ces personnes n'ont généralement pas de formation juridique, mais elles possèdent une certaine expérience en matière de relations de travail. La Loi ne prescrit pas la procédure à suivre pour statuer sur les demandes. L'agent des normes d'emploi dispose de pouvoirs étendus qui l'autorisent notamment à pénétrer dans des locaux, à effectuer des inspections, à emporter des documents avec lui et à interroger toute personne à l'égard de questions pertinentes. S'il constate l'inobservation de la loi, l'agent dispose de larges pouvoirs afin de la faire respecter (art. 65).

28 On receipt of an employee demand, generally speaking, the ESA officer contacts the employer to ascertain whether in fact wages are unpaid and if so for what reason. Although in this case there was a one-hour meeting between the ESA officer and the appellant, there is no requirement for such a face-to-face meeting, and clearly there is no contemplation of any sort of oral hearing in which both parties are present. It is a rough-and-ready procedure that is wholly inappropriate, one might think, to the definitive resolution of a contractual claim of some legal and factual complexity.

En règle générale, sur réception de la demande d'un employé, l'agent des normes d'emploi communique avec l'employeur pour vérifier si le salaire est effectivement impayé et, dans l'affirmative, pour connaître la raison du non-paiement. Bien que, dans la présente affaire, l'agente des normes d'emploi se soit entretenue avec l'appelante pendant une heure, rien n'exige la tenue d'une telle rencontre et, manifestement, aucune audience à laquelle participeraient les deux parties n'est envisagée. D'aucuns estimeraient qu'il s'agit d'une procédure expéditive tout à fait inappropriée pour trancher de façon définitive des prétentions contractuelles présentant une certaine complexité sur les plans juridique et factuel.

29 There are many advantages to the employee in such a forum. The services of the ESA officer are supplied free of charge. Legal representation is unnecessary. The process moves more rapidly than could realistically be expected in the courts. There

Ce mécanisme présente de nombreux avantages pour les employés. Les services de l'agent des normes d'emploi sont gratuits. La représentation par avocat n'est pas nécessaire. L'instance se déroule plus rapidement que ce à quoi on pourrait

are corresponding disadvantages. The ESA officer is likely not to have legal training and has neither the time nor the resources to deal with a contract claim in a manner comparable to the courtroom setting. At the time of these proceedings a double standard was applied to an appeal (or, as it is called, a "review"). The employer was entitled as of right to a review (s. 68) but, as discussed below, the employee could ask for one but the request could be refused by the Director (s. 67(3)). At the time, as well, there was no monetary limit on the ESA officer's jurisdiction. The Act has since been amended to provide an upper limit on claims of $10,000 (S.O. 1996, c. 23, s. 19(1)). Had the ESA officer's determination gone the other way, the employer could have been saddled with a $300,000 liability arising out of a deeply flawed decision unless reversed on an administrative review or quashed by a supervising court.

vraisemblablement s'attendre devant les tribunaux judiciaires. À ces avantages correspondent toutefois des désavantages. Il est probable que l'agent n'a pas de formation juridique et qu'il n'a ni le temps ni les ressources nécessaires pour examiner une demande de nature contractuelle comme cela se passerait dans la salle d'audience d'une cour de justice. Au moment où ces procédures se sont déroulées, des règles inégales s'appliquaient en matière d'appel (ou de « révision » selon les termes de la Loi). En effet, l'employeur pouvait demander de plein droit la révision de la décision (art. 68). Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l'employé pouvait lui aussi présenter une demande de révision, mais le directeur pouvait refuser d'y donner suite (par. 67(3)). De même, au cours de la période pertinente le montant des demandes à l'égard desquelles l'agent des normes d'emploi avait compétence n'était pas plafonné. La Loi a depuis été modifiée et seules les réclamations d'au plus 10 000 $ sont maintenant visées (L.O. 1996, ch. 23, par. 19(1)). Si, en l'espèce, l'agente avait statué en faveur de l'employée, l'employeur aurait pu devoir supporter une obligation de 300 000 $ découlant d'une décision présentant de profondes lacunes, à moins d'avoir gain de cause à la suite d'une révision administrative ou d'un contrôle judiciaire.

2. The Review Process

The employee, as stated, has no appeal as of right. Section 67(2) of the Act provides that an employee dissatisfied with the decision at first instance may apply to the Director for an administrative review in writing within 15 days of the date of the mailing of the employment standards officer's decision. Under s. 67(3), "the Director may appoint an adjudicator who shall hold a hearing" (emphasis added). The word "may" grants the Director a discretion to hold or not to hold a hearing. The Ontario Court of Appeal noted this point, but said the parties had attached little importance to it.

2. La procédure de révision

30 Comme nous l'avons indiqué, les employés ne peuvent pas interjeter appel de plein droit. En vertu du par. 67(2) de la Loi, l'employé insatisfait de la décision rendue au premier palier peut, dans les 15 jours qui suivent la mise à la poste de la décision, demander par écrit au directeur de réviser cette décision. Aux termes du par. 67(3), « le directeur peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience » (je souligne). L'emploi du mot « peut » confère au directeur le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y aura ou non une audience. La Cour d'appel de l'Ontario a souligné ce point, mais a affirmé que les parties y avaient attaché peu d'importance.

It seems clear the legislature did not intend to confer an appeal as of right. Where the Director

31 Il paraît clair que le législateur n'a pas voulu créer un appel de plein droit. Lorsque le directeur

does appoint an adjudicator a hearing is mandated by the Act. Further delay and expense to the Ministry and the parties would follow as a matter of course. The juxtaposition in s. 67(3) of "may" and "shall" (and in the French text, the instruction that the Director "*peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience*" (emphasis added)) puts the matter beyond doubt. The Ontario legislature intended the Director to have a discretion to decline to refer a matter to an adjudicator which, in his or her opinion, is simply not justified. Even the adjudicators hearing a review under s. 67(3) of the Act are not by statute required to be legally trained. It was likely considered undesirable by the Ontario legislature to give each and every dissatisfied employee a review as of right, particularly where the amounts in issue are often relatively modest. The discretion must be exercised according to proper principles, of course, but a discretion it remains.

nomme un arbitre de griefs, la Loi exige la tenue d'une audience. Il en résulte évidemment des délais et des dépenses supplémentaires pour le ministère et les parties. La juxtaposition des auxiliaires « *may* » et « *shall* » dans la version anglaise du par. 67(3) (et, dans la version française, l'indication que le directeur « peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience » (je souligne)) écarte tout doute à cet égard. Le législateur ontarien entendait que le directeur dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de saisir un arbitre de griefs d'une demande qui, à son avis, n'est tout simplement pas justifiée. Même les arbitres chargés de la révision prévue au par. 67(3) de la LNE ne sont pas tenus par la loi de posséder une formation juridique. Le législateur ontarien a probablement jugé qu'il n'était pas souhaitable que tout employé insatisfait d'une décision puisse obtenir de plein droit la révision de celle-ci, compte tenu particulièrement du fait que la somme en jeu est souvent relativement modeste. Il va de soi que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec les principes pertinents, mais il n'en demeure pas moins un pouvoir discrétionnaire.

32 If an internal review were ordered, an adjudicator would then have looked at the appellant's claim *de novo* and would undoubtedly have shared the employer documents with the appellant and given her every opportunity to respond and comment. I agree that under the scheme of the Act procedural defects at the ESA officer level, including a failure to provide proper notice and an opportunity to be heard in response to the opposing case, can be rectified on review. The respondent says the appellant, having elected to proceed under the Act, was required to seek an internal review if she was dissatisfied with the initial outcome. Not having done so, she is estopped from pursuing her $300,000 claim. The appellant says that the ESA procedure was so deeply flawed that she was entitled to walk away from it.

Si une révision interne avait été ordonnée, un arbitre aurait alors examiné *de novo* la demande de l'appelante et aurait sans aucun doute permis à cette dernière de prendre connaissance des documents de l'employeur et lui aurait donné la possibilité d'y répondre et de les commenter. Je reconnais que, sous le régime de la Loi, les vices procéduraux qui surviennent à l'étape de la décision initiale, y compris l'omission de donner aux intéressés un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre pour réfuter la thèse de la partie adverse, peuvent être corrigés à l'étape de la révision. L'intimée soutient que, du fait que l'appelante a choisi de se prévaloir de la Loi, elle devait recourir au mécanisme de révision prévue pour celle-ci si elle était insatisfaite de la décision rendue au premier palier. Comme elle ne l'a pas fait, elle est précluse de continuer de réclamer la somme de 300 000 $. L'appelante réplique que la procédure prévue par la LNE souffrait de lacunes si profondes qu'il lui était loisible de renoncer à y recourir.

B. *The Applicability of Issue Estoppel*

1. Issue Estoppel: A Two-Step Analysis

The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case. (There are corresponding private interests.) The first step is to determine whether the moving party (in this case the respondent) has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied: *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 32; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at paras. 38-39; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 56.

The appellant was quite entitled, in the first instance, to invoke the jurisdiction of the Ontario superior court to deal with her various monetary claims. The respondent was not entitled as of right to the imposition of an estoppel. It was up to the court to decide whether, in the exercise of its discretion, it would decline to hear aspects of the claims that were previously the subject of ESA administrative proceedings.

2. The Judicial Nature of the Decision

A common element of the preconditions to issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*, is the fundamental requirement that the decision in the prior proceeding be a judicial decision. According to the authorities (see e.g., G. Spencer Bower, A. K. Turner and K. R. Handley, *The Doc-*

B. *L'applicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée*

1. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée : analyse à deux volets

Les règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L'objectif fondamental est d'établir l'équilibre entre l'intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l'autre intérêt public qui est d'assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue. (Il existe des intérêts privés correspondants.) Il s'agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant (en l'occurrence l'intimée) a établi l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée : *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 32; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 38-39; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), par. 56. 33

L'appelante avait parfaitement le droit, en première instance, de saisir la Cour supérieure de l'Ontario de ses diverses réclamations financières. L'intimée ne pouvait se voir accorder de plein droit l'application de la préclusion. Il appartenait à la cour de décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, s'il convenait qu'elle refuse de connaître ou non de certains aspects de la demande ayant déjà fait l'objet de la procédure administrative engagée sous le régime de la LNE. 34

2. La nature judiciaire de la décision

L'exigence fondamentale selon laquelle la décision antérieure doit être une décision judiciaire est un élément qui est commun aux conditions préalables à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Selon la doc- 35

trine of Res Judicata (3rd ed. 1996), at paras. 18-20), there are three elements that may be taken into account. First is to examine the nature of the administrative authority issuing the decision. Is it an institution that is capable of receiving and exercising adjudicative authority? Secondly, as a matter of law, is the particular decision one that was required to be made in a judicial manner? Thirdly, as a mixed question of law and fact, *was* the decision made in a judicial manner? These are distinct requirements:

> It is of no avail to prove that the alleged *res judicata* was a decision, or that it was pronounced according to judicial principles, unless it emanated from such a tribunal in the exercise of its adjudicative functions; nor is it sufficient that it was pronounced by such a tribunal unless it was a judicial decision on the merits. It is important, therefore, at the outset to have a proper understanding of what constitutes a judicial tribunal and a judicial decision for present purposes.

(Spencer Bower, Turner and Handley, *supra*, para. 20)

36 As to the third aspect, whether or not the particular decision in question was actually made in accordance with judicial requirements, I note the recent *ex curia* statement of Handley J. (the current editor of *The Doctrine of Res Judicata*) that:

> The prior decision judicial, arbitral, or administrative, must have been made within jurisdiction before it can give rise to *res judicata* estoppels.

("Res Judicata: General Principles and Recent Developments" (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214, at p. 215)

37 The main controversy in this case is directed to this third aspect, i.e., is a decision taken without regard to requirements of notice and an opportunity to be heard *capable* of supporting an issue

trine (voir, par exemple, G. Spencer Bower, A. K. Turner et K. R. Handley, *The Doctrine of Res Judicata* (3e éd. 1996), par. 18-20), trois éléments peuvent être pris en considération. Premièrement, il faut se pencher sur la nature du décideur administratif ayant rendu la décision. S'agit-il d'un organe pouvant être investi d'un pouvoir juridictionnel et capable d'exercer ce pouvoir? Deuxièmement, sur le plan juridique, la décision litigieuse devait-elle être prise judiciairement? Troisièmement — question mixte de fait et de droit — la décision *a-t-elle été* rendue de manière judiciaire? Il s'agit d'exigences distinctes :

> [TRADUCTION] Il ne sert à rien de prouver que la prétendue chose jugée était une décision ou qu'elle a été prononcée conformément aux principes applicables aux tribunaux judiciaires à moins qu'elle ait été rendue par un tel tribunal dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel; il ne suffit pas non plus qu'elle ait été prononcée par un tel tribunal, sauf s'il s'agit d'une décision judiciaire sur le fond. Par conséquent, il importe de bien saisir dès le départ ce qu'est un tribunal judiciaire et ce qu'est une décision judiciaire pour les fins qui nous occupent.

(Spencer Bower, Turner et Handley, *op. cit.*, par. 20)

En ce qui concerne le troisième élément, soit la question de savoir si la décision en cause a effectivement été rendue conformément aux exigences applicables aux décisions judiciaires, je souligne l'affirmation suivante, faite récemment par le juge Handley (éditeur actuel de l'ouvrage *The Doctrine of Res Judicata*) en dehors du cadre de ses fonctions de juge :

> [TRADUCTION] La décision antérieure — qu'elle soit judiciaire, arbitrale ou administrative — doit avoir été rendue dans les limites de la compétence du décideur pour que puisse être plaidée la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

(« Res Judicata : General Principles and Recent Developments » (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214, p. 215)

En l'espèce, le désaccord porte principalement sur ce troisième élément : une décision prise sans avoir respecté les exigences en matière de préavis et sans avoir donné à l'intéressé la possibilité de se

estoppel? In my opinion, the answer to this question is yes.

(a) *The Institutional Framework*

The decision relied on by Rosenberg J.A. in this respect relates to the generic role and function of the ESA officer: *Re Downing and Graydon*, *supra*, *per* Blair J.A., at p. 305:

> In the present case, the employment standards officers have the power to adjudicate as well as to investigate. Their investigation is made for the purpose of providing them with information on which to base the decision they must make. The duties of the employment standards officers embrace all the important *indicia* of the exercise of a judicial power including the ascertainment of facts, the application of the law to those facts and the making of a decision which is binding upon the parties.

The parties did not dispute that ESA officials could properly be given adjudicative responsibilities to be discharged in a judicial manner. An earlier legislative limit of $4,000 on unpaid wages (excluding severance pay and benefits payable under pregnancy and parental provisions) was eliminated in 1991 by S.O. 1991, c. 16, s. 9(1), but subsequent to the ESA decision in the present case a new limit of $10,000 was imposed. This is the same limit as is imposed on the Small Claims Court by the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 23(1), and O. Reg. 626/00, s. 1(1).

(b) *The Nature of ESA Decisions Under Section 65(1)*

An administrative tribunal may have judicial as well as administrative or ministerial functions. So may an administrative officer.

One distinction between administrative and judicial decisions lies in differentiating adjudicafaire entendre est-elle *capable* de fonder l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée? À mon avis, la réponse à cette question est oui.

a) *Le cadre institutionnel*

38 La décision sur laquelle s'est appuyé le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario à cet égard a trait à la fonction et au rôle génériques de l'agent des normes d'emploi : *Re Downing and Graydon*, précité, le juge Blair, p. 305 :

> [TRADUCTION] En l'espèce, l'agent des normes d'emploi a le pouvoir de décider ainsi que celui d'enquêter. Il fait enquête afin de recueillir les renseignements qui fonderont la décision qu'il doit rendre. Ses fonctions comportent tous les indices importants de l'exercice d'un pouvoir judiciaire, notamment la détermination des faits, l'application du droit à ces faits et la prise d'une décision liant les parties.

Les parties ne contestent pas le fait que les fonctionnaires chargés de l'application de la LNE pouvaient à bon droit être investis de fonctions juridictionnelles devant être exercées de manière judiciaire. Le plafond de 4 000 $ que prévoyait la Loi à l'égard des réclamations pour salaire impayé (à l'exclusion de l'indemnité de cessation d'emploi et des prestations payables au titre des dispositions relatives au congé de maternité et au congé parental) a été aboli en 1991 par L.O. 1991, ch. 16, par. 9(1), mais après la décision rendue en application de la LNE dans la présente affaire, un nouveau plafond de 10 000 $ a été fixé. Il s'agit du même plafond auquel est assujettie la Cour des petites créances par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 23(1), et le Règl. de l'Ont. 626/00, par. 1(1).

b) *La nature des décisions rendues en application du par. 65(1)*

39 Un tribunal administratif peut exercer des fonctions judiciaires ainsi que des fonctions administratives ou ministérielles. Il en est de même d'un fonctionnaire.

40 Une des caractéristiques qui distinguent les décisions administratives des décisions judiciaires est

tive from investigative functions. In the latter mode the ESA officer is taking the initiative to gather information. The ESA officer acts as a self-starting investigator who is not confined within the limits of the adversarial process. The distinction between investigative and adjudicative powers is discussed in *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12, at pp. 17-18. The inapplicability of issue estoppel to investigations is noted by Diplock L.J. in *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181 (Eng. C.A.), at p. 197.

la différence qui existe entre des fonctions juridictionnelles et des fonctions d'enquête. Dans l'exercice des secondes, l'agent des normes d'emploi prend l'initiative de recueillir des éléments d'information. Il agit en tant qu'enquêteur autonome et n'est pas assujetti aux contraintes de la procédure contradictoire. La distinction entre les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs juridictionnels a été examinée dans l'arrêt *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, p. 17-18. L'inapplicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée aux enquêtes administratives a été mentionnée par le lord juge Diplock dans *Thoday c. Thoday*, [1964] P. 181 (C.A. Angl.), p. 197.

41 Although ESA officers may have non-adjudicative functions, they must exercise their adjudicative functions in a judicial manner. While they utilize procedures more flexible than those that apply in the courts, their decisions must be based on findings of fact and the application of an objective legal standard to those facts. This is characteristic of a judicial function: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (1998), vol. 2, § 7:1310, p. 7-7.

Quoique les agents des normes d'emploi puissent avoir des fonctions non juridictionnelles, lorsqu'ils accomplissent des fonctions juridictionnelles ils sont tenus de le faire de manière judiciaire. Bien qu'ils aient recours à des procédures plus souples que celles des cours de justice, leurs décisions doivent s'appuyer sur des conclusions de fait et sur l'application à ces faits d'une norme juridique objective. Il s'agit là d'une caractéristique de fonctions judiciaires : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (1998), vol. 2, par. 7:1310, p. 7-7.

42 The adjudication of the claim, once the relevant information had been gathered, is of a judicial nature.

La décision qui statue sur une plainte après l'obtention de l'information pertinente est une décision de nature judiciaire.

(c) *Particulars of the Decision in Question*

c) *Le détail de la décision en cause*

43 The Ontario Court of Appeal concluded that the decision of the ESA officer in this case was in fact reached contrary to the principles of natural justice. The appellant had neither notice of the employer's case nor an opportunity to respond.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la décision de l'agente des normes d'emploi avait de fait été rendue au mépris des principes de justice naturelle. L'appelante n'a pas été informée des prétentions de l'employeur et n'a pas eu la possibilité de les réfuter.

44 The appellant contends that it is not enough to say the decision *ought* to have been reached in a judicial manner. The question is: Was it decided in a judicial manner in this case? There is some support for this view in *Rasanen*, *supra*, *per* Abella J.A., at p. 280:

L'appelante soutient qu'il ne suffit pas de dire que la décision *aurait dû* être prise de manière judiciaire, mais qu'il faut plutôt se demander : La décision a-t-elle été prise de manière judiciaire en l'espèce? Cet argument trouve un certain appui dans l'arrêt *Rasanen*, précité, où madame le juge Abella de la Cour d'appel de l'Ontario a dit ceci, à la p. 280 :

As long as the hearing process in the tribunal provides parties with an opportunity to know and meet the case against them, and so long as the decision is within the tribunal's jurisdiction, then regardless of how closely the process mirrors a trial or its procedural antecedents, I can see no principled basis for exempting issues adjudicated by tribunals from the operation of issue estoppel in a subsequent action. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Pour autant que la procédure d'instruction du tribunal administratif donne à chacune des parties la possibilité de connaître les prétentions de l'autre et de les réfuter et que la décision rendue relève de la compétence du tribunal, peu importe alors à quel point la procédure s'apparente à un procès ou aux procédures préalables à celui-ci, je ne vois aucune raison fondée sur des principes qui justifierait, dans le cadre d'une action subséquente, de soustraire les questions décidées par un tribunal administratif à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. [Je souligne.]

Trial level decisions in Ontario subsequently adopted this approach: *Machado v. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Randhawa v. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Heynen v. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Perez v. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145 (Ont. S.C.J.). The statement of Métivier J. in *Munyal v. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 60, reflects that position:

45 Cette approche a subséquemment été retenue par des tribunaux de première instance en Ontario : *Machado c. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132 (C. Ont. (Div. gén.)); *Randhawa c. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19 (C. Ont. (Div. gén.)); *Heynen c. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183 (C. Ont. (Div. gén.)); *Perez c. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145 (C.S.J.). Les propos suivants du juge Métivier dans l'affaire *Munyal c. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 60, reflètent ce point de vue :

The plaintiff relies on [*Rasanen*] and other similar decisions to assert that the principle of issue estoppel should apply to administrative decisions. This is true only where the decision is the result of a fair, unbiased adjudicative process where "the hearing process provides parties with an opportunity to know and meet the case against them".

[TRADUCTION] La partie demanderesse s'appuie sur [l'arrêt *Rasanen*] et sur d'autres décisions au même effet pour affirmer que le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée devrait s'appliquer aux décisions administratives. Ce n'est le cas que lorsque la décision est le fruit d'un processus décisionnel équitable et impartial « comportant une audience dans le cadre de laquelle chacune des parties a la possibilité de prendre connaissance des prétentions de l'autre et de les réfuter ».

In *Wong*, *supra*, the Alberta Court of Appeal rejected an attack on the decision of an employment standards review officer and held that the ESA decision was adequate to create an estoppel as long as "the appellant knew of the case against him and was given an opportunity to state his position" (para. 20). See also *Alderman v. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535 (B.C.S.C.).

46 Dans l'arrêt *Wong*, précité, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté une contestation visant la décision d'un agent de révision en matière de normes d'emploi et a conclu qu'il était possible de plaider la préclusion à l'égard de cette décision dans la mesure où [TRADUCTION] « l'appelant connaissait les prétentions formulées contre lui et avait eu la possibilité de faire valoir son point de vue » (par. 20). Voir également *Alderman c. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535 (C.S.C.-B.).

47 In my view, with respect, the theory that a denial of natural justice deprives the ESA decision of its character as a "judicial" decision rests on a misconception. Flawed the decision may be, but "judicial" (as distinguished from administrative or legislative) it remains. Once it is determined that the decision maker was capable of receiving and exercising adjudicative authority and that the particular decision was one that was required to be made in a judicial manner, the decision does not cease to have that character ("judicial") because the decision maker erred in carrying out his or her functions. As early as *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128 (H.L.), it was held that a conviction entered by an Alberta magistrate could not be quashed for lack of jurisdiction on the grounds that the depositions showed that there was no evidence to support the conviction or that the magistrate misdirected himself in considering the evidence. The jurisdiction to try the charges was distinguished from alleged errors in "the observance of the law in the course of its exercise" (p. 156). If the conditions precedent to the exercise of a judicial jurisdiction are satisfied (as here), subsequent errors in its exercise, including violations of natural justice, render the decision voidable, not void: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at pp. 584-85. The decision remains a "judicial decision", although seriously flawed by the want of proper notice and the denial of the opportunity to be heard.

En toute déférence, j'estime que la thèse voulant que l'inobservation des principes de justice naturelle ait pour effet d'enlever tout caractère « judiciaire » à la décision fondée sur la LNE repose sur une idée fausse. Il se peut que la décision présente des failles, mais elle demeure « judiciaire » (plutôt qu'administrative ou législative). Une fois qu'il est établi que l'auteur de la décision pouvait être investi d'un pouvoir juridictionnel, qu'il pouvait exercer ce pouvoir et que la décision litigieuse devait être rendue de manière judiciaire, celle-ci ne perd pas son caractère « judiciaire » parce que son auteur a commis une erreur dans l'accomplissement de ses fonctions. Dans un vieil arrêt, *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128 (H.L.), il a été jugé que la déclaration de culpabilité inscrite par un magistrat albertain ne pouvait être annulée pour cause d'absence de compétence sur le fondement que les témoignages ne révélaient aucune preuve étayant la déclaration de culpabilité ou parce que le magistrat s'était donné des directives erronées dans l'examen de la preuve. Une distinction a été établie entre le pouvoir de juger les accusations et les erreurs qui auraient été commises en matière d'[TRADUCTION] « observation de la loi dans l'exercice de ce pouvoir » (p. 156). Si les conditions préalables à l'exercice d'une compétence de nature judiciaire sont réunies (comme c'est le cas en l'espèce), toute erreur subséquente dans l'exercice de cette compétence, y compris les manquements aux règles de la justice naturelle, ne rend pas la décision nulle mais annulable : *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 584-585. La décision reste une décision « judiciaire », quoiqu'elle souffre de sérieuses lacunes du fait de l'absence de préavis suffisant et du défaut d'accorder la possibilité de se faire entendre.

48 I mentioned at the outset that estoppel *per rem judicatem* is closely linked to the rule against collateral attack, and indeed to the principles of judicial review. If the appellant had gone to court to seek judicial review of the ESA officer's decision without first following the internal administrative review route, she would have been confronted with the decision of this Court in *Harelkin*, *supra*. In that case a university student failed in his judicial review application to quash the decision of a

Comme je l'ai mentionné plus tôt, la préclusion *per rem judicatem* est étroitement liée à la règle prohibant les contestations indirectes et, de fait, aux principes régissant le contrôle judiciaire. Si l'appelante s'était adressée à une cour de justice pour demander le contrôle judiciaire de la décision de l'agente des normes d'emploi sans se prévaloir au préalable du mécanisme de révision administrative interne, on lui aurait opposé l'arrêt *Harelkin*, précité, de notre Cour. Dans cette affaire, la

faculty committee of the University of Regina which found his academic performance to be unsatisfactory. The faculty committee was required to act in a judicial manner but failed, as here, to give proper notice and an opportunity to be heard. It was held that the failure did not deprive the faculty committee of its adjudicative jurisdiction. Its decision was subject to judicial review, but this was refused in the exercise of the Court's discretion. Adoption of the appellant's theory in this case would create an anomalous result. If she is correct that the ESA officer stepped outside her judicial role and lost jurisdiction for all purposes, including issue estoppel, the *Harelkin* barrier to judicial review would be neatly sidestepped. She would have no need to seek judicial review to set aside the ESA decision. She would be, on her theory, entitled as of right to have it ignored in her civil action.

The appellant's position would also create an anomalous situation under the rule against collateral attack. As noted by the respondent, the rejection of issue estoppel in this case would constitute, in a sense, a successful collateral attack on the ESA decision, which has been impeached neither by administrative review nor judicial review. On the appellant's theory, an excess of jurisdiction in the course of the ESA proceeding would prevent issue estoppel, even though *Maybrun*, *supra*, says that an act in excess of a jurisdiction which the decision maker initially possessed does not necessarily open the decision to collateral attack. It depends, according to *Maybrun*, on which forum

demande de contrôle judiciaire qu'avait présentée un étudiant de l'université de Regina en vue d'obtenir l'annulation de la décision rendue par un comité d'une faculté de cet établissement et portant que ses notes étaient insatisfaisantes a été rejetée. Ce comité était tenu d'agir judiciairement, mais, tout comme en l'espèce, il avait omis de donner à l'étudiant un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre. Il a été jugé que cette omission n'avait pas fait perdre au comité sa compétence juridictionnelle. La décision du comité était susceptible de contrôle judiciaire, mais notre Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a refusé de faire droit à ce recours. Retenir la thèse de l'appelante en l'espèce entraînerait un résultat anormal. Si elle a raison de prétendre que l'agente des normes d'emploi a cessé d'agir judiciairement et a perdu compétence, à tout point de vue, y compris pour l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'obstacle au contrôle judiciaire que constitue l'arrêt *Harelkin* serait habilement contourné. Elle n'aurait en effet pas besoin de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'agente pour la faire annuler puisque, selon ce qu'elle soutient, elle a d'office droit à ce qu'on n'en tienne pas compte dans le cadre de son action au civil.

La thèse avancée par l'appelante créerait également une situation anormale pour ce qui concerne la règle prohibant les contestations indirectes. Comme l'a souligné l'intimée, le refus d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en l'espèce équivaudrait, en un sens, à faire droit à une contestation indirecte de la décision de l'agente des normes d'emploi, décision qui n'a été contestée ni par voie de révision administrative ni par voie de contrôle judiciaire. Suivant la thèse de l'appelante, un excès de compétence pendant le déroulement de la procédure administrative prévue par la LNE empêche l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, bien que dans l'arrêt *Maybrun*, précité, notre Cour ait dit qu'une mesure outrepassant la compétence que possédait initialement le décideur ne donne pas nécessairement ouverture aux contestations indirectes de cette décision. Suivant cet arrêt, tout dépend du forum devant lequel le législateur a

49

the legislature intended the jurisdictional attack to be made in, the administrative review forum or the court (para. 49).

50 It seems to me that the unsuccessful litigant in administrative proceedings should be encouraged to pursue whatever administrative remedy is available. Here, it is worth repeating, she elected the ESA forum. Employers and employees should be able to rely on ESA determinations unless steps are taken promptly to set them aside. One major legislative objective of the ESA scheme is to facilitate a quick resolution of termination benefits so that both employee and employer can get on to other things. Where, as here, the ESA issues are determined within a year, a contract claim could nevertheless still be commenced thereafter in Ontario within six years of the alleged breach, producing a lingering five years of uncertainty. This is to be discouraged.

51 In summary, it is clear that an administrative decision which is made without jurisdiction from the outset cannot form the basis of an estoppel. The conditions precedent to the adjudicative jurisdiction must be satisfied. Where arguments can be made that an administrative officer or tribunal initially possessed the jurisdiction to make a decision in a judicial manner but erred in the exercise of that jurisdiction, the resulting decision is nevertheless capable of forming the basis of an estoppel. Alleged errors in carrying out the mandate are matters to be considered by the court in the exercise of its discretion. This result makes the principle governing estoppel consistent with the law

voulu que soit présentée la contestation d'ordre juridictionnel, savoir le tribunal administratif chargé de la révision ou une cour de justice (par. 49).

À mon sens, il faut inciter le plaideur qui n'a pas gain de cause dans le cadre d'une instance administrative à se prévaloir de tous les recours administratifs qui lui sont ouverts. Il convient de rappeler que, en l'espèce, l'appelante a opté pour le recours prévu par la LNE. Tant les employeurs que les employés doivent être en mesure de s'en remettre aux décisions rendues sous le régime de la LNE à moins qu'une mesure ne soit prise rapidement pour en obtenir l'annulation. Un objectif important du régime établi par le législateur dans la LNE est de faciliter le règlement rapide des différends portant sur les indemnités de licenciement, de sorte que l'employé et l'employeur puissent tourner la page. Dans les cas où, comme en l'espèce, les questions touchant à l'application de la LNE sont tranchées dans un délai d'un an ou moins, il est néanmoins possible, en Ontario, d'intenter une action contractuelle dans les six ans qui suivent le manquement allégué, ce qui peut donner lieu à cinq années d'incertitude. De telles situations doivent être évitées.

En résumé, il est clair qu'une décision administrative qui a au départ été prise sans la compétence requise ne peut fonder l'application de la préclusion. Les conditions préalables à l'exercice de la compétence juridictionnelle doivent être réunies. Lorsqu'il est possible d'affirmer que le décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal — avait initialement compétence pour rendre une décision de manière judiciaire, mais qu'il a commis une erreur dans l'exercice de cette compétence, la décision rendue est néanmoins susceptible de fonder l'application de la préclusion. Les erreurs qui auraient été commises dans l'accomplissement du mandat doivent être prises en considération par la cour de justice dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela a pour effet d'assurer la conformité du principe régissant la préclusion avec les règles de droit relatives au contrôle judiciaire énoncées dans l'arrêt *Harelkin*, précité, et celles

governing judicial review in *Harelkin*, *supra*, and collateral attack in *Maybrun*, *supra*.

Where I differ from the Ontario Court of Appeal in this case is in its conclusion that the failure of the appellant to seek such an administrative review of the ESA officer's flawed decision was fatal to her position. In my view, with respect, the refusal of the ESA officer to afford the appellant proper notice and the opportunity to be heard are matters of great importance in the exercise of the court's discretion, as will be seen.

I turn now to the three preconditions to issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*, at p. 254.

3. Issue Estoppel: Applying the Tests

(a) *That the Same Question Has Been Decided*

A cause of action has traditionally been defined as comprising every fact which it would be necessary for the plaintiff to prove, if disputed, in order to support his or her right to the judgment of the court: *Poucher v. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125 (C.A.). Establishing each such fact (sometimes referred to as material facts) constitutes a precondition to success. It is apparent that different causes of action may have one or more material facts in common. In this case, for example, the existence of an employment contract is a material fact common to both the ESA proceeding and to the appellant's wrongful dismissal claim in court. Issue estoppel simply means that once a material fact such as a valid employment contract is found to exist (or not to exist) by a court or tribunal of competent jurisdiction, whether on the basis of evidence or admissions, the same issue cannot be relitigated in subsequent proceedings between the same parties. The estoppel, in other words, extends to the issues of fact, law, and mixed fact and law

relatives aux contestations indirectes énoncées dans l'arrêt *Maybrun*, précité.

52 Là où je diverge d'opinion avec la Cour d'appel de l'Ontario, c'est relativement à sa conclusion que le fait pour l'appelante de ne pas avoir demandé la révision administrative de la décision lacunaire de l'agente porte un coup fatal à la thèse de l'appelante. En toute déférence, je suis d'avis que le refus de l'agente des normes d'emploi de donner à l'appelante un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre est un facteur très important dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour, comme nous le verrons plus loin.

53 Je vais maintenant examiner les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 254.

3. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée : application des conditions

a) *La condition requérant que la même question ait déjà été tranchée*

54 Traditionnellement, on définit la cause d'action comme étant tous les faits que le demandeur doit prouver, s'ils sont contestés, pour étayer son droit d'obtenir jugement de la cour en sa faveur : *Poucher c. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125 (C.A.). Pour que le demandeur ait gain de cause, chacun de ces faits (souvent qualifiés de faits substantiels) doit donc être établi. Il est évident que des causes d'action différentes peuvent avoir en commun un ou plusieurs faits substantiels. En l'espèce, par exemple, l'existence d'un contrat de travail est un fait substantiel commun au recours administratif et à l'action pour congédiement injustifié intentée au civil par l'appelante. L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée signifie simplement que, dans le cas où le tribunal judiciaire ou administratif compétent a conclu, sur le fondement d'éléments de preuve ou d'admissions, à l'existence (ou à l'inexistence) d'un fait pertinent — par exemple un contrat de travail valable — , cette même question ne peut être débattue à nouveau dans le cadre d'une instance ultérieure opposant les mêmes parties. En d'autres termes, la pré-

that are necessarily bound up with the determination of that "issue" in the prior proceeding.

55 The parties are agreed here that the "same issue" requirement is satisfied. In the appellant's wrongful dismissal action, she is claiming $300,000 in unpaid commissions. This puts in issue the same entitlement as was refused her in the ESA proceeding. One or more of the factual or legal issues essential to this entitlement were necessarily determined against her in the earlier ESA proceeding. If issue estoppel applies, it prevents her from asserting that these adverse findings ought now to be found in her favour.

(b) *That the Judicial Decision Which Is Said to Create the Estoppel Was Final*

56 As already discussed, the requirement that the prior decision be "judicial" (as opposed to administrative or legislative) is satisfied in this case.

57 Further, I agree with the Ontario Court of Appeal that the employee not having taken advantage of the internal review procedure, the decision of the ESA officer was final for the purposes of the Act and therefore capable in the normal course of events of giving rise to an estoppel.

58 I have already noted that in this case, unlike *Harelkin*, *supra*, the appellant had no right of appeal. She could merely make a request to the ESA Director for a review by an ESA adjudicator. While this may be a factor in the exercise of the discretion to deny issue estoppel, it does not affect the finality of the ESA decision. The appellant could fairly argue on a judicial review application that unlike Harelkin she had no "adequate alternative remedy" available to her as of right. The ESA

clusion vise les questions de fait, les questions de droit ainsi que les questions mixtes de fait et de droit qui sont nécessairement liées à la résolution de cette « question » dans l'instance antérieure.

En l'espèce, les parties conviennent que la condition relative à l'existence d'une « même question » est remplie. Dans son action pour congédiement injustifié, l'appelante réclame 300 000 $ à titre de commissions impayées. Cela met en jeu le droit même qui lui a été refusé dans le cadre de l'instance fondée sur la LNE. Une ou plusieurs des questions de fait ou de droit essentielles à la reconnaissance de ce droit ont nécessairement été tranchées en faveur de l'employeur dans le cadre de la procédure administrative. Si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique, cela a pour effet d'empêcher l'appelante de soutenir que ces questions devraient maintenant être tranchées en sa faveur.

b) *La condition requérant que la décision judiciaire qui entraînerait l'application de la préclusion ait un caractère définitif*

Comme il a été indiqué plus tôt, la condition requérant que la décision antérieure soit une décision « judiciaire » (plutôt qu'administrative ou législative) est satisfaite en l'espèce.

En outre, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle, en raison du fait que l'employée ne s'est pas prévalue du mécanisme de révision interne, la décision de l'agente des normes d'emploi avait un caractère définitif pour l'application de la Loi et était donc susceptible, dans le cours normal des choses, de faire naître la préclusion.

J'ai déjà souligné que, en l'espèce, contrairement à l'affaire *Harelkin*, précitée, l'appelante ne disposait d'aucun droit d'appel. Elle pouvait uniquement demander au directeur de faire réviser par un arbitre la décision de l'agente des normes d'emploi. Bien qu'il puisse s'agir d'un facteur à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il n'a aucun effet sur le caractère définitif de la décision.

decision must nevertheless be treated as final for present purposes.

L'appelante pourrait à juste titre prétendre, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, que contrairement à M. Harelkin elle ne disposait pas, de plein droit, d'un autre « recours approprié ». Néanmoins, la décision de l'agente des normes d'emploi doit être tenue pour définitive pour les fins du présent pourvoi.

(c) *That the Parties to the Judicial Decision or Their Privies Were the Same Persons as the Parties to the Proceedings in Which the Estoppel Is Raised or Their Privies*

c) *La condition requérant que les parties à la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties aux procédures au cours desquelles la préclusion est plaidée, ou leurs ayants droit*

This requirement assures mutuality. If the limitation did not exist, a stranger to the earlier proceeding could insist that a party thereto be bound in subsequent litigation by the findings in the earlier litigation even though the stranger, who became a party only to the subsequent litigation, would not be: *Machin*, *supra*; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), *per* Laskin J.A., at pp. 339-40. The mutuality requirement was subject to some critical comment by McEachern C.J.B.C. when sitting as a trial judge in *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 (S.C.), at p. 96, and has been substantially modified in many jurisdictions in the United States: see Holmested and Watson, *supra*, at 21§24, and G. D. Watson, "Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623.

59 Cette condition garantit la réciprocité. Si elle ne s'appliquait pas, un tiers aux procédures antérieures pourrait exiger qu'une partie à celles-ci soit considérée comme liée, dans le cadre d'une instance ultérieure, par les conclusions tirées au cours des premières procédures, alors que ce tiers, qui ne serait partie qu'à la seconde instance, ne serait pas lié par ces conclusions : *Machin,* précité; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), le juge Laskin, p. 339-340. Cette condition de réciprocité a fait l'objet de certaines critiques par le juge McEachern (plus tard Juge en chef de la Colombie-Britannique), pendant qu'il siégeait en première instance, dans l'affaire *Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 (C.S.), p. 96, et elle a été modifiée de façon substantielle dans bon nombre d'États américains : voir Holmested et Watson, *op. cit.*, 21§24, et G. D. Watson, « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623.

The concept of "privity" of course is somewhat elastic. The learned editors of J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant in *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1088 say, somewhat pessimistically, that "[i]t is impossible to be categorical about the degree of interest which will create privity" and that determinations must be made on a case-by-case basis. In this case, the parties are identical and the outer limits of "mutuality" and of the "same parties" requirement need not be further addressed.

60 Évidemment, la notion de « lien de droit » est assez élastique. J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, les éminents éditeurs de l'ouvrage *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), affirment avec un certain pessimisme, à la p. 1088, qu'[TRADUCTION] « [i]l est impossible d'être catégorique quant à l'étendue de l'intérêt qui crée un lien de droit » et qu'il faut trancher au cas par cas. En l'espèce, les parties sont les mêmes et il n'y a pas lieu d'explorer davantage les confins des notions de « réciprocité » et d'« identité des parties ».

61 I conclude that the preconditions to issue estoppel are met in this case.

4. The Exercise of the Discretion

62 The appellant submitted that the Court should nevertheless refuse to apply estoppel as a matter of discretion. There is no doubt that such a discretion exists. In *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72, Estey J. noted, at p. 101, that in the context of court proceedings "such a discretion must be very limited in application". In my view the discretion is necessarily broader in relation to the prior decisions of administrative tribunals because of the enormous range and diversity of the structures, mandates and procedures of administrative decision makers.

63 In *Bugbusters*, *supra*, Finch J.A. (now C.J.B.C.) observed, at para. 32:

> It must always be remembered that although the three requirements for issue estoppel must be satisfied before it can apply, the fact that they may be satisfied does not automatically give rise to its application. Issue estoppel is an equitable doctrine, and as can be seen from the cases, is closely related to abuse of process. The doctrine of issue estoppel is designed as an implement of justice, and a protection against injustice. It inevitably calls upon the exercise of a judicial discretion to achieve fairness according to the circumstances of each case.

Apart from noting parenthetically that estoppel *per rem judicatem* is generally considered a common law doctrine (unlike promissory estoppel which is clearly equitable in origin), I think this is a correct statement of the law. Finch J.A.'s *dictum* was adopted and applied by the Ontario Court of Appeal in *Schweneke*, *supra*, at paras. 38 and 43:

J'arrive à la conclusion que les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont réunies en l'espèce.

4. L'exercice du pouvoir discrétionnaire

L'appelante fait valoir que la Cour doit néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser l'application de la préclusion. Il ne fait aucun doute que ce pouvoir discrétionnaire existe. Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72, le juge Estey a souligné, à la p. 101, que dans le contexte d'une instance judiciaire « ce pouvoir discrétionnaire est très limité dans son application ». À mon avis, le pouvoir discrétionnaire est nécessairement plus étendu à l'égard des décisions des tribunaux administratifs, étant donné la diversité considérable des structures, missions et procédures des décideurs administratifs.

Dans l'arrêt *Bugbusters*, précité, le juge Finch de la Cour d'appel (maintenant Juge en chef de la Colombie-Britannique) a fait les observations suivantes, au par 32 :

> [TRADUCTION] Il faut toujours se rappeler que, bien que les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée doivent être réunies pour que celle-ci puisse être invoquée, le fait que ces conditions soient présentes n'emporte pas nécessairement l'application de la préclusion. Il s'agit d'une doctrine issue de l'*equity* et, comme l'indique la jurisprudence, elle présente des liens étroits avec l'abus de procédure. Elle se veut un moyen de rendre justice et de protéger contre l'injustice. Elle implique inévitablement l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour assurer le respect de l'équité selon les circonstances propres à chaque espèce.

Mis à part, entre parenthèses, le fait que la préclusion *per rem judicatem* soit généralement considérée comme une doctrine de common law (contrairement à la préclusion fondée sur une promesse, qui tire clairement son origine de l'*equity*), j'estime qu'il s'agit d'un énoncé fidèle du droit applicable. Cette remarque incidente du juge Finch a été retenue et appliquée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Schweneke*, précitée, par. 38 et 43 :

The discretion to refuse to give effect to issue estoppel becomes relevant only where the three prerequisites to the operation of the doctrine exist. . . . The exercise of the discretion is necessarily case specific and depends on the entirety of the circumstances. In exercising the discretion the court must ask — is there something in the circumstances of this case such that the usual operation of the doctrine of issue estoppel would work an injustice?

. . .

. . . The discretion must respond to the realities of each case and not to abstract concerns that arise in virtually every case where the finding relied on to support the doctrine was made by a tribunal and not a court.

See also *Braithwaite*, *supra*, at para. 56.

Courts elsewhere in the Commonwealth apply similar principles. In *Arnold v. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41, the House of Lords exercised its discretion against the application of issue estoppel arising out of an earlier arbitration, *per* Lord Keith of Kinkel, at p. 50:

One of the purposes of estoppel being to work justice between the parties, it is open to courts to recognise that in special circumstances inflexible application of it may have the opposite result . . . .

In the present case Rosenberg J.A. noted in passing at pp. 248-49 the possible existence of a potential discretion but, with respect, he gave it short shrift. There was no discussion or analysis of the merits of its exercise. He simply concluded, at p. 256:

In summary, Ms. Burke did not accord this appellant natural justice. The appellant's recourse was to seek review of Ms. Burke's decision. She failed to do so. That decision is binding upon her and her employer.

In my view it was an error of principle not to address the factors for and against the exercise of

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner effet à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne naît que lorsque les trois conditions d'application de la doctrine sont réunies. [. . .] Ce pouvoir discrétionnaire est nécessairement exercé au cas par cas et son application dépend de l'ensemble des circonstances. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la cour doit se poser la question suivante : existe-t-il, en l'espèce, une circonstance qui ferait en sorte que l'application normale de la doctrine créerait une injustice?

. . .

. . . L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit tenir compte des réalités propres à chaque affaire et non de préoccupations abstraites, qui sont présentes dans pratiquement tous les cas où la décision invoquée au soutien de la demande d'application a été rendue par un tribunal administratif et non par un tribunal judiciaire.

Voir également *Braithwaite*, précité, par. 56.

64 Les cours de justice d'autres pays du Commonwealth appliquent des principes analogues. Dans l'arrêt *Arnold c. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41, la Chambre des lords a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à l'égard d'une sentence arbitrale. Voici ce qu'a dit lord Keith of Kinkel, à la p. 50 :

[TRADUCTION] L'une des raisons d'être de la préclusion étant de rendre justice aux parties, il est loisible aux cours de justice de reconnaître que, dans certaines circonstances, son application rigide produirait l'effet contraire. . .

65 Dans la présente affaire, le juge Rosenberg a mentionné, aux p. 248-249, l'existence possible d'un pouvoir discrétionnaire potentiel mais, en toute déférence, il ne s'y est pas attardé. Il n'a ni examiné ni analysé le bien-fondé de l'exercice de ce pouvoir. Il a simplement conclu ainsi, à la p. 256 :

[TRADUCTION] En résumé, Mme Burke n'a pas accordé à l'appelante le bénéfice des règles de justice naturelle. Le recours qui s'offrait à cette dernière était de demander la révision de la décision de l'agente. Elle ne l'a pas fait. Elle et son employeur sont liés par cette décision.

66 Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur de principe en omettant de soupeser les fac-

the discretion which the court clearly possessed. This is not a situation where this Court is being asked by an appellant to substitute its opinion for that of the motions judge or the Court of Appeal. The appellant is entitled at some stage to appropriate consideration of the discretionary factors and to date this has not happened.

67 The list of factors is open. They include many of the same factors listed in *Maybrun* in connection with the rule against collateral attack. A similarly helpful list was proposed by Laskin J.A. in *Minott*, *supra*. The objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice but not at the cost of real injustice in the particular case. Seven factors, discussed below, are relevant in this case.

(a) *The Wording of the Statute from which the Power to Issue the Administrative Order Derives*

68 In this case the ESA includes s. 6(1) which provides that:

> No civil remedy of an employee against his or her employer is suspended or affected by this Act. [Emphasis added.]

69 This provision suggests that at the time the Ontario legislature did not intend ESA proceedings to become an exclusive forum. (Recent amendments to the Act now require an employee to elect either the ESA procedure or the court. Even prior to the new amendments, however, a court could properly conclude that relitigation of an issue would be an abuse: *Rasanen*, *supra*, *per* Morden A.C.J.O., at p. 293, Carthy J.A., at p. 288.)

teurs favorables et défavorables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont elle était clairement investie. Il ne s'agit pas d'un cas où notre Cour est invitée par la partie appelante à substituer son opinion à celle du juge des requêtes ou de la Cour d'appel. L'appelante a droit à ce que, à un certain point dans le processus, on examine de façon appropriée les facteurs pertinents à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et jusqu'à maintenant on ne l'a pas fait.

La liste de ces facteurs n'est pas exhaustive. Elle comporte bon nombre de ceux qui ont été mentionnés dans l'arrêt *Maybrun* en rapport avec la règle prohibant les contestations indirectes. Le juge Laskin a lui aussi proposé une liste fort utile dans l'affaire *Minott*, précitée. L'objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice concrète dans une affaire donnée. Sept facteurs, mentionnés ci-après, sont pertinents dans la présente affaire.

a) *Le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l'ordonnance administrative*

En l'espèce, la LNE comporte le par. 6(1), qui prévoit ce qui suit :

> La présente loi ne suspend pas les recours civils dont dispose un employé contre son employeur ni n'y porte atteinte. [Je souligne.]

Cette disposition tend à indiquer que, à l'époque pertinente, le législateur ontarien n'entendait pas que le forum prévu par la LNE ait pour effet d'exclure tous les autres. (De récentes modifications apportées à la Loi obligent désormais l'employé à choisir entre la procédure prévue par la LNE ou le recours aux tribunaux judiciaires. Cependant, même avant ces modifications, les cours de justice pouvaient à bon droit conclure que l'engagement de nouvelles procédures à l'égard d'une question constituait un abus : *Rasanen*, précité, le juge en chef adjoint Morden de la Cour d'appel de l'Ontario, p. 293, le juge Carthy, p. 288.)

While it is generally reasonable for defendants to expect to be able to move on with their lives once one set of proceedings — including any available appeals — has ended in a rejection of liability, here, the appellant commenced her civil action against the respondents before the ESA officer reached a decision (as was clearly authorized by the statute at that time). Thus, the respondents were well aware, in law and in fact, that they were expected to respond to parallel and to some extent overlapping proceedings.

(b) *The Purpose of the Legislation*

The focus of an earlier administrative proceeding might be entirely different from that of the subsequent litigation, even though one or more of the same issues might be implicated. In *Bugbusters*, *supra*, a forestry company was compulsorily recruited to help fight a forest fire in British Columbia. It subsequently sought reimbursement for its expenses under the B.C. *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140. The expense claim was allowed *despite* an allegation that the fire had been started by a Bugbusters employee who carelessly discarded his cigarette. (This, if proved, would have disentitled Bugbusters to reimbursement.) The Crown later started a $5 million negligence claim against Bugbusters, for losses occasioned by the forest fire. Bugbusters invoked issue estoppel. The court, in the exercise of its discretion, denied relief. One reason, *per* Finch J.A., at para. 30, was that

> a final decision on the Crown's right to recover its losses was not within the reasonable expectation of either party at the time of those [reimbursement] proceedings [under the *Forest Act*].

A similar point was made in *Rasanen*, *supra*, by Carthy J.A., at p. 290:

> It would be unfair to an employee who sought out immediate and limited relief of $4,000, forsaking dis-

Bien qu'il soit généralement raisonnable pour un défendeur d'escompter pouvoir tourner la page après des procédures — y compris tout appel possible — au terme desquelles sa responsabilité n'a pas été retenue, en l'espèce l'appelante a intenté son action civile contre les intimés avant que l'agente des normes d'emploi n'ait rendu sa décision (comme l'y autorisait clairement la loi pertinente à l'époque). En conséquence, les intimés savaient parfaitement, en droit et en fait, qu'ils devaient se défendre dans des procédures parallèles se chevauchant dans une certaine mesure. 70

b) *L'objet de la loi*

Il est fort possible que le nœud d'une instance administrative soit totalement différent de celui d'un litige subséquent, même si une ou plusieurs des questions litigieuses sont les mêmes. Dans l'affaire *Bugbusters*, précitée, une entreprise forestière a été conscrite afin d'aller combattre un incendie de forêt en Colombie-Britannique. Elle a par la suite demandé le remboursement de ses dépenses en vertu de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 140, de cette province. On a fait droit à sa demande *malgré* des allégations selon lesquelles l'incendie avait été causé par un de ses employés qui aurait négligemment jeté une cigarette. (Si l'allégation avait été prouvée, Bugbusters n'aurait pas eu droit au remboursement.) Sa Majesté a par la suite intenté une action en négligence de 5 000 000 $ contre Bugbusters pour être indemnisée des pertes occasionnées par le feu de forêt. Cette dernière a plaidé la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour d'appel a refusé d'appliquer la doctrine, notamment pour le motif suivant, exposé par le juge Finch, au par. 30 : 71

> [TRADUCTION] . . . pendant l'instance [en remboursement fondée sur la *Forest Act*], aucune des parties ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit statué définitivement sur le droit de Sa Majesté d'être indemnisée de ses pertes.

Une remarque au même effet a été formulée par le juge Carthy dans l'affaire *Rasanen*, précitée, p. 290 :

> [TRADUCTION] Il serait injuste vis-à-vis d'un employé qui a demandé sans délai une indemnité limitée de

covery and representation in doing so, to then say that he is bound to the result as it affects a claim for ten times that amount.

A similar qualification is made in the American *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d* (1982), vol. 2 § 83(2)(e), which refers to

procedural elements as may be necessary to constitute the proceeding a sufficient means of conclusively determining the matter in question, having regard for the magnitude and complexity of the matter in question, the urgency with which the matter must be resolved, and the opportunity of the parties to obtain evidence and formulate legal contentions.

72 I am mindful, of course, that here the appellant chose the ESA forum. Counsel for the respondent justly observed, with some exasperation:

As the record makes clear, Danyluk was represented by legal counsel prior to, at the time of, and subsequent to the cessation of her employment. Danyluk and her counsel were well aware of the fact that Danyluk had an initial choice of forums with respect to her claim for unpaid commissions and wages. . . .

73 Nevertheless, the purpose of the ESA is to provide a relatively quick and cheap means of resolving employment disputes. Putting excessive weight on the ESA decision in terms of issue estoppel would likely compel the parties in such cases to mount a full-scale trial-type offence and defence, thus tending to defeat the expeditious operation of the ESA scheme as a whole. This would undermine fulfilment of the purpose of the legislation.

(c) *The Availability of an Appeal*

74 This factor corresponds to the "adequate alternative remedy" issue in judicial review: *Harelkin*, *supra*, at p. 592. Here the employee had no *right* of appeal, but the existence of a potential administrative review and her failure to take advantage of it

4 000 $, renonçant de ce fait à la communication de la preuve et au droit d'être représenté par avocat, de lui opposer ensuite qu'il est lié par le résultat de ce recours et par son effet sur la réclamation d'une somme dix fois plus élevée.

Une réserve semblable est formulée dans l'ouvrage américain *Restatement of the Law, Second : Judgments 2d* (1982), vol. 2, § 83(2)(e), où l'on fait état

[TRADUCTION] . . . des éléments procéduraux requis pour que l'instance permette de régler décisivement le différend, compte tenu de l'ampleur et de la complexité de celui-ci, de l'urgence avec laquelle il faut le trancher et de la possibilité pour les parties de recueillir de la preuve et de formuler des arguments juridiques.

Je suis bien sûr conscient du fait que, en l'espèce, l'appelante a choisi la procédure prévue par la LNE. L'avocat de l'intimée a fait remarquer à juste titre, non sans une certaine exaspération :

[TRADUCTION] Comme l'indique clairement le dossier, Mme Danyluk était représentée par avocat avant la cessation d'emploi, au moment de celle-ci et par la suite. Son avocat et elle savaient fort bien qu'elle avait au départ le choix du forum devant lequel présenter sa réclamation pour salaire et commissions impayés. . .

Néanmoins, l'objet de la LNE est d'offrir un moyen relativement rapide et peu coûteux de régler les différends entre employés et employeurs. Accorder un poids excessif aux décisions prises en vertu de la LNE, dans le contexte de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, obligerait vraisemblablement les parties, en pareils cas, à préparer une demande et une défense équivalentes à celles préparées dans le cadre d'un véritable procès et tendrait ainsi à enlever à l'ensemble du régime établi par la LNE son caractère expéditif. Cette situation compromettrait l'objectif visé par la loi.

c) *L'existence d'un droit d'appel*

Ce facteur correspond à celui de l'autre « recours approprié » applicable en matière de contrôle judiciaire : *Harelkin*, précité, p. 592. Dans la présente affaire, l'employée ne disposait d'aucun *droit* d'appel, mais la possibilité d'une révision

must be counted against her: *Susan Shoe Industries Ltd. v. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660 (C.A.), at p. 662.

(d) *The Safeguards Available to the Parties in the Administrative Procedure*

As already mentioned, quick and expeditious procedures suitable to accomplish the objectives of the ESA scheme may simply be inadequate to deal with complex issues of fact or law. Administrative bodies, being masters of their own procedures, may exclude evidence the court thinks probative, or act on evidence the court considers less than reliable. If it has done so, this may be a factor in the exercise of the court's discretion. Here the breach of natural justice is a key factor in the appellant's favour.

Morden A.C.J.O. pointed out in his concurring judgment in *Rasanen*, *supra*, at p. 295: "I do not exclude the possibility that deficiencies in the procedure relating to the first decision could properly be a factor in deciding whether or not to apply issue estoppel." Laskin J.A. made a similar point in *Minott*, *supra*, at pp. 341-42.

(e) *The Expertise of the Administrative Decision Maker*

In this case the ESA officer was a non-legally trained individual asked to decide a potentially complex issue of contract law. The rough-and-ready approach suitable to getting things done in the vast majority of ESA claims is not the expertise required here. A similar factor operates with respect to the rule against collateral attack (*Maybrun*, *supra*, at para. 50):

administrative et l'omission de s'en prévaloir doivent être retenues contre elle : *Susan Shoe Industries Ltd. c. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660, (C.A.), p. 662.

d) *Les garanties offertes aux parties dans le cadre de l'instance administrative*

75 Comme il a été mentionné précédemment, la procédure expéditive propre à permettre la réalisation des objectifs de la LNE peut tout simplement ne pas convenir pour l'examen de complexes questions de fait ou de droit. Étant maîtres de leur procédure, les organismes administratifs peuvent écarter des éléments de preuve que les cours de justice estiment probants ou encore agir sur le fondement d'éléments que ces dernières ne jugent pas fiables. Si cela s'est produit, il peut s'agir d'un facteur à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour. En l'espèce, le manquement aux règles de justice naturelle est un facteur clé en faveur de l'appelante.

76 Dans l'affaire *Rasanen*, précitée, p. 295, le juge en chef adjoint Morden a souligné le point suivant, dans ses motifs de jugement concourants : [TRADUCTION] « Je n'exclus pas la possibilité que des lacunes dans la procédure ayant conduit à la première décision puissent à juste titre constituer un facteur dans la décision d'appliquer ou non la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. » Le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario a tenu des propos analogues dans l'affaire *Minott*, précitée, p. 341-342.

e) *L'expertise du décideur administratif*

77 Dans la présente affaire, l'agente des normes d'emploi, qui n'avait aucune formation juridique, était appelée à trancher une question potentiellement complexe en matière de droit des contrats. L'approche expéditive qui convient pour la grande majorité des demandes fondées sur la LNE n'est pas le genre d'expertise requise en l'espèce. Un facteur similaire s'applique à l'égard de la règle prohibant les contestations indirectes (*Maybrun*, précité, par. 50) :

. . . where an attack on an order is based on considerations which are foreign to an administrative appeal tribunal's expertise or *raison d'être*, this suggests, although it is not conclusive in itself, that the legislature did not intend to reserve the exclusive authority to rule on the validity of the order to that tribunal.

. . . le fait que la contestation de l'ordonnance repose sur des considérations étrangères à l'expertise ou à la raison d'être d'une instance administrative d'appel suggère, sans toutefois être déterminant en lui-même, que le législateur n'a pas voulu réserver à cette instance le pouvoir exclusif de se prononcer sur la validité de l'ordonnance.

(f) *The Circumstances Giving Rise to the Prior Administrative Proceedings*

f) *Les circonstances ayant donné naissance à l'instance administrative initiale*

78 In the appellant's favour, it may be said that she invoked the ESA procedure at a time of personal vulnerability with her dismissal looming. It is unlikely the legislature intended a summary procedure for smallish claims to become a barrier to closer consideration of more substantial claims. (The legislature's subsequent reduction of the monetary limit of an ESA claim to $10,000 is consistent with this view.) As Laskin J.A. pointed out in *Minott*, *supra*, at pp. 341-42:

Un argument qui peut être avancé en faveur de l'appelante est qu'elle s'est prévalue du recours fondé sur la LNE à un moment où l'imminence de son congédiement faisait d'elle une personne vulnérable. Il est peu probable que le législateur ait voulu qu'une procédure sommaire applicable à la réclamation de petites sommes fasse obstacle à l'examen approfondi de réclamations plus considérables. (La décision ultérieure du législateur de plafonner à 10 000 $ les réclamations pouvant être présentées en vertu de la LNE concorde avec cette interprétation.) Comme l'a fait observer le juge Laskin dans l'arrêt *Minott*, précité, p. 341-342 :

. . . employees apply for benefits when they are most vulnerable, immediately after losing their job. The urgency with which they must invariably seek relief compromises their ability to adequately put forward their case for benefits or to respond to the case against them . . . .

[TRADUCTION] . . . les employés présentent une demande au moment où ils sont le plus vulnérables, soit immédiatement après la perte de leur emploi. Le fait qu'ils doivent invariablement agir rapidement pour demander réparation compromet leur aptitude à présenter adéquatement leur point de vue ou à réfuter la thèse de la partie adverse. . .

79 On the other hand, in this particular case it must be said that the appellant with or without legal advice, included in her ESA claim the $300,000 commissions, and she must shoulder at least part of the responsibility for her resulting difficulties.

Par contre, il convient de rappeler que dans la présente affaire l'appelante, agissant alors de son propre chef ou sur les conseils de son avocat, a inclus dans sa demande fondée sur la LNE les 300 000 $ réclamés à titre de commissions et elle doit assumer la responsabilité d'au moins une partie des difficultés résultant de cette décision.

(g) *The Potential Injustice*

g) *Le risque d'injustice*

80 As a final and most important factor, the Court should stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice. Rosenberg J.A. concluded that the appellant had received neither notice of the respondent's allegation nor an opportunity to respond. He was thus confronted with the

Suivant ce dernier facteur, qui est aussi le plus important, notre Cour doit prendre un certain recul et, eu égard à l'ensemble des circonstances, se demander si, dans l'affaire dont elle est saisie, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée entraînerait une injustice. Le juge Rosenberg de la Cour d'appel a conclu que l'appelante n'avait pas été informée des allégations

problem identified by Jackson J.A., dissenting, in *Iron v. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1 (Sask. C.A.), at p. 21:

> The doctrine of res judicata, being a means of doing justice between the parties in the context of the adversarial system, carries within its tenets the seeds of injustice, particularly in relation to issues of allowing parties to be heard.
>
> Whatever the appellant's various procedural mistakes in this case, the stubborn fact remains that her claim to commissions worth $300,000 has simply never been properly considered and adjudicated.

On considering the cumulative effect of the foregoing factors it is my view that the Court in its discretion should refuse to apply issue estoppel in this case.

V. Disposition

I would therefore allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Lang Michener, Toronto.

Solicitors for the respondents: Heenan Blaikie, Toronto.

de l'intimée et n'avait pas eu la possibilité d'y répondre. Le juge Rosenberg était donc aux prises avec le problème signalé par le juge Jackson, dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Iron c. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1 (C.A. Sask.), p. 21 :

> [TRADUCTION] Constituant un moyen de rendre justice aux parties dans le contexte d'une procédure contradictoire, la doctrine de l'autorité de la chose jugée porte en elle-même le germe de l'injustice, spécialement lorsque le droit des parties de se faire entendre est en jeu.
>
> Indépendamment des diverses erreurs de nature procédurale commises par l'appelante en l'espèce, il n'en demeure pas moins que sa réclamation visant des commissions totalisant 300 000 $ n'a tout simplement jamais été examinée et tranchée adéquatement.

81 Vu l'effet cumulatif des facteurs susmentionnés, je suis d'avis que notre Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer en l'espèce la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

V. Le dispositif

82 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Lang Michener, Toronto.

Procureurs des intimés : Heenan Blaikie, Toronto.

Barreau du Québec *Appellant*

v.

Simon Fortin, Huguette Fortin and Lise Fortin *Respondents*

and

Jean-Guy Chrétien *Mis en cause*

and

The Attorney General of Quebec *Mis en cause*

INDEXED AS: FORTIN *v.* CHRÉTIEN

Neutral citation: 2001 SCC 45.

File No.: 27152.

Hearing and judgment: November 2, 2000.

Reasons delivered: July 12, 2001.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Contracts — Validity — Formation of contract — Respondents entering into contract with Club juridique for non-advocate to perform service of preparing and drawing up legal proceedings for remuneration — Contract made in contravention of provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate — Whether contract that contravenes those provisions must be sanctioned by absolute nullity — If so, whether nullity of contract affects validity of resulting proceedings — Principle of simple nullity — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128(1)(b) — Civil Code of Québec, arts. 1411, 1417.

Barristers and solicitors — Practice of profession of advocate — Whether provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate are provisions of public order — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128(1)(b).

Le Barreau du Québec *Appelant*

c.

Simon Fortin, Huguette Fortin et Lise Fortin *Intimés*

et

Jean-Guy Chrétien *Mis en cause*

et

La procureure générale du Québec *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ : FORTIN *c.* CHRÉTIEN

Référence neutre : 2001 CSC 45.

N° du greffe : 27152.

Audition et jugement : 2 novembre 2000.

Motifs déposés : 12 juillet 2001.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats – Validité – Formation du contrat – Intimés concluant un contrat avec un club juridique prévoyant l'octroi par un non-avocat d'un service de préparation et de rédaction de procédures judiciaires moyennant rémunération – Contrat conclu à l'encontre des dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat – Un contrat qui contrevient à ces dispositions doit-il être sanctionné de nullité absolue? – Dans l'affirmative, la nullité du contrat affecte-t-elle la validité des procédures qui en résultent? – Principe de la nullité simple – Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128(1)b) – Code civil du Québec, art. 1411, 1417.

Avocats et procureurs – Exercice de la profession d'avocat – Les dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat sont-elles d'ordre public? – Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128(1)b).

Civil procedure — Right of person to represent self before court — Respondents entering into contract with Club juridique for non-advocate to perform service of preparing and drawing up legal proceedings for remuneration — Contract made contrary to provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate — Whether nullity of contract affects validity of resulting proceedings — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 61.

The respondents, who were landowners who believed they were affected by flooding from a neighbouring parcel of land owned by the *mis en cause*, decided to bring legal proceedings to have the flooding stopped. As they could not afford the services of an advocate and were not eligible for legal aid, they joined the Club juridique and paid an annual membership fee to obtain aid and assistance in pursuing their remedies. D, who was not a member of the Barreau because he had been struck from the Roll of the Order, prepared and drew up the injunction proceedings. The respondents, who knew that D was not an advocate, signed the injunction proceedings and filed them in the Superior Court. The *mis en cause* moved to dismiss on the ground that the proceedings were drawn up by a person who was not a member of the Barreau, contrary to s. 128(1)(*b*) of the *Act respecting the Barreau du Québec*. The Superior Court granted the motion to dismiss and dismissed the respondents' proceedings. The respondents appealed that decision and the Court of Appeal allowed the application to intervene by the Barreau du Québec. The Court of Appeal reversed the judgment of the Superior Court and authorized the respondents to bring their action, a decision which the Barreau du Québec is now appealing.

Held: The appeal should be dismissed.

A contract that contravenes s. 128(1)(*b*) of the *Act respecting the Barreau du Québec* must be sanctioned by absolute nullity. The provisions of that Act relating to the practice of the profession of advocate are provisions of public order in that they are designed to protect the general interest. An agreement entered into in contravention of those provisions is, like all other contracts, governed by the mandatory general provisions relating to the conditions of formation of contracts set out in the *Civil Code of Québec*. Specifically, art. 1411 provides that the cause of a contract must not be prohibited by law or contrary to public order. Because s. 128(1)(*b*) is a provision of public order, any agreement whose cause contravenes that provision is contrary to public order. Any contract which does not meet the necessary condi-

Procédure civile – Droit d'une personne d'assurer elle-même sa représentation devant un tribunal – Intimés concluant un contrat avec un club juridique prévoyant l'octroi par un non-avocat d'un service de préparation et de rédaction de procédures judiciaires moyennant rémunération – Contrat conclu à l'encontre des dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat – La nullité du contrat affecte-t-elle la validité des procédures qui en résultent? – Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61.

Propriétaires de terrains et s'estimant victimes d'écoulements d'eau en provenance d'un terrain voisin appartenant au mis en cause, les intimés décident d'intenter des procédures judiciaires pour faire cesser l'inondation. Ne pouvant s'offrir les services d'un avocat et n'étant pas éligibles à l'aide juridique, ils adhèrent, en payant la cotisation annuelle, au Club juridique afin d'obtenir aide et assistance dans le cadre de leurs démarches. D, qui n'est pas membre du Barreau, puisque radié du Tableau de l'Ordre, prépare et rédige les procédures en injonction. Les intimés, qui savent que D n'est pas un avocat, signent et déposent les procédures en injonction en Cour supérieure. Le mis en cause présente une requête en irrecevabilité au motif que ces procédures ont été rédigées par une personne qui n'est pas membre du Barreau, contrairement au sous-par. 128(1)*b*) de la *Loi sur le Barreau*. La Cour supérieure accueille la requête en irrecevabilité et rejette les procédures des intimés. Les intimés en appellent de cette décision et la Cour d'appel reçoit une demande d'intervention présentée par le Barreau du Québec. La Cour d'appel infirme le jugement de la Cour supérieure et permet aux intimés d'intenter leurs recours, d'où le présent pourvoi du Barreau du Québec.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Un contrat qui contrevient au sous-par. 128(1)*b*) de la *Loi sur le Barreau* doit être sanctionné de nullité absolue. Les dispositions de cette loi concernant l'exercice de la profession d'avocat sont d'ordre public puisqu'elles tendent à protéger l'intérêt général. Une convention conclue à l'encontre de ces dispositions est, au même titre que tous les autres contrats, régie par les dispositions générales impératives concernant les conditions de formation des contrats prévues au *Code civil du Québec*. L'article 1411 énonce notamment que la cause d'un contrat ne doit pas être prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public. Puisque le sous-par. 128(1)*b*) est d'ordre public, il s'ensuit que toute convention dont la cause est contraire à cette disposition va à l'encontre de l'ordre public. Tout contrat qui n'est pas conforme aux

tions of its formation may be null (art. 1416 *C.C.Q.*), and it is absolutely null where, as in this case, the condition is necessary for the protection of the general interest (art. 1417 *C.C.Q.*).

The nullity of the contract does not affect the validity of the resulting proceedings. The *Civil Code of Québec* provides for a distinction between the object of an obligation and the object of the contract. The object of the obligation of D and the Club juridique is limited to preparing and drawing up proceedings. The proceeding presented to the courts is a separate juridical act performed by the respondents as litigants representing themselves in accordance with art. 61 *C.C.P.* This juridical act may be distinguished from the agreement made between the parties in a number of respects. First, this unilateral juridical act is signed by the respondents and expresses their sole intention of exercising their rights, and is not the result of a bilateral agreement. Since it is a judicial act, it does not have the essentially private nature of a contract, and it has a public dimension once it is presented to the court. Lastly, it may be distinguished from the agreement for drawing up the legal proceeding in that its specific object is the representation of the respondents' rights before the courts. Under art. 61 *C.C.P.*, a person representing himself may present the necessary proceedings to exercise his rights and remedies.

In this case, if the proceedings that were produced as a result of this null act are to stand, it will not be by application of the concept of partial nullity, but because of the principle of simple nullity, which holds that the nullity of an act cannot extend to other distinct juridical acts. Extended nullity occurs only exceptionally. It applies to other juridical acts only when the two acts are closely connected and were made by the same parties for a common purpose. The nullity of the agreement for preparing and drawing up proceedings does not necessarily have an impact on the validity of the proceeding presented to the court by the respondents, which was a distinct juridical act. The nullity of that agreement therefore cannot affect the validity of the proceedings presented to the court in a legal action. Applying the principle of simple nullity of the agreement for drawing up legal proceedings in civil law is perfectly consistent with the intent expressed by the Quebec legislature when it enacted art. 61 *C.C.P.* to enable a party to represent himself. A provision of this kind cannot be rendered ineffective by the provisions of the *Act respecting the Barreau du Québec*, no matter how prohibitive they may be. In fact, the legislature has not provided any penalty in the legislation in question for a litigant who

conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité (art. 1416 *C.c.Q.*), et la nullité est absolue lorsque, comme en l'espèce, cette condition s'impose pour la protection de l'ordre général (art. 1417 *C.c.Q.*).

La nullité du contrat n'affecte pas la validité des procédures qui en résultent. Le *Code civil du Québec* indique qu'il existe une distinction entre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat. L'objet de l'obligation de D et du Club juridique est limité à la préparation et à la rédaction des actes de procédure. La procédure judiciaire présentée devant les tribunaux est un acte juridique distinct appartenant aux intimés en tant que justiciables se représentant seuls conformément à l'art. 61 *C.p.c.* Cet acte juridique se distingue de la convention conclue entre les parties sous plusieurs aspects. D'abord, cet acte juridique unilatéral porte la signature des intimés et exprime leur seule volonté de mettre en œuvre leurs droits plutôt que d'être le résultat d'une entente bilatérale. Étant un acte judiciaire, il s'éloigne du caractère essentiellement privé du contrat, et comporte une dimension publique une fois qu'il est présenté au tribunal. Il se distingue finalement de la convention visant la rédaction de l'acte de procédure en ce qu'il a précisément pour but la représentation des droits des intimés devant les tribunaux. En vertu de l'art. 61 *C.p.c.*, la personne qui se représente seule peut présenter les actes de procédure nécessaires à l'exercice de ses droits et recours.

En l'espèce, si les actes de procédure résultant du contrat nul peuvent subsister, ce n'est pas en vertu de l'application du concept de la nullité partielle, mais bien en raison du principe de la nullité simple selon lequel la nullité d'un acte ne saurait s'étendre à d'autres actes juridiques distincts. La nullité n'est qu'exceptionnellement élargie. Elle ne s'étend aux autres actes juridiques que lorsque les deux actes sont intimement liés, ont été conclus entre les mêmes parties et pour une fin commune. La nullité de la convention visant la préparation et la rédaction des actes de procédure n'a pas d'incidence nécessaire sur la validité de l'acte juridique distinct que constitue la procédure judiciaire présentée par les intimés au tribunal. La nullité de cette convention ne saurait donc affecter la validité des actes de procédure présentés au tribunal dans le cadre d'un recours en justice. L'application du principe de la nullité simple à la convention visant la rédaction des actes de procédure en droit civil s'harmonise parfaitement avec l'intention manifestée par le législateur québécois lorsqu'il a adopté l'art. 61 *C.p.c.* pour permettre à une partie de se représenter seule. Une telle disposition ne saurait être neutralisée par les dispositions de la *Loi sur le Barreau*, aussi prohibitives soient-elles. En fait, le législateur n'a

obtains the assistance of a person who is not a member of the Barreau for drawing up and preparing his legal proceedings, although it has expressly done so on other occasions. The Act aims rather to punish persons who are not members of the Barreau who perform acts reserved for advocates. In the absence of an express legislative provision, a litigant who makes the mistake of using the services of such persons cannot be penalized. In no respect, however, can they replace an advocate.

It is a mistake to believe that access to justice in Canada is furthered by allowing people to use proceedings prepared or drawn up by persons who are not members of the Barreau, or persons who have been struck off the Roll as a result of a breach of professional standards, and who claim to be capable of providing good quality services. On the contrary, it may often be adverse to litigants' own interests to exercise that freedom. As an officer of the court, the advocate plays an essential role in our justice system, in representing the rights of litigants before the courts, but also at the preceding stage of settling disputes.

Cases Cited

Referred to: *Gagnon v. Prévost*, Sup. Ct. Terrebonne, No. 700-12-019558-923, May 13, 1996; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Pauzé v. Gauvin*, [1954] S.C.R. 15; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499; *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega v. Druker*, [1982] C.A. 181; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512, [1982] C.S. 1146; Cass. civ. 1re, December 16, 1992, *Bull. civ.* X, No. 316; Cass. civ. 2e, March 11, 1992, *Bull. civ.* III, No. 79; *Millette v. 2862-2678 Québec Inc.*, Sup. Ct. Laval, No. 540-05-002176-968, November 27, 1996; *Dubé v. Beaulieu*, C.Q. Beauharnois, No. 760-22-000024-979, June 25, 1997; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

Statutes and Regulations Cited

An Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, ss. 2, 15(2), 56, 122, 123, 128(1)(*a*), (*b*), (*c*), 128(2), 129, 132 to 140.

prévu aucune sanction pour le justiciable qui se fait aider par une personne non-membre du Barreau dans la rédaction et la préparation de ses actes de procédure dans la législation pertinente, alors qu'il l'a expressément fait à d'autres occasions. La loi vise plutôt à sanctionner les personnes non-membres du Barreau qui posent des actes réservés. En l'absence de disposition législative expresse, on ne saurait pénaliser le justiciable qui commet l'erreur de s'adresser à ces personnes. Cependant, elles ne sauraient en aucune façon remplacer l'avocat.

C'est se méprendre que de croire que le fait de laisser les gens se servir de procédures préparées ou rédigées par des personnes non-membres du Barreau ou radiées de celui-ci à la suite d'une contravention aux normes de la profession et qui prétendent pouvoir offrir des services de qualité, favorise l'accessibilité à la justice au Canada. Bien au contraire, l'exercice de cette liberté par les justiciables peut souvent aller à l'encontre de leurs propres intérêts. L'avocat, en tant qu'officier de justice, joue un rôle essentiel dans notre système de justice, au niveau de la représentation des droits des justiciables devant les tribunaux, mais également à l'étape préalable de règlement à l'amiable des litiges.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Gagnon c. Prévost*, C.S. Terrebonne, nº 700-12-019558-923, 13 mai 1996; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Pauzé c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega c. Druker*, [1982] C.A. 181; *Malartic Hygrade Gold Mines (Québec) Ltd. c. R. (Québec)*, [1982] C.S. 1146; Cass. civ. 1re, 16 décembre 1992, *Bull. civ.* X, nº 316; Cass. civ. 2e, 11 mars 1992, *Bull. civ.* III, nº 79; *Millette c. 2862-2678 Québec Inc.*, C.S. Laval, nº 540-05-002176-968, 27 novembre 1996; *Dubé c. Beaulieu*, C.Q. Beauharnois, nº 760-22-000024-979, 25 juin 1997; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 9, 1373, 1385 à 1417, 1419, 1422, 1438, 1699 et suiv., 2085.
Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.02, 2.05, 2.06, 3.02.11.

By-law respecting accounting and trust accounts of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 3.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 9, 1373, 1385 to 1417, 1419, 1422, 1438, 1699 *et seq.*, 2085.
Code de la consommation (France), art. L. 311-21.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 61, 62.
Code of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, ss. 2.02, 2.05, 2.06, 3.02.11.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, s. 116.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26, ss. 12, 23, 26, 40, 45 to 55.1, 87, 88, 89, 90, 94(*i*), 116 to 161.1, 188.
Regulation respecting entry on the Roll of the Order of Advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 8.
Regulation respecting professional training of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 7.
Regulation respecting the conciliation and arbitration procedure for the accounts of advocates, (1994) 126 O.G. II, 4691.
Regulation respecting the procedure of the professional inspection committee of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 10.

Authors Cited

Barreau du Québec. École du Barreau. *Collection de droit 1999-2000*, vol. 1, *Barreau et pratique professionnelle*, ch. X. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
Buckingham, Donald E., et al. *Legal Ethics in Canada — Theory and Practice*. Toronto: Harcourt Brace Canada, 1996.
Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1988.
Héron, Jacques. "Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé" (1988), 7 *Droits* 85.
Heymann, Philip B., and Lance Liebman. *The Social Responsibilities of Lawyers: Case Studies*. Westbury, N.Y.: Foundation Press, 1988.
Lluelles, Didier, avec la collaboration de Benoît Moore. *Droit québécois des obligations*, vol. 1. Montréal: Thémis, 1998.
MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000 (loose-leaf updated 2001, release 1).
Martin de la Moutte, Jacques. *L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit civil*. Paris: Imprimerie Bernard Frères, 1951.

Code de la consommation (France), art. L. 311-21.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61, 62.
Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 12, 23, 26, 40, 45 à 55.1, 87, 88, 89, 90, 94*i*), 116 à 161.1, 188.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 116.
Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 2, 15(2), 56, 122, 123, 128(1)*a*), *b*), *c*), 128(2), 129, 132 à 140.
Règlement sur l'inscription au Tableau de l'Ordre des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 8.
Règlement sur la comptabilité et les comptes en fidéicommis des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 3.
Règlement sur la formation professionnelle des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 7.
Règlement sur la procédure de conciliation et d'arbitrage des comptes des avocats, (1994) 126 G.O. II, 6727.
Règlement sur la procédure du comité d'inspection professionnelle des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 10.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : Association du Barreau canadien, 1988.
Barreau du Québec. École du Barreau. *Collection de droit 1999-2000*, vol. 1, *Barreau et pratique professionnelle*, ch. X. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
Buckingham, Donald E., et al. *Legal Ethics in Canada — Theory and Practice*. Toronto : Harcourt Brace Canada, 1996.
Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2e éd. Comité de rédaction : Paul-André Crépeau et autres. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991.
Héron, Jacques. « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé » (1988), 7 *Droits* 85.
Heymann, Philip B., and Lance Liebman. *The Social Responsibilities of Lawyers : Case Studies*. Westbury, N.Y. : Foundation Press, 1988.
Lluelles, Didier, avec la collaboration de Benoît Moore. *Droit québécois des obligations*, vol. 1. Montréal : Thémis, 1998.
MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline*, vol. 1. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000 (loose-leaf updated 2001, release 1).

Mazeaud, Henri, et Léon, Jean Mazeaud et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations — théorie générale*, 9e éd. Paris: Montchrestien, 1989.

Moore, Benoît. "De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain" (1997), 31 *R.J.T.* 276.

Picod, Yves. *Répertoire de droit civil*, t. VII, 2e éd. "Nullité". Paris: Dalloz, 2001.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 3e éd. Montréal: Thémis, 1996.

Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons, 2nd ed. Editorial Committee: Paul-André Crépeau et al. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. Document de consultation. *La révision de la procédure civile*. Ste-Foy, Qué.: Le Comité, 2000.

Simler, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.

Veaux, Daniel. "Contrats et obligations — Nullité ou rescision des conventions", *Juris-Cl. civil*, Fasc. 50, nº 84.

Woog, Jean-Claude. *Pratique professionnelle de l'avocat*, 3e éd. Paris: Gazette du Palais: Litec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] Q.J. No. 4010 (QL), setting aside a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

François Folot, for the appellant.

Simon Fortin, *Huguette Fortin* and *Lise Fortin*, on their own behalf.

Written submissions only by *Maurice Warren* for the *mis en cause* Chrétien.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

The respondents are persons representing themselves before the courts in accordance with art. 61 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"). However, they sought the advice of a person who was not a member of the Barreau du

Martin de la Moutte, Jacques. *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*. Paris : Imprimerie Bernard Frères, 1951.

Mazeaud, Henri, et Léon, Jean Mazeaud et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations — théorie générale*, 9e éd. Paris : Montchrestien, 1989.

Moore, Benoît. « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain » (1997), 31 *R.J.T.* 276.

Picod, Yves. *Répertoire de droit civil*, t. VII, 2e éd., « Nullité ». Paris : Dalloz, 2001.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1996.

Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. Document de consultation. *La révision de la procédure civile*. Ste-Foy, Qué. : Le Comité, 2000.

Simler, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.

Veaux, Daniel. « Contrats et obligations — Nullité ou rescision des conventions », *Juris-Cl. civil*, Fasc. 50, nº 84.

Woog, Jean-Claude. *Pratique professionnelle de l'avocat*, 3e éd. Paris : Gazette du Palais : Litec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] A.Q. nº 4010 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

François Folot, pour l'appelant.

Simon Fortin, *Huguette Fortin* et *Lise Fortin*, en personne.

Argumentation écrite seulement par *Maurice Warren* pour le mis en cause Chrétien.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Les intimés sont des personnes qui se représentent seules devant les tribunaux conformément à l'art. 61 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »). Ils ont toutefois sollicité les conseils d'une personne non-membre du Barreau

Québec for preparing and drawing up their injunction proceedings against the *mis en cause* Jean-Guy Chrétien, contrary to s. 128(1)(*b*) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1 ("*A.B.*"). The main issue raised in this Court is whether the nullity of the contract that the respondents entered into with this person, who is not an advocate, affects the validity of the resulting proceedings.

2 At the hearing on November 2, 2000, McLachlin C.J., for the Court, delivered a judgment from the bench in this appeal. She held that the Club juridique had no right to be made a party to this case, having regard to the order of the Court of Appeal directing the respondents to [TRANSLATION] "strike the name Le Club juridique from their solemn declaration and strike Le Club juridique as *mis en cause* from their pleadings". She then dismissed the appeal, with reasons to follow. These are the reasons for that decision.

II. Facts

3 The facts are not in dispute. In October 1996, the respondents owned three parcels of land that they had inherited from their father. As they believed they were affected by flooding from a neighbouring parcel of land owned by the *mis en cause*, Jean-Guy Chrétien, they decided to bring legal proceedings for the purpose of having this flooding stopped. Because they could not afford the services of an advocate and were not eligible for the legal aid provided by the government of Quebec, they decided to join the Club juridique, an association founded by Yvon Descôteaux, a former advocate who had been struck off the Roll of the Order in 1990, to obtain aid and assistance in pursuing their remedies. For this purpose they each paid an annual membership fee of $50. Mr. Descôteaux prepared and drew up the injunction proceedings he considered to be necessary at that point to protect the rights of the respondents, who were aware that Mr. Descôteaux is not an advocate. Nonetheless, they ordered the appropriate documents, which they signed themselves and then had stamped and filed with the Superior Court

du Québec dans la préparation et la rédaction de leurs procédures en injonction à l'encontre du mis en cause Jean-Guy Chrétien, le tout contrairement au sous-par. 128(1)(*b*) de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1 (« *L.B.* »). La principale question soulevée devant cette Cour est de déterminer si la nullité du contrat conclu par les intimés avec ce non-avocat affecte la validité des procédures qui en résultent.

À l'audition du 2 novembre 2000, notre Cour, par la voix du juge en chef McLachlin, rendait jugement séance tenante dans le présent appel. Elle déclarait que le Club juridique n'avait aucun droit d'être mis en cause dans le présent dossier étant donné l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant aux intimés de « rayer de leur déclaration solennelle le nom du Club juridique et de rayer de leurs procédures Le Club juridique comme mis en cause ». Puis, elle rejetait le pourvoi en indiquant que les motifs suivraient. Les voici.

II. Les faits

Les faits ne sont pas contestés. En octobre 1996, les intimés sont propriétaires de trois terrains qu'ils ont hérités de leur père. S'estimant victimes d'écoulements d'eau en provenance d'un terrain voisin appartenant au mis en cause Jean-Guy Chrétien, ils décident d'intenter des procédures judiciaires pour faire cesser l'inondation. Ne pouvant s'offrir les services d'un avocat et n'étant pas éligibles à l'aide juridique fournie par l'État québécois, ils choisissent d'adhérer au Club juridique, une association fondée par M. Yvon Descôteaux, un ex-avocat radié du Tableau de l'Ordre depuis 1990, afin d'obtenir aide et assistance dans le cadre de leurs démarches. À cette fin, ils paient chacun une cotisation annuelle de 50 $. Monsieur Descôteaux prépare et rédige les procédures en injonction qu'il juge alors nécessaires à la défense des droits des intimés. Ces derniers ne sont pas sans ignorer que M. Descôteaux n'est pas un avocat. Ils requièrent tout de même les documents pertinents qu'ils signeront eux-mêmes, feront timbrer et déposeront en Cour supérieure le 21 octobre 1996. En tout temps pertinent, les intimés feront

on October 21, 1996. At all of the times in issue, the respondents represented themselves before the courts.

On November 13, 1996, the *mis en cause* Chrétien filed a motion to dismiss the motion for an interlocutory injunction and action for a permanent injunction presented by the respondents, on the ground that those proceedings, in all probability and as ascertained, had been drawn up by a person not entered on the Roll of the Order of the Barreau du Québec, contrary to s. 128(1)(*b*) *A.B.* In the alternative, he sought to have the Club juridique removed from the case on the ground that it had no legal interest.

On November 22, 1996, Goodwin J. of the Superior Court granted the motion to dismiss filed by the *mis en cause* Chrétien and dismissed the respondents' application for an interlocutory injunction and action for a permanent injunction, rights reserved. On December 10, 1996, the respondents appealed that decision to the Quebec Court of Appeal. On June 6, 1997, the Court of Appeal allowed the application to intervene filed by the appellant, the Barreau du Québec, for the purpose of supporting and defending the application of the *Act respecting the Barreau du Québec*. The *mis en cause* Chrétien then advised the Court of Appeal that he would not submit argument, since in his view the issue was really between the respondents and the appellant. On December 3, 1998, the Court of Appeal, unanimously reversed the decision of the Superior Court from the bench, thus authorizing the respondents to bring their action: [1998] Q.J. No. 4010 (QL). On October 14, 1999 the appellant was granted leave to appeal to this Court, [1999] 3 S.C.R. v.

III. Relevant legislation

Professional Code, R.S.Q., c. C-26

26. The members of an order shall not be granted the exclusive right to practise a profession except by an act; that right must not be granted except in cases where the acts done by these persons are of such a nature and the freedom to act they have by reason of the nature of their ordinary working conditions are such that for the protection of the public they cannot be done by persons not

eux-mêmes leurs représentations devant les tribunaux.

Le 13 novembre 1996, le mis en cause Chrétien dépose une requête en irrecevabilité à l'encontre de la requête en injonction interlocutoire et de l'action en injonction permanente présentées par les intimés, au motif que ces procédures ont, selon toute vraisemblance et après vérification, été rédigées par une personne non inscrite au Tableau de l'Ordre du Barreau du Québec, à l'encontre du sous-par. 128(1)(*b*) *L.B.* Subsidiairement, il demande que le Club juridique soit mis hors de cause pour absence d'intérêt. 4

Le 22 novembre 1996, le juge Goodwin de la Cour supérieure accueille la requête en irrecevabilité du mis en cause Chrétien et rejette la requête en injonction interlocutoire et l'action en injonction permanente des intimés, sauf à se pourvoir. Le 10 décembre 1996, les intimés inscrivent cette décision en appel à la Cour d'appel du Québec. Le 6 juin 1997, la Cour d'appel reçoit la demande d'intervention présentée par l'appelant, le Barreau du Québec, afin de soutenir et défendre l'application de la *Loi sur le Barreau*. Le mis en cause Chrétien informe alors la Cour d'appel qu'il s'abstiendra de présenter une quelconque argumentation jugeant que le débat concerne davantage les intimés et l'appelant. Le 3 décembre 1998, la Cour d'appel, à l'unanimité, renverse séance tenante le jugement de la Cour supérieure et permet ainsi aux intimés d'intenter leurs recours : [1998] A.Q. nº 4010 (QL). L'appelant obtient la permission d'en appeler devant notre Cour le 14 octobre 1999, [1999] 3 R.C.S. v. 5

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code des professions, L.R.Q., ch. C-26 6

26. Le droit exclusif d'exercer une profession ne peut être conféré aux membres d'un ordre que par une loi; un tel droit ne doit être conféré que dans les cas où la nature des actes posés par ces personnes et la latitude dont elles disposent en raison de la nature de leur milieu de travail habituel sont telles qu'en vue de la protection du public, ces actes ne peuvent être posés par des per-

having the training and qualifications required to be members of the order.

188. Every person who contravenes a provision of this Code or the Act or letters patent constituting an order is guilty of an offence and is liable to a fine of not less than $600 nor more than $6 000.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

61. No one is required to be represented by attorney before the courts, except:

(*a*) legal persons;

(*b*) the Public Curator;

(*c*) trustees, guardians, liquidators, receivers and other representatives of collective interests, when they act in that capacity;

(*d*) collection agents and purchasers of accounts, concerning the accounts which they are charged with recovering or which they have purchased;

(*e*) general or limited partnerships and associations within the meaning of the Civil Code of Québec, unless all the partners or members act themselves or mandate one of their number to act;

(*f*) persons acting on behalf of others under article 59.

. . .

62. The right to act as attorney before the courts is reserved exclusively to advocates, except in the cases set forth in paragraph *e* of section 9 of the Notarial Act.

Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1

122. (1) A person shall become disqualified from practising the profession of advocate and shall lose his status of member of the Bar when:

(*a*) (*paragraph repealed*);

(*b*) he holds a position or an office incompatible with the practice or dignity of the profession of advocate;

(*c*) he is provided with a tutor, a curator or an adviser;

(*d*) he assigns his property or an order of sequestration is made against it under the Bankruptcy and Insolvency Act.

sonnes ne possédant pas la formation et la qualification requises pour être membres de cet ordre.

188. Toute personne qui contrevient à l'une des dispositions du présent code, de la loi ou des lettres patentes constituant un ordre commet une infraction et est passible d'une amende d'au moins 600$ et d'au plus 6 000$.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

61. Nul n'est tenu de se faire représenter par procureur devant les tribunaux, hormis:

a) les personnes morales;

b) le curateur public;

c) les syndics, gardiens, liquidateurs, séquestres et autres représentants d'intérêts collectifs, lorsqu'ils agissent en cette qualité;

d) les agents de recouvrement et les acheteurs de comptes, relativement aux créances qu'ils sont chargés de recouvrer ou dont ils se sont portés acquéreurs;

e) les sociétés en nom collectif ou en commandite et les associations au sens du Code civil du Québec, à moins que tous les associés ou membres n'agissent eux-mêmes ou ne mandatent l'un d'eux;

f) les personnes qui agissent pour le compte d'autrui en vertu de l'article 59.

. . .

62. Le droit d'agir comme procureur devant les tribunaux est réservé exclusivement aux avocats, sauf dans les cas prévus au paragraphe *e* de l'article 9 de la Loi sur le notariat.

Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1

122. 1. Toute personne devient inhabile à exercer la profession d'avocat et perd son statut de membre du Barreau dans le cas où:

a) (*sous-paragraphe abrogé*);

b) elle occupe une charge ou une fonction incompatible avec l'exercice ou la dignité de la profession d'avocat;

c) elle est pourvue d'un tuteur, d'un curateur ou d'un conseiller;

d) elle fait cession de ses biens ou une ordonnance de séquestre est prononcée contre elle en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

123. (1) Every person who has become disqualified from practising the profession of advocate who, directly or indirectly, practises alone or with an advocate, or who advertises or represents himself as an advocate shall be liable to the penalties provided in section 132 in addition to those provided in section 156 of the Professional Code.

(2) A judicial proceeding taken by a person who has become disqualified from practising as an advocate shall be invalidated by the sole fact of such disqualification only if the client for whom it has been taken so requests or if it is established that he was aware of such disqualification.

128. (1) The following acts, performed for others, shall be the exclusive prerogative of the practising advocate or solicitor:

(*a*) to give legal advice and consultations on legal matters;

(*b*) to prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use in a case before the courts;

(*c*) to prepare and draw up an agreement, petition, by-law, resolution or other similar document relating to the incorporation, organization, reorganization or winding-up of a corporation governed by federal or provincial laws respecting companies, or the amalgamation of several corporations or the surrender of a charter.

(2) The following acts, performed for others, shall be the exclusive prerogative of the advocate and not of the solicitor:

(*a*) to plead or act before any tribunal, except before:

. . .

129. None of the provisions of section 128 shall limit or restrict:

. . .

(*b*) the rights specifically defined and granted to any person by any public or private law;

132. Notwithstanding any law to the contrary and without limiting the scope of this act, whoever practises the profession of advocate without being entered on the Roll is guilty of an offence and is liable to the penalties provided in section 188 of the Professional Code.

123. 1. Toute personne devenue inhabile à exercer la profession d'avocat qui, directement ou indirectement, exerce seul ou avec un avocat, ou qui se représente ou s'affiche comme avocat, est passible des peines prévues à l'article 132 en plus des sanctions prévues à l'article 156 du Code des professions.

2. Une procédure judiciaire faite par une personne devenue inhabile à exercer comme avocat ne peut être invalidée par le seul fait de cette inhabilité que si le client pour qui elle a été faite le demande ou si on établit qu'il connaissait cette inhabilité.

128. 1. Sont du ressort exclusif de l'avocat en exercice ou du conseiller en loi les actes suivants exécutés pour le compte d'autrui:

a) donner des consultations et avis d'ordre juridique;

b) préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant les tribunaux;

c) préparer et rédiger une convention, une requête, un règlement, une résolution et tout autre document de même nature se rapportant à la constitution, l'organisation, la réorganisation ou la liquidation d'une corporation régie par les lois fédérales ou provinciales concernant les compagnies, ou à l'amalgamation de plusieurs corporations ou à l'abandon d'une charte.

2. Sont du ressort exclusif de l'avocat et non du conseiller en loi les actes suivants exécutés pour le compte d'autrui:

a) plaider ou agir devant tout tribunal, sauf devant:

. . .

129. Aucune des dispositions de l'article 128 ne limite ou restreint:

. . .

b) les droits spécifiquement définis et donnés à toute personne par toute loi d'ordre public ou privé;

132. Nonobstant toute loi contraire et sans restreindre la portée de la présente loi, quiconque exerce la profession d'avocat sans être inscrit au Tableau commet une infraction et est passible des peines prévues à l'article 188 du Code des professions.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

1385. A contract is formed by the sole exchange of consents between persons having capacity to contract, unless, in addition, the law requires a particular form to be respected as a necessary condition of its formation, or unless the parties require the contract to take the form of a solemn agreement.

It is also of the essence of a contract that it have a cause and an object.

1411. A contract whose cause is prohibited by law or contrary to public order is null.

1416. Any contract which does not meet the necessary conditions of its formation may be annulled.

1417. A contract is absolutely null where the condition of formation sanctioned by its nullity is necessary for the protection of the general interest.

1422. A contract that is null is deemed never to have existed.

In such a case, each party is bound to restore to the other the prestations he has received.

1438. A clause which is null does not render the contract invalid in other respects, unless it is apparent that the contract may be considered only as an indivisible whole.

The same applies to a clause without effect or deemed unwritten.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

1385. Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet.

1411. Est nul le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public.

1416. Tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité.

1417. La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général.

1422. Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé.

Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues.

1438. La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible.

Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite.

IV. The Courts Below

A. *Quebec Superior Court*

7 Goodwin J. took the view that it had been clearly demonstrated that the impugned proceedings had been prepared and drawn up by Yvon Descôteaux, the founder and mandatary of the Club juridique, which the respondents joined by paying $50 each for a membership card. It was also established that Mr. Descôteaux was a former advocate who was struck off the Roll of the Order of the Barreau du Québec and that the respondents were aware of that fact. Thus, in view of the decision of Journet J. of the Superior Court in *Gagnon v. Prévost*, Sup. Ct. Terrebonne, No. 700-12-019558-923, May 13, 1996 (which held that a proceeding prepared in contravention of the *Act*

IV. Les décisions des tribunaux inférieurs

A. *La Cour supérieure du Québec*

Le juge Goodwin est d'avis qu'il a été clairement démontré que les procédures contestées ont été préparées et rédigées par M. Yvon Descôteaux, fondateur et mandataire du Club juridique, auquel les intimés ont adhéré en payant 50 $ chacun pour l'obtention d'une carte de membre. Il est aussi établi que M. Descôteaux est un ex-avocat, radié du Tableau de l'Ordre du Barreau du Québec et ce, à la connaissance des intimés. Ainsi, considérant la décision du juge Journet de la Cour supérieure dans l'affaire *Gagnon c. Prévost*, C.S. Terrebonne, nº 700-12-019558-923, 13 mai 1996 (selon lequel une procédure préparée à l'encontre de la *Loi sur le Barreau* doit être déclarée irrecevable), il y a

respecting the Barreau du Québec must be dismissed), the motion to dismiss should be granted and the motion for an interlocutory injunction and action for a permanent injunction should be dismissed, rights reserved.

B. *Quebec Court of Appeal (Brossard and Rousseau-Houle JJ.A. and Biron J. (ad hoc)*, [1998] Q.J. No. 4010 (QL)

The Court of Appeal began by pointing out that the laws establishing professional standards are laws of political and moral public order, in that they were enacted to protect the general public interest. The parties to an agreement cannot defeat these laws or avoid their application in any manner, and a contract made in contravention of a provision of public order is absolutely null. In this case, there is no doubt that the contravention of s. 128(1)(*b*) *A.B.* must be sanctioned by absolute nullity, since a mandate that is null cannot be confirmed and a prohibitive rule that was enacted to protect social order and the administration of justice has been broken.

However, the real issue is whether the nullity may be merely partial. With respect to contracts, art. 1438 of the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*") provides that a clause which is null does not render the contract invalid in other respects, unless it is apparent that the contract may be considered only as an indivisible whole. Divisibility may also result from the nature of the obligations or the legislature's objectives. Similarly, although arts. 1411 and 1413 *C.C.Q.* create a presumption of the invalidity of a juridical operation that contravenes a prohibitive law, that presumption may be rebutted where it appears that the legislature's objectives require that the nature, circumstances and effects of that juridical operation be examined. In certain cases, the courts have also refused to extend the meaning of the illegal practice of a profession to include incidental juridical operations.

In this case, art. 61 *C.C.P.* allows the respondents to represent themselves. They are not prohibited from obtaining assistance and advice from

lieu d'accueillir la requête en irrecevabilité et de rejeter la requête en injonction interlocutoire et l'action en injonction permanente, sauf à se pourvoir.

B. *La Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Rousseau-Houle et Biron (ad hoc)*, [1998] A.Q. nº 4010 (QL)

La Cour d'appel rappelle d'abord que les lois établissant les normes professionnelles sont des lois d'ordre public politique et moral en ce qu'elles ont été adoptées pour protéger l'intérêt du public en général. Les parties à une convention ne peuvent faire échec à ces lois ou s'y soustraire d'aucune façon et le contrat conclu en violation d'une disposition d'ordre public est frappé de nullité absolue. En l'espèce, il ne fait aucun doute que la violation du sous-par. 128(1)*b*) *L.B.* doit être sanctionnée de nullité absolue, puisque le mandat entaché de nullité ne saurait être confirmé et qu'il y a violation d'une règle prohibitive destinée à protéger l'ordre social et l'administration de la justice. 8

Cependant, la véritable question est plutôt celle de savoir si cette nullité peut n'être que partielle. En matière contractuelle, l'art. 1438 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») prévoit que la clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins que le contrat ne soit considéré comme un tout indivisible. La divisibilité peut également résulter de la nature des obligations ou des objectifs poursuivis par le législateur. De la même façon, bien que les art. 1411 et 1413 *C.c.Q.* fassent naître une présomption d'invalidité de l'opération juridique qui contrevient à une loi prohibitive, cette présomption peut être renversée lorsqu'il apparaît que les objectifs poursuivis par le législateur exigent que soient examinés la nature, les circonstances et les effets de cette opération juridique. Dans certains cas, les tribunaux ont également refusé que l'exercice illégal d'une profession soit étendu à des opérations juridiques incidentes. 9

En l'espèce, l'art. 61 *C.p.c.* permet aux intimés de se représenter seuls. Il ne leur est pas interdit de se faire aider et conseiller par des personnes qui ne 10

persons who are not members of the Bar, provided that no mandate is given to those persons to represent them before the courts. Accordingly, s. 128(1)(*b*) cannot be interpreted as prohibiting those acts. The legislature cannot have intended that the protection granted under s. 61 *C.C.P.* to persons who are unable to retain the services of an advocate should be turned against them. Thus, despite the fact that the contract of mandate between the respondents and the Club juridique is absolutely null, the validity of the proceedings brought by the Fortin family must be recognized. The Court of Appeal also held that other remedies could be exercised by the Bar against the mandatary of the Club juridique for contravening the Act.

sont pas membres du Barreau, pourvu qu'aucun mandat ne soit donné à ces personnes de les représenter devant les tribunaux. En conséquence, le sous-par. 128(1)*b*) ne saurait être interprété de façon à interdire ces actes. Le législateur ne peut avoir voulu que la protection accordée à l'art. 61 *C.p.c.* aux personnes qui ne peuvent avoir recours à un avocat se retourne contre eux. Ainsi, malgré le fait que le contrat de mandat entre les intimés et le Club juridique soit nul de nullité absolue, on doit reconnaître la validité des procédures intentées par la famille Fortin. La Cour d'appel précise, par ailleurs, que d'autres recours peuvent être exercés par le Barreau contre le mandataire du Club juridique qui contrevient à la loi.

V. Analysis

V. Analyse

A. *Validity of the Contract Between the Parties*

A. *La validité du contrat conclu entre les parties*

1. *Act respecting the Barreau du Québec*: Objective of Public Protection

1. La *Loi sur le Barreau* : un objectif de protection du public

11 For many years, the Quebec legislator has made the practice of certain professions subject to restrictions and various control mechanisms. The *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26 ("*P.C.*"), which was first enacted in 1973, now governs the 44 professional orders constituted under the Act. It establishes a body, the Office des professions du Québec, whose function is to see that each order carries out the mandate expressly assigned to it by the Code, which is the principal reason for the existence of the order: to ensure the protection of the public (ss. 12 and 23 *P.C.*). In pursuing this fundamental objective, the legislature has granted the members of certain professions the exclusive right to perform certain acts. Under s. 26 *P.C.*, the exclusive right to practise a profession "must not be granted except in cases where the acts done by these persons are of such a nature and the freedom to act they have by reason of the nature of their ordinary working conditions are such that for the protection of the public they cannot be done by persons not having the training and qualifications required to be members of the order".

Depuis déjà plusieurs années, le législateur québécois assujettit l'exercice de certaines professions à des restrictions et à différents mécanismes de contrôle. Adopté pour la première fois en 1973, le *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26 (« *C.P.* »), régit maintenant les 44 ordres professionnels constitués en vertu de la loi. Il crée un organisme, l'Office des professions du Québec, qui a pour fonction de veiller à ce que chacun d'eux accomplisse le mandat qui leur est expressément confié par le Code et qui constitue leur principale raison d'être, assurer la protection du public (art. 12 et 23 *C.P.*). Dans la poursuite de cet objectif fondamental, le législateur a accordé aux membres de certaines professions le droit exclusif de poser certains actes. En effet, en vertu de l'art. 26 *C.P.*, le droit exclusif d'exercer une profession n'est « conféré que dans les cas où la nature des actes posés par ces personnes et la latitude dont elles disposent en raison de la nature de leur milieu de travail habituel sont telles qu'en vue de la protection du public, ces actes ne peuvent être posés par des personnes ne possédant pas la formation et la qualification requises pour être membres de cet ordre ».

The legal profession is one such profession. Section 128 *A.B.* provides that the following acts, performed for others, shall be the exclusive prerogative of the practising advocate or solicitor: (a) to give legal advice and consultations on legal matters, (b) to prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document for use in a case before the courts, or (c) to prepare and draw up an agreement, petition, by-law, resolution or other similar document relating to the incorporation, organization, reorganization or winding-up of a corporation, while only an advocate may plead or act before any tribunal, except those listed in s. 128(2)(*a*).

La profession juridique est l'une d'entre elles. L'article 128 *L.B.* énonce notamment que les actes suivants sont du ressort exclusif des avocats et conseillers en loi lorsqu'ils sont exécutés pour le compte d'autrui : a) donner des consultations et des avis d'ordre juridique, b) préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant les tribunaux, c) préparer et rédiger une convention, une requête, un règlement, une résolution et tout document de même nature se rapportant à la constitution, l'organisation, la réorganisation ou la liquidation d'une corporation, alors que seul l'avocat peut plaider ou agir devant tout tribunal à l'exception de ceux énumérés au sous-par. 128(2)*a*). 12

In return for this monopoly, the legislature has imposed a number of obligations and responsibilities on the people who perform these exclusive acts. The Barreau du Québec is responsible for the implementation of, compliance with and enforcement of those rules. In that regard, the Barreau ensures the quality of its members' professional training, including the conditions under which they complete their training period, and verifies their capacity to undertake and continue to practise their profession (s. 94(*i*) *P.C.*, s. 15(2) *A.B.*, and *Regulation respecting professional training of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1. r. 7). It has the privilege of issuing, refusing, withdrawing or suspending the permit to practise the profession and entry on the Roll of the Order and, in particular, it has established a system of professional inspection for that purpose (ss. 40, 45 to 55.1 and 90 *P.C.*, *Regulation respecting entry on the Roll of the Order of Advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 8, and *Regulation respecting the procedure of the professional inspection committee of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 10).

En contrepartie de ce monopole, le législateur a imposé un certain nombre d'obligations et de responsabilités aux auteurs de ces actes exclusifs. La mise en œuvre, le respect et la sanction de ces règles appartiennent au Barreau du Québec. En ce sens, le Barreau s'assure de la qualité de la formation professionnelle de ses membres, y compris des conditions dans lesquelles ils effectuent leur stage, et vérifie leur capacité à entreprendre et à continuer l'exercice de leur profession (par. 94*i*) *C.P.*, par. 15(2) *L.B.* et *Règlement sur la formation professionnelle des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 7). Il a le privilège de délivrer, de refuser, de retirer ou de suspendre le permis d'exercice de la profession et l'inscription au Tableau de l'Ordre et il met notamment en place un régime d'inspection professionnelle à cette fin (art. 40, 45 à 55.1 et 90 *C.P.*, *Règlement sur l'inscription au Tableau de l'Ordre des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 8, et *Règlement sur la procédure du comité d'inspection professionnelle des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 10). 13

The Barreau has also adopted a code of ethics governing the general and special duties of the professional towards the public, his clients and his profession, particularly the duties to discharge his professional obligations with integrity, refrain from acts that are derogatory to the dignity of the profession, refrain from incompatible responsibili-

Le Barreau adopte aussi un code de déontologie imposant au professionnel des devoirs d'ordre général et particulier envers le public, ses clients et sa profession, comprenant ceux de s'acquitter de ses fonctions avec intégrité, de ne pas poser des actes dérogatoires à la dignité de la profession, de ne pas occuper des charges incompatibles et d'évi- 14

ties and avoid conflicts of interest, and respect professional secrecy (s. 87 *P.C.* and *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1).

15 In addition, the Barreau has established a conciliation and arbitration procedure for the accounts of members of the Order which may be used by persons having recourse to the services of the members to challenge the amount of fees demanded (s. 88 *P.C.* and *Regulation respecting the conciliation and arbitration procedure for the accounts of advocates*, (1994) 126 O.G. II, 4691). It determines terms and conditions for custody and disposition of sums of money held in trust by advocates for the account of their clients and establishes an indemnity fund to be used to repay amounts of money used for improper or illegal purposes (s. 89 *P.C.* and *By-law respecting accounting and trust accounts of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 3).

16 Lastly, to ensure compliance with the standards imposed by law and the *Code of ethics of advocates*, the Barreau has established a committee on discipline that is responsible for dealing with every complaint made against a professional, investigating their conduct and imposing penalties ranging from a reprimand to a fine or permanent striking off the Roll of the Order (ss. 116 to 161.1 *P.C.*).

17 The special rules governing the practice of the legal profession are justified by the importance of the acts that advocates engage in, the vulnerability of the litigants who entrust their rights to them, and the need to preserve the relationship of trust between advocates and their clients. In *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 335, Estey J. explained as follows the need to regulate the professional activity of members of the Bar (cited with approval in *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 888) as follows:

> There are many reasons why a province might well turn its legislative action towards the regulation of members of the law profession. These members are officers of the provincially-organized courts; they are

ter de se placer en conflits d'intérêt, et de respecter le secret professionnel (art. 87 *C.P.* et *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1).

Le Barreau détermine également une procédure de conciliation et d'arbitrage des comptes des membres de l'ordre que peuvent utiliser les personnes ayant recours à leurs services pour contester le montant des honoraires (art. 88 *C.P.* et *Règlement sur la procédure de conciliation et d'arbitrage des comptes des avocats*, (1994) 126 G.O. II, 6727). Il établit les modalités de garde et de disposition des sommes d'argent détenues en fidéicommis par les avocats pour le compte de leurs clients et constitue un fonds d'indemnisation devant servir à rembourser les sommes utilisées à des fins impropres ou illégales (art. 89 *C.P.* et *Règlement sur la comptabilité et les comptes en fidéicommis des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 3).

Finalement, pour assurer le respect des normes imposées par la loi et par le *Code de déontologie des avocats*, le Barreau a instauré un comité de discipline chargé de traiter de toute plainte formulée à l'endroit d'un professionnel, de faire enquête sur leur conduite et d'imposer des sanctions allant de la réprimande à l'amende ou à la radiation permanente de l'ordre (art. 116 à 161.1 *C.P.*).

L'importance des actes posés par les avocats, la vulnérabilité des justiciables qui leur confient leurs droits et la nécessité de préserver la relation de confiance qui existe entre eux justifient cet encadrement particulier de l'exercice de la profession juridique. Dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 335, le juge Estey explique ainsi la nécessité de réglementer l'activité professionnelle des membres du Barreau; propos cités avec approbation dans *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 888 :

> Il existe un bon nombre de raisons qui pourraient très bien inciter une province à légiférer dans le domaine de la réglementation des membres du barreau. Ces derniers sont des officiers des cours constituées par les pro-

the object of public trust daily; the nature of the services they bring to the public makes the valuation of those services by the unskilled public difficult; the quality of service is the most sensitive area of service regulation and the quality of legal services is a matter difficult of judgment.

As persons in whom public trust is invested, advocates play a very special role in the community when they perform these acts reserved to them (see *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at paras. 2 and 31). It is the vocation of the Barreau, which, so to speak, makes up for litigants' lack of knowledge and oversees the quality of the professional services provided, to preserve this relationship of trust.

In doing this, the Barreau tends to protect the public not only against improper acts by its members, but also against non-members who provide no assurance of competence, integrity, confidentiality or independence. The *Code of ethics of advocates* and the provisions relating to fees or defalcation of amounts of money and to the management of complaints by the committee on discipline apply only to members of the Barreau. That is why it is important to deter others from performing acts that are reserved for advocates, by applying penalties. In this case, the respondents admit that they used the services of Mr. Yvon Descôteaux, a person who is not a member of the Barreau, for preparing and drawing up their proceedings. What therefore are the consequences for the parties of their having done this?

2. Penalties Applicable to Contraventions of the *Act respecting le Barreau du Québec*

A person who contravenes the mandatory provisions of s. 128 *A.B.* is liable, first, to criminal penalties. Division XIV of the *Act respecting the Barreau du Québec* contains various provisions prohibiting the illegal practice of the profession of advocate (ss. 132 to 140 *A.B.*). Under s. 132 *A.B.*, whoever practises the profession of advocate without being entered on the Roll of the Order is guilty of an offence and is liable to the penalties provided in s. 188 *P.C.*, which consist of a fine of not less

vinces; ils se voient chaque jour accorder la confiance du public; de par la nature des services qu'ils fournissent, il est difficile pour le public, qui manque de connaissances dans le domaine, d'évaluer ces services; [. . .] et il est difficile d'apprécier la qualité de services juridiques.

En tant que dépositaire de la confiance du public, l'avocat joue un rôle très particulier au sein de la collectivité lorsqu'il exerce ces actes réservés (voir *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 2 et 31). Le Barreau, qui pallie en quelque sorte à l'ignorance des justiciables et surveille la qualité des services professionnels offerts, a pour vocation d'assurer cette relation de confiance.

18 Ce faisant, le Barreau tend non seulement à protéger le public à l'encontre des agissements dérogatoires de ses membres, mais également à l'encontre des personnes non-membres qui n'offrent aucune garantie de compétence, d'intégrité, de confidentialité et d'indépendance. En effet, dans le *Code de déontologie des avocats*, les dispositions concernant les honoraires ou les sommes d'argent détournées et celles concernant la gestion des plaintes par le comité de discipline ne sont applicables qu'à l'égard des membres du Barreau. D'où l'importance de dissuader les tiers de poser des actes exclusifs aux avocats par l'adoption de sanctions. En l'espèce, les intimés admettent avoir fait appel aux services de M. Yvon Descôteaux, une personne non-membre du Barreau dans la préparation et la rédaction de leurs actes de procédure. Quelles sont donc les conséquences pour les parties d'avoir agi ainsi?

2. Les sanctions applicables aux contraventions à la *Loi sur le Barreau*

19 La personne qui agit à l'encontre des dispositions impératives de l'art. 128 *L.B.* s'expose d'abord à des sanctions d'ordre pénal. La section XIV de la *Loi sur le Barreau* regroupe diverses dispositions qui interdisent l'exercice illégal de la profession d'avocat (art. 132 à 140 *L.B.*). En vertu de l'art. 132 *L.B.*, quiconque exerce la profession d'avocat sans être inscrit au Tableau de l'Ordre commet une infraction et est passible des peines prévues à l'art. 188 *C.P.* lesquelles consistent en

than $600 nor more than $6 000. Although these remedies are still available and have been regularly used by the Bar in the past against the Club juridique and its mandatary, that is not the subject of this case.

20 Furthermore, a penalty may also be imposed in respect of an agreement made in contravention of the *Act respecting the Barreau du Québec* by applying civil law principles. The respondents and the Club juridique, represented by Mr. Descôteaux, entered into a contract for the provision by a non-advocate of a service consisting of preparing and drawing up legal proceedings for remuneration, in the form of an annual membership fee. That contract, like all other contracts, is governed by the mandatory general provisions relating to the conditions of its formation set out in the *Civil Code of Québec*: arts. 1385 to 1415. Specifically, art. 1411 *C.C.Q.* provides that the cause of a contract must not be prohibited by law or contrary to public order.

21 Public order consists of certain social prohibitions restricting the contractual freedom of the parties. Those prohibitions point to the fact that there are general interests that go beyond individual interests and that the parties must respect (art. 9 *C.C.Q.*). The test for distinguishing between laws of public order and other types of laws is to be found in the fact that the legislature is concerned with the public, as opposed to merely private, interest. I share the opinion of the Court of Appeal that the provisions of the *Act respecting the Barreau du Québec* relating to the practice of the profession of advocate are provisions of public order, in that they are designed to protect the general interest. Academic opinion is unanimous in this regard. In their textbook on obligations, Justice Baudouin and Professor Jobin are of the view that the laws organizing professional corporations are in the nature of political and moral or directive public order (as opposed to economic or protective public order), in the same way as the laws relating to the administration of justice, the organization of government, administrative and fiscal legislation and penal statutes. They all have a common pur-

des amendes d'au moins 600 $ et d'au plus 6 000 $. Bien que ces recours demeurent ouverts et qu'ils aient été régulièrement exercés par le Barreau dans le passé à l'encontre du Club juridique et de son mandataire, là n'est pas l'objet du présent litige.

Par ailleurs, une convention conclue à l'encontre de la *Loi sur le Barreau* peut également faire l'objet de sanctions en application des principes de droit civil. Les intimés et le Club juridique, par le biais de M. Descôteaux, ont conclu un contrat prévoyant l'octroi par un non-avocat d'un service de préparation et de rédaction de procédures judiciaires moyennant rémunération, sous la forme d'une cotisation annuelle. Ce contrat, au même titre que tous les autres contrats, est régi par les dispositions générales impératives concernant ses conditions de formation prévues au *Code civil du Québec* : art. 1385 à 1415. L'article 1411 *C.c.Q.* énonce notamment que la cause d'un contrat ne doit pas être prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public.

L'ordre public est constitué de certains interdits sociaux qui restreignent la liberté contractuelle des parties. Ils marquent l'existence, au-delà des intérêts particuliers, d'intérêts généraux que les parties doivent respecter (art. 9 *C.c.Q.*). Le critère qui distingue les lois d'ordre public des autres types de loi réside dans l'intérêt public, plutôt que simplement privé, dont se soucie le législateur. Je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle les dispositions de la *Loi sur le Barreau* concernant l'exercice de la profession d'avocat sont d'ordre public, puisqu'elles tendent à protéger l'intérêt général. La doctrine est unanime à ce sujet. Le juge Baudouin et le professeur Jobin, dans leur traité consacré au droit des obligations, sont d'avis que les lois d'organisation des corporations professionnelles sont d'ordre public politique et moral ou de direction (par opposition à l'ordre public économique ou de protection), au même titre que les lois portant sur l'administration de la justice, l'organisation de l'État, les lois administratives et fiscales et les lois pénales. Elles ont toutes en commun le fait qu'elles visent à protéger « l'ensemble des institutions qui constituent la base des règles du jeu

pose: to protect [TRANSLATION] "all the institutions that form the basis of the rules of the game in society": J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), at p. 157, No. 133. (See also J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (3rd ed. 1996), at p. 255, No. 165, and D. Lluelles, with B. Moore, *Droit québécois des obligations* (1998), vol. 1, at pp. 663-64, Nos. 2028 to 2030).

The courts have also considered this issue. In *Pauzé v. Gauvin*, [1954] S.C.R. 15, at p. 19, this Court said that the *Architects' Act*, R.S.Q. 1941, c. 272, was enacted to protect the general interest and ensure that truly skilled professionals are made available to the public so that buildings are properly constructed. That position was reiterated in *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499. At p. 524, L'Heureux-Dubé J., for the Court, noted that the courts have consistently held that laws establishing professional standards are of public order, even though, in one aspect, they protect a limited group within society. *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega v. Druker*, [1982] C.A. 181, deals more specifically with the provisions of the *Act respecting the Barreau du Québec*. In that case, L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, held that an agreement made in contravention of s. 56 *A.B.*, which prohibited an advocate from acting for a trustee in bankruptcy if in the two years prior to the bankruptcy he had represented the debtor, in order to avoid conflicts of interest, was invalid. At p. 191, she said:

[TRANSLATION] The *Act respecting the Barreau du Québec*, including the regulations made thereunder (s. 22), which were enacted for the purpose of protecting the public, contain mandatory and prohibitive provisions and also penalties (s. 48). The exclusive practice of a profession is a matter of public order. Subsequently, the *Architects' Act* and the *Civil Engineers' Act* have on many occasions been considered to be statutes of public order, as being for the protection of the public *Pauzé v. Gauvin*. . . .

Any agreement whose cause contravenes s. 128(1)(*b*) *A.B.* is therefore contrary to public

de la société » : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5e éd. 1998), p. 157, nº 133. (Voir également J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (3e éd. 1996), p. 255, nº 165, et D. Lluelles avec la collaboration de B. Moore, *Droit québécois des obligations* (1998), vol. 1, p. 663-664, nos 2028-2030.)

22 Les tribunaux se sont également penchés sur la question. Dans l'affaire *Pauzé c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15, p. 19, notre Cour a déclaré que la *Loi des architectes*, S.R.Q. 1941, ch. 272, avait été adoptée en vue de protéger l'intérêt général et de procurer au public les services de personnes réellement compétentes, afin d'assurer que les édifices soient convenablement construits. Cette position fut réitérée dans l'affaire *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499. À la page 524, le juge L'Heureux-Dubé, exprimant l'opinion de notre Cour, faisait état du fait que les tribunaux avaient jugé de façon constante que les lois établissant des normes professionnelles étaient d'ordre public, bien qu'en un sens elles protégeaient un groupe restreint au sein de la société. L'affaire *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega c. Druker*, [1982] C.A. 181, traite plus spécifiquement des dispositions de la *Loi sur le Barreau*. Dans cette affaire, le juge L'Heureux-Dubé, alors à la Cour d'appel du Québec, jugeait invalide une convention conclue à l'encontre de l'art. 56 *L.B.* qui interdisait à un avocat d'agir pour le syndic d'une faillite si dans les deux années précédant la faillite, il avait représenté la débitrice et ce afin d'éviter les conflits d'intérêts. À la page 191, elle affirmait :

Édictée en vue de la protection du public, la *Loi du Barreau*, y compris les règlements adoptés sous l'empire de cette loi (art. 22), contient des dispositions impératives et prohibitives ainsi que des sanctions (art. 48). L'exercice exclusif d'une profession est une matière d'ordre public. Depuis, la *Loi des architectes* et la *Loi des ingénieurs civils* ont, au motif de la protection du public, été considérées à maintes reprises comme des lois d'ordre public *Pauzé* c. *Gauvin* . . .

23 Toute convention dont la cause est contraire au sous-par. 128 (1)*b*) *L.B.* va donc à l'encontre de

order. Pursuant to art. 1416 *C.C.Q.*, any contract which does not meet the necessary conditions of its formation may be null. It is absolutely null where the condition of formation sanctioned by its nullity is necessary for the protection of the general interest (art. 1417 *C.C.Q.*); it is relatively null where the condition of formation sanctioned by its nullity is necessary for the protection of an individual interest (art. 1419 *C.C.Q.*). In view of the imperatives associated with protection of the public to which the *Act respecting the Barreau du Québec* responds, and to which I referred earlier, the provisions of that Act relating to the performance of exclusive acts could only have been enacted for the purpose of protecting the general interest. Therefore, a contract which contravenes that Act must be sanctioned by absolute nullity.

l'ordre public. En vertu de l'art. 1416 *C.c.Q.*, tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité. La nullité est absolue lorsque cette condition s'impose pour la protection de l'ordre général (art. 1417 *C.c.Q.*); elle est relative lorsqu'elle s'impose plutôt pour la protection d'intérêts particuliers (art. 1419 *C.c.Q.*). Étant donné les impératifs liés à la protection du public auxquels répond la *Loi sur le Barreau* et dont j'ai fait mention précédemment, ses dispositions concernant l'exercice d'actes réservés ne sauraient être édictées qu'en vue de protéger l'intérêt général. Ainsi, un contrat qui y contrevient doit être sanctionné de nullité absolue.

24 The appellant argues that in the event of nullity, whether relative or absolute, the contract is deemed never to have existed and the parties are bound to restore to each other the prestations they have received. In its view, it therefore necessarily follows that the proceedings resulting from a null contract must be restored to the Club juridique, thus preventing the respondents from using them before a court to exercise their rights. Accordingly, the main question that this Court must now answer is whether the nullity of this contract affects the validity of the resulting proceedings.

L'appelant prétend qu'en cas de nullité, qu'elle soit relative ou absolue, le contrat est réputé n'avoir jamais existé et les parties sont tenues de se restituer les prestations qu'elles ont reçues. Selon lui, il s'ensuit donc nécessairement que les actes de procédure résultant d'un contrat nul doivent être restitués au Club juridique, empêchant ainsi les intimés de s'en servir devant un tribunal pour faire valoir leurs droits. En ce sens, la principale question à laquelle cette Cour doit maintenant répondre est de déterminer si la nullité de ce contrat affecte la validité des actes de procédure qui y trouvent leur origine.

B. *The Effects of the Nullity or Validity of the Proceedings Resulting from a Null Contract*

B. *Les effets de la nullité ou la validité des procédures résultant d'un contrat nul*

25 As the maxim holds, "*Quod nullum est, nullum producit effectum*": what is void is of no effect. However, reality is often much more complex. We must therefore assess what this nullity means in time and space. First, a null contract produces no legal effects for the future. Furthermore, its past effects are erased, since the contract is deemed never to have existed, and the parties to the agreement must be restored to the condition in which they were before they entered into the agreement, pursuant to the principles of restitution of prestations set out in the *Civil Code of Québec* (arts. 1422 and 1699 *et seq.*).

Il est vrai que, suivant l'adage « *Quod nullum est, nullum producit effectum* », ce qui est nul ne produit aucun effet. Or, la réalité est souvent beaucoup plus complexe. Aussi, faut-il apprécier la portée de cette nullité dans le temps et dans l'espace. D'abord, un contrat frappé de nullité est privé de toute efficacité juridique dans le futur. De plus, les effets produits dans le passé sont effacés — le contrat étant réputé n'avoir jamais existé — et les parties à la convention doivent être replacées dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de la convention en application des principes de la restitution des prestations prévus au *Code civil du Québec* (art. 1422 et 1699 et suiv.).

Second, the question of what this nullity means may also be considered in terms of extent or space. It is then a matter of determining whether a juridical act will be null in whole or only in part (partial or complete nullity), or whether the nullity of the juridical act will have an impact on the fate of other juridical acts (simple or extended nullity): Y. Picod, *Rép. civ.* Dalloz, t. VII, "Nullité", at paras. 93 to 102. Before applying these concepts to this case, we need to examine the definition of the object of the parties' reciprocal obligations.

1. Object of the Obligations

The *Civil Code of Québec*, reiterating what we have been told by the learned French and Quebec authors, indicates that there is a distinction between the object of the obligation, which is the prestation that the debtor is bound to render to the creditor and which consists in doing or not doing something (art. 1373 *C.C.Q.*), and the object of the contract, which refers to the juridical operation envisaged by the parties as a whole and not in terms of each of its elements (art. 1412 *C.C.Q.*). The simplicity of the contract made by the parties in this case may occasionally create the impression that these two concepts overlap and become the same thing. However, it is appropriate to distinguish them.

The object of the obligation contracted by Mr. Descôteaux and the Club juridique is the provision of a service involving preparing and drawing up proceedings. In other words, they agreed, in exchange for financial consideration (the obligation contracted by the respondents), to provide the respondents with a certain quantity of advice and knowledge regarding the drawing up of proceedings. The analogy between this and a contract of employment is worth noting. By entering into a contract of employment, an employee undertakes for a limited period to do work for remuneration, according to the instructions of another person (art. 2085 *C.C.Q.*). The object of the employee's obligation is therefore the provision of labour and not the result of that labour. Similarly, the proceeding, as such, is merely the tangible expression of

Ensuite, la question de la portée de la nullité peut également être examinée en termes d'étendue ou d'espace. Il s'agit alors de déterminer si un acte juridique en entier ou encore une partie seulement de celui-ci sera frappé de nullité (nullité partielle ou intégrale) ou encore si la nullité de cet acte juridique aura une incidence sur le sort des autres actes juridiques (nullité simple ou élargie) : Y. Picod, *Rép. civ.* Dalloz, t. VII, « Nullité », nos 93-102. Avant de procéder à l'application de ces concepts dans la présente affaire, il convient de s'attarder à la définition de l'objet des obligations réciproques des parties. 26

1. L'objet des obligations

Le *Code civil du Québec*, reprenant en cela les enseignements de la doctrine française et québécoise, nous indique qu'il existe une distinction entre l'objet de l'obligation, comme étant la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose (art. 1373 *C.c.Q.*), et l'objet du contrat, qui envisage l'opération juridique réalisée par les parties comme un tout et non dans chacun de ses éléments (art. 1412 *C.c.Q.*). La simplicité du contrat conclu entre les parties en l'espèce peut parfois donner l'impression que ces deux notions se chevauchent et se confondent. Il y a tout de même lieu de les distinguer. 27

L'objet de l'obligation de M. Descôteaux et du Club juridique est la prestation d'un service de préparation et de rédaction d'actes de procédure. En d'autres mots, ces derniers, en échange d'une contrepartie financière (obligation des intimés), ont accepté de donner un certain nombre de conseils et de connaissances aux intimés en matière de rédaction de procédures. Il y a là une analogie intéressante avec le contrat de travail. En concluant un contrat de travail, le salarié s'engage, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction d'une autre personne (art. 2085 *C.c.Q.*). L'objet de l'obligation du salarié est alors la fourniture d'une force de travail et non le résultat de celle-ci. De la même façon, l'acte de procédure, en tant que tel, n'est-il que l'expression matérielle des connaissances qui ont 28

the knowledge that was transmitted to the respondents. It is the product of the service rendered by the Club juridique.

29 The proceeding filed by the respondents is in fact a distinct juridical act. [TRANSLATION] "The fact that a proceeding is a juridical act is not debated and is not really debatable": J. Héron, "Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé" (1988), 7 *Droits* 85. While there may be fine academic distinctions regarding the definition of a juridical act, any legal proceeding is a unilateral juridical act, since it is the expression of the will of the person who created it and of that person's desire for certain legal effects to be produced. See J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit civil* (1951); B. Moore, "De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain" (1997), 31 *R.J.T.* 276; Baudouin and Jobin, *supra*, Nos. 40-41; *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons* (2nd ed. 1991), "juridical act".

30 This juridical act may be distinguished from the agreement made between the parties in a number of respects. First, it is signed by the litigant and expresses that person's sole intention of exercising his rights, and is not the result of a bilateral agreement. Since it is a judicial act, it also does not have the essentially private nature of a contract, and it has a public dimension once it is presented to the court. Lastly, it may be distinguished from the agreement for drawing up the legal proceeding, in that its specific object is the representation of the litigant's rights before the courts. On this point, it is worth noting that the respondents not only personally signed their proceedings and had them stamped and filed in the Superior Court, but also represented themselves before the court. The Act in fact makes this distinction between preparing and drawing up proceedings and representation before the courts, which is done, inter alia, by presenting juridical acts such as these.

31 In Quebec, as I noted earlier, preparing and drawing up proceedings for others are the exclusive prerogative of the practising advocate (or

été transmises aux intimés. Il est le produit du service rendu par le Club juridique.

L'acte de procédure présenté par les intimés est en fait un acte juridique distinct. En effet, « [q]ue l'acte de procédure soit un acte juridique n'est pas discuté et n'est pas vraiment discutable » : J. Héron, « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé » (1988), 7 *Droits* 85. Au-delà des nuances doctrinales sur la question de la définition de l'acte juridique, toute procédure judiciaire est un acte juridique unilatéral, car elle est l'expression de la volonté de son auteur, ainsi que de son désir de voir certains effets de droit se réaliser. Voir J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil* (1951); B. Moore, « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain » (1997), 31 *R.J.T.* 276; Baudouin et Jobin, *op. cit.*, nos 40-41; *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* (2e éd. 1991), « acte juridique ».

Cet acte juridique se distingue de la convention conclue entre les parties sous plusieurs aspects. D'abord, il porte la signature du justiciable et exprime sa seule volonté de mettre en œuvre ses droits plutôt que d'être le résultat d'une entente bilatérale. Étant un acte judiciaire, il s'éloigne également du caractère essentiellement privé du contrat, et comporte une dimension publique une fois qu'il est présenté au tribunal. Il se distingue finalement de la convention visant la rédaction de l'acte de procédure en ce qu'il a précisément pour but la représentation des droits de ce justiciable devant les tribunaux. Il n'est pas inutile à cet égard de rappeler que les intimés ont non seulement signé, fait timbrer et déposé eux-mêmes leurs actes de procédure en Cour supérieure, mais ils ont également fait leurs propres représentations devant le tribunal. La loi marque d'ailleurs cette distinction entre la préparation et la rédaction des actes de procédure et la représentation devant les tribunaux qui se fait entre autres par la présentation de tels actes.

Comme je le mentionnais précédemment, au Québec, la rédaction et la préparation d'actes de procédure pour le compte d'autrui est un acte du

solicitor) under to s. 128(1)(*b*) *A.B.* A legal proceeding may therefore be prepared and drawn up by a person who is representing himself before the courts and who may do so on his own behalf pursuant to art. 61 *C.C.P.*

ressort exclusif de l'avocat en exercice ou du conseiller en loi, en vertu du sous-par. 128(1)*b*) *L.B.* Aussi, un acte de procédure peut-il être préparé et rédigé par une personne qui se représente seule devant les tribunaux, et qui a la possibilité de le faire en vertu de l'art. 61 *C.p.c.*, et ce, pour son compte personnel.

Representation before the court amounts to a second step. At that stage, the proceeding is no longer merely meant for use before the courts, but is in fact presented to the courts. This second step is also governed by various legal provisions. For example, s. 128(1)(*b*) *A.B.* has no application to representation. At that stage, arts. 61 and 62 *C.C.P.* and s. 128(2) *A.B.* come into play. Section 128(2) *A.B.* provides that to plead or act before any tribunal, when performed for others, is the exclusive prerogative of the advocate (except before certain listed tribunals). Article 62 *C.C.P.* confirms that the right to act as attorney before the courts is reserved exclusively to advocates: *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512, [1982] C.S. 1146 (Deschênes C.J.). Article 61 *C.C.P.* may also apply. Under that article, a person representing himself may present the necessary proceedings to exercise his rights and remedies. Representation includes both written and oral submissions. Therefore, a person who represents himself may also submit proceedings in the form of written pleadings.

32 La représentation devant le tribunal fait l'objet d'une seconde étape. À ce stade, la procédure n'est plus seulement destinée à servir devant les tribunaux, mais elle y est effectivement présentée. Cette seconde étape est également régie par différentes dispositions législatives. Par exemple, le sous-par. 128(1)*b*) *L.B.* n'a aucune portée à l'égard de la représentation. À ce stade, les art. 61 et 62 *C.p.c.* et le par. 128(2) *L.B.* prennent la relève. Le paragraphe 128(2) *L.B.* prévoit qu'est du ressort exclusif de l'avocat le fait de plaider ou d'agir devant tout tribunal pour le compte d'autrui (sauf devant certains tribunaux énumérés). L'article 62 *C.p.c.* confirme d'ailleurs que seuls les avocats peuvent agir à titre de procureurs devant les tribunaux : *Malartic Hygrade Gold Mines (Québec) Ltd. c. R. (Québec)*, [1982] C.S. 1146 (le juge en chef Deschênes). L'article 61 *C.p.c.* peut également s'appliquer. En vertu de celui-ci, la personne qui se représente seule peut présenter les actes de procédure nécessaires à l'exercice de ses droits et recours. La représentation comprend à la fois celle qui est écrite et celle qui est orale. Ainsi, la personne qui se représente seule peut également soumettre les actes de procédure en guise de plaidoirie écrite.

Accordingly, the object of the obligation of Mr. Descôteaux and the Club juridique is limited to preparing and drawing up proceedings, and the proceeding presented to the court is a separate juridical act performed by the respondents as litigants representing themselves in accordance with art. 61 *C.C.P.* Having clearly defined the object of the parties' obligations, I shall now determine the extent of the nullity of the agreement for the preparation of the proceedings.

33 En ce sens, l'objet de l'obligation de M. Descôteaux et du Club juridique est limité à la préparation et la rédaction des actes de procédure et la procédure judiciaire présentée devant les tribunaux est un acte juridique distinct appartenant aux intimés en tant que justiciables se représentant seuls conformément à l'art. 61 *C.p.c.* Ayant clairement défini l'objet des obligations des parties, je me propose maintenant de déterminer la portée de la nullité dont est affectée la convention visant la rédaction des actes de procédure.

2. Partial or Complete Nullity

34 In this case, the Court of Appeal held that the agreement between the parties was absolutely null, but the nullity might be only partial. While the court did not rely directly on art. 1438 *C.C.Q.*, it found there to be some analogy with that article. Under that provision, a clause which is null does not render the contract invalid in other respects, unless it is apparent that the contract may be considered only as an indivisible whole. A contract will found to be indivisible when the invalid clause was an essential element of the contract under the objective meaning of the contract or the meaning intended by the contracting parties.

35 *Pauzé v. Gauvin*, *supra*, is an example case in which partial nullity was applied by this Court. In that case, the respondent, who was a civil engineer and a member in good standing of the Corporation of Professional Engineers of Québec, claimed the value and price of the professional services he had rendered to the appellant: preparing plans and specifications and supervising the erection of a building. The appellant refused to pay on the ground that the agreement between the parties was null because it was contrary to s. 12 of the *Architects' Act* which provides that plans or specifications may only be furnished by architects. Taschereau J., for the majority, held that the contract was based on unlawful consideration and contrary to public order. However, the nullity should apply only to the preparation of the plans and specifications for compensation and not to the supervision of the work, since those were two independent and different functions, one of which was reserved for architects, and the other of which could also be performed by another person. The Court was therefore of the opinion that what had to be done was to limit the contract, which contained two clauses, to its lawful portion, rather than to uphold or nullify the entire contract. The part relating to the supervision of the work could therefore be the subject of an action for performance, while the part relating to the plans and specifications was null.

36 This situation has now been incorporated into the *Civil Code of Québec* by art. 1438. In his doc-

2. La nullité partielle ou intégrale

La Cour d'appel, dans cette affaire, a jugé que le contrat conclu entre les parties devait être sanctionné de nullité absolue, mais que cette nullité pouvait n'être que partielle. Sans s'appuyer directement sur l'art. 1438 *C.c.Q.*, la cour y a vu une certaine analogie. En vertu de cette disposition, la clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. L'indivisibilité d'un contrat sera constatée lorsque la clause invalide constituait un élément essentiel du contrat, dans son sens objectif ou au sens où l'entendaient les parties contractantes.

L'arrêt *Pauzé c. Gauvin*, précité, constitue un exemple de nullité partielle appliquée par notre Cour. Dans cette affaire, l'intimé, qui était ingénieur civil et membre en règle de la Corporation des ingénieurs professionnels du Québec, réclamait la valeur et le prix des services professionnels qu'il avait rendus à l'appelant, soit la préparation des plans et devis et la surveillance des travaux de construction d'un immeuble. L'appelant refusait de payer au motif que la convention intervenue entre les parties était nulle parce que contraire à l'art. 12 de la *Loi des architectes* selon lequel la fourniture de plans et devis est un acte réservé aux architectes. Le juge Taschereau, au nom de la majorité, déclarait que le contrat était fondé sur une considération illégale et contraire à l'ordre public. Cependant, cette nullité ne devait s'appliquer qu'à la confection des plans et devis rémunérés et non à la surveillance des travaux, puisqu'il s'agissait de deux fonctions indépendantes et différentes, l'une étant réservée à l'architecte et l'autre pouvant également être exécutée par un tiers. Il s'agissait donc, pour notre Cour, de restreindre un contrat contenant deux clauses à sa seule portion licite au lieu de le maintenir ou de l'annuler pour le tout. La partie sur la surveillance des travaux pouvait ainsi faire l'objet d'une action en exécution, tandis que la partie traitant des plans et devis était nulle.

L'article 1438 consacre maintenant cette situation dans le *Code civil du Québec*. Dans sa thèse

toral thesis, Professor Simler explains that true partial nullity consists solely of deleting a clause or material part of a particular juridical act from that act, without doing away with the entire act: P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques* (1969), at pp. 7-8. See also D. Veaux, "Contrats et obligations — Nullité ou rescision des conventions", *Juris-Cl. civil*, arts. 1304 to 1314, Fasc. 50, No. 84.

It is my view that art. 1438 *C.C.Q.* has no application in this case. What we have here is not a contract with a number of distinct objects; there is only one object: the provision of a service by Mr. Descôteaux and the Club juridique to the respondents in consideration for payment of an annual membership fee. Rather, the contract between them is null in its entirety, and as a result the agreement as a whole is null. If the proceedings that were produced as a result of this null act are to stand, it will not be by application of the concept of partial nullity, but because of the principle of simple nullity, which holds that the nullity of a contract has no impact on the fate of other contracts or juridical acts.

3. Simple or Extended Nullity

As a rule, the nullity of an act cannot extend to other distinct juridical acts: H., L. and J. Mazeaud and F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations — théorie générale* (9th ed. 1989), at para. 329-2; Picod, *supra*, at paras. 99 to 102. However, an act may by its nature be incidental to another, or they may be genuinely interdependent, in which case the nullity of one results in the nullity of the other. This doctrine of the accessory applies to security interests, for example. The nullity of the principal contract may also extend to the credit contract used to finance it. This is the case in Quebec under s. 116 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, which provides that a consumer who has used the net capital of a contract for the loan of money to make full or partial payment for the purchase or the lease of goods or services may, if the money lender and the vending or leasing merchant regularly work together with a view to the granting of loans of money to consumers, plead against the money lender any ground of

de doctorat, le professeur P. Simler précise que la vraie et la seule nullité partielle consiste à supprimer dans un acte juridique donné une clause ou une partie matérialisée de cet acte, sans que pour autant l'acte lui-même ne soit anéanti : P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques* (1969), p. 7-8. Voir aussi D. Veaux, « Contrats et obligations — Nullité ou rescision des conventions », *Juris-Cl. civil*, art. 1304 à 1314, Fasc. 50, nº 84.

37 À mon avis, l'art. 1438 *C.c.Q.* ne saurait recevoir d'application en l'espèce. Nous ne sommes pas en présence d'un contrat qui comporte plusieurs objets distincts, mais bien un seul, l'octroi d'un service par M. Descôteaux et le Club juridique aux intimés en échange du paiement d'une cotisation annuelle. La nullité du contrat conclu entre eux est davantage intégrale et emporte celle de l'ensemble de la convention. Si les actes de procédure résultant de cet acte nul peuvent subsister, ce n'est pas en vertu de l'application du concept de la nullité partielle, mais bien en raison du principe de la nullité simple selon lequel la nullité d'un contrat n'a pas d'incidence sur le sort des autres contrats ou actes juridiques.

3. La nullité simple ou élargie

38 En principe, la nullité d'un acte ne saurait s'étendre à d'autres actes juridiques distincts : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations — théorie générale* (9e éd. 1989), par. 329-2; Picod, *op. cit.*, nos 99-102. Il peut toutefois arriver que, par nature, un acte soit l'accessoire d'un autre ou qu'il existe une réelle interdépendance entre eux de sorte que la nullité de l'un emporte la nullité de l'autre. Cette théorie de l'accessoire prévaut notamment en matière de sûretés. Il arrive également que la nullité d'un contrat principal soit étendue au contrat de crédit ayant servi à le financer. Il en est ainsi au Québec en vertu de l'art. 116 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, selon lequel le consommateur qui a utilisé le capital net d'un contrat de prêt d'argent pour payer en totalité ou en partie l'achat ou le louage d'un bien ou d'un service, peut, si le prêteur d'argent et le commerçant vendeur ou locateur collaborent régulièrement en vue de l'octroi de prêts d'argent à des consom-

defence that he may urge against the vending or leasing merchant. (See the French equivalent: art. L. 311-21 of the *Code de la consommation*; and the following decisions of the Cour de cassation: Cass. civ. 1re, December 16, 1992, *Bull. civ.* X, No. 316, and Cass. civ. 2e, March 11, 1992, *Bull. civ.* III, No. 79.) However, other than in specific legislation so providing, extended nullity occurs only exceptionally. It applies to other juridical acts only when the two acts are closely connected and were made by the same parties for a common purpose.

39 The Supreme Court has only rarely considered this principle. In *Pauzé v. Gauvin*, *supra*, it declined to apply the principle of extended nullity, which it regarded as part of the theory of the accessory, and instead applied partial nullity. In so doing, however, it confirmed the existence of the principle in Quebec law. At p. 20 of his reasons, Taschereau J., for the majority, stated:

> [TRANSLATION] The appellant submits, on the other hand, that the supervision of the work is incidental to the contract for the preparation of the plans, and that the nullity associated with the latter also vitiates the former. I cannot accept that argument. There is no doubt that in certain cases the nullity of the principal contract, which exists in isolation and on its own, results in the nullity of the accessory contract which can exist only if it is connected with the principal contract. This is the case with a pledge, suretyship or hypothec that is attached to a loan agreement: *accessorium sequitur principale.* (Planiol and Ripert, Vol. 6, No. 44; Mignault, Vol. 5, pp. 187-88; Pothier, No. 14.) [Emphasis added.]

40 Although it mistakenly relied on the concept of partial nullity, the Court of Appeal in this case was also of the opinion that the courts had sometimes declined to extend the nullity of a contract to other incidental juridical operations when those operations were not closely connected to the contract. In fact, the nullity of the agreement between the parties in the instant case, the object of which was the preparing and drawing up of proceedings, does not necessarily have an impact on the validity of the proceeding presented to the court by the respondents, which was a distinct juridical act. The parmateurs, opposer au prêteur d'argent les moyens de défense qu'il peut faire valoir à l'encontre du commerçant vendeur ou locateur. (Voir l'équivalent français : art. L. 311-21 du *Code de la consommation*; et les arrêts de la Cour de cassation suivants : Cass. civ. 1re, 16 décembre 1992, *Bull. civ.* X, nº 316, et Cass. civ. 2e, 11 mars 1992, *Bull. civ.* III, nº 79.) Par contre, au-delà des textes de loi spécifiques qui le prévoient, la nullité n'est qu'exceptionnellement élargie. Elle ne s'étend aux autres actes juridiques que lorsque les deux actes sont intimement liés, ont été conclus entre les mêmes parties et pour une fin commune.

Notre Cour ne s'est que rarement penchée sur ce principe. Dans l'affaire *Pauzé c. Gauvin*, précitée, elle a rejeté l'application du principe de la nullité élargie, le considérant comme faisant partie de la théorie de l'accessoire, au profit de la nullité partielle. Ce faisant, elle confirmait toutefois son existence en droit québécois. À la page 20 de ses motifs, le juge Taschereau, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, indiquait :

> L'appelant soutient au contraire que la surveillance des travaux est ancillaire au contrat de la préparation des plans, et que la nullité attachée à ce dernier vicie également le premier. Je ne puis accepter cette prétention. Il ne fait pas de doute qu'en certains cas, la nullité du contrat principal, qui existe à l'état isolé et par lui-même, entraîne la nullité du contrat accessoire, qui ne peut exister qu'en se rattachant à ce même contrat principal. Ainsi en est-il du contrat de gage, de cautionnement ou d'hypothèque, greffé à un contrat de prêt : *accessorium sequitur principale.* (Planiol et Ripert, Vol. 6, No. 44; Mignault, Vol. 5, pages 187 et 188; Pothier, No. 14). [Je souligne.]

Bien qu'elle s'appuyait à tort sur le concept de nullité partielle, la Cour d'appel dans la présente affaire partageait également cet avis que les tribunaux avaient parfois empêché d'étendre la nullité d'un contrat à d'autres opérations juridiques incidentes lorsque celles-ci n'étaient pas intimement liées. En effet, la nullité de la convention conclue entre les parties, et ayant pour objet la préparation et la rédaction d'actes de procédure, n'a pas d'incidence nécessaire sur la validité de l'acte juridique distinct que constitue la procédure judiciaire présentée par les intimés au tribunal. Les parties aux

ties to the two juridical acts are not identical; the proceeding is a unilateral juridical act of the litigant, and it may be distinguished by this fact from the agreement, which is a meeting of minds. In addition, as I noted earlier, while the agreement is an exclusively private matter, subject to the requirements of public order, the juridical act takes on a particular public dimension when it is filed with the court. Lastly, while the purpose of the proceeding is to enable the litigant to exercise his or her rights at the representation stage, the agreement comes into play only at the initial preparation stage.

deux actes juridiques ne sont pas les mêmes; l'acte de procédure est un acte unilatéral du justiciable, ce qui le distingue de l'accord de volontés que constitue le contrat. De plus, comme je le mentionnais précédemment, si la convention ne relève que du domaine privé, sous réserve des exigences de l'ordre public, l'acte judiciaire comporte une dimension publique particulière lorsqu'il est déposé devant le tribunal. Finalement, alors que l'acte de procédure a pour objectif de faire valoir les droits du justiciable au stade de la représentation, la convention n'intervient qu'au stade de la préparation initiale.

Applying the principle of simple nullity of the agreement for drawing up legal proceedings in civil law is perfectly consistent with the intent expressed by the Quebec legislature when it enacted art. 61 *C.C.P.* Article 61 is an integral part of a statute enacted to regulate the proper administration of justice in Quebec. It is found in Book I, Title III of the Code, which contains a set of fundamental rules that apply to all legal actions; these include rules concerning the interest, quality and capacity that the parties must have in order to bring an action, and various provisions that apply to the attorneys who may represent them. Article 61 provides that a party may represent himself: "No one is required to be represented by attorney before the courts" (emphasis added). It is therefore only exceptionally that a person must use the services of an attorney: for instance, where that person is a legal person, an association or a partnership. Article 61 most certainly establishes a right of access to the courts for all litigants who have the characteristics necessary for that purpose.

41 L'application de ce principe de la nullité simple de la convention visant la rédaction des actes de procédure en droit civil s'harmonise parfaitement avec l'intention manifestée par le législateur québécois lorsqu'il a adopté l'art. 61 *C.p.c.* L'article 61 fait partie intégrante d'une loi édictée en vue de réglementer la bonne administration de la justice au Québec. Il se situe dans le titre III du livre premier du Code qui regroupe un ensemble de règles fondamentales applicables à toutes les demandes en justice parmi lesquelles figurent celles concernant l'intérêt, la qualité et l'aptitude nécessaires aux parties pour intenter un recours ainsi que différentes dispositions régissant, le cas échéant, leurs procureurs. L'article 61 pose comme règle la possibilité pour une partie de se représenter seule : « Nul n'est tenu de se faire représenter par procureur devant les tribunaux » (je souligne). Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel qu'une personne doit faire appel aux services d'un procureur, notamment lorsqu'elle est une personne morale, une association ou encore une société en nom collectif. L'article 61 constitue certes un droit d'accès aux tribunaux pour tous les justiciables réunissant les qualités nécessaires pour ce faire.

A provision of this kind cannot be rendered ineffective by the provisions of the *Act respecting the Barreau du Québec*, no matter how prohibitive they may be. They should rather be regarded as part of the framework provided by the *Code of Civil Procedure*, and interpreted in such a way as to allow art. 61 to retain its meaning and effect. A litigant therefore cannot be prevented from exer-

42 Une telle disposition ne saurait être neutralisée par les dispositions de la *Loi sur le Barreau*, aussi prohibitives soient-elles. Il y a plutôt lieu de les voir se greffer au cadre fourni par le *Code de procédure civile* et de leur donner une interprétation qui permette à l'art. 61 de conserver son sens et sa portée. Ainsi, on ne saurait empêcher un justiciable de faire valoir ses droits au motif qu'il a obtenu de

cising his rights on the ground that he has obtained the assistance of a person who is not a member of the Barreau; it would be a grave restriction on the ability of a litigant to exercise his right to represent himself, for which the legislature has made provision in the *Code of Civil Procedure*, if that were the case.

43 In that regard, in a working paper prepared for the Minister of Justice in February 2000, the committee that had been established to review civil procedure in Quebec also stressed the importance of facilitating access to the courts by litigants representing themselves pursuant to art. 61. In the opinion of the committee, the right to be a party to an action without being represented requires for its implementation that members of the public have access to the appropriate resources to enable them to act for themselves: Quebec Department of Justice, *La révision de la procédure civile*, Document de consultation du comité de révision de la procédure civile, February 2000, at p. 11.

44 I also note that in the relevant legislation the legislature has not provided any penalty for a litigant who obtains the assistance of another person for drawing up and preparing his legal proceedings, although it has expressly done so on other occasions, for instance where a litigant has received advice from a disqualified person. Section 123(2) *A.B.* provides that a judicial proceeding taken (that is, drawn up, prepared or signed, but also presented to the court) by a disqualified person (defined in s. 122 as an advocate who holds an incompatible position or office, is provided with a tutor or assigns his property) for another person shall be invalidated by the court if the client so requests or if it is established that the client was aware of such disqualification. No such penalty is provided, in the *Act respecting the Barreau du Québec* or in other statutes, in respect of proceedings drawn up for others by anyone other than a disqualified person, which proceedings are in a way the fruit of a null contract, even if the litigant who made the contract was acting with full knowledge. This is especially true in the case of a juridi-

l'aide d'une personne non-membre du Barreau sous peine de restreindre gravement la possibilité pour ce justiciable d'exercer son droit de se représenter seul prévu par le législateur dans le *Code de procédure civile*.

À cet égard, dans un document de consultation qu'il rédigeait à l'attention du ministre de la Justice en février 2000, le comité chargé de la révision de la procédure civile au Québec soulignait également l'importance de faciliter l'accès aux tribunaux pour le justiciable qui fait lui-même valoir ses droits en vertu de l'art. 61. À son avis, le droit d'ester en justice sans être représenté requiert donc, pour sa mise en œuvre, des outils adéquats permettant aux citoyens d'agir personnellement : ministère de la Justice du Québec, *La révision de la procédure civile*, Document de consultation du Comité de révision de la procédure civile, février 2000, p. 11.

Je note d'ailleurs que le législateur n'a prévu aucune sanction pour le justiciable qui se fait aider par un tiers dans la rédaction et la préparation de ses actes de procédure dans la législation pertinente, alors qu'il l'a expressément fait à d'autres occasions. Il en est ainsi du justiciable qui a bénéficié des conseils d'une personne inhabile. Le paragraphe 123(2) *L.B.* prévoit qu'une procédure faite, c'est-à-dire rédigée, préparée, signée, mais aussi présentée au tribunal par une personne inhabile (définie à l'art. 122 comme un avocat qui occupe une fonction incompatible, qui est pourvu d'un tuteur ou qui a fait cession de ses biens) pour le compte d'autrui, sera rejetée par le tribunal si le client le demande ou si on établit qu'il connaissait cette inhabilité. Une telle sanction n'est pas prévue dans la *Loi sur le Barreau* ou dans d'autres lois pour les procédures rédigées pour le compte d'autrui par d'autres qu'une personne inhabile qui sont en quelque sorte le produit d'un contrat nul, et ce même si le contrat a été conclu par le justiciable en toute connaissance de cause. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de l'acte du justiciable lui-

cal act by the litigant himself, that is, one which is signed by that person and filed for his own purposes.

Thus, while it is clearly illegal for a person who is not a member of the Barreau to practise the profession of advocate or to perform any of the acts reserved for advocates, the respondents cannot be reproached for exercising their rights on the same basis as any other litigant. The main reason for the existence of the *Act respecting the Barreau du Québec* and its various regulatory provisions is to protect the public from persons who are not entered on the Roll of the Order who claim to be capable of providing good quality services. It is therefore hardly surprising that the Act does not impose penalties on litigants and aims rather to punish persons who are not members of the Barreau who perform acts reserved for advocates. In the absence of an express legislative provision, a litigant who makes the mistake of using the services of such persons cannot be penalized. In *Millette v. 2862-2678 Québec Inc.*, Sup. Ct. Laval, No. 540-05-002176-968, November 27, 1996, Bergeron J. stated a similar view at p. 3:

[TRANSLATION] Once again, as I said earlier in discussion, or during the argument, I find it hard to believe that a Court could penalize an applicant, whether or not acting in good faith, who has obtained assistance to draw up his proceedings from someone who does not have the right under the Act respecting the Barreau du Québec to do so. Otherwise, I have noted some examples, an action that was brought a few days before the prescription date could be dismissed, thereby depriving a litigant of a potentially valid remedy because he made the mistake of consulting the Club juridique or a certain Mr. Descôteaux.

I do not think that any section of the Act respecting the Barreau du Québec provides that documents prepared by persons who are not eligible to do so affect the proceeding to the point that the action must be dismissed or, as in the cases referred to earlier, that the applications must be dismissed.

In another case identical to the one that is the subject of this appeal, *Dubé v. Beaulieu*, C.Q. Beauharnois, No. 760-22-000024-979, June 25, 1997, Judge Boyer of the Court of Québec aptly summarized the spirit of my remarks. In that case,

même, c'est-à-dire, signé par lui et produit à ses propres fins.

Ainsi, s'il est clairement illégal pour une personne non-membre du Barreau d'exercer la profession d'avocat ou de poser l'un quelconque des actes qui lui sont réservés, on ne saurait reprocher aux intimés, au même titre que tout autre justiciable, de faire valoir leurs droits. La principale raison d'être de la *Loi sur le Barreau* et de ses différentes dispositions réglementaires est de protéger le public à l'encontre des personnes qui, sans être inscrites au Tableau de l'Ordre, prétendent pouvoir offrir des services de qualité. Aussi n'est-il pas surprenant que la loi ne prévoit aucune sanction à l'encontre du justiciable et vise plutôt à sanctionner les personnes non-membres du Barreau qui posent des actes réservés. En l'absence de disposition législative expresse, on ne saurait pénaliser le justiciable qui commet l'erreur de s'adresser à ces personnes. Dans l'affaire *Millette c. 2862-2678 Québec Inc.*, C.S. Laval, nº 540-05-002176-968, 27 novembre 1996, p. 3, le juge Bergeron exprimait des propos similaires : 45

Encore une fois et je l'ai dit tantôt dans la discussion ou pendant l'argument, j'ai du mal à penser qu'une Cour de justice puisse pénaliser un demandeur qu'il soit ou non de bonne foi et qui s'est fait aider dans la rédaction de ses procédures par quelqu'un qui n'a pas le droit, en vertu de la Loi du Barreau, de faire cela. Autrement, j'ai signalé quelques exemples, on pourrait rejeter une action prise quelques jours avant la prescription et priver un justiciable d'un recours possiblement valable parce qu'il aurait commis cette erreur de consulter le Club juridique ou un dénommé Descôteaux.

Je ne pense pas que la Loi du Barreau indique en aucun article que des documents ainsi préparés par des personnes non éligibles à le faire entache la procédure au point qu'on doive ou rejeter l'action ou comme dans les deux cas mentionnés tantôt, rejeter les requêtes présentées.

Dans une autre affaire identique à celle qui fait l'objet du présent appel, *Dubé c. Beaulieu*, C.Q. Beauharnois, nº 760-22-000024-979, 25 juin 1997, le juge Boyer de la Cour du Québec résumait bien l'esprit de mes propos. Dans cette affaire, le 46

the applicant had made a motion to dismiss the defence on the ground that it had been drawn up by the mandatary of the Club juridique. Judge Boyer was of the opinion that the contract of mandate the parties had entered into for drawing up the proceedings was absolutely null because it was contrary to public order. However, the nullity of the contract had no impact on the fate of the proceedings filed with the court. Furthermore, no right or remedy should be taken away from a litigant who has consulted a person who is not a member of the Bar. At pp. 5-6 of his judgment, he said the following:

demandeur avait présenté une requête en irrecevabilité de la défense au motif que celle-ci avait été rédigée par le mandataire du Club juridique. Le juge Boyer était d'avis que le contrat de mandat conclu entre les parties en vue de rédiger les actes de procédure était nul de nullité absolue parce que contraire à l'ordre public. Cependant, la nullité du contrat n'avait pas d'incidence sur le sort des procédures produites devant le tribunal. De plus, il ne saurait être question d'enlever tout droit et recours au justiciable qui consulte une personne non-membre du Barreau. Il affirmait, aux p. 5-6 de son jugement :

[TRANSLATION] This principle [public order] having been recognized, the Court believes, however, that a distinction must be made in this case between an illegal contract of mandate *ad litem* and the pleading itself, which is a juridical act resulting from an illegal act. It is difficult to imagine that the Court could not strip all legal effect from the mandate *ad litem* which contravenes political public order or directive public order, in other words the general interest. The Court must in fact raise the issue *ex officio* where the parties do not and prevent the offender from continuing to act.

Ce principe reconnu [ordre public], le Tribunal estime qu'il faut cependant distinguer en l'espèce entre le contrat de mandat *ad litem* illégal et le texte de la défense, un fait juridique issu d'une illégalité. On concevrait mal que le Tribunal ne puisse priver de toute efficacité juridique un mandat *ad litem* qui heurte l'ordre public politique, l'ordre public de direction, c'est-à-dire l'intérêt général. Le Tribunal doit même la soulever d'office en cas d'inaction des parties et empêcher le contrevenant de continuer à occuper.

On the other hand, the pleading itself is the result of an illegal act: the preparation of a proceeding. This is an act for which the offender may indeed deserve to be penalized, but it cannot be annulled. The court believes, as Anthime Bergeron J. of the Superior Court said in his decision, striking the defence from the record would have the effect of penalizing the defendant rather than protecting her as a member of the public. The prohibitive aspects of the Act respecting the Barreau du Québec and the Professional Code are aimed at penalizing the illegal practice of a profession rather than punishing the offender's clientele.

Le texte de la défense constitue par contre le produit d'une illégalité, soit la préparation d'une procédure. Il s'agit d'un fait qui peut certes mériter une sanction au contrevenant mais qui ne peut être annulé. Le Tribunal, à l'instar de ce que décide l'honorable juge Anthime Bergeron de la Cour Supérieure, estime que le rejet de la défense au dossier aurait pour effet de pénaliser la défenderesse et non de la protéger comme membre du public. L'aspect répressif de la Loi sur le Barreau et le Code des professions vise à sanctionner l'exercice illégal d'une profession et non à châtier la clientèle du contrevenant.

47 In conclusion, I am therefore of the opinion that the nullity of the agreement for drawing up the proceedings cannot affect the validity of the proceedings presented to the court in a legal action. The proceedings are not only a separate juridical act by the litigant himself, but also the tangible expression of that person's right to represent himself in matters relating to the administration of justice, as provided by the *Code of Civil Procedure*.

En conclusion, je suis donc d'avis que la nullité de la convention visant la rédaction des actes de procédure ne saurait affecter la validité des actes de procédure présentés au tribunal dans le cadre d'un recours en justice. Il s'agit non seulement d'un acte juridique distinct qui appartient au justiciable, mais également la concrétisation du droit de ce justiciable de se représenter seul comme le prévoit le *Code de procédure civile* en matière d'administration de la justice.

4. Access to Justice

In concluding, I would like to add a few words regarding access to justice. This very important principle was central to the respondents' argument before this Court and in the lower courts. In their view, dismissing the proceedings on the ground that they were drawn up with the assistance of the Club juridique infringes their right of access to the justice system. There is no doubt that what art. 61 *C.C.P.* does, *inter alia*, is to recognize the situation of certain litigants who are too well off to qualify for public legal assistance but not well enough off to pay for the services of an advocate. Often, the option of consulting an advocate is not available to them. Article 61 enables them to represent themselves and to present the proceedings that are needed in order for them to be able to exercise their rights and remedies. Recognition of that reality must not, however, be confused with access to justice. It is a mistake to believe that access to justice in Canada is furthered by allowing people to use proceedings prepared or drawn up by persons who are not members of the Barreau, or persons who have been struck off the Roll as a result of a breach of professional standards, and who claim to be capable of providing good quality service. On the contrary, it may often be adverse to litigants' own interests to exercise that freedom.

Accordingly, the essential role that the advocate is called upon to play in our society cannot be overemphasized. Advocates are officers of the court. By their oath of office, they solemnly affirm that they will fulfill the duties of their profession with honesty, integrity and justice and will comply with the various statutory provisions governing the practice of that profession, to which I referred extensively in the first part of these reasons. Section 2 *A.B.* is the statutory expression of the public function performed by advocates before the courts. Pursuant to s. 2.06 of their *Code of ethics of advocates*, advocates have a duty to serve justice and to uphold the authority of the courts. They must therefore perform their professional obligations with integrity and preserve the impartiality and independence of the court. See Quebec Depart-

4. L'accessibilité à la justice

48 En terminant, j'ajouterai quelques mots sur l'accessibilité à la justice. Ce principe fort important était au cœur de l'argumentation des intimés devant cette Cour et les cours inférieures. Selon eux, le rejet des actes de procédure au motif qu'ils ont été rédigés avec l'aide du Club juridique porte atteinte à leur droit à l'accessibilité au système de justice. Il ne fait aucun doute que l'art. 61 *C.p.c.* exprime entre autres la reconnaissance de la situation de certains justiciables qui, trop fortunés pour avoir recours à l'assistance juridique de l'État, ne le sont pas suffisamment pour se payer les services d'un avocat. Le choix de consulter un avocat pour ces personnes n'en est souvent pas un. L'article 61 leur permet de se représenter seuls et de soumettre les actes de procédure nécessaires à l'exercice de leurs droits et recours. Cependant, on ne saurait confondre la reconnaissance de cette réalité avec l'accessibilité à la justice. C'est se méprendre que de croire que le fait de laisser les gens se servir de procédures préparées ou rédigées par des personnes non-membres du Barreau ou radiées de celui-ci à la suite d'une contravention aux normes de la profession et qui prétendent pouvoir offrir des services de qualité, favorise l'accessibilité à la justice au Canada. Bien au contraire, l'exercice de cette liberté par les justiciables peut souvent aller à l'encontre de leurs propres intérêts.

49 En ce sens, on ne saurait trop insister sur le rôle essentiel que l'avocat est appelé à jouer dans notre société. L'avocat est un officier de justice. Par son serment d'office, il affirme solennellement qu'il remplira les devoirs de sa profession avec honnêteté, fidélité et justice et qu'il se conformera aux diverses dispositions législatives qui régissent son exercice et dont j'ai largement fait mention dans la première partie de ces motifs. L'article 2 *L.B.* consacre cette fonction publique qu'il exerce auprès du tribunal. En vertu de l'art. 2.06 de son *Code de déontologie des avocats*, il a le devoir de servir la justice et de soutenir l'autorité des tribunaux. Il doit donc s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité et préserver l'impartialité et l'indépendance du tribunal. Voir ministère de la Justice du Québec, *op. cit.*, p. 16, « L'avocat », et

ment of Justice, *supra*, p. 16, "L'avocat", and Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct* (1988), ch. XIII, "The Lawyer and the Administration of Justice", p. 59.

Association du Barreau canadien, *Code de déontologie professionnelle* (1988), ch. XIII, « L'avocat et l'administration de la justice », p. 65.

50 In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 187-88, McIntyre J. explained the importance of the function performed by advocates in relation to the courts as follows:

> It is incontestable that the legal profession plays a very significant — in fact, a fundamentally important — role in the administration of justice, both in the criminal and the civil law. I would not attempt to answer the question arising from the judgments below as to whether the function of the profession may be termed judicial or *quasi*-judicial, but I would observe that in the absence of an independent legal profession, skilled and qualified to play its part in the administration of justice and the judicial process, the whole legal system would be in a parlous state. In the performance of what may be called his private function, that is, in advising on legal matters and in representing clients before the courts and other tribunals, the lawyer is accorded great powers not permitted to other professionals. . . . By any standard, these powers and duties are vital to the maintenance of order in our society and the due administration of the law in the interest of the whole community.

Dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187-188, le juge McIntyre expliquait ainsi l'importance de cette fonction exercée par les avocats auprès des tribunaux :

> Il est incontestable que la profession juridique joue un rôle très important et, en fait, un rôle d'une importance fondamentale dans l'administration de la justice tant en matière criminelle qu'en matière civile. Je n'essaierai pas de répondre à la question que soulèvent les décisions des tribunaux d'instance inférieure et qui consiste à savoir si le rôle de la profession juridique peut être qualifié de judiciaire ou de quasi judiciaire, mais je soulignerai qu'en l'absence d'une profession juridique indépendante, possédant l'expérience et les compétences nécessaires à l'exercice de son rôle dans l'administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire. Dans l'exercice de ce que l'on pourrait appeler ses fonctions de nature privée, c'est-à-dire, en jouant le rôle de conseiller juridique et de représentant de clients devant les tribunaux judiciaires et autres, l'avocat se voit conférer de vastes pouvoirs non consentis aux membres d'autres professions libérales. [. . .] Peu importe la norme qu'on applique, ces pouvoirs et fonctions sont essentiels au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi dans l'intérêt de toute la collectivité.

51 In the collective imagination, the advocate therefore embodies, first and foremost, the trial lawyer who defends his client's rights. He embodies the defence of liberty and is the custodian of the secrets of the law and procedure that enable him to win his cases. This function, which is referred to as judicial, does indeed represent part of the work of certain advocates, but it is by no means the only or the most important work they do. In fact, the judicial function is in a way merely [TRANSLATION] "incidental to the legal function". This aspect of the advocate's function, which is public and more flamboyant, has simply overshadowed his primary legal function: J.-C. Woog, *Pratique professionnelle de l'avocat* (3rd ed. 1993), at p. 8.

Dans l'imaginaire collectif, l'avocat incarne donc d'abord et avant tout ce plaideur qui défend les droits de son client dans le cadre d'un procès. Il symbolise la défense de la liberté et est le détenteur des secrets du droit et de la procédure qui lui permettent d'obtenir gain de cause. Cette fonction dite judiciaire représente certes une partie du travail de certains avocats, mais elle est loin d'être la seule ou la plus importante. En fait, le judiciaire n'est, en quelque sorte, qu'un « accident du juridique ». Cet aspect de la fonction d'avocat, public et plus flamboyant, a simplement occulté sa fonction juridique première : J.-C. Woog, *Pratique professionnelle de l'avocat* (3e éd. 1993), p. 8.

In a book that presents various points of view regarding the professional ethics of the legal profession, some authors suggest a fuller moral conception of the "responsible lawyer". This approach suggests that apart from the adversarial role that may have been assigned to the advocate, he is a person who performs various counselling functions in the best interests of his client, his profession and the administration of justice in general: D. E. Buckingham, J. E. Bickenbach, R. Bronaugh and the Honourable Bertha Wilson, *Legal Ethics in Canada — Theory and Practice* (1996), foreword by the Honourable Mr. Justice Frank Iacobucci. At pp. 97 and 143, they write:

Popular culture has gone a long way in convincing us that legal work is what happens in the courtroom, specifically the criminal courtroom. . . . This type of confrontation between two parties, each with a trained advocate pressing his or her claim, is the typical manifestation of what is often called the adversarial system of law. . . .

. . .

[We should] expand the traditional paradigm to one that is consistent with and allows for a fuller moral conception of what it means to be a lawyer and a person. . . . The "role" of the lawyer is actually many roles in one — several professional and several personal roles. . . .

Every lawyer functions in several personal roles apart from the role of being a lawyer. These roles make us, at one time or another, child, spouse, mother or father, friend, leader, and citizen. In addition, as lawyers, the professional role makes us, often in the course of a day, adviser to a client, advocate for a client in court, lobbyist, negotiator, employer or employee, or partner.

Thus, contrary to popular belief, not only will a good advocate not foment dissension and promote disputes between parties, he will seek to reconcile opposing interests in order to avoid the ultimate confrontation of a trial. He will be called on to play the role of moderator, negotiator and conciliator. Indeed, it is his duty to facilitate a rapid solution to disputes and to avoid fruitless or frivolous actions: ss. 2.02, 2.05 and 3.02.11 of the *Code of*

Dans un ouvrage regroupant différents points de vue sur la déontologie professionnelle de la profession juridique, des auteurs suggèrent une conception morale et plus globale de l'avocat dit responsable (« *responsible lawyer* »). Suivant cette approche, au-delà du rôle d'adversaire que l'on a pu attribuer à l'avocat, celui-ci est une personne qui remplit différentes fonctions de conseiller dans le meilleur intérêt de son client, de sa profession et de l'administration de la justice en général : D. E. Buckingham, J. E. Bickenbach, R. Bronaugh et l'honorable Bertha Wilson, *Legal Ethics in Canada — Theory and Practice* (1996), préfacé par l'honorable Frank Iacobucci. Aux pages 97 et 143, ils s'expriment ainsi : 52

[TRADUCTION] La culture populaire contribue largement à l'image selon laquelle le travail d'avocat se fait dans la salle d'audience, en particulier devant les tribunaux criminels. [. . .] Ce genre de confrontation où chacune des parties est représentée par un avocat d'expérience qui plaide sa cause est typique de ce que l'on appelle souvent le système accusatoire . . .

. . .

[Nous devrions] élargir le paradigme traditionnel de manière à y englober le plein sens moral de ce que signifie être avocat et une personne. [. . .] Le « rôle » de l'avocat comporte en fait de nombreuses facettes, plusieurs sur le plan professionnel et plusieurs sur le plan personnel . . .

Tout avocat assume plusieurs rôles à titre personnel, en plus d'être avocat. Ainsi, nous sommes à un moment donné de notre vie enfant, conjoint, père ou mère, ami, dirigeant et citoyen. Par ailleurs, en tant qu'avocat ce rôle professionnel fait souvent de nous au cours d'une même journée conseiller, plaideur, lobbyiste, négociateur, employeur ou employé ou associé.

Ainsi, contrairement à la croyance populaire, le bon avocat, loin d'accentuer et d'exacerber les différends entre les parties, tentera de rapprocher les intérêts opposés afin d'éviter l'affrontement ultime que constitue le procès. Il sera appelé à jouer un rôle de modérateur, de négociateur et de conciliateur. Il est d'ailleurs de son devoir de faciliter la solution rapide des litiges et de ne pas intenter de recours inutiles ou frivoles : art. 2.02, 2.05 et 53

ethics of advocates, and Canadian Bar Association, *supra*, ch. IX, "The Lawyer as Advocate", p. 35. Thus, whenever it is appropriate to do so, the advocate must discuss alternative dispute resolution methods (mediation, conciliation and arbitration) with his client, and must properly advise the client regarding the benefits of settling disputes. He may also hold discussions with the opposing party and negotiate a resolution of the dispute between the parties: Barreau du Québec, *Collection de droit 1999-2000*, vol. 1, *Barreau et pratique professionnelle*, ch. X, "Les devoirs envers l'administration de la justice", by P.-G. Guimont, at pp. 97-110. See also P. B. Heymann and L. Liebman, *The Social Responsibilities of Lawyers: Case Studies* (1988); G. MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline* (loose-leaf), vol. 1.

3.02.11 du *Code de déontologie des avocats* et Association du Barreau canadien, *op. cit.*, ch. IX, « L'avocat en tant que tel », p. 39. Ainsi, à chaque fois que la situation s'y prête, l'avocat doit envisager avec son client les modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, conciliation et arbitrage) et il doit l'informer adéquatement des avantages à procéder à l'amiable. Il pourra également discuter avec la partie adverse et négocier un règlement au différend qui les oppose : Barreau du Québec, *Collection de droit 1999-2000*, vol. 1, *Barreau et pratique professionnelle*, ch. X, « Les devoirs envers l'administration de la justice », par Me P.-G. Guimont, p. 97-110. Voir aussi P. B. Heymann et L. Liebman, *The Social Responsibilities of Lawyers: Case Studies* (1988); G. MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline* (feuilles mobiles), vol. 1.

54 Thus, while it is highly commendable to promote access to justice, and while it is true that providing litigants with the option of representing themselves and presenting the proceedings they consider appropriate reflects recognition of litigants' free agency and is to some extent an appropriate approach to take, it cannot be said that it is an end in itself. Every day, the courts across Canada contribute to some degree to enhancing access to justice. For example, they ensure that constitutional guarantees, including the right to the assistance of an interpreter and the right to use the official language of one's choice in proceedings before them, are enforced. The registrars of those courts also provide litigants with invaluable technical assistance, and judges persons who are not represented by advocates with direction and guidance in exercising their rights. In no respect, however, can they replace an advocate. As an officer of the court, the advocate plays an essential role in our justice system, in representing the rights of litigants before the courts, but also at the preceding stage of settling disputes. It would therefore be desirable for all litigants to be able to retain the services of an advocate, irrespective of their financial situation.

Ainsi, s'il est éminemment louable de favoriser l'accessibilité à la justice et s'il est vrai que d'offrir aux justiciables la possibilité de se représenter seuls et de présenter les actes de procédure qu'ils jugent appropriés constitue la reconnaissance du libre arbitre des justiciables et, dans une certaine mesure, une piste de solution, on ne saurait affirmer qu'il s'agit d'une fin en soi. À chaque jour, les tribunaux à travers le Canada contribuent dans une certaine mesure à rendre la justice plus accessible. Par exemple, ils assurent la mise en œuvre de garanties constitutionnelles, dont le droit à l'assistance d'un interprète et le droit d'employer la langue officielle de son choix dans les procédures intentées devant eux. Les greffiers et greffières des cours fournissent également une aide technique précieuse aux justiciables et les juges encadrent et guident les personnes non représentées par des avocats dans l'exercice de leurs droits. Cependant, ils ne sauraient en aucune façon remplacer l'avocat. Celui-ci, en tant qu'officier de justice, joue un rôle essentiel dans notre système de justice, au niveau de la représentation des droits des justiciables devant les tribunaux, mais également à l'étape préalable de règlement à l'amiable des litiges. Aussi serait-il souhaitable que tous les justiciables puissent y avoir recours peu importe leur situation financière.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, the appeal is dismissed, the appellant being ordered to reimburse to the respondents their disbursements throughout.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Flynn, Rivard, Montréal.

Solicitors for the mis en cause Chrétien: Warren & Ouellet, Thedford-Mines.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, l'appel est rejeté, l'appelant étant condamné à rembourser aux intimés leurs déboursés devant toutes les cours. 55

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Flynn, Rivard, Montréal.

Procureurs du mis en cause Chrétien : Warren & Ouellet, Thedford-Mines.

Bennett Jones Verchere, Garnet Schulhauser, Arthur Andersen & Co., Ernst & Young, Alan Lundell, The Royal Trust Company, William R. MacNeill, R. Byron Henderson, C. Michael Ryer, Gary L. Billingsley, Peter K. Gummer, James G. Engdahl, Jon R. MacNeill
Appellants/Respondents on cross-appeal

v.

Western Canadian Shopping Centres Inc. and Muh-Min Lin and Hoi-Wah Wu, representatives of all holders of Class "A", Class "E" and Class "F" Debentures issued by Western Canadian Shopping Centres Inc. *Respondents/Appellants on cross-appeal*

Bennett Jones Verchere, Garnet Schulhauser, Arthur Andersen & Co., Ernst & Young, Alan Lundell, La Compagnie Trust Royal, William R. MacNeill, R. Byron Henderson, C. Michael Ryer, Gary L. Billingsley, Peter K. Gummer, James G. Engdahl, Jon R. MacNeill *Appelants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Western Canadian Shopping Centres Inc. et Muh-Min Lin et Hoi-Wah Wu, représentants de tous les porteurs de débentures de catégories « A », « E » et « F » émises par Western Canadian Shopping Centres Inc. *Intimés/Appelants au pourvoi incident*

INDEXED AS: WESTERN CANADIAN SHOPPING CENTRES INC. *v.* DUTTON

Neutral citation: 2001 SCC 46.

File No.: 27138.

Hearing and judgment: December 13, 2000.

Reasons delivered: July 13, 2001.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

RÉPERTORIÉ : WESTERN CANADIAN SHOPPING CENTRES INC. *c.* DUTTON

Référence neutre : 2001 CSC 46.

N° du greffe : 27138.

Audition et jugement : 13 décembre 2000.

Motifs déposés : 13 juillet 2001.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

Practice — Class actions — Plaintiffs suing defendants for breach of fiduciary duties and mismanagement of funds — Defendants applying for order to strike plaintiffs' claim to sue in representative capacity — Whether requirements for class action met — If so, whether class action should be allowed — Whether defendants entitled to examination and discovery of each class member — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, Rule 42.

Pratique — Recours collectifs — Action intentée pour manquement à des obligations fiduciaires et mauvaise gestion de fonds — Requête en radiation d'une demande visant à poursuivre en qualité de représentants — Les conditions du recours collectif sont-elles réunies? — Le recours collectif doit-il être autorisé? — Les défendeurs peuvent-ils procéder à l'examen et à l'interrogatoire préalable de chaque membre du groupe? — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règle 42.

L and W, together with 229 other investors, became participants in the federal government's Business Immigration Program by purchasing debentures in WCSC,

L et W, ainsi que 229 autres investisseurs, ont participé au Programme fédéral d'immigration des gens d'affaires en achetant des débentures de WCSC qui

which was incorporated by D, its sole shareholder, for the purpose of helping investor-class immigrants qualify as permanent residents in Canada. WCSC solicited funds through two offerings to invest in income-producing properties. After the investors' funds were deposited, WCSC purchased from CRI, for $5,550,000, the rights to a Crown surface lease and also agreed to commit a further $16.5 million for surface improvements. To finance WCSC's obligations to CRI, D directed that the Series A debentures be issued in an aggregate principal amount of $22,050,000 to some of the investors. D advanced more funds to CRI and corresponding debentures were issued, in particular the Series E and F debentures. Eventually, the debentures were pooled. When CRI announced that it could not pay the interest due on the debentures, L and W, the representative plaintiffs, commenced a class action complaining that D and various affiliates and advisors of WCSC breached fiduciary duties to the investors by mismanaging their funds. The defendants applied to the Court of Queen's Bench for a declaration and order striking that portion of the claim in which the individual plaintiffs purport, pursuant to Rule 42 of the *Alberta Rules of Court*, to represent a class of 231 investors. The chambers judge denied the application. The majority of the Court of Appeal upheld that decision but granted the defendants the right to discovery from each of the 231 plaintiffs. The defendants appealed to this Court, and the plaintiffs cross-appealed taking issue with the Court of Appeal's allowance of individualized discovery from each class member.

Held: The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

In Alberta, class-action practice is governed by Rule 42 of the *Alberta Rules of Court* but, in the absence of comprehensive legislation, the courts must fill the void under their inherent power to settle the rules of practice and procedure as to disputes brought before them. Class actions should be allowed to proceed under Rule 42 where the following conditions are met: (1) the class is capable of clear definition; (2) there are issues of law or fact common to all class members; (3) success for one class member means success for all; and (4) the proposed representative adequately represents the interests of the class. If these conditions are met the court must also be satisfied, in the exercise of its discretion, that there are no countervailing considerations that outweigh

avait été constituée en société par D, son unique actionnaire, dans le but de faciliter à des immigrants investisseurs l'obtention du statut de résident permanent au Canada. WCSC a sollicité des fonds dans deux offres d'investissement dans des propriétés de rapport. Après le dépôt des fonds des investisseurs, WCSC a acheté à CRI, pour la somme de 5 550 000 $, les droits sur un bail de surface visant des terres publiques et s'est engagé à verser 16,5 millions de dollars supplémentaires pour des améliorations de surface. Pour financer les obligations de WCSC envers CRI, D a demandé l'émission des débentures de la série A pour un montant total en principal de 22 050 000 $ à certains investisseurs. D a avancé des fonds additionnels à CRI et des débentures correspondantes ont été émises, notamment les débentures des séries E et F. Les débentures ont été regroupées par la suite. Quand CRI a annoncé qu'elle ne pouvait pas payer les intérêts sur les débentures, L et W, les représentants des demandeurs, ont intenté un recours collectif alléguant que D et divers associés et sociétés apparentées de WCSC avaient manqué à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs par une mauvaise gestion de leurs fonds. Les défendeurs ont demandé à la Cour du Banc de la Reine un jugement déclaratoire et une ordonnance radiant la partie de la déclaration dans laquelle les demandeurs disaient représenter, en vertu de la règle 42 des *Alberta Rules of Court* un groupe de 231 investisseurs. Le juge en chambre a rejeté la demande. La majorité en Cour d'appel a maintenu sa décision mais a accordé aux défendeurs le droit de faire l'interrogatoire préalable de chacun des 231 demandeurs. Les défendeurs ont fait appel devant notre Cour et les demandeurs ont fait un appel incident contre la décision de la cour d'appel d'autoriser l'interrogatoire individuel de chaque membre du groupe.

Arrêt : L'appel est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

En Alberta, la procédure des recours collectifs est régie par la règle 42 des *Alberta Rules of Court*, mais en l'absence de législation complète, les tribunaux doivent combler les lacunes en exerçant leur pouvoir inhérent d'établir les règles de pratique et de procédure applicables aux litiges dont ils sont saisis. Les recours collectifs devraient être autorisés en vertu de la règle 42 lorsque les conditions suivantes sont réunies : (1) le groupe peut être clairement défini; (2) des questions de droit ou de fait sont communes à tous les membres du groupe; (3) le succès d'un membre du groupe signifie le succès de tous; et (4) le représentant proposé représente adéquatement les intérêts du groupe. Si ces conditions sont réunies, le tribunal doit également être convaincu, dans

the benefits of allowing the class action to proceed. The court should take into account the benefits the class action offers in the circumstances of the case as well as any unfairness that class proceedings may cause. In the end, the court must strike a balance between efficiency and fairness. The need to strike a balance between efficiency and fairness belies the suggestion that a class action should be struck only where the deficiency is "plain and obvious". On procedural matters, all potential class members should be informed of the existence of the suit, of the common issues that the suit seeks to resolve, and of the right of each class member to opt out. This should be done before any decision is made that purports to prejudice or otherwise affect the interests of class members. The court also retains discretion to determine how the individual issues should be addressed, once common issues have been resolved. In the absence of comprehensive class-action legislation, courts must address procedural complexities on a case-by-case basis in a flexible and liberal manner, seeking a balance between efficiency and fairness.

l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu'il n'existe pas de considérations défavorables qui l'emportent sur les avantages que comporte l'autorisation d'un recours collectif. Le tribunal devrait prendre en considération les avantages que le recours collectif offre dans les circonstances de l'affaire ainsi que les injustices qu'il peut provoquer. En fin de compte, le tribunal doit concilier efficacité et équité. La nécessité de concilier efficacité et équité démentit l'idée qu'un recours collectif ne devrait être radié que lorsque le vice est « évident et manifeste ». En matière de procédure, tous les participants possibles devraient être informés de l'existence de la poursuite, des questions communes que la poursuite cherche à résoudre ainsi que du droit de chaque membre du groupe de se retirer, et ce avant que ne soit rendue une décision pouvant avoir une incidence, défavorable ou non, sur les intérêts des membres du groupe. Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer comment les questions individuelles devraient être abordées, une fois que les questions communes ont été résolues. Sans législation complète en matière de recours collectif, les tribunaux doivent régler les complications procédurales cas par cas, de manière souple et libérale, en cherchant à concilier efficacité et équité.

In this case, the basic conditions for a class action are met and efficiency and fairness favour permitting it to proceed. The defendants' contentions against the suit were unpersuasive. While differences exist among investors, the fact remains that the investors raise essentially the same claims requiring resolution of the same facts. If material differences emerge, the court can deal with them when the time comes. Further, a class action should not be foreclosed on the ground that there is uncertainty as to the resolution of issues common to all class members. If it is determined that the investors must show individual reliance to establish breach of fiduciary duty, the court may then consider whether the class action should continue. The same applies to the contention that different defences will be raised with respect to different class members. Simply asserting this possibility does not negate a class action. If and when different defences are asserted, the court may solve the problem or withdraw leave to proceed as a class.

En l'espèce, les conditions essentielles à l'exercice d'un recours collectif sont réunies et l'efficacité et l'équité militent en faveur de son autorisation. Les arguments des défendeurs contre le recours ne sont pas convaincants. Si des différences existent entre les investisseurs, le fait est qu'ils ont essentiellement les mêmes revendications qui exigent la résolution des mêmes faits. Si des différences importantes surviennent, le tribunal peut régler la question le moment venu. De plus, on ne devrait pas interdire un recours collectif en raison de l'incertitude relative à la résolution de questions communes à tous les membres du groupe. Si on juge que les investisseurs doivent faire la preuve d'un lien de confiance individuel pour établir le manquement aux obligations fiduciaires, le tribunal peut alors décider si le recours collectif doit ou non se poursuivre. Cela s'applique aussi à l'argument selon lequel des défenses différentes seront invoquées envers différents membres du groupe. Cette simple possibilité n'interdit pas le recours collectif. Si différentes défenses sont invoquées, le tribunal peut alors résoudre le problème ou retirer l'autorisation du recours collectif.

Finally, to allow individualized discovery at this stage of the proceedings would be premature. The defendants should be allowed to examine the representative plaintiffs as of right but examination of other class members

Enfin, il serait prématuré d'autoriser l'interrogatoire préalable individuel à cette étape-ci. Les défendeurs devraient être autorisés à interroger les représentants des demandeurs comme ils en ont le droit, mais l'interroga-

should be available only by order of the court, upon the defendants showing reasonable necessity.

Cases Cited

Distinguished: *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72; **referred to:** *353850 Alberta Ltd. v. Horne & Pitfield Foods Ltd.*, [1989] A.J. No. 652 (QL); *Shaw v. Real Estate Board of Greater Vancouver* (1972), 29 D.L.R. (3d) 774; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Korte v. Deloitte, Haskins & Sells* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337; *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.*, [1989] 2 S.C.R. 1069; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Chancey v. May* (1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265; *City of London v. Richmond* (1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870; *Wallworth v. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238; *Duke of Bedford v. Ellis*, [1901] A.C. 1; *Taff Vale Railway Co. v. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426; *Markt & Co. v. Knight Steamship Co.*, [1910] 2 K.B. 1021; *Bell v. Wood*, [1927] 1 W.W.R. 580; *Langley v. North West Water Authority*, [1991] 3 All E.R. 610, leave denied [1991] 1 W.L.R. 711n; *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland* (1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205; *Ranjoy Sales and Leasing Ltd. v. Deloitte, Haskins and Sells*, [1984] 4 W.W.R. 706; *International Capital Corp. v. Schafer* (1995), 130 Sask. R. 23; *Guarantee Co. of North America v. Caisse populaire de Shippagan Ltée* (1988), 86 N.B.R. (2d) 342; *Lee v. OCCO Developments Ltd.* (1994), 148 N.B.R. (2d) 321; *Van Audenhove v. Nova Scotia (Attorney General)* (1994), 134 N.S.R. (2d) 294; *Horne v. Canada (Attorney General)* (1995), 129 Nfld. & P.E.I.R. 109; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, rr. 42, 129, 187, 201.

Civil Procedure Rules 1998 (U.K.), SI 1998/3132, rr. 19.10-19.15.

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 4(1), 7, 27.

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, ss. 5(1), 6, 25.

toire des autres membres du groupe ne devrait être autorisé que par ordonnance de la cour, si les défendeurs prouvent que cela est raisonnablement nécessaire.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72; **arrêts mentionnés :** *353850 Alberta Ltd. c. Horne & Pitfield Foods Ltd.*, [1989] A.J. No. 652 (QL); *Shaw c. Real Estate Board of Greater Vancouver* (1972), 29 D.L.R. (3d) 774; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Korte c. Deloitte, Haskins & Sells* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337; *Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1989] 2 R.C.S. 1069; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Chancey c. May* (1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265; *City of London c. Richmond* (1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870; *Wallworth c. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238; *Duke of Bedford c. Ellis*, [1901] A.C. 1; *Taff Vale Railway Co. c. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426; *Markt & Co. c. Knight Steamship Co.*, [1910] 2 K.B. 1021; *Bell c. Wood*, [1927] 1 W.W.R. 580; *Langley c. North West Water Authority*, [1991] 3 All E.R. 610, demande d'autorisation de pourvoi refusée [1991] 1 W.L.R. 711n; *Newfoundland Association of Public Employees c. Newfoundland* (1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205; *Ranjoy Sales and Leasing Ltd. c. Deloitte, Haskins and Sells*, [1984] 4 W.W.R. 706; *International Capital Corp. c. Schafer* (1995), 130 Sask. R. 23; *Guarantee Co. of North America c. Caisse populaire de Shippagan Ltée* (1988), 86 R.N.-B. (2e) 342; *Lee c. OCCO Developments Ltd.* (1994), 148 R.N.-B. (2e) 321; *Van Audenhove c. Nova Scotia (Attorney General)* (1994), 134 N.S.R. (2d) 294; *Horne c. Canada (Attorney General)* (1995), 129 Nfld. & P.E.I.R. 109; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Drummond-Jackson c. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règles 42, 129, 187, 201.

Civil Procedure Rules 1998 (R.-U.), SI 1998/3132, règles 19.10-19.15.

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1), 7, 27.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, livre IX, art. 1003, 1039.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, Book IX, arts. 1003, 1039.
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A. § 23.
Supreme Court of Judicature Act, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, Sch., r. 10.

Authors Cited

Alberta. Alberta Rules of Court Binder. Practice Note on the Very Long Trial. Practice Note No.7, September 1, 1995.
Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. *Class Actions.* Edmonton: The Institute, 2000.
Bankier, Jennifer K. "Class Actions for Monetary Relief in Canada: Formalism or Function?" (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229.
Bispham, George Tucker. *The Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts of Chancery*, 9th ed. By Joseph D. McCoy. New York: Banks Law Publishing, 1916.
Branch, Ward K. *Class Actions in Canada.* Vancouver: Western Legal Publications, 1998.
Calvert, Frederic. *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*, 2nd ed. London: W. Benning, 1847.
Chafee, Zechariah, Jr. *Some Problems of Equity.* Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1950.
"Developments in the Law — The Paths of Civil Litigation" (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806.
Eizenga, Michael A., Michael J. Peerless and Charles M. Wright. *Class Actions Law and Practice.* Toronto: Butterworths, 1999.
Friedenthal, Jack H., Mary Kay Kane and Arthur R. Miller. *Civil Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1993.
Kazanjian, John A. "Class Actions in Canada" (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397.
Manitoba. Law Reform Commission. Report #100. *Class Proceedings.* Winnipeg: The Commission, 1999.
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions.* Ontario: Ministry of the Attorney General, 1982.
Roberts, Thomas A. *The Principles of Equity, as Administered in the Supreme Court of Judicature and Other Courts of Equitable Jurisdiction*, 3rd ed. London: Butterworths, 1877.
Rogers, Ruth. "A Uniform Class Actions Statute" in Uniform Law Conference of Canada. *Proceedings of the Seventy-Seventh Annual Meeting*, Appendix O. Ottawa: The Conference, 1995.
Stevenson, William Alexander, and Jean E. Côté. *Civil Procedure Guide, 1996.* Edmonton: Juriliber, 1996.

Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A. § 23.
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1), 6, 25.
Supreme Court of Judicature Act, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, ann., règle 10.

Doctrine citée

Alberta. Alberta Rules of Court Binder. Practice Note on the Very Long Trial. Practice Note No. 7, September 1, 1995.
Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. *Class Actions.* Edmonton : The Institute, 2000.
Bankier, Jennifer K. « Les recours collectifs au Canada pour obtenir le dégrèvement financier : formalisme ou fonction? » (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229.
Bispham, George Tucker. *The Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts of Chancery*, 9th ed. By Joseph D. McCoy. New York : Banks Law Publishing, 1916.
Branch, Ward K. *Class Actions in Canada.* Vancouver : Western Legal Publications, 1998.
Calvert, Frederic. *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*, 2nd ed. London : W. Benning, 1847.
Chafee, Zechariah, Jr. *Some Problems of Equity.* Ann Arbor : University of Michigan Law School, 1950.
« Developments in the Law — The Paths of Civil Litigation » (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806.
Eizenga, Michael A., Michael J. Peerless and Charles M. Wright. *Class Actions Law and Practice.* Toronto : Butterworths, 1999.
Friedenthal, Jack H., Mary Kay Kane and Arthur R. Miller. *Civil Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1993.
Kazanjian, John A. « Class Actions in Canada » (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397.
Manitoba. Law Reform Commission. Report #100. *Class Proceedings.* Winnipeg : The Commission, 1999.
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions.* Ontario : Ministry of the Attorney General, 1982.
Roberts, Thomas A. *The Principles of Equity, as Administered in the Supreme Court of Judicature and Other Courts of Equitable Jurisdiction*, 3rd ed. London : Butterworths, 1877.
Rogers, Ruth. « Vers une loi uniforme sur le recours collectif », dans Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Compte rendu de la soixante-dix-septième réunion annuelle*, Annexe O. Ottawa : La Conférence, 1995.

Story, Joseph. *Commentaries on Equity Pleadings and the Incidents Thereof, According to the Practice of the Courts of Equity of England and America*, 10th ed. by John M. Gould. Boston: Little, Brown, 1892.

Wright, Charles Alan, Arthur R. Miller and Mary Kay Kane. *Federal Practice and Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.

Yeazell, Stephen C. "Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action" (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 866.

Stevenson, William Alexander, and Jean E. Côté. *Civil Procedure Guide, 1996.* Edmonton : Juriliber, 1996.

Story, Joseph. *Commentaries on Equity Pleadings and the Incidents Thereof, According to the Practice of the Courts of Equity of England and America*, 10th ed. by John M. Gould. Boston : Little, Brown, 1892.

Wright, Charles Alan, Arthur R. Miller and Mary Kay Kane. *Federal Practice and Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1986.

Yeazell, Stephen C. « Group Litigation and Social Context : Toward a History of the Class Action » (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 866.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 73 Alta. L.R. (3d) 227, 228 A.R. 188, 188 W.A.C. 188, 30 C.P.C. (4th) 1, [1998] A.J. No.1364 (QL), 1998 ABCA 392, dismissing an appeal from a decision of the Court of Queen's Bench (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 412, 191 A.R. 265, 3 C.P.C. (4th) 329, [1996] A.J. No. 1165 (QL). Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Barry R. Crump, *Brian Beck* and *David C. Bishop*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Hervé H. Durocher and *Eugene J. Erler*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This appeal requires us to decide when a class action may be brought. While the class action has existed in one form or another for hundreds of years, its importance has increased of late. Particularly in complicated cases implicating the interests of many people, the class action may provide the best means of fair and efficient resolution. Yet absent legislative direction, there remains considerable uncertainty as to the conditions under which a court should permit a class action to be maintained.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 73 Alta. L.R. (3d) 227, 228 A.R. 188, 188 W.A.C. 188, 30 C.P.C. (4th) 1, [1998] A.J. No. 1364 (QL), 1998 ABCA 392, qui a rejeté un appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 412, 191 A.R. 265, 3 C.P.C. (4th) 329, [1996] A.J. No. 1165 (QL). Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli.

Barry R. Crump, *Brian Beck* et *David C. Bishop*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Hervé H. Durocher et *Eugene J. Erler*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes appelés en l'espèce à décider dans quels cas un recours collectif peut être exercé. Le recours collectif existe sous une forme ou une autre depuis des siècles, mais son importance s'est accrue récemment. Il peut fournir le meilleur moyen d'aboutir à une solution juste et efficace, en particulier dans des affaires complexes mettant en jeu les intérêts d'un grand nombre de personnes. Cependant, en l'absence de disposition législative, beaucoup d'incertitude demeure quant aux conditions dans lesquelles un tribunal devrait autoriser l'exercice d'un recours collectif. 1

2 The claimants wanted to immigrate to Canada. To qualify, they invested money in Western Canadian Shopping Centres Inc. ("WCSC"), under the Canadian government's Business Immigration Program. They lost money and brought a class action. The defendants (appellants) claim the class action is inappropriate and ask the Court to strike it out. For the following reasons, I conclude that the claimants may proceed as a class.

I. Facts

3 The representative plaintiffs Muh-Min Lin and Hoi-Wah Wu, together with 229 other investors, became participants in the government's Business Immigration Program of Employment and Immigration Canada by purchasing debentures in WCSC. WCSC was incorporated by Joseph Dutton, its sole shareholder, for the purpose of "facilitat[ing] the qualification of the Investors, their spouses, and their never-married children as Canadian permanent residents."

4 WCSC solicited funds through two offerings "to invest in land located in the Province of Saskatchewan for the purpose of developing commercial, non-residential, income-producing properties". The offering memoranda provided that the subscription proceeds would be deposited with an escrow agent, later designated as The Royal Trust Company ("Royal Trust"), and would be released to WCSC upon conditions, subsequently amended.

5 The dispute arises from events after the investors' funds had been deposited with Royal Trust. In May 1990, WCSC entered into a Purchase and Development Agreement ("PDA") with Claude Resources Inc. ("Claude") under which WCSC purchased from Claude, for $5,550,000, the rights to a Crown surface lease adjacent to Claude's "Seabee" gold deposits in northern Saskatchewan. WCSC also agreed to commit a further $16.5 million for surface improvements and for the construction of a gold mill, which would be owned by WCSC. A lease agreement executed in tandem with the PDA leased the not-yet-constructed gold

Les demandeurs souhaitaient immigrer au Canada. Pour être admissibles, dans le cadre du Programme d'immigration des gens d'affaires établi par le gouvernement canadien, ils ont investi dans la société Western Canadian Shopping Centres Inc. (« WCSC »). Ils ont perdu de l'argent et ont intenté un recours collectif. Les défendeurs (appelants) contestent l'opportunité du recours collectif et demandent à la Cour de le radier. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les demandeurs peuvent exercer un recours collectif.

I. Les faits

Les demandeurs Muh-Min Lin et Hoi-Wah Wu, ainsi que 229 autres investisseurs, ont participé au Programme d'immigration des gens d'affaires d'Emploi et Immigration Canada en achetant des débentures de WCSC. WCSC a été constituée en société par Joseph Dutton, son unique actionnaire, dans le but de [TRADUCTION] « faciliter pour les investisseurs, leurs conjoints et leurs enfants jamais mariés l'obtention du statut de résident permanent au Canada ».

WCSC sollicite des fonds dans deux offres [TRADUCTION] « d'investissement dans des terrains situés dans la province de la Saskatchewan en vue de développer des biens productifs à usage commercial, non résidentiel ». Les notices d'offre prévoient que les produits de la souscription seront déposés auprès d'un dépositaire légal, plus tard désigné comme La Compagnie Trust Royal (« Trust Royal »), et seront remis à WCSC sous certaines conditions, modifiées par la suite.

Le litige découle d'événements survenus après le dépôt des fonds des investisseurs auprès de Trust Royal. En mai 1990, WCSC conclut une convention d'achat et de développement (« CAD ») avec Claude Resources Inc. (« CRI »), aux termes de laquelle WCSC achète à CRI, pour la somme de 5 550 000 $, les droits sur un bail de surface visant des terres publiques adjacentes aux gisements d'or « Seabee » de CRI dans le Nord de la Saskatchewan. WCSC accepte également de s'engager à verser 16,5 millions de dollars supplémentaires pour des améliorations de surface et pour la construction d'une usine de traitement de l'or, qui appar-

mill and related facilities, together with the surface lands, back to Claude. The payments required of Claude under that lease agreement matched the semi-annual interest payments required of WCSC with respect to the investors.

tiendra à WCSC. Une convention de bail, signée en même temps que la CAD, prévoit la location à CRI de l'usine de traitement de l'or et des installations connexes qui ne sont pas encore construites, avec les terrains de surface. Les paiements que CRI doit effectuer en vertu de cette convention de bail équivalent aux versements d'intérêts semestriels exigés de WCSC relativement aux investisseurs.

To finance WCSC's obligations under the PDA with Claude, Dutton directed Royal Trust to issue debentures in an aggregate principal amount of $22,050,000 to a subset of the investors who had subscribed by that point. Royal Trust did so by issuing "Series A" debentures to 142 investors. After the debentures were issued, WCSC distributed an update letter to its investors, describing the investment in Claude.

6 Pour financer les obligations de WCSC selon la CAD conclue avec CRI, Dutton demande à Trust Royal d'émettre des débentures pour un montant total en principal de 22 050 000 $ à un sous-ensemble d'investisseurs qui ont déjà contribué à cette étape. Trust Royal émet donc des débentures de « série A » à 142 investisseurs. Après l'émission des débentures, WCSC distribue une lettre d'information à ses investisseurs qui décrit l'investissement dans CRI.

In a separate series of transactions executed around the same time, Dutton and Claude entered into an agreement by which (1) Dutton effectively conveyed to Claude 49 percent of his shares in WCSC; (2) Claude paid Dutton $1.6 million in cash; (3) Claude advanced Dutton a $1.6 million non-recourse loan; (4) Dutton entered into an employment contract with Claude for a salary of $50,000 per year; and (5) Claude and Dutton's management company, J.M.D. Management Ltd., entered into a management contract for $200,000 per year. It appears that WCSC did not distribute an update letter to its investors describing this series of transactions.

7 Dans une série distincte d'opérations effectuées vers la même époque, Dutton et CRI concluent une entente aux termes de laquelle (1) Dutton transfère dans les faits à CRI 49 pour 100 de ses actions dans WCSC; (2) CRI verse à Dutton 1,6 million de dollars comptant; (3) CRI consent à Dutton un prêt sans recours de 1,6 million de dollars; (4) Dutton conclut un contrat de travail avec CRI pour un salaire annuel de 50 000 $; et (5) CRI et la société de gestion de Dutton, J.M.D. Management Ltd., signe un contrat de gestion de 200 000 $ par an. Il semble que WCSC n'ait pas envoyé à ses investisseurs de lettre décrivant cette série d'opérations.

Over the next months, Dutton advanced more funds to Claude and directed Royal Trust to issue corresponding debentures. Of particular relevance to the instant dispute are the Series E debentures issued in December 1990 (aggregate principal of $2.56 million), and the Series F debentures issued in May 1991 (aggregate principal of $9.45 million). When the Series E debentures were issued, the Series A and E debentures were pooled, so that investors in those series became entitled to a *pro rata* claim on the total security pledged with respect to the two series. When the Series F debentures were issued, the security for that series was

8 Au cours des mois suivants, Dutton avance des fonds additionnels à CRI et demande à Trust Royal d'émettre des débentures correspondantes. Les débentures de série E émises en décembre1990 (montant total en principal de 2,56 millions de dollars), et les débentures de série F émises en mai 1991 (montant total en principal de 9,45 millions de dollars) sont particulièrement importantes dans le litige. Quand les débentures de série E sont émises, les débentures de séries A et E sont regroupées, de sorte que les investisseurs de ces séries ont acquis un droit au prorata sur la garantie totale engagée relativement aux deux séries. Quand les

pooled with the security that had been pledged with respect to the Series A and E debentures. WCSC apparently distributed investor update letters after the issuance of the Series E and F debentures, just as it had done after the issuance of the Series A debentures.

9 In December 1991, Claude announced that it could not pay the interest due on the Series A, E, and F debentures and Muh-Min Lin and Hoi-Wah Wu commenced this action. The gravamen of the complaint is that Dutton and various affiliates and advisors of WCSC breached fiduciary duties to the investors by mismanaging or misdirecting their funds.

II. Statutory Provisions

10 *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68

42 Where numerous persons have a common interest in the subject of an intended action, one or more of those persons may sue or be sued or may be authorized by the Court to defend on behalf of or for the benefit of all.

129(1) The court may at any stage of the proceedings order to be struck out or amended any pleading in the action, on the ground that

(a) it discloses no cause of action or defence, as the case may be, or

(b) it is scandalous, frivolous or vexatious, or

(c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action, or

(d) it is otherwise an abuse of the process of the court,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

(2) No evidence shall be admissible on an application under clause (a) of subrule (1).

(3) This Rule, so far as applicable, applies to an originating notice and a petition.

débentures de série F sont émises, la garantie pour cette série est regroupée avec la garantie qui a été engagée relativement aux débentures de séries A et E. Il semble qu'après l'émission des séries E et F, WCSC ait distribué aux investisseurs des lettres les en informant, comme elle l'avait fait après l'émission des débentures de série A.

En décembre 1991, CRI annonce qu'elle ne peut pas payer les intérêts échus pour les débentures de séries A, E et F et Muh-Min Lin et Hoi-Wah Wu intentent la présente action. Le fondement de la plainte est que Dutton et divers conseillers et sociétés apparentées de WCSC ont manqué à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs par leur mauvaise gestion et le mauvais placement de leurs fonds.

II. Dispositions législatives

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68

[TRADUCTION]

42 Lorsque de nombreuses personnes ont un intérêt commun dans l'objet de l'action projetée, une ou plusieurs d'entre elles peuvent poursuivre, être poursuivies ou être autorisées par la cour à agir en défense au nom ou pour le compte de toutes.

129(1) À toute étape des procédures, la cour peut ordonner que soit radié ou modifié un acte de procédure dans une action pour le motif

a) qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense, selon le cas,

b) qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire,

c) qu'il peut nuire à l'instruction équitable de l'action, ou encore la gêner ou la retarder,

d) qu'il constitue par ailleurs un abus de procédure

et elle peut ordonner la suspension ou le rejet de l'action ou rendre un jugement en conséquence.

(2) Aucune preuve n'est admissible à l'égard d'une demande présentée en vertu de l'alinéa (a) du paragraphe (1).

(3) La présente règle, dans la mesure où elle est applicable, s'applique à un avis introductif d'instance et à une requête.

187 A person for whose benefit an action is prosecuted or defended or the assignor of a chose in action upon which the action is brought, shall be regarded as a party thereto for the purposes of discovery of documents.

201 A member of a firm which is a party and a person for whose benefit an action is prosecuted or defended shall be regarded as a party for the purposes of examination.

III. Decisions

The appellants applied to the Court of Queen's Bench of Alberta (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 412 for a declaration and order striking that portion of the Amended Statement of Claim in which the individual plaintiffs purport, pursuant to Rule 42 of the *Alberta Rules of Court*, to represent a class of 231 investors. The chambers judge identified four issues: (1) whether the court had the power under Rule 42 to strike the investors' claim to sue in a representative capacity; (2) whether the court was restricted to considering only the Amended Statement of Claim filed; (3) the standard of proof required to compel the court to exercise its discretion to strike the representative claim; and (4) whether, in this case, this standard was met.

On the first issue, the chambers judge relied on the decision of Master Funduk in *353850 Alberta Ltd. v. Horne & Pitfield Foods Ltd.*, [1989] A.J. No. 652 (QL), to conclude that the court has the power, under Rule 42, to strike a claim made by plaintiffs to sue in a representative capacity.

On the second issue, the chambers judge held that the court need not limit its inquiry to the pleadings, relying on *353850 Alberta*, *supra*, and on the decision of the British Columbia Supreme Court in *Shaw v. Real Estate Board of Greater Vancouver* (1972), 29 D.L.R. (3d) 774. He concluded, however, that resolution of the case before him did not require resort to the affidavit evidence.

On the third issue, the chambers judge concluded that the court should strike a representative claim under Rule 42 only if it is "entirely clear" or

187 La personne pour le compte de qui une action est intentée ou contestée ou le cédant d'un droit d'action qui a donné lieu à l'action sont considérés comme partie à l'action aux fins de la communication de documents.

201 Le membre d'une entreprise qui est une partie et la personne pour le compte de qui une action est intentée ou contestée sont considérés comme partie à l'action aux fins de l'interrogatoire.

III. Décisions

Les appelants demandent à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 412, un jugement déclaratoire et une ordonnance radiant la partie de la déclaration modifiée dans laquelle les particuliers demandeurs disent représenter un groupe de 231 investisseurs, en vertu de la règle 42 des *Alberta Rules of Court*. Le juge en chambre formule quatre questions : (1) La cour a-t-elle le pouvoir en vertu de la règle 42 de radier la demande des investisseurs d'intenter une action en qualité de représentants? (2) La cour doit-elle tenir seulement compte de la déclaration modifiée? (3) Quelle est la norme de preuve exigée pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire de radier la demande de recours collectif? (4) Cette norme est-elle respectée en l'espèce? 11

Sur la première question, le juge en chambre, citant la décision du protonotaire Funduk dans *353850 Alberta Ltd. c. Horne & Pitfield Foods Ltd.*, [1989] A.J. No. 652 (QL), juge que la règle 42 donne à la cour le pouvoir de radier une demande visant à intenter une action en qualité de représentant. 12

Sur la deuxième question, le juge en chambre conclut que la cour n'est pas tenue de limiter son examen aux actes de procédure, se fondant sur la décision *353850 Alberta*, précitée, et sur la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Shaw c. Real Estate Board of Greater Vancouver* (1972), 29 D.L.R. (3d) 774. Il conclut toutefois que la résolution du litige dont il est saisi n'exige pas de recourir à la preuve par affidavit. 13

Sur la troisième question, le juge en chambre est d'avis que la cour ne devrait radier un recours collectif aux termes de la règle 42 que s'il est [TRA- 14

"beyond doubt" or "plain and obvious" that the claim is deficient — the standard applied to applications to strike pleadings for disclosing no reasonable claim: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

15 On the final issue, the chambers judge, applying the "plain and obvious" rule, concluded that the Amended Statement of Claim was not deficient under Rule 42 and met the requirements set out in *Korte v. Deloitte, Haskins & Sells* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337 (C.A.): (1) that the class be capable of clear and definite definition; (2) that the principal issues of law and fact be the same; (3) that one plaintiff's success would necessarily mean success for all members of the plaintiff class; and (4) that the resolution of the dispute not require any individual assessment of the claims of individual class members. However, he left the matter open to review by the trial judge.

16 The Alberta Court of Appeal, *per* Russell J.A. (for the majority), dismissed the appeal, Picard J.A., dissenting: (1998), 73 Alta. L.R. (3d) 227. The majority rejected the argument that the chambers judge should have conclusively resolved the Rule 42 issue rather than left it open to the trial judge, citing *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.*, [1989] 2 S.C.R. 1069, in which this Court left to the trial judge the issue of whether the plaintiffs were authorized to sue on behalf of a broader class. The majority also rejected the argument that the investors must show individual reliance to succeed. However, it granted the defendants the right to discovery from each of the 231 plaintiffs on the grounds that Rule 201, read with Rule 187, allows discovery from any person for whose benefit an action is prosecuted or defended and that the defendants should not be barred from developing an argument based on actual reliance merely because it was speculative.

DUCTION] « tout à fait clair », « hors de tout doute » ou « évident et manifeste » que la demande est viciée — critère appliqué aux demandes de radiation d'actes de procédure ne révélant aucune demande raisonnable : *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.

Sur la dernière question, le juge en chambre, appliquant le critère du caractère « évident et manifeste », conclut que la déclaration modifiée n'est pas viciée en regard de la règle 42 et satisfait aux exigences énoncées dans *Korte c. Deloitte, Haskins & Sells* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337 (C.A.) : (1) le groupe peut être défini clairement et précisément; (2) les principales questions de droit et de fait doivent être les mêmes; (3) une issue favorable à un demandeur signifie nécessairement une issue favorable à tous les membres du groupe de demandeurs; et (4) le règlement du litige ne doit pas exiger l'examen individuel des revendications de chaque membre du groupe. Cependant, il laisse au juge de première instance le soin de réexaminer la question.

Le juge Russell au nom de la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta rejette l'appel, le juge Picard étant dissidente : (1998), 73 Alta. L.R. (3d) 227. La majorité rejette l'argument selon lequel le juge en chambre aurait dû régler de façon définitive la question de la règle 42 plutôt que d'en laisser décider le juge de première instance, en citant l'arrêt *Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1989] 2 R.C.S. 1069, dans lequel notre Cour a laissé le juge de première instance décider si les demandeurs étaient autorisés à poursuivre pour le compte d'un groupe plus important. La majorité rejette également l'argument selon lequel les investisseurs doivent faire la preuve d'un lien de confiance individuel pour obtenir gain de cause. Elle accorde toutefois aux défendeurs le droit à l'interrogatoire préalable de chacun des 231 demandeurs au motif que la règle 201, interprétée de concert avec la règle 187, autorise l'interrogatoire préalable de toute personne pour le compte de qui l'action est intentée ou contestée et qu'il ne devrait pas être interdit aux défendeurs d'élaborer un argument fondé sur le véritable lien de confiance simplement parce qu'il est spéculatif.

Picard J.A., would have allowed the appeal. In her view, the Chambers judge erred in deferring the matter to the trial judge because, unlike *Oregon Jack Creek*, the case was narrow and "a great deal of relevant evidence was available to the court to allow it to make a decision" (p. 235). The need to show individual reliance was only one of many problems that the investors would face if allowed to proceed as a class. Citing this Court's decisions in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, she concluded that "[t]he extent of fiduciary duties in a particular case requires a meticulous examination of the facts, particularly of any contract between the parties" (p. 237). She concluded that "[t]his responsibility of proof by the [investors] cannot possibly be met by a representative action nor by giving a right of discovery of the 229 other parties to the action" (p. 237).

Le juge Picard aurait accueilli l'appel. À son avis, le juge en chambre a eu tort de renvoyer la question au juge de première instance parce que, contrairement à *Oregon Jack Creek*, l'affaire est limitée et que [TRADUCTION] « la cour disposait d'une preuve importante qui lui permettait de prendre une décision » (p. 235). Le besoin de faire la preuve d'un lien de confiance individuel est simplement l'un des nombreux problèmes auxquels les investisseurs auront à faire face s'ils sont autorisés à intenter un recours collectif. Citant les arrêts de notre Cour *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, elle conclut que [TRADUCTION] « [l']étendue de l'obligation fiduciaire dans une affaire donnée exige l'examen rigoureux des faits, en particulier de tout contrat entre les parties » (p. 237). Elle juge que [TRADUCTION] « [l]a responsabilité de la preuve incombant aux investisseurs ne peut pas être assumée par un recours collectif, ni par l'attribution d'un droit à l'interrogatoire préalable des 229 autres parties à l'action » (p. 237). 17

IV. Issues

1. Did the courts below apply the proper standard in determining whether the investors had satisfied the requirements for a class action under Rule 42?
2. Did the courts below err in denying defendants' motion to strike under Rule 42?
3. If the class action is allowed, should the defendants have the right to full oral and documentary discovery of all class members?

IV. Questions en litige

1. Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils appliqué le bon critère pour décider si les investisseurs satisfaisaient aux exigences du recours collectif en vertu de la règle 42? 18
2. Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils fait erreur en rejetant la requête en radiation en vertu de la règle 42?
3. Si le recours collectif est autorisé, les défendeurs devraient-ils avoir droit à l'interrogatoire préalable et à la communication des documents de tous les membres du groupe?

V. Analysis

A. *The History and Functions of Class Actions*

The class action originated in the English courts of equity in the late seventeenth and early eighteenth centuries. The courts of law focussed on individual questions between the plaintiff and the defendant. The courts of equity, by contrast, applied a rule of compulsory joinder, requiring all those interested in the subject matter of the dispute

V. Analyse

A. *L'historique et le rôle des recours collectifs*

Le recours collectif a pris naissance devant les tribunaux anglais d'equity à la fin du XVIIe siècle et au début du XVIIIe. Les cours de common law s'intéressaient principalement aux litiges individuels entre demandeurs et défendeurs. En revanche, les cours d'equity appliquaient la règle de la jonction obligatoire d'instances qui exigeait que 19

to be made parties. The aim of the courts of equity was to render "complete justice" — that is, to "arrang[e] all the rights, which the decision immediately affects": F. Calvert, *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity* (2nd ed. 1847), at p. 3; see also C. A. Wright, A. R. Miller and M. K. Kane, *Federal Practice and Procedure* (2nd ed. 1986), at § 1751; J. Story, *Equity Pleadings* (10th ed. 1892), at § 76*a*. The compulsory-joinder rule "allowed the Court to examine every facet of the dispute and thereby ensure that no one was adversely affected by its decision without first having had an opportunity to be heard": J. A. Kazanjian, "Class Actions in Canada" (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397, at p. 400. The rule possessed the additional advantage of preventing a multiplicity of duplicative proceedings.

toute personne ayant un intérêt dans l'affaire devienne partie au litige. Le but des cours d'equity était de rendre [TRADUCTION] « justice intégralement » — c'est-à-dire de « statuer sur tous les droits que la décision touche directement » : F. Calvert, *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity* (2e éd. 1847), p. 3; voir également C. A. Wright, A. R. Miller et M. K. Kane, *Federal Practice and Procedure* (2e éd. 1986), par. 1751; J. Story, *Equity Pleadings* (10e éd. 1892), par. 76*a*. La règle de la jonction obligatoire d'instances [TRADUCTION] « permettait à la cour d'examiner tous les aspects du litige et donc de s'assurer que nul ne serait lésé par sa décision sans avoir eu la possibilité de se faire entendre » : J. A. Kazanjian, « Class Actions in Canada » (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397, p. 400. La règle avait également l'avantage d'éviter la multiplication des procédures.

20 The compulsory-joinder rule eventually proved inadequate. Applied to conflicts between tenants and manorial lords or between parsons and parishioners, it closed the door to the courts where interested parties in such cases were too numerous to be joined. The courts of equity responded by relaxing the compulsory-joinder rule where strict adherence would work injustice. The result was the representative action. For example, in *Chancey v. May* (1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265, members of a partnership were permitted to sue on behalf of themselves and some 800 other partners for misapplication and embezzlement of funds by the partnership's former treasurer and manager. The court allowed the action because "it was in behalf of themselves, and all others the proprietors of the same undertaking, except the defendants, and so all the rest were in effect parties," and because "it would be impracticable to make them all parties by name, and there would be continual abatements by death and otherwise, and no coming at justice, if all were to be made parties" (p. 265); see also Kazanjian, *supra*, at p. 401; G. T. Bispham, *The Principles of Equity* (9th ed. 1916), at para. 415; S. C. Yeazell, "Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action" (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 866, at pp. 867 and 872; J. K. Bankier, "Class Actions for Mone-

La règle de la jonction obligatoire d'instances s'est finalement avérée inadéquate. Appliquée aux conflits entre tenants et propriétaires terriens ou entre pasteurs et paroissiens, elle fermait la porte des tribunaux à des parties intéressées mais trop nombreuses pour être jointes. Les tribunaux d'equity ont réagi en assouplissant la règle de la jonction obligatoire d'instances lorsque son respect strict donnerait lieu à une injustice. Il en a résulté le recours collectif. Par exemple, dans *Chancey c. May* (1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265, des associés ont été autorisés à intenter une action en leur propre nom et au nom de 800 autres associés pour détournement de fonds par d'anciens trésoriers et gestionnaires de la société. La cour a autorisé l'action parce qu'[TRADUCTION] « elle était présentée en leur propre nom, et aux noms de tous les autres propriétaires de la même entreprise, sauf les défendeurs, et donc tous les autres étaient en réalité des parties », et parce qu'« il serait impossible qu'ils soient tous nommément parties, et il y aurait constamment des annulations pour cause de décès ou autres raisons, et que justice ne serait pas rendue si tous étaient parties à l'action » (p. 265); voir également Kazanjian, *loc. cit.*, p. 401; G. T. Bispham, *The Principles of Equity* (9e éd. 1916), par. 415; S. C. Yeazell, « Group Litigation and Social Context : Toward a History of the Class

tary Relief in Canada: Formalism or Function?" (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229, at p. 236.

The representative or class action proved useful in pre-industrial English commercial litigation. The modern limited-liability company had yet to develop, and collectives of business people had no independent legal existence. Satisfying the compulsory-joinder rule would have required a complainant to bring before the court each member of the collective. The representative action provided the solution to this difficulty: see Kazanjian, *supra*, at p. 401; Yeazell, *supra*, at p. 867; *City of London v. Richmond* (1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870 (allowing the plaintiff to sue trustees for rent owed, though the beneficiaries of the trust were not joined).

The class action required a common interest between the class members. Many of the early representative actions were brought in the form of "bills of peace", which could be maintained where the interested individuals were numerous, all members of the group possessed a common interest in the question to be adjudicated, and the representatives could be expected fairly to advocate the interests of all members of the group: see Wright, Miller and Kane, *supra*, at § 1751; Z. Chafee, *Some Problems of Equity* (1950), at p. 201, T. A. Roberts, *The Principles of Equity* (3rd ed. 1877), at pp. 389-92; Bispham, *supra*, at para. 417.

The courts of equity applied a liberal and flexible approach to whether a class action could proceed. They "continually sought a proper balance between the interests of fairness and efficiency": Kazanjian, *supra*, at p. 411. As stated in *Wallworth v. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238, at p. 244, "it [is] the duty of this Court to adapt its practice and course of proceeding to the existing state of society, and not by too strict an adherence to forms and rules, established under different cir-

Action » (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 866, p. 867 et 872; J. K. Bankier, « Les recours collectifs au Canada pour obtenir le dégrèvement financier : formalisme ou fonction? » (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229, p. 236.

21 Le recours collectif s'est révélé utile dans les litiges commerciaux de l'Angleterre préindustrielle. La société à responsabilité limitée moderne n'existait pas, et les groupes de gens d'affaires n'avaient aucune existence juridique indépendante. Pour satisfaire à la règle de la jonction obligatoire d'instances, il aurait fallu qu'un plaignant traduise devant la cour chaque membre du groupe. Le recours collectif a réglé cette difficulté : voir Kazanjian, *loc. cit.*, p. 401; Yeazell, *loc. cit.*, p. 867; *City of London c. Richmond* (1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870 (qui a autorisé le demandeur à intenter une action contre des fiduciaires pour des arriérés de loyer sans que les bénéficiaires de la fiducie soient joints comme parties à l'action).

22 Le recours collectif exigeait que les membres du groupe aient un intérêt commun. Une grande partie des premiers recours collectifs ont pris la forme d'« actes de conciliation » (*bills of peace*), qui pouvaient être exercés quand les particuliers intéressés étaient nombreux, quand tous les membres du groupe avaient un intérêt commun dans la question à trancher et quand les représentants pouvaient défendre équitablement les intérêts de tous les membres du groupe : voir Wright, Miller et Kane, *op. cit.*, par. 1751; Z. Chafee, *Some Problems of Equity* (1950), p. 201; T. A. Roberts, *The Principles of Equity* (3e éd. 1877), p. 389-392; Bispham, *op. cit.*, par. 417.

23 Les tribunaux d'equity ont adopté une démarche libérale et souple pour décider si un recours collectif pouvait être exercé. Ils ont [TRADUCTION] « toujours recherché un bon équilibre entre équité et efficacité » : Kazanjian, *loc. cit.*, p. 411. Comme le dit *Wallworth c. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238, p. 244, [TRADUCTION] « la cour a le devoir d'adapter sa pratique et sa procédure à l'état actuel de la société, et non pas, en raison d'un respect trop strict de règles et formalités, adoptées

cumstances, to decline to administer justice, and to enforce rights for which there is no other remedy".

24 This flexible and generous approach to class actions prevailed until the fusion of law and equity under the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, and the adoption of Rule 10 of the *Rules of Procedure*:

> 10. Where there are numerous parties having the same interest in one action, one or more of such parties may sue or be sued, or may be authorised by the Court to defend in such action, on behalf or for the benefit of all parties so interested.

While early cases under the new rules maintained a liberal approach to class actions (see, e.g., *Duke of Bedford v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.); *Taff Vale Railway Co. v. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426 (H.L.)), later cases sometimes took a restrictive approach (see, e.g., *Markt & Co. v. Knight Steamship Co.*, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.)). This, combined with the widespread use of limited-liability companies, resulted in fewer class actions being brought.

25 The class action did not forever languish, however. Conditions emerged in the latter part of the twentieth century that once again invoked its utility. Mass production and consumption revived the problem that had motivated the development of the class action in the eighteenth century — the problem of many suitors with the same grievance. As in the eighteenth century, insistence on individual representation would often have precluded effective litigation. And, as in the eighteenth century, the class action provided the solution.

26 The class action plays an important role in today's world. The rise of mass production, the diversification of corporate ownership, the advent of the mega-corporation, and the recognition of environmental wrongs have all contributed to its

dans d'autres circonstances, de refuser de rendre justice, et d'appliquer des droits pour lesquels il n'existe pas d'autres recours ».

La démarche souple et libérale envers les recours collectifs a régné jusqu'à la fusion de la common law et de l'equity par la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, et l'adoption de la règle 10 des *Rules of Procedure* :

[TRADUCTION]

> 10. Lorsque de nombreuses parties ont le même intérêt dans une action, l'une ou plusieurs de ces parties peuvent poursuivre ou être poursuivies en justice, ou peuvent être autorisées par la cour à contester une telle action au nom ou pour le compte de toutes les parties ayant cet intérêt.

Quoique les premières décisions après l'adoption des nouvelles règles aient maintenu cette démarche libérale envers les recours collectifs (voir, par ex., *Duke of Bedford c. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.); *Taff Vale Railway Co. c. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426 (H.L.)), des décisions postérieures ont parfois suivi une démarche restrictive (voir, par ex., *Markt & Co. c. Knight Steamship Co.*, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.)). Ce fait ajouté à l'usage répandu de la société à responsabilité limitée a eu pour conséquence de faire diminuer le nombre de recours collectifs.

Le recours collectif n'a toutefois pas été oublié pour toujours. De nouvelles conditions apparues dans la deuxième moitié du XXe siècle ont une nouvelle fois prouvé son utilité. La production et la consommation de masse ont ravivé le problème qui avait motivé la création du recours collectif au XVIIIe siècle — le problème de nombreux poursuivants ayant la même réclamation. Comme au XVIIIe siècle, l'exigence d'une représentation individuelle aurait souvent fait obstacle à des poursuites. Et, comme au XVIIIe siècle, le recours collectif a fourni la solution.

Le recours collectif joue un rôle important dans le monde d'aujourd'hui. La montée de la production de masse, la diversification de la propriété commerciale, la venue des conglomérats, et la prise de conscience des fautes environnementales

growth. A faulty product may be sold to numerous consumers. Corporate mismanagement may bring loss to a large number of shareholders. Discriminatory policies may affect entire categories of employees. Environmental pollution may have consequences for citizens all over the country. Conflicts like these pit a large group of complainants against the alleged wrongdoer. Sometimes, the complainants are identically situated *vis-à-vis* the defendants. In other cases, an important aspect of their claim is common to all complainants. The class action offers a means of efficiently resolving such disputes in a manner that is fair to all parties.

ont tous contribué à sa croissance. Un produit défectueux peut être vendu à de nombreux consommateurs. Une mauvaise gestion de société peut occasionner des pertes à d'innombrables actionnaires. Des politiques discriminatoires peuvent toucher des catégories entières d'employés. La pollution peut affecter des citoyens à travers tout le pays. Des conflits comme ceux-ci opposent un important groupe de plaignants à l'auteur présumé du méfait. Il arrive que des plaignants se trouvent dans une situation identique par rapport aux défendeurs. Dans d'autres cas, un aspect important de leur revendication est commun à toutes les plaintes. Le recours collectif fournit un moyen de résoudre efficacement de tels litiges d'une manière équitable pour toutes les parties.

Class actions offer three important advantages over a multiplicity of individual suits. First, by aggregating similar individual actions, class actions serve judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact-finding and legal analysis. The efficiencies thus generated free judicial resources that can be directed at resolving other conflicts, and can also reduce the costs of litigation both for plaintiffs (who can share litigation costs) and for defendants (who need litigate the disputed issue only once, rather than numerous times): see W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (1998), at para. 3.30; M. A. Eizenga, M. J. Peerless and C. M. Wright, *Class Actions Law and Practice* (1999), at §1.6; Bankier, *supra*, at pp. 230-31; Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (1982), at pp. 118-19.

27 Les recours collectifs procurent trois avantages importants sur une multiplicité de poursuites individuelles. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, les recours collectifs permettent de faire des économies au plan judiciaire en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Les gains en efficacité ainsi réalisés libèrent des ressources judiciaires qui peuvent être affectées à la résolution d'autres conflits, et peuvent également réduire le coût du litige à la fois pour les demandeurs (qui peuvent partager les frais) et pour les défendeurs (qui contestent les poursuites une seule fois) : voir W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (1998), par. 3.30; M. A. Eizenga, M. J. Peerless et C. M. Wright, *Class Actions Law and Practice* (1999), par. 1.6; Bankier, *loc. cit.*, p. 230-231; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions* (1982), p. 118-119.

Second, by allowing fixed litigation costs to be divided over a large number of plaintiffs, class actions improve access to justice by making economical the prosecution of claims that would otherwise be too costly to prosecute individually. Without class actions, the doors of justice remain closed to some plaintiffs, however strong their legal claims. Sharing costs ensures that injuries are not left unremedied: see Branch, *supra*, at para. 3.40; Eizenga, Peerless and Wright, *supra*, at §1.7;

28 Deuxièmement, comme les frais fixes peuvent être divisés entre un grand nombre de demandeurs, les recours collectifs donnent un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement. Sans les recours collectifs, la justice n'est pas accessible à certains demandeurs, même pour des réclamations solidement fondées. Le partage des frais permet de ne pas laisser certains préjudices sans recours : voir Branch, *op. cit.*,

Bankier, *supra*, at pp. 231-32; Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 119-22.

29 Third, class actions serve efficiency and justice by ensuring that actual and potential wrongdoers do not ignore their obligations to the public. Without class actions, those who cause widespread but individually minimal harm might not take into account the full costs of their conduct, because for any one plaintiff the expense of bringing suit would far exceed the likely recovery. Cost-sharing decreases the expense of pursuing legal recourse and accordingly deters potential defendants who might otherwise assume that minor wrongs would not result in litigation: see "Developments in the Law — The Paths of Civil Litigation: IV. Class Action Reform: An Assessment of Recent Judicial Decisions and Legislative Initiatives" (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806, at pp. 1809-10; see Branch, *supra*, at para. 3.50; Eizenga, Peerless and Wright, *supra*, at §1.8; Bankier, *supra*, at p. 232; Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 11 and 140-46.

B. *The Test for Class Actions*

30 In recognition of the modern importance of representative litigation, many jurisdictions have enacted comprehensive class action legislation. In the United States, *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C.A. § 23 (introduced in 1938 and substantially amended in 1966) addressed aspects of class action practice, including certification of litigant classes, notice, and settlement. The English procedural rules of 1999 include detailed provisions governing "Group Litigation": United Kingdom, *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, rr. 19.10-19.15. And in Canada, the provinces of British Columbia, Ontario, and Quebec have enacted comprehensive statutory schemes to govern class action practice: see British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50; Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6; Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, Book IX. Yet other Canadian provinces, including Alberta and Manitoba, are considering enacting

par. 3.40; Eizenga, Peerless et Wright, *op. cit.*, par. 1.7; Bankier, *loc. cit.*, p. 231-232; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, p. 119-122.

Troisièmement, les recours collectifs servent l'efficacité et la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public. Sans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d'une poursuite dépasseraient largement la réparation probable. Le partage des frais diminue le coût des recours en justice et dissuade donc les défendeurs éventuels qui pourraient autrement présumer que de petits méfaits ne donneraient pas lieu à un litige : voir « Developments in the Law — The Paths of Civil Litigation : IV. Class Action Reform : An Assessment of Recent Judicial Decisions and Legislative Initiatives » (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806, p. 1809-1810; voir Branch, *op. cit.*, par. 3.50; Eizenga, Peerless et Wright, *op. cit.*, par. 1.8; Bankier, *loc. cit.*, p. 232; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, p. 11 et 140-146.

B. *Le critère applicable aux recours collectifs*

En reconnaissance de l'importance moderne du recours collectif, nombre d'autorités législatives ont adopté une législation complète en cette matière. Aux États-Unis, la *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C.A. § 23 (adoptée en 1938 et modifiée de façon importante en 1966), porte sur des aspects de la pratique du recours collectif, y compris l'accréditation des groupes, les avis et les règlements. Les règles de procédure anglaises de 1999 contiennent des dispositions détaillées régissant les litiges de groupe : Royaume-Uni, *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, règles 19.10-19.15. Au Canada, les provinces du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont adopté des régimes législatifs complets sur la pratique du recours collectif : voir pour le Québec, *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, livre IX; pour l'Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6; pour la Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50.

such legislation: see Manitoba Law Reform Commission, Report #100, *Class Proceedings* (January 1999); Alberta Law Reform Institute, Final Report No. 85, *Class Actions* (December 2000); see also R. Rogers, "A Uniform Class Actions Statute", Appendix O to the Proceedings of the 1995 Meeting of The Uniform Law Conference of Canada.

D'autres provinces canadiennes, dont l'Alberta et le Manitoba, envisagent le même type de lois : voir Commission de réforme du droit du Manitoba, Rapport #100, *Class Proceedings* (janvier 1999); Alberta Law Reform Institute, Final Report No. 85, *Class Actions* (décembre 2000); voir aussi R. Rogers, « Vers une loi uniforme sur le recours collectif », Annexe O du Compte-rendu de la réunion de 1995 de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

Absent comprehensive codes of class action procedure, provincial rules based on Rule 10, Schedule, of the English *Supreme Court of Judicature Act, 1873* govern. This is the case in Alberta, where class action practice is governed by Rule 42 of the *Alberta Rules of Court*:

31 En l'absence de règles de procédure complètes en matière de recours collectif, les règles provinciales fondées sur la règle 10 (annexe) de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* s'appliquent. C'est le cas en Alberta, où la procédure en matière de recours collectif est régie par la règle 42 des *Alberta Rules of Court* :

[TRADUCTION]

42 Where numerous persons have a common interest in the subject of an intended action, one or more of those persons may sue or be sued or may be authorized by the Court to defend on behalf of or for the benefit of all.

42 Lorsque de nombreuses personnes ont un intérêt commun dans l'objet de l'action projetée, une ou plusieurs d'entre elles peuvent poursuivre, être poursuivies ou être autorisées par la cour à agir en défense au nom ou pour le compte de toutes.

The intention of the Alberta legislature is clear. Class actions may be brought. Details of class action practice, however, are largely left to the courts.

L'intention du législateur albertain est claire. On peut intenter des recours collectifs mais les modalités de leur exercice sont en grande partie déterminées par les tribunaux.

Alberta's Rule 42 does not specify what is meant by "numerous" or by "common interest". It does not say when discovery may be made of class members other than the representative. Nor does it specify how notice of the suit should be conveyed to potential class members, or how a court should deal with the possibility that some potential class members may desire to "opt out" of the class. And it does not provide for costs, or for the distribution of the fund should an action for money damages be successful.

32 La règle 42 de l'Alberta ne précise pas ce qu'on entend par « nombreuses » ni par « intérêt commun ». Elle n'indique pas quand les membres du groupe autres que les représentants peuvent subir un interrogatoire préalable. Elle ne précise pas non plus comment les membres éventuels du groupe sont avisés de l'action ni comment un tribunal devrait réagir à la possibilité que certains membres éventuels du groupe choisissent de s'en exclure. Elle ne prévoit pas non plus les frais ni la répartition des montants accordés en dommages-intérêts s'ils ont gain de cause.

Clearly, it would be advantageous if there existed a legislative framework addressing these issues. The absence of comprehensive legislation means that courts are forced to rely heavily on individual case management to structure class proceedings. This taxes judicial resources and denies

33 Il serait clairement préférable de disposer d'un cadre législatif sur ces questions. En l'absence de législation complète, les tribunaux sont contraints de s'en remettre en grande partie à la gestion de dossiers judiciaires individuels pour structurer le recours collectif, ce qui est coûteux en termes de

the parties *ex ante* certainty as to their procedural rights. One of the main weaknesses of the current Alberta regime is the absence of a threshold "certification" provision. In British Columbia, Ontario, and Quebec, a class action may proceed only after the court certifies that the class and representative meet certain requirements. In Alberta, by contrast, courts effectively certify *ex post*, only after the opposing party files a motion to strike. It would be preferable if the appropriateness of the class action could be determined at the outset by certification.

34 Absent comprehensive legislation, the courts must fill the void under their inherent power to settle the rules of practice and procedure as to disputes brought before them: *Bell v. Wood*, [1927] 1 W.W.R. 580 (B.C.S.C.), at pp. 581-82; *Langley v. North West Water Authority*, [1991] 3 All E.R. 610 (C.A.), leave denied [1991] 1 W.L.R. 711n (H.L.); *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland* (1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205 (Nfld. S.C.T.D.); W. A. Stevenson and J. E. Côté, *Civil Procedure Guide, 1996*, at p. 4. However desirable comprehensive legislation on class action practice may be, if such legislation has not been enacted, the courts must determine the availability of the class action and the mechanics of class action practice.

35 Alberta courts moved to fill the procedural vacuum in *Korte*, *supra*. *Korte* prescribed four conditions for a class action: (1) the class must be capable of clear and definite definition; (2) the principal issues of fact and law must be the same; (3) success for one of the plaintiffs must mean success for all; and (4) no individual assessment of the claims of individual plaintiffs need be made.

36 The *Korte* criteria loosely parallel the criteria applied in other Canadian jurisdictions in which comprehensive class-action legislation has yet to be enacted: see, e.g., *Ranjoy Sales and Leasing Ltd. v. Deloitte, Haskins and Sells*, [1984]

ressources judiciaires et ce qui prive les parties de toute certitude avant l'instance quant à leurs droits procéduraux. L'une des plus importantes lacunes du régime albertain actuel est l'absence de disposition d'accréditation préalable. En Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec, un recours collectif ne peut être intenté que si le tribunal certifie que le groupe et le représentant satisfont à certaines exigences. En Alberta, par contre, les tribunaux certifient en réalité a posteriori, et seulement après que la partie adverse dépose une requête en annulation. Il serait préférable que l'opportunité d'un recours collectif puisse être déterminée dès le début par des modalités d'accréditation.

En l'absence de législation complète, les tribunaux doivent combler ces lacunes en exerçant leur pouvoir inhérent d'établir les règles de pratique et de procédure applicables aux litiges dont ils sont saisis : *Bell c. Wood*, [1927] 1 W.W.R. 580 (C.S.C.-B.), p. 581-582; *Langley c. North West Water Authority*, [1991] 3 All E.R. 610 (C.A.), autorisation d'appel rejetée [1991] 1 W.L.R. 711n (H.L.); *Newfoundland Association of Public Employees c. Newfoundland* (1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205 (C.S. 1ère inst. T.N.) W. A. Stevenson et J. E. Côté, *Civil Procedure Guide, 1996*, p. 4. Si souhaitable soit-il d'avoir une législation complète en matière d'exercice des recours collectifs, quand cette législation n'existe pas, les tribunaux doivent décider de l'opportunité du recours collectif et des modalités de son exercice.

Les tribunaux albertains ont entrepris de parer aux lacunes procédurales dans l'arrêt *Korte*, précité, qui prescrit quatre conditions d'exercice du recours collectif : (1) le groupe peut être défini clairement et précisément; (2) les principales questions de fait et de droit doivent être les mêmes; (3) une issue favorable à un demandeur signifie nécessairement une issue favorable à tous; et (4) il n'est pas nécessaire d'examiner individuellement les revendications de chaque demandeur.

Les critères de l'arrêt *Korte* sont, dans les grandes lignes, assez similaires à ceux qui sont appliqués dans d'autres ressorts canadiens ne disposant pas de législation complète sur les recours collectifs : voir, par ex., *Ranjoy Sales and Leasing*

4 W.W.R. 706 (Man. Q.B.); *International Capital Corp. v. Schafer* (1995), 130 Sask. R. 23 (Q.B.); *Guarantee Co. of North America v. Caisse populaire de Shippagan Ltée* (1988), 86 N.B.R. (2d) 342 (Q.B.); *Lee v. OCCO Developments Ltd.* (1994), 148 N.B.R. (2d) 321 (Q.B.); *Van Audenhove v. Nova Scotia (Attorney General)* (1994), 134 N.S.R. (2d) 294 (S.C.), at para. 7; *Horne v. Canada (Attorney General)* (1995), 129 Nfld. & P.E.I.R. 109 (P.E.I.S.C.), at para. 24.

The *Korte* criteria also bear resemblance to the class-certification criteria in the British Columbia, Ontario, and Quebec class action statutes. Under the British Columbia and Ontario statutes, an action will be certified as a class proceeding if (1) the pleadings or the notice of application disclose a cause of action; (2) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the class representative; (3) the claims or defences of the class members raise common issues (in British Columbia, "whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members"); (4) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of common issues; and (5) the class representative would fairly represent the interests of the class, has advanced a workable method of advancing the proceeding and notifying class members, and does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with other class members: see Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, s. 5(1); British Columbia *Class Proceedings Act*, s. 4(1). Under the Quebec statute, an action will be certified as a class proceeding if (1) the recourses of the class members raise identical, similar, or related questions of law or fact; (2) the alleged facts appear to warrant the conclusions sought; (3) the composition of the group makes joinder impracticable; and (4) the representative is in a position to adequately represent the interests of the class members: see Quebec *Code of Civil Procedure*, art. 1003.

Ltd. c. Deloitte, Haskins and Sells, [1984] 4 W.W.R. 706 (B.R. Man.); *International Capital Corp. c. Schafer* (1995), 130 Sask. R. 23 (B.R.); *Guarantee Co. of North America c. Caisse populaire de Shippagan Ltée* (1988), 86 R.N.-B. (2e) 342 (B.R.); *Lee c. OCCO Developments Ltd.* (1994), 148 R.N.-B. (2e) 321 (B.R.); *Van Audenhove c. Nova Scotia (Attorney General)* (1994), 134 N.S.R. (2d) 294 (C.S.), par. 7; *Horne c. Canada (Attorney General)* (1995), 129 Nfld. & P.E.I.R.109 (C.S.Î.-P.-É), par. 24.

37 Les critères de l'arrêt *Korte* ressemblent également aux critères d'accréditation de groupes prévus dans les lois sur les recours collectifs de la Colombie-Britannique, de l'Ontario et du Québec. Aux termes des lois de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, une action sera certifiée comme un recours collectif si (1) les actes de procédure ou l'avis de requête révèlent une cause d'action; (2) il existe un groupe identifiable d'au moins deux personnes qui seraient représentées par le représentant du groupe; (3) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes (en Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « que ces questions communes l'emportent ou non sur des questions touchant seulement certains membres du groupe »); (4) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes; et (5) le représentant du groupe représente équitablement les intérêts du groupe, présente une méthode efficace de faire avancer l'instance et d'aviser les membres du groupe, et n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes : voir pour l'Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, par. 5(1), et pour la Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, par. 4(1). Au Québec, l'exercice d'un recours collectif est autorisé si (1) les recours des membres du groupe soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes; (2) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; (3) la composition du groupe rend peu pratique la jonction des parties; et (4) le représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des intérêts des membres du groupe : voir *Code de procédure civile*, art. 1003.

38 While there are differences between the tests, four conditions emerge as necessary to a class action. First, the class must be capable of clear definition. Class definition is critical because it identifies the individuals entitled to notice, entitled to relief (if relief is awarded), and bound by the judgment. It is essential, therefore, that the class be defined clearly at the outset of the litigation. The definition should state objective criteria by which members of the class can be identified. While the criteria should bear a rational relationship to the common issues asserted by all class members, the criteria should not depend on the outcome of the litigation. It is not necessary that every class member be named or known. It is necessary, however, that any particular person's claim to membership in the class be determinable by stated, objective criteria: see Branch, *supra*, at paras. 4.190-4.207; Friedenthal, Kane and Miller, *Civil Procedure* (2nd ed. 1993), at pp. 726-27; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at paras. 10-11.

Bien qu'il existe des différences entre les critères, il se dégage quatre conditions nécessaires au recours collectif. Premièrement, le groupe doit pouvoir être clairement défini. La définition du groupe est essentielle parce qu'elle précise qui a droit aux avis, qui a droit à la réparation (si une réparation est accordée), et qui est lié par le jugement. Il est donc primordial que le groupe puisse être clairement défini au début du litige. La définition devrait énoncer des critères objectifs permettant d'identifier les membres du groupe. Les critères devraient avoir un rapport rationnel avec les revendications communes à tous les membres du groupe mais ne devraient pas dépendre de l'issue du litige. Il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient nommés ou connus. Il est toutefois nécessaire que l'appartenance d'une personne au groupe puisse être déterminée sur des critères explicites et objectifs : voir Branch, *op. cit.*, par. 4.190-4.207; Friedenthal, Kane et Miller, *Civil Procedure* (2e éd. 1993), p. 726-727; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10-11.

39 Second, there must be issues of fact or law common to all class members. Commonality tests have been a source of confusion in the courts. The commonality question should be approached purposively. The underlying question is whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis. Thus an issue will be "common" only where its resolution is necessary to the resolution of each class member's claim. It is not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party. Nor is it necessary that common issues predominate over non-common issues or that the resolution of the common issues would be determinative of each class member's claim. However, the class members' claims must share a substantial common ingredient to justify a class action. Determining whether the common issues justify a class action may require the court to examine the significance of the common issues in relation to individual issues. In doing so, the court should remember that it may not always be possible for a representative party to plead the claims of

Deuxièmement, il faut des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe. Les critères de communauté ont toujours été une source de confusion pour les tribunaux. Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l'objet. La question sous-jacente est de savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Une question ne sera donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Il n'est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par rapport à la partie adverse. Il n'est pas nécessaire non plus que les questions communes prédominent sur les questions non communes ni que leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Pour décider si des questions communes motivent un recours collectif, le tribunal peut avoir à évaluer l'importance des questions communes par rapport

each class member with the same particularity as would be required in an individual suit.

Third, with regard to the common issues, success for one class member must mean success for all. All members of the class must benefit from the successful prosecution of the action, although not necessarily to the same extent. A class action should not be allowed if class members have conflicting interests.

Fourth, the class representative must adequately represent the class. In assessing whether the proposed representative is adequate, the court may look to the motivation of the representative, the competence of the representative's counsel, and the capacity of the representative to bear any costs that may be incurred by the representative in particular (as opposed to by counsel or by the class members generally). The proposed representative need not be "typical" of the class, nor the "best" possible representative. The court should be satisfied, however, that the proposed representative will vigorously and capably prosecute the interests of the class: see Branch, *supra*, at paras. 4.210-4.490; Friedenthal, Kane and Miller, *supra*, at pp. 729-32.

While the four factors outlined must be met for a class action to proceed, their satisfaction does not mean that the court must allow the action to proceed. Other factors may weigh against allowing the action to proceed in representative form. The defendant may wish to raise different defences with respect to different groups of plaintiffs. It may be necessary to examine each class member in discovery. Class members may raise important issues not shared by all members of the class. Or the proposed class may be so small that joinder would be a better solution. Where such countervailing factors exist, the court has discretion to decide whether the class action should be permitted to proceed, notwithstanding that the essential condi-

aux questions individuelles. Dans ce cas, le tribunal doit se rappeler qu'il n'est pas toujours possible pour le représentant de plaider les demandes de chaque membre du groupe avec un degré de spécificité équivalant à ce qui est exigé dans une poursuite individuelle.

Troisièmement, en ce qui concerne les questions communes, le succès d'un membre du groupe signifie nécessairement le succès de tous. Tous les membres du groupe doivent profiter du succès de l'action, quoique pas nécessairement dans la même mesure. Le recours collectif ne doit pas être autorisé quand des membres du groupe sont en conflit d'intérêts. 40

Quatrièmement, le représentant du groupe doit adéquatement représenter le groupe. Quand le tribunal évalue si le représentant proposé est adéquat, il peut tenir compte de sa motivation, de la compétence de son avocat et de sa capacité d'assumer les frais qu'il peut avoir à engager personnellement (par opposition à son avocat ou aux membres du groupe en général). Il n'est pas nécessaire que le représentant proposé soit un modèle type du groupe, ni qu'il soit le meilleur représentant possible. Le tribunal devrait toutefois être convaincu que le représentant proposé défendra avec vigueur et compétence les intérêts du groupe : voir Branch, *op. cit.*, par. 4.210-4.490; Friedenthal, Kane et Miller, *op. cit.*, p. 729-732. 41

Même si les quatre facteurs mentionnés doivent être présents pour autoriser un recours collectif, le fait qu'ils le soient ne signifie pas que le tribunal doit l'autoriser. D'autres facteurs peuvent militer contre l'autorisation de poursuivre par recours collectif. Le défendeur peut souhaiter soulever différentes défenses relativement à différents groupes de demandeurs. Il peut s'avérer nécessaire d'interroger au préalable chaque membre du groupe. Certains membres peuvent soulever des questions importantes qui ne sont pas partagées par tous les membres du groupe. Ou le groupe proposé peut être si petit que la jonction serait une meilleure solution. Lorsqu'il existe de tels facteurs défavorables, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de 42

tions for the maintenance of a class action have been satisfied.

43 The class action codes that have been adopted by British Columbia and Ontario offer some guidance as to factors that would generally not constitute arguments against allowing an action to proceed as a representative one. Both state that certification should not be denied on the grounds that: (1) the relief claimed includes a demand for money damages that would require individual assessment after determination of the common issues; (2) the relief claimed relates to separate contracts involving different members of the class; (3) different class members seek different remedies; (4) the number of class members or the identity of every class member is unknown; or (5) the class includes subgroups that have claims or defences that raise common issues not shared by all members of the class: see Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, s. 6; British Columbia *Class Proceedings Act*, s. 7; see also Alberta Law Reform Institute, *supra*, at pp. 75-76. Common sense suggests that these factors should no more bar a class action suit in Alberta than in Ontario or British Columbia.

44 Where the conditions for a class action are met, the court should exercise its discretion to disallow it for negative reasons in a liberal and flexible manner, like the courts of equity of old. The court should take into account the benefits the class action offers in the circumstances of the case as well as any unfairness that class proceedings may cause. In the end, the court must strike a balance between efficiency and fairness.

45 The need to strike a balance between efficiency and fairness belies the suggestion that a class action should be struck only where the deficiency is "plain and obvious", as the Chambers judge held. Unlike Rule 129, which is directed at the question of whether the claim should be prose-

décider si le recours collectif devrait être autorisé, malgré le fait que les conditions essentielles à l'exercice du recours collectif sont remplies.

Les règles en matière de recours collectifs qui ont été adoptées par la Colombie-Britannique et par l'Ontario peuvent aider à déterminer les facteurs qui en général ne constitueraient pas des arguments défavorables à l'autorisation d'un recours collectif. Les deux régimes prévoient que l'autorisation ne devrait pas être refusée parce que, selon le cas, (1) la réparation demandée comporte une demande de dommages-intérêts qui exigerait une évaluation individuelle après le règlement des questions communes; (2) la réparation demandée porte sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe; (3) différents membres du groupe cherchent à obtenir des réparations différentes; (4) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chacun d'eux ne sont pas connus; (5) le groupe comprend des sous-groupes qui ont des demandes ou des défenses qui soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe : voir pour l'Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, art. 6; pour la Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, art. 7; voir également Alberta Law Reform Institute, *op. cit.*, p. 75-76. Le bon sens recommande que ces facteurs ne fassent pas plus obstacle à un recours collectif en Alberta qu'en Ontario ou en Colombie-Britannique.

Quand les conditions nécessaires à un recours collectif sont remplies, le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de l'interdire pour des raisons défavorables de manière libérale et souple, comme les anciens tribunaux d'equity. Le tribunal devrait prendre en considération les avantages que le recours collectif offre dans les circonstances de l'affaire ainsi que des injustices qu'il peut provoquer. En fin de compte, le tribunal doit concilier efficacité et équité.

La nécessité de concilier efficacité et équité dément l'idée exprimée par le juge en chambre qu'un recours collectif ne devrait être radié que lorsque le vice est « évident et manifeste ». Contrairement à la règle 129, qui pose la question de savoir s'il y a lieu de poursuivre l'action, la règle

cuted at all, Rule 42 is directed at the question of how the claim should be prosecuted. The "plain and obvious" standard is appropriate where the result of striking is to forever end the action. It recognizes that a plaintiff "should not be 'driven from the judgment seat' at this very early stage unless it is quite plain that his alleged cause of action has no chance of success": *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094 (C.A.), at p. 1102 (quoted in *Hunt*, *supra*, at pp. 974-75). Denial of class status under Rule 42, by contrast, does not defeat the claim. It merely places the plaintiffs in the position of any litigant who comes before the court in his or her individual capacity. Moreover, nothing in Alberta's rules suggests that class actions should be disallowed only where it is plain and obvious that the action should not proceed as a representative one. Rule 42 and the analogous rules in other provinces merely state that a representative may maintain a class action if certain conditions are met.

42 pose la question de savoir comment la poursuivre. Le critère du caractère « évident et manifeste » est correct quand la radiation entraîne la fin permanente de l'action. Il exprime l'idée qu'un demandeur [TRADUCTION] « ne devrait pas être 'privé d'un jugement' à cette toute première étape à moins qu'il ne soit très clair que la cause d'action qu'il invoque n'a aucune chance de succès » : *Drummond-Jackson c. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094 (C.A.), p. 1102 (cité dans *Hunt*, précité, p. 975). Le refus d'un recours collectif en vertu de la règle 42, à l'opposé, ne met pas fin à la demande. Il place seulement les demandeurs dans la situation de toute autre partie qui se présente devant le tribunal à titre individuel. En outre, rien dans les règles de l'Alberta n'indique que les recours collectifs ne devraient être refusés que lorsqu'il est évident et manifeste que l'action ne devrait pas être intentée comme un recours collectif. La règle 42 et les règles analogues dans d'autres provinces ne font qu'énoncer qu'un représentant peut exercer un recours collectif si certaines conditions sont remplies.

The need to strike a balance between efficiency and fairness also belies the suggestion that class actions should be approached restrictively. The defendants argue that *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72, precludes a generous approach to class actions. I respectfully disagree. First, when *Naken* was decided, the modern class action was very much an untested procedure in Canada. In the intervening years, the importance of the class action as a procedural tool in modern litigation has become manifest. Indeed, the reform that has been effected since *Naken* has been motivated in large part by the recognition of the benefits that class actions can offer the parties, the court system, and society: see, e.g., Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 3-4.

46 La nécessité de concilier efficacité et équité démentit aussi l'idée que les recours collectifs devraient être abordés de façon restrictive. Les défendeurs soutiennent que l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72, empêche d'aborder de manière libérale les recours collectifs. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Premièrement, à l'époque de l'arrêt *Naken*, le recours collectif moderne n'était pas une procédure bien établie au Canada. Depuis lors, l'importance du recours collectif comme instrument de procédure dans les litiges modernes est devenue évidente. En fait, la réforme mise en œuvre depuis *Naken* est attribuable pour une large part à la reconnaissance des avantages que les recours collectifs offrent aux parties, à l'organisation judiciaire et à la société : voir, par ex., Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, p. 3-4.

Second, *Naken* on its facts invited caution. The action was brought on behalf of all persons who purchased new 1971 or 1972 Firenza motor vehicles in Ontario. The complaint was that General

47 Deuxièmement, les faits de l'arrêt *Naken* invitent à la prudence. L'action était intentée pour le compte de toutes les personnes qui avaient acheté une voiture neuve de marque Firenza, modèle 1971

Motors had misrepresented the quality of the vehicles and that the vehicles "were not reasonably fit for use" (p. 76). The statement of claim alleged breach of warranty and breach of representation, and sought $1,000 in damages for each of approximately 4,600 plaintiffs. Estey J., writing for a unanimous Court, disallowed the class action. While each plaintiff raised the same claims against the defendant, the resolution of those claims would have required particularized evidence and fact-finding at both the liability and damages stages of the litigation. Far from avoiding needless duplication, a class action would have unnecessarily complicated the resolution of what amounted to 4,600 individual claims.

ou 1972, en Ontario. La plainte disait que General Motors avait présenté de manière inexacte la qualité des voitures et que les voitures [TRADUCTION] « n'étaient pas raisonnablement propres à être utilisé[es] » (p. 76). La déclaration alléguait l'inobservation de la garantie et de la représentation, et sollicitait 1 000 $ en dommages-intérêts pour chacun des quelque 4 600 demandeurs. Le juge Estey, auteur des motifs unanimes de la Cour, a rejeté le recours collectif. Même si tous les défendeurs avaient les mêmes demandes contre le défendeur, le règlement de ces demandes aurait exigé la présentation d'une preuve et une appréciation des faits individualisées pour établir tant la responsabilité que les dommages-intérêts. Loin d'éviter une duplication inutile, un recours collectif aurait inutilement compliqué le règlement de ce qui s'élevait à 4 600 demandes individuelles.

48 To summarize, class actions should be allowed to proceed under Alberta's Rule 42 where the following conditions are met: (1) the class is capable of clear definition; (2) there are issues of fact or law common to all class members; (3) success for one class member means success for all; and (4) the proposed representative adequately represents the interests of the class. If these conditions are met the court must also be satisfied, in the exercise of its discretion, that there are no countervailing considerations that outweigh the benefits of allowing the class action to proceed.

En résumé, les recours collectifs devraient être autorisés aux termes de la règle 42 de l'Alberta lorsque les conditions suivantes sont remplies : (1) le groupe peut être défini clairement; (2) des questions de droit ou de fait sont communes à tous les membres du groupe; (3) le succès d'un membre du groupe signifie le succès de tous; et (4) le représentant proposé représente adéquatement les intérêts du groupe. Si ces conditions sont remplies, le tribunal doit également être convaincu, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu'il n'existe pas de considérations défavorables qui l'emportent sur les avantages que comporte l'autorisation d'un recours collectif.

49 Other procedural issues may arise. One is notice. A judgment is binding on a class member only if the class member is notified of the suit and is given an opportunity to exclude himself or herself from the proceeding. This case does not raise the issue of what constitutes sufficient notice. However, prudence suggests that all potential class members be informed of the existence of the suit, of the common issues that the suit seeks to resolve, and of the right of each class member to opt out, and that this be done before any decision is made that purports to prejudice or otherwise affect the interests of class members.

D'autres questions de procédure peuvent se poser. L'une d'elles concerne l'avis. Un jugement ne lie un membre du groupe que s'il a été avisé de la poursuite et a eu la possibilité de s'exclure de la procédure. En l'espèce, la question de savoir ce qui constitue un avis suffisant ne se pose pas. La prudence recommande cependant que tous les participants possibles soient informés de l'existence de la poursuite, des questions communes que la poursuite cherche à résoudre ainsi que du droit de chaque membre du groupe de se retirer, et ce avant que ne soit rendue une décision pouvant avoir une incidence, défavorable ou non, sur les intérêts des membres du groupe.

Another procedural issue that may arise is how to deal with non-common issues. The court retains discretion to determine how the individual issues should be addressed, once common issues have been resolved: see Branch, *supra*, at para. 18.10. Generally, individual issues will be resolved in individual proceedings. However, as under the legislation of British Columbia, Ontario, and Quebec, a court may specify special procedures that it considers necessary or useful: see Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, s. 25; British Columbia *Class Proceedings Act*, s. 27; Quebec *Code of Civil Procedure*, art. 1039.

Une autre question de procédure pouvant se poser est la manière d'envisager les questions autres que les questions communes. Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer comment les questions individuelles devraient être abordées, une fois que les questions communes ont été résolues : voir Branch, *op. cit.*, par. 18.10. Les questions individuelles seront généralement tranchées dans des instances individuelles. Toutefois, comme sous le régime des lois de la Colombie-Britannique, de l'Ontario et du Québec, un tribunal peut préciser une procédure spéciale s'il le juge nécessaire ou utile : voir en Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, art. 25; en Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, art. 27; au Québec, *Code de procédure civile*, art. 1039. 50

The diversity of class actions makes it difficult to anticipate all of the procedural complexities that may arise. In the absence of comprehensive class-action legislation, courts must address procedural complexities on a case-by-case basis. Courts should approach these issues as they do the question of whether a class action should be allowed: in a flexible and liberal manner, seeking a balance between efficiency and fairness.

La variété des recours collectifs fait qu'il est difficile de prévoir toutes les complications procédurales qui peuvent surgir. Sans législation complète en matière de recours collectif, les tribunaux doivent régler les complications procédurales cas par cas. Ils doivent aborder ces problèmes de la même façon qu'ils décident si un recours collectif doit être autorisé : de manière souple et libérale, en cherchant à concilier efficacité et équité. 51

C. *Whether the Investors Have Satisfied Rule 42*

The four conditions to the maintenance of a class action are satisfied here. First, the class is clearly defined. The respondents Lin and Wu represent themselves and "[229 other] immigrant investors . . . who each invested at least the sum of $150,000.00 into a fund totalling $34,065,000.00, the said sum to be managed, administered and secured by . . . Western Canadian Shopping Centres Inc.". Who falls within the class can be ascertained on the basis of documentary evidence that the parties have put before the court. Second, common issues of fact and law unite all members of the class. The essence of the investors' complaint is that the defendants owed them fiduciary duties which they breached. While the investors' Amended Statement of Claim alludes to claims in negligence and misrepresentation, counsel for the investors undertook in argument before this Court to abandon all but the fiduciary duty claims. Third, at this stage of the proceedings, it appears that

C. *Les investisseurs ont-ils satisfait à la règle 42?*

Les quatre conditions nécessaires à l'exercice d'un recours collectif sont remplies en l'espèce. Premièrement, le groupe est clairement défini. Les intimés Lin et Wu se représentent eux-mêmes et 229 autres [TRADUCTION] « immigrants-investisseurs [. . .] qui ont chacun investi 150 000 $ au moins dans un fonds s'élevant au total à 34 065 000 $, cette somme devant être gérée, administrée et garantie par [. . .] Western Canadian Shopping Centres Inc. ». Il est possible de déterminer qui fait partie du groupe grâce à la preuve documentaire que les parties ont déposée devant la cour. Deuxièmement, des questions communes de fait et de droit unissent tous les membres du groupe. La plainte des investisseurs repose essentiellement sur l'allégation que les défendeurs ont manqué aux obligations fiduciaires qu'ils avaient envers eux. Même si la déclaration modifiée des investisseurs fait état de réclamations fondées sur la négligence et sur la fausse déclaration, l'avocat 52

resolving one class member's breach of fiduciary claim would effectively resolve the claims of every class member. As a result of security-pooling agreements effected by WCSC, each investor now has an interest, proportional to his or her investment, in the same underlying security. Finally, the representative plaintiffs are appropriate.

53 The defendants argue that the proposed suit is not amenable to prosecution as a class action because: (1) there are in fact multiple classes of plaintiffs; (2) the defendants will raise multiple defences to different causes of action advanced against different defendants; and (3) in order to prevail, the investors must show actual reliance on the part of each class member. I find these arguments unpersuasive.

54 The defendants' contention that there are multiple classes of plaintiffs is unconvincing. No doubt, differences exist. Different investors invested at different times, in different jurisdictions, on the basis of different offering memoranda, through different agents, in different series of debentures, and learned about the underlying events through different disclosure documents. Some investors may possess rescissionary rights that others do not. The fact remains, however, that the investors raise essentially the same claims requiring resolution of the same facts. While it may eventually emerge that different subgroups of investors have different rights against the defendants, this possibility does not necessarily defeat the investors' right to proceed as a class. If material differences emerge, the court can deal with them when the time comes.

55 The defendants' contention that the investors should not be permitted to sue as a class because

des investisseurs s'est engagé au cours des débats devant notre Cour à abandonner toutes les réclamations ne visant pas l'obligation fiduciaire. Troisièmement, à la présente étape de la procédure, il semble que le règlement de la revendication d'un seul membre concernant le manquement à l'obligation fiduciaire réglerait de fait les revendications de tous les membres du groupe. En raison d'ententes de regroupement des garanties prises par WCSC, chaque investisseur a maintenant un intérêt, proportionnel à son investissement, dans la même garantie sous-jacente. Enfin, les demandeurs sont des représentants appropriés.

Les défendeurs soutiennent que l'action proposée ne peut pas faire l'objet d'un recours collectif parce que : (1) il existe en fait de nombreux groupes de demandeurs; (2) les défendeurs soulèveront plusieurs défenses contre différentes causes d'action intentées par différents défendeurs; et (3) afin de l'emporter, les investisseurs doivent faire la preuve d'un véritable lien de confiance de la part de chaque membre du groupe. Je suis d'avis que ces arguments ne sont pas convaincants.

L'argument des défendeurs selon lequel il existe de nombreux groupes de demandeurs n'est pas convaincant. Sans aucun doute, il y a des différences. Des investisseurs différents ont investi à différentes époques, dans des ressorts différents, en se fondant sur des notices d'offre différentes, par le biais de représentants différents, dans différentes séries de débentures, et ont entendu parler des événements sous-jacents par différents documents d'information. Certains investisseurs peuvent disposer de droits de résiliation que d'autres n'ont pas. Il demeure toutefois que les investisseurs soulèvent essentiellement les mêmes revendications qui exigent la résolution des mêmes faits. Il est possible qu'en fin de compte émergent différents sous-groupes d'investisseurs qui auront des droits différents contre les défendeurs, cependant cette possibilité ne retire pas le droit des investisseurs de poursuivre collectivement. Si des différences importantes surviennent, le tribunal réglera la question le moment venu.

L'argument des défendeurs selon lequel les investisseurs ne devraient pas être autorisés à

each must show actual reliance to establish breach of fiduciary duty also fails to convince. In recent decades fiduciary obligations have been applied in new contexts, and the full scope of their application remains to be precisely defined. The fiduciary duty issues raised here are common to all the investors. A class action should not be foreclosed on the ground that there is uncertainty as to the resolution of issues common to all class members. If it is determined that the investors must show individual reliance, the court may then consider whether the class action should continue.

intenter un recours collectif parce que chacun d'eux doit démontrer un vrai lien de confiance pour établir un manquement à l'obligation fiduciaire n'est pas convaincant non plus. Dans les dernières décennies, les obligations fiduciaires ont été utilisées dans de nouveaux contextes, et toute la portée de leur utilisation reste à définir plus précisément. Les questions relatives aux obligations fiduciaires en l'espèce sont communes à tous les investisseurs. On ne devrait pas interdire un recours collectif en raison de l'incertitude relative à la résolution de questions communes à tous les membres du groupe. Si on juge que les investisseurs doivent faire la preuve d'un lien de confiance individuel, le tribunal peut alors décider si le recours collectif doit ou non se poursuivre.

The same applies to the contention that different defences will be raised with respect to different class members. Simply asserting this possibility does not negate a class action. If and when different defences are asserted, the court may solve the problem or withdraw leave to proceed as a class.

56 Cela s'applique aussi à l'argument selon lequel des défenses différentes seront invoquées envers différents membres du groupe. Cette simple possibilité n'interdit pas le recours collectif. Si différentes défenses sont invoquées, le tribunal peut alors résoudre le problème ou retirer l'autorisation du recours collectif.

I conclude that the basic conditions for a class action are met and that efficiency and fairness favour permitting it to proceed.

57 Je conclus que les conditions essentielles à l'exercice d'un recours collectif sont remplies et que l'efficacité et l'équité militent en faveur de son autorisation.

D. *Cross-Appeal*

D. *Pourvoi incident*

The investors take issue on cross-appeal with the Court of Appeal's allowance of individualized discovery from each class member. The Court of Appeal held that the defendants are entitled, under Rules 187 and 201, to examination and discovery of each member of the class. The investors argue that the question of whether discovery should be allowed from each class member is a question best left to a case management judge appointed pursuant to the Alberta Rules of Court Binder, Practice Note No. 7.

58 Les investisseurs contestent dans le pourvoi incident l'autorisation par la Cour d'appel de l'interrogatoire préalable individuel de chaque membre du groupe. La Cour d'appel a jugé que les défendeurs ont droit, en vertu des règles 187 et 201, à l'interrogatoire et à l'examen de chaque membre du groupe. Les investisseurs soutiennent que la question de savoir si l'interrogatoire préalable de chaque membre du groupe doit être autorisé est une question qui relève du juge responsable de la gestion de l'instance nommé selon l'avis de pratique 7 des règles de procédure de l'Alberta.

I agree that allowing individualized discovery at this stage of the proceedings would be premature. One of the benefits of a class action is that discovery of the class representatives will usually suffice

59 Je conviens qu'il serait prématuré d'accorder l'interrogatoire préalable individuel à cette étape-ci. L'un des avantages du recours collectif est que l'interrogatoire préalable des représentants d'un

and make unnecessary discovery of each individual class member. Cases where individual discovery is required of all class members are the exception rather than the rule. Indeed, the necessity of individual discovery may be a factor weighing against allowing the action to proceed in representative form.

60 I would allow the defendants to examine the representative plaintiffs as of right. Thereafter, examination of other class members should be available only by order of the court, upon the defendants showing reasonable necessity.

VI. Conclusion

61 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and allow the investors to proceed as a class. I would allow the cross-appeal.

62 Costs of the appeal and cross-appeal are to the respondents.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal The Royal Trust Company: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal James G. Engdahl, William R. MacNeill, Jon R. MacNeill, Gary L. Billingsley, R. Byron Henderson: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal C. Michael Ryer: Peacock Linder & Halt, Calgary.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal Peter K. Gummer: Brownlee Fryett, Edmonton.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal Ernst & Young and Alan Lundell: Parlee McLaws, Edmonton.

groupe sera habituellement suffisant et rendra superflu l'interrogatoire de chaque membre du groupe. Les affaires exigeant l'interrogatoire préalable individuel des membres d'un groupe sont l'exception plutôt que la règle. En fait, le besoin de procéder à des interrogatoires préalables individuels peut être un facteur défavorable à l'autorisation du recours collectif.

Je suis d'avis d'autoriser les défendeurs à interroger les représentants des demandeurs comme ils en ont le droit. Par la suite, l'interrogatoire des autres membres du groupe ne devrait être autorisé que par ordonnance de la cour, si les défendeurs prouvent que cela est raisonnablement nécessaire.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, d'autoriser les investisseurs à intenter un recours collectif et d'accueillir le pourvoi incident.

Les dépens du pourvoi et du pourvoi incident vont aux intimés.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli avec dépens.

Procureurs pour l'appelante/intimée au pourvoi incident La Compagnie Trust Royal : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs pour les appelants/intimés au pourvoi incident James G. Engdahl, William R. MacNeill, Jon R. MacNeill, Gary L. Billingsley, R. Byron Henderson : McLennan Ross, Edmonton.

Procureurs pour l'appelant/intimé au pourvoi incident C. Michael Ryer : Peacock Linder & Halt, Calgary.

Procureurs pour l'appelant/intimé au pourvoi incident Peter K. Gummer : Brownlee Fryett, Edmonton.

Procureurs pour les appelants/intimés au pourvoi incident Ernst & Young et Alan Lundell : Parlee McLaws, Edmonton.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal Bennett Jones Verchere and Garnet Schulhauser: Gowling Lafleur Henderson, Calgary.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal Arthur Andersen & Co.: Lucas Bowker & White, Edmonton.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Durocher Simpson, Edmonton.

Procureurs pour les appelants/intimés au pourvoi incident Bennett Jones Verchere et Garnet Schulhauser : Gowling Lafleur Henderson, Calgary.

Procureurs pour l'appelant/intimé au pourvoi incident Arthur Andersen & Co. : Lucas Bowker & White, Edmonton.

Procureurs pour les intimés/appelants au pourvoi incident : Durocher Simpson, Edmonton.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 2001 Vol. 2

4e cahier, 2001 Vol. 2

Cited as [2001] 2 S.C.R. 565-741

Renvoi [2001] 2 R.C.S. 565-741

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

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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, 2001.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

CONTENTS

Ivanhoe inc. *v.* UFCW, Local 500 ..... **565**

Labour law — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of janitorial services — Definition of undertaking — Legal relationship between successive employers — Degree of autonomy subcontractors given — Theory of retrocession — Contract for janitorial services awarded to new subcontractors — Decision of labour commissioner finding transfer of operation of part of undertaking and transferring certification but not collective agreement to new subcontractors — Whether commissioner adopted functional definition of undertaking and rejected requirement for legal relationship between former and new employer — Whether commissioner may transfer certification and refuse to transfer collective agreement — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 45.

Labour law — Certification — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of janitorial services — Petition for cancellation of certification — Interest required — Whether former employer has interest required for presenting petition for cancellation of certification despite having no employees — If so, whether certification granted in respect of former employer may be cancelled during term of transfer of operation — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 41.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to whether undertaking alienated or operated by another — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to cancellation of union's certification — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 41, 139.

Marcoux *v.* Bouchard **726**

Civil responsibility — Physicians and surgeons — Purpose served by surgical operation — Consent to operation.

Monenco Ltd. *v.* Commonwealth Insurance Co. **699**

Insurance — Insurer's duty to defend — Comprehensive general liability policy — Policy exclusions — Whether "turnkey exclusion" in policy excluded coverage for insured.

Insurance — Insurer's duty to defend — Evidence — Whether court entitled to go beyond pleadings and consider extrinsic evidence to determine substance and true nature of plaintiff's claims in order to appreciate scope of insurer's duty to defend.

Sept-Îles (City) *v.* Quebec (Labour Court) **670**

Labour law — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of municipal service — Definition of undertaking — Degree of autonomy subcontractors given — Decision of labour commissioner finding transfer of operation of part of

Continued on next page

SOMMAIRE

Ivanhoe inc. *c.* TUAC, section locale 500 ..... **565**

Droit du travail — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance de l'entretien ménager — Définition d'entreprise — Lien de droit entre employeurs successifs — Degré d'autonomie accordé aux sous-traitants — Théorie de la rétrocession — Contrat d'entretien ménager octroyé à de nouveaux sous-traitants — Décision du commissaire du travail concluant à l'existence d'une concession partielle d'entreprise et transférant l'accréditation mais non la convention collective aux nouveaux sous-traitants — Le commissaire a-t-il adopté une conception fonctionnelle de l'entreprise et rejeté l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur? — Le commissaire peut-il transférer l'accréditation et refuser le transfert de la convention collective? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45.

Droit du travail — Accréditation — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance de l'entretien ménager — Requête en révocation de l'accréditation — Intérêt requis — L'ancien employeur a-t-il l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation de l'accréditation malgré l'absence de salariés? — Dans l'affirmative, l'accréditation de l'ancien employeur peut-elle être révoquée pendant la durée de la concession? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 41.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à l'existence d'une aliénation ou concession d'entreprise — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 46.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à la révocation de l'accréditation d'un syndicat — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 41, 139.

Marcoux *c.* Bouchard **726**

Responsabilité civile — Médecins et chirurgiens — Utilité d'une intervention chirurgicale — Consentement à l'intervention.

Monenco Ltd. *c.* Commonwealth Insurance Co. **699**

Assurance — Obligation de défendre de l'assureur — Police générale d'assurance de responsabilité civile — Exclusions prévues par la police — L'exclusion relative au projet clés en main contenue dans la police écartait-elle toute garantie pour l'assuré?

Assurance — Obligation de défendre de l'assureur — Preuve — Une cour peut-elle aller au-delà des actes de procédure et prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques pour déterminer le contenu et la nature véritable de la réclamation d'un demandeur et ainsi apprécier l'étendue de l'obligation de défendre d'un assureur?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

undertaking and transferring certification and collective agreement to new subcontractors — Degree of autonomy required to find transfer of operation of part of undertaking — Whether commissioner adopted functional definition of undertaking — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 45.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to whether undertaking alienated or operated by another — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

SOMMAIRE (Fin)

Sept-Îles (Ville) *c.* Québec (Tribunal du travail)..... 670

Droit du travail — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance d'un service municipal — Définition d'entreprise — Degré d'autonomie accordé aux sous-traitants — Décision du commissaire du travail concluant à l'existence d'une concession partielle d'entreprise et transférant l'accréditation ainsi que la convention collective aux nouveaux sous-traitants — Quel est le degré d'autonomie nécessaire pour conclure à une concession partielle? — Le commissaire a-t-il adopté une conception fonctionnelle de l'entreprise? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à l'existence d'une aliénation ou concession d'entreprise — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 46.

Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. and Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée *Appellants*

v.

United Food and Commercial Workers, Local 500, Labour Court, Réal Bibeault (in his capacity as labour commissioner), Labour Commissioner General and Judge Bernard Prud'homme (in his capacity as judge of the Labour Court) *Respondents*

and

Distinction Service d'entretien inc. (in continuance of suit for Prestige Maintenance inc.), 2621-3249 Québec inc. (in continuance of suit for Service d'entretien Laurier) and Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. *Mis en cause*

and between

Distinction Service d'entretien inc. (in continuance of suit for Prestige Maintenance inc.) *Appellant*

v.

United Food and Commercial Workers, Local 500, Réal Bibeault (in his capacity as labour commissioner), Labour Commissioner General, Judge Bernard Prud'homme (in his capacity as judge of the Labour Court) and Labour Court *Respondents*

and

Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée,

Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. et Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée *Appelantes*

c.

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500, Tribunal du travail, Réal Bibeault (ès qualités de commissaire du travail), Commissaire général du travail et Monsieur le juge Bernard Prud'homme (ès qualités de juge du Tribunal du travail) *Intimés*

et

Distinction Service d'entretien inc. (en reprise d'instance pour Prestige Maintenance inc.), 2621-3249 Québec inc. (en reprise d'instance pour Service d'entretien Laurier) et Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. *Mises en cause*

et entre

Distinction Service d'entretien inc. (en reprise d'instance pour Prestige Maintenance inc.) *Appelante*

c.

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500, Réal Bibeault (ès qualités de commissaire du travail), Commissaire général du travail, Monsieur le juge Bernard Prud'homme (ès qualités de juge du Tribunal du travail) et Tribunal du travail *Intimés*

et

Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée,

2621-3249 Québec inc. (in continuance of suit for Service d'entretien Laurier) and Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. *Mis en cause*

and between

Ivanhoe inc. *Appellant*

v.

United Food and Commercial Workers, Local 500, Labour Court, Jean Boily (in his capacity as labour commissioner), Labour Commissioner General and Judge Bernard Prud'homme (in his capacity as judge of the Labour Court) *Respondents*

and between

United Food and Commercial Workers, Local 500 *Appellant*

v.

Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée, Distinction Service d'entretien inc. (in continuance of suit for Prestige Maintenance inc.) and 2621-3249 Québec inc. (in continuance of suit for Service d'entretien Laurier) *Respondents*

and

Réal Bibeault (in his capacity as labour commissioner), Judge Bernard Prud'homme (in his capacity as judge of the Labour Court) and Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. *Mis en cause*

INDEXED AS: IVANHOE INC. *v.* UFCW, LOCAL 500

2621-3249 Québec inc. (en reprise d'instance pour Service d'entretien Laurier) et Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. *Mises en cause*

et entre

Ivanhoe inc. *Appelante*

c.

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500, Tribunal du travail, Jean Boily (ès qualités de commissaire du travail), Commissaire général du travail et Monsieur le juge Bernard Prud'homme (ès qualités de juge du Tribunal du travail) *Intimés*

et entre

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 *Appelant*

c.

Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée, Distinction Service d'entretien inc. (en reprise d'instance pour Prestige Maintenance inc.) et 2621-3249 Québec inc. (en reprise d'instance pour Service d'entretien Laurier) *Intimées*

et

Réal Bibeault (ès qualités de commissaire du travail), Monsieur le juge Bernard Prud'homme (ès qualités de juge du Tribunal du travail) et Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ : IVANHOE INC. *c.* TUAC, SECTION LOCALE 500

Neutral citation: 2001 SCC 47.

File No.: 27121.

2000: October 30; 2001: July 13.

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

ON APPEAL FROM THE QUEBEC COURT OF APPEAL

Labour law — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of janitorial services — Definition of undertaking — Legal relationship between successive employers — Degree of autonomy subcontractors given — Theory of retrocession — Contract for janitorial services awarded to new subcontractors — Decision of labour commissioner finding transfer of operation of part of undertaking and transferring certification but not collective agreement to new subcontractors — Whether commissioner adopted functional definition of undertaking and rejected requirement for legal relationship between former and new employer — Whether commissioner may transfer certification and refuse to transfer collective agreement — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 45.

Labour law — Certification — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of janitorial services — Petition for cancellation of certification — Interest required — Whether former employer has interest required for presenting petition for cancellation of certification despite having no employees — If so, whether certification granted in respect of former employer may be cancelled during term of transfer of operation — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 41.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to whether undertaking alienated or operated by another — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to cancellation of union's certification — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 41, 139.

Ivanhoe is a property management company. It handled janitorial services at its buildings itself until 1989,

Référence neutre : 2001 CSC 47.

N° du greffe : 27121.

2000 : 30 octobre; 2001 : 13 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance de l'entretien ménager — Définition d'entreprise — Lien de droit entre employeurs successifs — Degré d'autonomie accordé aux sous-traitants — Théorie de la rétrocession — Contrat d'entretien ménager octroyé à de nouveaux sous-traitants — Décision du commissaire du travail concluant à l'existence d'une concession partielle d'entreprise et transférant l'accréditation mais non la convention collective aux nouveaux sous-traitants — Le commissaire a-t-il adopté une conception fonctionnelle de l'entreprise et rejeté l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur? — Le commissaire peut-il transférer l'accréditation et refuser le transfert de la convention collective? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45.

Droit du travail — Accréditation — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance de l'entretien ménager — Requête en révocation de l'accréditation — Intérêt requis — L'ancien employeur a-t-il l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation de l'accréditation malgré l'absence de salariés? — Dans l'affirmative, l'accréditation de l'ancien employeur peut-elle être révoquée pendant la durée de la concession? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 41.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à l'existence d'une aliénation ou concession d'entreprise — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 46.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à la révocation de l'accréditation d'un syndicat — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 41, 139.

Ivanhoe est une société immobilière de gestion. En 1989, elle cesse d'effectuer elle-même l'entretien ména-

when it contracted those services to Moderne. All of Ivanhoe's janitorial employees were then transferred to Moderne. The labour commissioner granted a motion under s. 45 of the *Labour Code* for recognition of the transfer of the certification and collective agreement to Moderne. In 1991, when its contract with Moderne was about to expire, Ivanhoe invited bids for a new janitorial contract. Moderne did not bid, but it signed a new collective agreement with its janitorial employees. Ivanhoe decided to engage four contractors, and when Moderne's contract expired it dismissed the entire janitorial staff responsible for Ivanhoe's buildings. There is no legal relationship between Moderne and the four contractors, which employed their own staff and used their own equipment. The work performed by the contractors' employees was the same as the work that had been done for Moderne and previously for Ivanhoe.

The union applied again under s. 45 to have the certification and the collective agreement signed with Moderne transferred to the contractors. Ivanhoe applied under s. 41 of the Code to have the union's certification cancelled with respect to itself. The labour commissioner allowed the motion under s. 45 in part and found that the certification that originally covered Ivanhoe, but not the collective agreement signed by Moderne and the union, had to be transferred to the new contractors. A second commissioner dismissed the petition for cancellation of the certification. The Labour Court affirmed the commissioners' decisions. It found that operation of part of an undertaking had been transferred — the right to operate the janitorial services — and that s. 45 had to be applied since the tests in *Bibeault* had been met. The requirement that there be a legal relationship between successive employers had also been met since when the Moderne contract expired, Ivanhoe resumed its legal authority over the part of the undertaking which had been operated by another, and transferred it afresh to the contractors. The Labour Court dismissed the union's appeal regarding the transfer of the collective agreement with Moderne because that agreement had lapsed when the contract expired and could not be transferred to the new contractors. It also refused to transfer the last collective agreement signed by Ivanhoe with the union that had expired in 1989. With respect to the petition for cancellation of the certification, the Labour Court concluded that a company which contracts out work cannot rid itself permanently of the certification during a period when an undertaking is temporarily operated by another.

ger de ses immeubles et confie, en vertu d'un contrat, cet entretien à la compagnie Moderne. Tous les préposés à l'entretien d'Ivanhoe sont alors transférés à Moderne. Le commissaire du travail accueille une requête présentée en vertu de l'art. 45 du *Code du travail* afin de faire reconnaître la transmission de l'accréditation et de la convention collective à Moderne. En 1991, à l'approche de l'expiration de son contrat avec Moderne, Ivanhoe fait un appel d'offres en vue de signer un nouveau contrat d'entretien. Bien que Moderne ne soumissionne pas, elle signe une nouvelle convention collective avec ses préposés d'entretien. Ivanhoe retient les services de quatre entrepreneurs et, à l'expiration du contrat, Moderne licencie tous ses salariés affectés à l'entretien ménager des immeubles d'Ivanhoe. Il n'existe aucun lien de droit entre Moderne et ces quatre entrepreneurs. Ceux-ci emploient leur propre personnel et utilisent leur propre matériel. Les fonctions exercées par les salariés des entrepreneurs sont les mêmes que celles exercées chez Moderne et, antérieurement, chez Ivanhoe.

Le syndicat présente une nouvelle requête en vertu de l'art. 45 pour que l'accréditation, de même que la convention collective signée avec Moderne, soient transférées aux entrepreneurs. Pour sa part, Ivanhoe présente, en vertu de l'art. 41 du Code, une requête, pour faire révoquer l'accréditation du syndicat en ce qui la concerne. Le commissaire du travail accueille en partie la requête fondée sur l'art. 45 et conclut que l'accréditation qui visait à l'origine Ivanhoe, mais non la convention collective signée par Moderne et le syndicat, doit être transmise aux nouveaux entrepreneurs. Un deuxième commissaire rejette la requête en révocation de l'accréditation. Le Tribunal du travail confirme les décisions des commissaires. Il conclut qu'il s'agit d'une concession partielle d'entreprise — l'octroi d'un droit d'exploitation de l'entretien ménager — et que l'art. 45 doit s'appliquer puisque les critères de l'arrêt *Bibeault* sont réunis. L'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs est respectée parce que, à l'expiration du contrat de Moderne, Ivanhoe a repris son autorité juridique sur la partie d'entreprise concédée et l'a transmise à nouveau aux entrepreneurs. Le tribunal rejette l'appel du syndicat portant sur le transfert de la convention collective conclue avec Moderne puisque cette convention est devenue caduque à l'expiration du contrat d'entretien et n'a pu être transférée aux nouveaux entrepreneurs. Il refuse également de transférer aux nouveaux entrepreneurs la dernière convention collective signée par Ivanhoe avec le syndicat et arrivée à expiration en 1989. En ce qui concerne la requête en révocation de l'accréditation, le tribunal conclut qu'un donneur d'ouvrage ne

The Superior Court dismissed the applications for judicial review brought by the union, Ivanhoe and three of the contractors. The Court of Appeal affirmed that decision.

Held (Bastarache J. dissenting in part): The appeals should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ.: Under the pragmatic and functional approach adopted by this Court, the standard of review to be applied to decisions relating to s. 45 of the *Labour Code* must be patent unreasonableness. Although *Bibeault* held, in 1988, that the applicable standard was correctness, there have been major changes since that time. First, the labour commissioners have developed their own expertise in this regard; most importantly, s. 46 of the Code itself has been amended. By amending that section, the legislature made an unequivocal statement that its intent was to give the commissioner exclusive jurisdiction to determine whether an undertaking had been alienated or was being operated by another. As well, the standard of review applicable to decisions relating to the application of s. 41 of the Code is patent unreasonableness. The relevant factors in determining the standard of review, and particularly the full privative clauses set out in the *Labour Code*, confirm this.

In *Bibeault*, this Court concluded that there must be a consensual legal transfer of the undertaking from one employer to another and adopted the organic definition of an undertaking. That decision was based on a very particular fact situation and was intended to put an end to the debate that had divided the Labour Court on these two questions. The conclusions in *Bibeault* regarding the definition of an undertaking and the legal relationship that must exist between the former employer and the new employer must be understood in that context. After the decision in *Bibeault*, the Labour Court has developed interpretive policies regarding the two issues that are accepted and followed by virtually all of its members. The existence of a settled consensus in a specialized administrative tribunal acting within its jurisdiction should be a factor in favour of a very high degree of deference on the part of the superior courts. In a situation like this, judicial deference makes it possible both to respect the decision-making autonomy of administrative tribunals and to ensure consistency and predictability of the law. This ideal balance should only be dispeut, pendant la durée d'une concession temporaire, se libérer de l'accréditation de façon permanente. La Cour supérieure rejette les requêtes en révision judiciaire présentées par le syndicat, Ivanhoe et trois des entrepreneurs. La Cour d'appel confirme cette décision.

Arrêt (le juge Bastarache est dissident en partie) : Les pourvois sont rejetés.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour : En vertu de l'approche pragmatique et fonctionnelle adoptée par cette Cour, la norme de contrôle applicable aux décisions portant sur l'art. 45 du *Code du travail* doit être celle de l'erreur manifestement déraisonnable. Bien que l'arrêt *Bibeault* ait conclu, en 1988, que la norme applicable était celle de l'erreur simple, des changements importants sont survenus depuis. Tout d'abord, les commissaires du travail ont développé leur expertise propre en la matière, mais surtout, le texte de l'art. 46 du Code a été modifié. En modifiant cet article, le législateur a indiqué de façon non équivoque son intention de laisser à la compétence exclusive du commissaire la question de décider de la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise. Également, la norme de contrôle applicable aux décisions relatives à l'application de l'art. 41 du Code est celle de l'erreur manifestement déraisonnable. Les facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle, en particulier, les clauses privatives générales prévues au *Code du travail*, le confirment.

Dans l'arrêt *Bibeault*, la Cour a conclu à la nécessité d'une transmission juridique consensuelle de l'entreprise d'un employeur à l'autre et a adopté la définition organique de l'entreprise. Cet arrêt est fondé sur un contexte factuel bien particulier et visait à mettre fin aux controverses qui divisaient le Tribunal du travail relativement à ces deux questions. Les conclusions de l'arrêt *Bibeault* quant à la définition d'une entreprise et quant au lien de droit requis entre l'employeur précédent et le nouvel employeur doivent être comprises dans ce contexte. Le Tribunal du travail a réussi, depuis l'affaire *Bibeault*, à développer sur ces deux questions des politiques d'interprétation qui sont acceptées et suivies par la presque totalité de ses membres. La présence d'un consensus bien établi au sein d'un tribunal administratif spécialisé agissant dans les limites de sa compétence milite en faveur d'un très haut degré de retenue de la part des tribunaux supérieurs. Dans une situation comme la présente, la retenue judiciaire permet d'assurer le respect de l'autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs tout en favorisant le principe de la cohérence

turbed by the superior courts where there are clearly absurd or irrational results.

The labour commissioner and the Labour Court had the authority, by virtue of the *Labour Code* and the decisions of this Court, to assess the respective importance of the various components of the undertaking and to conclude in this case that the transfer of a right to operate, combined with the transfer of functions, was sufficient to result in s. 45 being applied, under the organic definition of an undertaking. The only requirement that those decisions impose in respect of identifying an undertaking or part of an undertaking for the purpose of applying s. 45 is that an organic rather than a functional definition of an undertaking be adopted, although in some cases similarity of functions may still be decisive, where the undertaking has no other special characteristics. The tests that are to be applied in defining the concept of an undertaking, in the context of the transfer of certification, therefore vary with the specific circumstances of each case and the administrative tribunals charged with applying s. 45 enjoy wide discretion in determining and weighing the factors they apply in defining an undertaking and are at liberty to develop specific tests to respond to the situation in a given industry. With regard to subcontracting of janitorial services, after *Bibeault*, the Labour Court developed tests to be used in order to make consistent determinations as to whether the operation of part of an undertaking had been transferred. Where part of the operation is transferred, it is simply not necessary that the portion of the activities transferred be essential to the purpose of the undertaking as a whole. The only requirement laid down by *Bibeault* is actually that the elements that characterize the essence of the part of the undertaking be transferred. On the question of the degree of autonomy that must be granted to the transferee in order for it to be concluded that an undertaking has been transferred, where the main characteristic of the part of the undertaking operated by another consists, as it does in this case, of the specific right to operate on the premises of the main undertaking, the part transferred cannot enjoy wholly autonomous existence. In such a situation, it is sufficient that the transferee be legally independent and be responsible for the work performed by its employees, even if the transferor continues to exercise administrative or legal control under a contract. Otherwise, there could be no transfer of the operation of part of an undertaking's support services. In this case, that was the approach adopted by the Labour Court. That approach is

et de la prévisibilité du droit. Cet équilibre idéal ne devrait être ébranlé par les tribunaux supérieurs qu'en cas de résultats clairement absurdes ou irrationnels.

Le commissaire et le Tribunal du travail avaient le pouvoir, en vertu du *Code du travail* et de la jurisprudence de notre Cour, d'évaluer l'importance respective des diverses composantes de l'entreprise et de conclure en l'espèce que le transfert d'un droit d'exploitation, jumelé au transfert des fonctions, suffisait pour entraîner l'application de l'art. 45 en vertu de la conception organique de l'entreprise. La seule exigence posée par la jurisprudence pour l'identification d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise dans le cadre de l'application de l'art. 45 est celle d'adopter une conception organique plutôt que fonctionnelle de l'entreprise, même s'il demeure possible, dans certains cas, que la similitude des fonctions soit déterminante, en l'absence d'autres caractéristiques propres à l'entreprise. Les critères applicables pour définir la notion d'entreprise, dans le cadre du transfert de l'accréditation, varient donc en fonction des circonstances particulières de chaque affaire et les organismes administratifs chargés d'appliquer l'art. 45 possèdent une importante marge de manœuvre pour établir et pondérer les critères applicables à la définition d'une entreprise. Ils sont libres d'élaborer des critères particuliers pour répondre à la situation en vigueur dans une industrie donnée. En ce qui a trait à la sous-traitance de l'entretien ménager, le Tribunal du travail a élaboré, à la suite de l'arrêt *Bibeault*, des critères lui permettant de déterminer de façon cohérente si une concession partielle d'entreprise a eu lieu. En cas de concession partielle, il n'est pas nécessaire que le secteur d'activité concédé soit essentiel à la fin poursuivie par l'ensemble de l'entreprise. La seule exigence posée par *Bibeault* est plutôt que les éléments qui caractérisent l'essence de la partie d'entreprise concédée soient transférés. Quant au degré d'autonomie devant être conféré au concessionnaire afin de conclure à un transfert d'entreprise, lorsque, comme en l'espèce, la caractéristique principale de la partie d'entreprise concédée consiste en un droit d'exploitation spécial des locaux de l'entreprise principale, cette partie concédée ne peut avoir une existence complètement autonome. Dans une telle situation, il suffit que le concessionnaire conserve une indépendance juridique et demeure responsable du travail exécuté par ses employés, même si le concédant continue d'exercer un contrôle administratif ou juridique en vertu d'un contrat. Autrement, la concession partielle des activités de soutien à l'entreprise s'avérerait impossible. Dans la présente affaire, c'est l'approche qui a été adoptée par le

a reasonable interpretation of s. 45 which does not conflict with *Bibeault*.

Nor does transferring the certification to the four new contractors when the contract with Moderne expired conflict with the requirement that there be a legal relationship between successive employers, which was laid down in *Bibeault* — a case in which the certification was not, as it was in this case, originally granted in respect of the party which had contracted out the work. To give effect to the purpose of s. 45 in cases involving the temporary transfer of the operation of an undertaking, the Labour Court developed the theory of retrocession, according to which a certification originally granted in respect of the transferor remains with it, but is temporarily inactive during the period of operation by another and is then transferred to the successive subcontractors. An essentially temporary transfer of the operation of an undertaking therefore does not operate to permanently terminate the certification. Under that theory, when its contract with Moderne expired, Ivanhoe took back responsibility for its undertaking and was once again bound by the certification, which was then transferred to the new contractors. The fact that there was no formal juridical act of alienation when the transfer of operation to Moderne expired is not an insurmountable barrier to transfer of the certification, since the transfer of operation of an undertaking which results in s. 45 applying can take different legal forms. In the instant case, the undertaking was transferred by way of a retrocession agreed upon by the parties in advance at the time the term of the transfer was negotiated. The interpretation by the Labour Court of the requirement that there be a legal relationship between successive employers and of its application to situations in which an original certification has been granted in respect of the transferor is a reasonable exercise of its jurisdiction. The fiction of the potential employer that the Labour Court has developed allows s. 45 to be applied without it being necessary for the party that contracted out the work to actually take back the operation of the undertaking that had been transferred.

Although, generally speaking, transfer of both the collective agreement and the certification will follow from a decision finding that an undertaking has been alienated or is being operated by another, the decision of the labour commissioner and of the Labour Court to transfer only the certification to the new contractors is not patently unreasonable. By enacting s. 46 of the *Labour Code*, the legislature gave the responsibility for settling difficulties arising out of the application of s. 45 to labour commissioners and the Labour Court. Those

Tribunal du travail. Cette approche constitue une interprétation raisonnable de l'art. 45 qui n'est pas incompatible avec l'arrêt *Bibeault*.

Le transfert de l'accréditation aux quatre nouveaux entrepreneurs à l'expiration du contrat conclu avec Moderne n'est pas incompatible non plus avec l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs énoncée dans l'arrêt *Bibeault* — une affaire où le donneur d'ouvrage n'était pas, comme en l'espèce, initialement visé par l'accréditation. Pour donner effet à l'objet de l'art. 45 dans les cas de concessions temporaires d'entreprise, le Tribunal du travail a élaboré la théorie de la rétrocession, selon laquelle une accréditation qui visait à l'origine un donneur d'ouvrage demeure en suspens chez lui pendant la durée d'une concession, pour être ensuite transférée aux sous-traitants successifs. Une concession essentiellement temporaire ne met donc pas fin de façon permanente à l'accréditation. En vertu de cette théorie, Ivanhoe a repris, à l'expiration du contrat avec Moderne, la responsabilité de son entreprise, se trouvant de nouveau visée par l'accréditation qui a été transférée par la suite aux nouveaux entrepreneurs. L'absence d'acte formel d'aliénation à l'expiration de la concession en faveur de Moderne ne constitue pas un obstacle insurmontable au transfert de l'accréditation, puisque la concession d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45 peut prendre différentes formes juridiques. Dans la présente affaire, l'entreprise a été transmise au moyen d'une rétrocession sur laquelle les parties s'étaient entendues à l'avance au moment de déterminer la durée de la concession. L'interprétation que fait le Tribunal du travail de l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs et de son application aux situations où le donneur d'ouvrage est visé par une accréditation initiale constitue un exercice raisonnable de sa compétence. La fiction de l'employeur potentiel, développée par le tribunal, permet l'application de l'art. 45 sans qu'il soit nécessaire que le donneur d'ouvrage reprenne, dans les faits, l'exploitation de l'entreprise concédée.

Bien que, de façon générale, une décision constatant la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise entraînera le transfert à la fois de la convention collective et de l'accréditation, la décision du commissaire et du Tribunal du travail de ne transférer en l'espèce que l'accréditation aux nouveaux entrepreneurs n'est pas manifestement déraisonnable. En édictant l'art. 46 du *Code du travail*, le législateur a confié aux commissaires et au Tribunal du travail le règlement des difficultés découlant de l'application de l'art. 45. Il

authorities must settle these issues, which are central to their specialized jurisdiction, on a daily basis. The solution adopted in this case allows the new employers, which are bound by the certification, to enter into negotiations with the association of employees without being bound by an agreement signed by one of their competitors, or by an agreement that has become obsolete. The fact that there are other solutions that could have been adopted, some of which would have enabled the employees to keep their jobs, is insufficient to justify judicial review. The recognition by the legislature and the courts that there are many potential solutions to a dispute is the very essence of the patent unreasonableness standard of review, which would be meaningless if it was found that there is only one acceptable solution. Since the principles that are applied do not result in absurdity, judicial review will be appropriate only where the results are clearly irrational.

Ivanhoe was entitled to submit its petition for cancellation of the certification under s. 41 of the *Labour Code* despite the fact that it had no employees. Recognizing that Ivanhoe has the necessary interest to present the petition does not mean that Ivanhoe is being regarded as a "present employer". The mere fact that an employer's name appears on the certificate of certification is sufficient in itself to give the employer the interest that is needed to present a petition for cancellation. The Labour Court, acting within its jurisdiction, has laid down rational tests for determining the employer in respect of which, in the event of a temporary transfer of the operation of an undertaking resulting in the application of s. 45, the representativeness of the union should be verified for the purpose of determining whether the certification should be cancelled. The employer that contracted out the work will be free to seek cancellation if it takes back control of its undertaking; for the term of the transfer, however, the transferee to which the certification actually applies must present the petition if it believes that the association no longer represents the majority of the employees in the bargaining unit. Since it is reasonable to conclude that an employer cannot rid itself of a certification by arranging for a temporary transfer of the operation of an undertaking, it may be equally appropriate to deny it cancellation of the certification during the period covered by the transfer, on the ground that the fact that it has no employees results precisely from the temporary transfer of the undertaking. Such an approach permits consistent application of ss. 41 and 45 of the Code to temporary transfer situations. That approach, which was adopted by the labour commissioner and the Labour Court in this case, is not

s'agit de questions que ces décideurs doivent trancher sur une base quotidienne et qui se situent au cœur de leur compétence spécialisée. La solution adoptée dans la présente affaire permet aux nouveaux employeurs, liés par l'accréditation, d'entamer des négociations avec l'association de salariés sans être liés par une convention signée par un de leurs concurrents ou par une convention devenue périmée. Le fait que d'autres solutions auraient pu être adoptées, dont certaines auraient permis aux salariés de conserver leur emploi, ne saurait suffire pour justifier la révision judiciaire. La reconnaissance par le législateur et les tribunaux de la multiplicité de solutions qui peuvent être apportées à un différend constitue l'essence même de la norme de contrôle fondée sur l'erreur manifestement déraisonnable, qui perdrait tout son sens si l'on devait juger qu'une seule solution est acceptable. Les principes appliqués ne créant pas d'absurdité, la révision judiciaire ne sera appropriée qu'en cas de résultats clairement irrationnels.

Ivanhoe avait le droit de présenter sa requête en révocation de l'accréditation en vertu de l'art. 41 du *Code du travail* malgré l'absence de salariés. Le fait de reconnaître qu'Ivanhoe possède l'intérêt requis pour présenter cette requête ne signifie pas que l'on considère Ivanhoe comme un « employeur actuel ». Pour avoir l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation de l'accréditation, il suffit que le nom de l'employeur apparaisse au certificat d'accréditation. Le Tribunal du travail, agissant dans les limites de sa compétence, a élaboré des critères rationnels permettant de déterminer auprès de quel employeur doit se faire, en cas de concession temporaire d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45, la vérification du caractère représentatif du syndicat pour déterminer si l'accréditation doit être révoquée. Le donneur d'ouvrage demeure libre de demander la révocation s'il reprend le contrôle de son entreprise, mais pour la durée de la concession, c'est plutôt le concessionnaire effectivement visé par l'accréditation qui doit présenter la requête s'il juge que l'association ne représente plus la majorité des salariés de l'unité de négociation. S'il est raisonnable de conclure qu'un employeur ne saurait se défaire d'une accréditation par le truchement d'une concession temporaire d'entreprise, il peut être tout aussi approprié de lui refuser la révocation de l'accréditation pendant la durée de cette concession, au motif que l'absence de salariés résulte précisément de cette transmission temporaire de l'entreprise. Une telle approche permet une application cohérente des art. 41 et 45 du Code aux situations de concession temporaire. Cette approche, adoptée par le commissaire et le Tribunal du travail en l'espèce, n'est pas manifestement déraisonnable. Finalement, au sujet

patently unreasonable. Lastly, on the question of the time period prescribed for presenting the petition for cancellation, the labour commissioner implicitly accepted that the calculation of the time period must be based on the last collective agreement signed by Ivanhoe rather than on the agreements that its transferees might have made. In so doing, the commissioner and the Labour Court made a decision that was entirely within their jurisdiction to make. That approach to calculating the time period is consistent with the principles laid down by the Labour Court, which provide that collective agreements negotiated by subcontractors cannot be binding on the party that contracted out the work. However, although Ivanhoe presented its petition at the proper time, the commissioner had the authority to deny it on the merits because the certification was in effect in respect of another employer, Ivanhoe's transferee, on a temporary basis.

Per Bastarache J. (dissenting in part): A legal relation between successive employers is required in order to trigger successorship provisions. On the law as it has been modified by *Ajax*, there need not be a strict mutual, intentional, or consensual transfer. The legal relation between successive employers can be based on a mere historical connection. Here, the legal relation required in order to establish a sufficient organizational nexus is not satisfied and the successorship provision should not be triggered. There is no history of any corporate connection or evidence of any kind of relationship between the party who would be, for the purpose of s. 45 of the *Labour Code*, the "new employer" and the party who would be the "former employer". The present case is rather a situation in which one contractor loses his contract to another with whom he has no connection.

Bibeault's definition of "undertaking" for the purpose of s. 45 of the *Labour Code*, unchanged by *Ajax*, cannot consist merely of work, tasks or functions performed by the employees under the former employer. Something more must be sold or operated by another in order for the successorship provision to be triggered. To allow mere functions to constitute an undertaking in situations where there is nothing else to be passed amounts to a return to a purely functional definition of undertaking which was prohibited in *Bibeault*. The factual distinction between the present case and *Bibeault* is not material to *Bibeault*'s prohibition of the functional definition of an undertaking. An agreement to ignore *Bibeault* or to undermine the organic definition in *Bibeault* should not acquire the force of law simply because the Labour

du délai pour présenter la requête en révocation, le commissaire du travail a accepté implicitement que le calcul des délais se fasse à partir de la dernière convention collective signée par Ivanhoe et non de celles que ses concessionnaires ont pu conclure. Ce faisant, le commissaire et le Tribunal du travail ont pris une décision se situant entièrement dans les limites de leur compétence. Une telle approche quant au calcul des délais est conforme aux principes élaborés par le tribunal voulant que les conventions collectives négociées par des sous-traitants ne puissent lier le donneur d'ouvrage. Cependant, bien qu'Ivanhoe ait présenté sa requête en temps opportun, le commissaire avait le pouvoir de la rejeter sur le fond parce que l'accréditation était en vigueur de façon temporaire chez un autre employeur, en l'occurrence son concessionnaire.

Le juge Bastarache (dissident en partie) : L'existence d'un lien de droit entre employeurs successifs est nécessaire pour que les dispositions relatives à la succession d'entreprise s'appliquent. Selon la règle modifiée par l'arrêt *Ajax*, il n'est pas nécessaire que le transfert soit strictement consensuel ou fondé sur une intention commune. Le lien de droit entre employeurs successifs peut résulter d'un simple lien historique. En l'espèce, l'exigence du lien de droit requis pour établir l'existence d'un lien organisationnel suffisant n'est pas respectée et la disposition relative à la succession d'entreprise ne doit pas s'appliquer. Il n'y a jamais eu aucun lien d'entreprise — et il n'existe aucune preuve de l'existence de quelque relation que ce soit — entre la partie qui serait « le nouvel employeur », pour l'application de l'art. 45 du *Code du travail*, et celle qui serait « l'employeur précédent ». Nous sommes plutôt en présence ici d'une situation où un entrepreneur perd son contrat au profit d'un autre entrepreneur avec lequel il n'a aucun lien.

Selon la définition donnée dans l'arrêt *Bibeault*, qui n'a pas été modifiée par l'arrêt *Ajax*, pour l'application de l'art. 45 du *Code du travail*, une entreprise ne saurait comprendre uniquement les travaux et les tâches que les salariés exécutaient pour l'employeur précédent, ni les fonctions qu'ils exerçaient pour lui. Pour que la disposition relative à la succession d'entreprise s'applique, il faut que quelque chose de plus soit vendu ou concédé. Permettre que de simples fonctions constituent une entreprise dans les cas où il n'y a rien d'autre à transférer constitue un retour à une définition purement fonctionnelle du terme « entreprise » qui a été interdite dans l'arrêt *Bibeault*. La distinction factuelle entre la présente affaire et l'arrêt *Bibeault* n'a aucune importance en ce qui concerne l'interdiction par l'arrêt *Bibeault* de la

Court has agreed to do it and has more or less consistently taken that approach. It is patently unreasonable to use an approach to the definition of an undertaking that is inconsistent with *Bibeault*.

The concept of "potential employer" or retrocession — where upon the termination of Moderne's contract, the undertaking would have returned to Ivanhoe in order to be re-transferred to the four new contractors — is a patently unreasonable interpretation of s. 45 and is in no way supported by the text of that provision. The provision itself gives no indication that it is meant to apply to more than the last two actual employers in a line of successive employers. This is particularly true in this case where no employees are being transferred and Ivanhoe, the potential employer, to which the undertaking would be returned, has no employees to receive the benefit of the transferred certification. Moreover, retrocession is an entirely fictional operation. While the law admits of instances of "legal fiction", it is not acceptable in the context of labour legislation. Ivanhoe ceased being the employer of the janitorial staff when it transferred all of those employees to Moderne. When the contract between Ivanhoe and Moderne came to an end, these employees were dismissed by the latter and Ivanhoe did not become their employer again. Ivanhoe did not reenter the business of performing these janitorial services and the new companies performing the work did not include any Moderne or former-Ivanhoe employees. It is patently unreasonable to keep the certification alive through an artificial interpretation of s. 45. Although Ivanhoe retained the power to consign the undertaking at the end of the contract and could, without the concept of retrocession, have used short-term or temporary contracts to evade collective agreements, this is how s. 45 is written. There is no ambiguity and its scope is well defined.

The forced or artificial nature of this interpretation of s. 45 can be seen with respect to two other issues. First, if the retrocession argument was sound, the collective agreement would have been included with the certification. In order for the operation of the successorship provision to be meaningful, one must follow the other. Yet, every decision-maker in this case has held that the collective agreement entered into by Moderne and the

définition fonctionnelle du terme « entreprise ». Une entente selon laquelle on ne tiendra pas compte de l'arrêt *Bibeault* ou on minera la définition organique donnée dans cet arrêt ne doit pas avoir force exécutoire simplement parce que le Tribunal du travail a accepté de le faire et qu'il a plus ou moins constamment adopté ce point de vue. Il est manifestement déraisonnable d'aborder la définition de la notion d'entreprise d'une manière incompatible avec l'arrêt *Bibeault*.

La théorie de l'« employeur potentiel » ou de la rétrocession — selon laquelle, à l'expiration du contrat avec Moderne, l'entreprise aurait retourné à Ivanhoe pour être recédée aux quatre nouveaux entrepreneurs — est une interprétation manifestement déraisonnable de l'art. 45 et n'est nullement appuyée par le libellé de cette disposition. La disposition elle-même n'indique nullement qu'elle doit s'appliquer à plus d'employeurs qu'aux deux derniers d'une série d'employeurs successifs. Cela est particulièrement vrai dans la présente affaire où aucun salarié n'est transféré et où Ivanhoe, l'employeur potentiel à qui retournerait l'entreprise, ne compte aucun salarié susceptible de bénéficier de l'accréditation transmise. De plus, la rétrocession est une opération entièrement fictive. Bien que le droit permette la « fiction juridique » dans certains cas, cela n'est pas acceptable dans le contexte de la législation en matière de travail. Ivanhoe a cessé d'être l'employeur du personnel d'entretien ménager au moment où elle a transféré tous ces salariés chez Moderne. Lorsque le contrat entre Ivanhoe et Moderne a pris fin, ces salariés ont été licenciés par Moderne et Ivanhoe n'est pas redevenue leur employeur. Ivanhoe n'a pas recommencé à fournir les services d'entretien ménager en cause, et aucun salarié de Moderne ou ancien salarié d'Ivanhoe ne travaillait pour les nouvelles entreprises qui exécutaient les travaux. Il est manifestement déraisonnable de maintenir en vigueur cette accréditation au moyen d'une interprétation artificielle de l'art. 45. Certes, Ivanhoe détenait le pouvoir de concéder l'entreprise à l'expiration du contrat et elle aurait pu, en l'absence de rétrocession, recourir à des contrats à court terme ou temporaires pour contourner des conventions collectives, mais telle est la manière dont l'art. 45 est rédigé. Il ne comporte aucune ambiguïté et sa portée est bien définie.

Le caractère forcé ou artificiel de cette interprétation de l'art. 45 peut être constaté à deux autres égards. Premièrement, si la théorie de la rétrocession était bien fondée, la convention collective aurait été transmise avec l'accréditation. Pour que l'application de la disposition relative à la succession d'entreprise soit utile, l'une doit suivre l'autre. Pourtant, tous les décideurs en l'espèce ont jugé que la convention collective conclue par

union could not be transferred back to Ivanhoe in order to be re-transferred to the four new employers along with the certification. To allow the certification but not the collective agreement to pass indicates that this is not a situation in which the successorship provision should apply at all. Second, commitment to the retrocession interpretation of s. 45 creates difficulty in the application of s. 41 of the *Labour Code*, which allows for the cancellation of the certification of a union that no longer comprises the absolute majority of the employees in the bargaining unit for which it was certified. The need to avoid defeating the initial purpose of the retrocession interpretation of s. 45 leads to an illogical position with respect to s. 41 in which the giver of work is treated both as the present employer — i.e., potential employer — for the purposes of making the request to cancel the certification and as the former employer in the decision to determine union support in relation to the temporary employer.

Cases Cited

By Arbour J.

Followed: *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23, aff'g (1998), 41 O.R. (3d) 426; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **considered:** *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *General Motors Products of Canada Ltd. v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson*, [1999] 2 S.C.R. 753; **distinguished:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Entreprises Rolland Bergeron inc. v. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331; **referred to:** *Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert v. Ville de St-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xii; *Syndicat des employés de la Communauté régionale de l'Outaouais v. Collines-de-*

Moderne et le syndicat ne pouvait pas être retransmise à Ivanhoe pour pouvoir être ensuite transmise avec l'accréditation aux quatre nouveaux employeurs. Permettre la transmission de l'accréditation, mais non celle de la convention collective, révèle que le présent cas ne se prête pas à l'application de la disposition relative à la succession d'entreprise. Deuxièmement, l'adoption de l'interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession peut rendre difficile l'application de l'art. 41 du *Code du travail*, qui permet la révocation de l'accréditation d'un syndicat qui ne groupe plus la majorité absolue des salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle il a été accrédité. La nécessité d'éviter de contrecarrer l'objet initial de l'interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession mène à une interprétation illogique de l'art. 41, selon laquelle le donneur d'ouvrage est considéré à la fois comme étant l'employeur actuel — c'est-à-dire l'employeur potentiel — pour les fins de la requête en révocation de l'accréditation, et comme étant l'employeur précédent lorsqu'il s'agit de déterminer l'appui dont bénéficie le syndicat en ce qui concerne l'employeur temporaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts suivis : *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23, conf. (1998), 41 O.R. (3d) 426; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts examinés :** *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790; *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753; **distinction d'avec les arrêts :** *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331; **arrêts mentionnés :** *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert c. Ville de St-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, autorisation de pourvoi

l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des), [1999] R.J.D.T. 97; *Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 v. Ultramar Canada inc.*, [1999] R.J.D.T. 110; *Maison L'Intégrale inc. v. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xi; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84; *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. v. J.-R. Théberge ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage enr. v. Syndicat des employés des Institutions religieuses de Chicoutimi inc.*, [1970] R.D.T. 344; *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéroastronautique, section locale 2235*, [1972] T.T. 1; *Syndicat des salariés de service d'entretien v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker ltée v. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766*, [1981] T.T. 420; *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125; *Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes v. Vetroform inc.*, [1990] T.T. 514; *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 v. Fornet inc.*, [1991] T.T. 413, motion for evocation allowed, [1992] R.J.Q. 445; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal v. Clair et Net ltée*, [1992] T.T. 85; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal v. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc.*, D.T.E. 93T-665; *Gatineau (Ville de) v. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau v. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351; *Université McGill v. Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 95T-296; *Entreprises Chando-net enr. v. Union des employées et employés de service, section locale 800*, [1992] T.T. 620, motion for evocation dismissed, Sup. Ct. Quebec, No. 200-05-002218-928, December 23, 1992; *Luc Construction inc. v. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589; *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie v. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie*, D.T.E. refusée, [1999] 3 R.C.S. xii; *Syndicat des employés de la Communauté régionale de l'Outaouais c. Collines-de-l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des)*, [1999] R.J.D.T. 97; *Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 c. Ultramar Canada inc.*, [1999] R.J.D.T. 110; *Maison L'Intégrale inc. c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xi; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84; *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. c. J.-R. Théberge ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage enr. c. Syndicat des employés des Institutions religieuses de Chicoutimi inc.*, [1970] R.D.T. 344; *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéroastronautique, section locale 2235*, [1972] T.T. 1; *Syndicat des salariés de service d'entretien c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker ltée c. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766*, [1981] T.T. 420; *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125; *Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes c. Vetroform inc.*, [1990] T.T. 514; *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 c. Fornet inc.*, [1991] T.T. 413, requête en évocation accueillie, [1992] R.J.Q. 445; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Clair et Net ltée*, [1992] T.T. 85; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc.*, D.T.E. 93T-665; *Gatineau (Ville de) c. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau c. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351; *Université McGill c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 95T-296; *Entreprises Chando-net enr. c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, [1992] T.T. 620, requête en évocation rejetée, C.S. Québec, nº 200-05-002218-928, 23 décembre 1992; *Luc Construction inc. c. Syndicat des employés de Ville de*

87T-300; *Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou v. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou*, L.C., No. 200-28-000041-90, October 11, 1990; *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy v. Prime Hospitality inc.*, [1991] T.T. 40; *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. v. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277*, D.T.E. 92T-1043; *Syndicat des employés de la Ville de Brossard v. Services d'entretien Fany inc.*, [1995] T.T. 423; *Commission scolaire Laurenval v. Lalonde*, [1997] R.J.Q. 983; *Rosemère (Ville de) v. St-Arnaud*, D.T.E. 97T-1039; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Adam v. Daniel Roy ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683; *Union des employés de service, section locale 298 v. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de Baie-des-Chaleurs*, [1973] T.T. 332; *Distribution Réal Chagnon inc. v. Prud'homme*, J.E. 90-1027; *Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie v. Les Coopérants*, [1991] R.J.Q. 1248; *Emballages industriels Vulcan ltée v. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106*, [1991] T.T. 29; *Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante v. LAB, société en commandite*, D.T.E. 94T-13, motion for evocation dismissed, Sup. Ct. Quebec, No. 200-05-003286-932, February 23, 1994; *Groupe des ex-salariés de Transbéton v. Groupe des ex-salariés de Transmix*, [1999] R.J.D.T. 513; *Syndicat des travailleurs de S.O.S. v. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1992] T.T. 109; *Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W v. Brasserie Molson-O'Keefe*, D.T.E. 91T-914; *Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. v. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 85T-114; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal*, D.T.E. 2000T-113; *Metro Capital Group ltée v. Hamelin*, [2000] R.J.D.T. 491; *Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. v. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, [1987] T.A. 333; *Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives v. Commission scolaire de la Jonquière*, [1990] T.T. 419; *Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec v. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe*, D.T.E. 86T-759; *Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal v. Union des employés de service, section locale 298*, [1990] T.T. *Brossard*, [1992] T.T. 589; *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie c. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie*, D.T.E. 87T-300; *Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou c. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou*, T.T., nº 200-28-000041-90, 11 octobre 1990; *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy c. Prime Hospitality inc.*, [1991] T.T. 40; *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. c. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277*, D.T.E. 92T-1043; *Syndicat des employés de la Ville de Brossard c. Services d'entretien Fany inc.*, [1995] T.T. 423; *Commission scolaire Laurenval c. Lalonde*, [1997] R.J.Q. 983; *Rosemère (Ville de) c. St-Arnaud*, D.T.E. 97T-1039; *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Adam c. Daniel Roy ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683; *Union des employés de service, section locale 298 c. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de Baie-des-Chaleurs*, [1973] T.T. 332; *Distribution Réal Chagnon inc. c. Prud'homme*, J.E. 90-1027; *Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie c. Les Coopérants*, [1991] R.J.Q. 1248; *Emballages industriels Vulcan ltée c. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106*, [1991] T.T. 29; *Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante c. LAB, société en commandite*, D.T.E. 94T-13, requête en évocation rejetée, C.S. Québec, nº 200-05-003286-932, 23 février 1994; *Groupe des ex-salariés de Transbéton c. Groupe des ex-salariés de Transmix*, [1999] R.J.D.T. 513; *Syndicat des travailleurs de S.O.S. c. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1992] T.T. 109; *Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W c. Brasserie Molson-O'Keefe*, D.T.E. 91T-914; *Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 85T-114; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal*, D.T.E. 2000T-113; *Metro Capital Group ltée c. Hamelin*, [2000] R.J.D.T. 491; *Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, [1987] T.A. 333; *Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives c. Commission scolaire de la Jonquière*, [1990] T.T. 419; *Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec c. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe*, D.T.E.

398; *Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile v. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300*, [1982] T.T. 340; *Rothmans, Benson & Hedges inc. v. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 87T-976; *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 v. Syndicat des employées et employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval*, [2001] R.J.D.T. 134.

By Bastarache J. (dissenting in part)

Ajax (Town) v. CAW, Local 222, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Entreprises Rolland Bergeron inc. v. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, ss. 617, 1218 to 1255, 1242, 1279, 1440, 1442, 1444 to 1450, 1814, 2447.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 22*c*), *d*), 41 [am. 1983, c. 22, s. 23], 45, 46 [repl. 1990, c. 69, s. 2], 52.2, 58 [am. 1983, c. 22, s. 28], 59, 139 [repl. 1982, c. 16, s. 5; am. 1983, c. 22, s. 93; am. 1985, c. 12, s. 93, am. 1990, c. 4, s. 232], 139.1 [am. 1982, c. 16, s. 6], 140 [repl. *idem*, s. 7].

Authors Cited

Barré, Alain. "La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail* après l'affaire C.S.R.O." (1991), 32 *C. de D.* 179.

Beaudoin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Brière, Germain. *Donations, substitutions et fiducie.* Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.

86T-759; *Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal c. Union des employés de service, section locale 298*, [1990] T.T. 398; *Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile c. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300*, [1982] T.T. 340; *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 87T-976; *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 c. Syndicat des employées et employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval*, [2001] R.J.D.T. 134.

Citée par le juge Bastarache (dissident en partie)

Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 617, 1218 à 1255, 1242, 1279, 1440, 1444 à 1450, 1814, 2447.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 22*c*), *d*), 41 [mod. 1983, ch. 22, art. 23], 45, 46 [rempl. 1990, ch. 69, art. 2], 52.2, 58 [mod. 1983, ch. 22, art. 28], 59, 139 [rempl. 1982, ch. 16, art. 5; mod. 1983, ch. 22, art. 93; mod. 1985, ch. 12, art. 93, mod. 1990, ch. 4, art. 232], 139.1 [mod. 1982, ch. 16, art. 6], 140 [rempl. *idem*, art. 7].

Doctrine citée

Barré, Alain. « La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail* après l'affaire C.S.R.O. » (1991), 32 *C. de D.* 179.

Beaudoin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Brière, Germain. *Donations, substitutions et fiducie.* Montréal : Wilson & Lafleur, 1988.

Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois.* Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.
Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.
Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec.* Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal [1999] R.J.Q. 32, [1999] R.J.D.T. 30, [1998] Q.J. No. 3663 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, D.T.E. 94T-1219, dismissing motions for evocation against judgments of the Labour Court, [1993] T.T. 493 and [1993] T.T.600, upholding decisions of the labour commissioners, D.T.E. 92T-1305. Appeals dismissed, Bastarache J. dissenting in part.

Serge Benoît and *Monique Lagacé*, for the appellants/respondents/mis en cause Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. and Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée.

Jean-Marc Brodeur, for the appellant/respondent/mis en cause Distinction Service d'entretien inc.

Robert Laurin, for the respondent/appellant United Food and Commercial Workers, Local 500.

Benoît Belleau, for the respondent Labour Court.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ. delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

These appeals were heard together with *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48, in which reasons are pronounced with this decision. The central issue is

Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997.
Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois.* Montréal : Wilson & Lafleur, 1998.
Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.
Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 32, [1999] R.J.D.T. 30, [1998] A.Q. nº 3663 (QL), qui ont confirmé un jugement de la Cour supérieure, D.T.E. 94T-1219, qui avait rejeté les requêtes en révision judiciaire à l'encontre des décisions du Tribunal du travail, [1993] T.T. 493 et [1993] T.T. 600, confirmant des décisions des commissaires du travail, D.T.E. 92T-1305. Pourvois rejetés, le juge Bastarache est dissident en partie.

Serge Benoît et *Monique Lagacé*, pour les appelantes/intimées/mises en cause Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. et Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée.

Jean-Marc Brodeur, pour l'appelante/intimée/mise en cause Distinction Service d'entretien inc.

Robert Laurin, pour l'intimé/appelant Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500.

Benoît Belleau, pour l'intimé le Tribunal du travail.

Le jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour a été rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Ces pourvois ont été entendus conjointement avec l'affaire *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48, pour laquelle des motifs sont déposés avec la pré-

whether the Quebec Labour Court has adopted an interpretive policy with respect to the application of s. 45 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, regarding the operation by another of an undertaking, that is in conflict with the decisions of this Court, and more specifically with *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. For the reasons that follow, I find that the approach taken by that court is not inconsistent with the decisions of this Court and constitutes a reasonable interpretation of the provisions which that specialized agency is instructed to apply. Accordingly, the decisions of the administrative tribunals in this case should not be varied and the appeals should be dismissed.

2 The jurisdiction of commissioners and of the Labour Court in interpreting and applying s. 45 of the *Labour Code* is the crux of these appeals. This provision having been a subject of considerable debate in Quebec labour law, I shall reproduce it before proceeding:

45. The alienation or operation by another in whole or in part of an undertaking otherwise than by judicial sale shall not invalidate any certification granted under this code, any collective agreement or any proceeding for the securing of certification or for the making or carrying out of a collective agreement.

The new employer, notwithstanding the division, amalgamation or changed legal structure of the undertaking, shall be bound by the certification or collective agreement as if he were named therein and shall become *ipso facto* a party to any proceeding relating thereto, in the place and stead of the former employer.

II. The Facts

3 Ivanhoe inc. is a property management, development and investment company primarily engaged in managing shopping centres. It handled its own interior and exterior building maintenance until 1989. On May 23, 1974, the United Food and Commercial Workers union, local 500 (the "union") was certified to represent the janitorial staff at Ivanhoe's shopping centres in Quebec. The parties signed a number of collective agreements, including the last one which was to be in effect from May 23, 1986 to May 22, 1989. On March 6,

sente décision. La question centrale qui se pose est celle de savoir si le Tribunal du travail du Québec a adopté, à propos de l'application de l'art. 45 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, une politique d'interprétation en matière de concession d'entreprise qui répudie la jurisprudence de notre Cour, et plus particulièrement l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'approche appliquée par le tribunal ne va pas à l'encontre de notre jurisprudence et constitue une interprétation rationnelle des textes que cet organisme spécialisé a le mandat d'appliquer. En conséquence, les décisions des instances administratives en l'espèce ne doivent pas être modifiées et les appels doivent être rejetés.

La compétence des commissaires et du Tribunal du travail dans l'interprétation et l'application de l'art. 45 du *Code du travail* se situe au cœur des présents pourvois. Il importe donc de reproduire immédiatement cette disposition qui a fait l'objet de nombreuses controverses en droit du travail québécois :

45. L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, aucune convention collective, ni aucune procédure en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective.

Sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective comme s'il y était nommé et devient par le fait même partie à toute procédure s'y rapportant, aux lieu et place de l'employeur précédent.

II. Les faits

Ivanhoe inc. est une société immobilière de gestion, de développement et d'investissement qui gère principalement des centres commerciaux. Elle s'est chargée elle-même de l'entretien intérieur et extérieur de ses immeubles jusqu'en 1989. Le 23 mai 1974, le syndicat Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 (le « syndicat ») a obtenu un certificat d'accréditation visant les préposés à l'entretien ménager des centres commerciaux d'Ivanhoe situés au Québec. Plusieurs conventions collectives

1989, Ivanhoe decided to contract out the janitorial services at its shopping centres to Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. ("Moderne"), under a contract that was to run until August 31, 1991. The 68 full-time and 18 part-time janitorial employees were transferred to Moderne.

ont été signées entre ces parties, dont la dernière devait s'appliquer du 23 mai 1986 au 22 mai 1989. Le 6 mars 1989, Ivanhoe décide de confier l'entretien ménager de ses centres à la compagnie Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. (« Moderne »), en vertu d'un contrat expirant le 31 août 1991. Les 68 salariés réguliers et les 18 employés à temps partiel affectés à l'entretien sont transférés chez Moderne.

The union applied under s. 45 of the *Labour Code* for recognition of the transfer of the certification and collective agreement to Moderne. The motion was not opposed and labour commissioner Gareau granted it in a decision dated May 22, 1991, and corrected on July 11, 1991. The union negotiated a collective agreement with Moderne that was in effect from May 22, 1989 to May 22, 1991. On July 5, 1991, when its contract with Moderne was about to expire, Ivanhoe invited bids for a new contract. Moderne did not bid, but on August 29, 1991, two days before its contract expired, it signed a collective agreement effective until May 22, 1994. 4

Le syndicat présente une requête en vertu de l'art. 45 du *Code du travail* pour que la transmission de l'accréditation et de la convention collective à Moderne soit reconnue. Aucune opposition à la requête n'est présentée et celle-ci est accueillie par le commissaire du travail Gareau dans une décision datée du 22 mai 1991 et corrigée le 11 juillet 1991. Le syndicat négocie avec Moderne une convention collective pour la période du 22 mai 1989 au 22 mai 1991. Le 5 juillet 1991, à l'approche de l'expiration de son contrat avec Moderne, Ivanhoe fait un appel d'offres en vue de signer un nouveau contrat. Moderne ne soumissionne pas. Le 29 août 1991, soit deux jours avant l'expiration de son contrat, elle signe pourtant une convention collective devant s'appliquer jusqu'au 22 mai 1994.

As a result of the bids that it received, Ivanhoe decided to engage four companies (the "contractors"): Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifices Arcade ltée, Prestige Maintenance inc. (now represented in continuance of suit by Distinction Service d'entretien inc.) and Service d'entretien Laurier enr. (now represented by 2621-3249 Québec inc.). All of these companies specialize in janitorial services, and they are in competition with one another. Each of them signed a contract with Ivanhoe that took effect on September 1, 1991 and ended on August 31, 1993. For each of the companies, Ivanhoe was only one of a number of customers. 5

À la suite de son appel d'offres, Ivanhoe choisit de retenir les services de quatre sociétés (les « entrepreneurs »), soit Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifices Arcade ltée, Prestige Maintenance inc. (maintenant représentée en reprise d'instance par Distinction Service d'entretien inc.) et Service d'entretien Laurier enr. (maintenant représentée en reprise d'instance par 2621-3249 Québec inc.). Celles-ci sont toutes spécialisées dans les travaux d'entretien ménager et se font concurrence. Elles signent chacune avec Ivanhoe, qui ne représente pour elles qu'une cliente parmi plusieurs autres, un contrat prenant effet le 1er septembre 1991 et se terminant le 31 août 1993.

On August 31, 1991, Moderne's contract expired and it dismissed the entire janitorial staff responsible for Ivanhoe's buildings. None of those employees was hired by the contractors who took over building maintenance the following day. It is 6

Le 31 août 1991, le contrat de Moderne se termine et elle licencie tous ses salariés affectés à l'entretien ménager des immeubles d'Ivanhoe. Aucun de ceux-ci n'est embauché par les entrepreneurs qui prennent en charge l'entretien le jour sui-

admitted that there is no legal relationship between Moderne and the contractors, which employed their own staff and used their own equipment. The work performed by the contractors' employees was the same as the work that had been done for Moderne and previously for Ivanhoe.

7 On September 25, 1991, the union applied under s. 45 to have the certification and the collective agreement signed with Moderne transferred to the contractors. On January 14, 1992, Ivanhoe applied under s. 41 of the *Labour Code* to have the union's certification cancelled with regard to itself.

III. Previous Decisions

A. *Commissioner Bibeault* (s. 45), D.T.E. 92T-1305

8 The commissioner found that the certification that originally covered Ivanhoe had to be transferred to the new contractors. In his view, subcontracting janitorial services could amount to operation by another of part of an undertaking, with the result that s. 45 of the *Labour Code* would apply. When the contract with Moderne expired, Ivanhoe once again became the potential employer and could transfer its certification to the contractors. On the other hand, the collective agreement that had been signed with Moderne lapsed when the contract expired, and it could not be transferred to the new contractors. When the first transfer of the operation of the undertaking terminated, the previous situation was restored, and the fresh transfer was made by Ivanhoe, rather than Moderne.

B. *Commissioner Boily* (s. 41), September 24, 1992

9 Commissioner Boily held that, as a result of the decision of commissioner Gareau finding that Ivanhoe's rights and obligations had been transferred to Moderne, the certification was still in effect at Moderne when the petition for cancellation was made. The petition was therefore moot and the commissioner dismissed it.

vant. Il est admis qu'il n'existe aucun lien de droit entre Moderne et les entrepreneurs. Ceux-ci emploient leur propre main-d'œuvre et utilisent leur propre matériel. Les fonctions exercées par les salariés des entrepreneurs sont les mêmes que celles exercées chez Moderne et, antérieurement, chez Ivanhoe.

Le 25 septembre 1991, le syndicat présente une requête en vertu de l'art. 45 pour que l'accréditation, de même que la convention collective signée avec Moderne, soient transférées aux entrepreneurs. Le 14 janvier 1992, Ivanhoe présente une requête en vertu de l'art. 41 du *Code du travail* pour faire révoquer l'accréditation du syndicat en ce qui la concerne.

III. Les décisions antérieures

A. *Commissaire Bibeault* (art. 45), D.T.E. 92T-1305

Le commissaire conclut que l'accréditation qui visait à l'origine Ivanhoe doit être transmise aux nouveaux entrepreneurs. À son avis, la sous-traitance en entretien ménager peut constituer une concession partielle d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45 du *Code du travail.* À l'expiration du contrat avec Moderne, Ivanhoe est redevenue l'employeur potentiel et a pu transmettre son accréditation aux entrepreneurs. Par contre, la convention collective conclue avec Moderne est devenue caduque à l'expiration du contrat et n'a pu être transférée aux nouveaux entrepreneurs. La fin de la première concession a rétabli la situation antérieure et c'est Ivanhoe, et non Moderne, qui a effectué un nouveau transfert.

B. *Commissaire Boily* (art. 41), le 24 septembre 1992

Le commissaire Boily juge qu'à la suite de la décision du commissaire Gareau constatant la transmission des droits et obligations d'Ivanhoe à Moderne, l'accréditation est toujours en vigueur chez cette dernière au moment de la requête en révocation. La requête est donc sans objet et le commissaire la rejette.

C. *Labour Court* (s. 45), [1993] T.T. 493

Judge Prud'homme found that when Ivanhoe contracted out the janitorial services at its buildings it amounted, in this case, to operation by another of part of an undertaking. In view of the fact that the essential element of the agreement between Ivanhoe and its contractors was that it conferred a right to operate or a responsibility to perform janitorial services, s. 45 had to be applied, since the tests in *Bibeault*, *supra*, regarding the definition of an undertaking had been met. In Judge Prud'homme's view, the requirement that there be a legal relationship between successive employers had also been met in this case, since when the Moderne contract expired, Ivanhoe resumed its legal authority over the part of the undertaking which had been operated by another, and transferred it to the new contractors. However, the union's appeal regarding the transfer of the collective agreement was dismissed, since the principles on which the commissioner had relied were settled law and the union had presented no valid reason for them to be revised. In addition, Judge Prud'homme was of the opinion that there was no basis in law for the union's alternative argument, that the last agreement signed by Ivanhoe should be transferred to the contractors.

C. *Tribunal du travail* (art. 45), [1993] T.T. 493

Le juge Prud'homme conclut que le fait pour 10
Ivanhoe de faire exécuter à contrat l'entretien ménager de ses immeubles constitue en l'espèce une concession partielle d'entreprise. Étant donné que l'élément essentiel de l'entente intervenue entre Ivanhoe et les entrepreneurs est l'octroi d'un droit d'exploitation ou d'une charge de voir à l'entretien ménager, l'art. 45 doit s'appliquer, les critères de l'arrêt *Bibeault*, précité, quant à la définition d'une entreprise étant remplis. Selon le juge Prud'homme, l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs est aussi respectée en l'espèce, parce qu'à l'expiration du contrat de Moderne, Ivanhoe a repris son autorité juridique sur la partie d'entreprise concédée et l'a transmis aux nouveaux entrepreneurs. L'appel du syndicat portant sur le transfert de la convention collective est par contre rejeté, les principes invoqués par le commissaire étant bien établis et le syndicat n'ayant fourni aucun motif valable pour qu'ils soient révisés. De plus, le juge Prud'homme considère que la prétention subsidiaire du syndicat selon laquelle la dernière convention signée par Ivanhoe devrait être transférée aux entrepreneurs est dénuée de fondement juridique.

D. *Labour Court* (s. 41), [1993] T.T. 600

Judge Prud'homme held that even though Ivanhoe no longer had any employees, it was entitled to apply for cancellation. However, granting cancellation in this case would be contrary to the underlying principles of the *Labour Code*, since during periods when an undertaking was temporarily operated by another, the company which had contracted out the work would be able to rid itself permanently of the certification and thus be able to take over the operation of its undertaking again, or transfer the operation afresh, with no certification. In Judge Prud'homme's view, it would also be difficult to determine whether the union still had a majority of the employees in the bargaining unit, since there would be no employees to count. A petition for cancellation presented by an employer that had created this situation, by transferring the operation of the undertaking to another, would

D. *Tribunal du travail* (art. 41), [1993] T.T. 600

Le juge Prud'homme précise qu'Ivanhoe a le 11
droit de présenter la requête en révocation même si elle n'a plus de salariés. Cependant, accorder la révocation en l'espèce serait contraire aux principes qui sous-tendent le *Code du travail*, puisqu'un donneur d'ouvrage pourrait, pendant la durée d'une concession temporaire d'entreprise, se libérer de l'accréditation de façon permanente et ainsi reprendre l'exploitation de son entreprise ou la concéder à nouveau, sans accréditation. Selon le juge Prud'homme, il serait aussi difficile de vérifier si le syndicat groupe toujours la majorité des salariés membres de l'unité de négociation, puisqu'il n'y a pas de salariés à compter. L'employeur ayant créé cette situation par le truchement d'une concession d'entreprise doit voir sa requête en révocation rejetée. La possibilité qu'une accréditation lie indéfiniment un employeur sans salariés ne

have to be dismissed. The possibility of a certification being binding indefinitely on an employer with no employees does not create a problem, since in that situation the certification would have no effect. The dismissal of Ivanhoe's petition was therefore affirmed.

E. *Superior Court*, D.T.E. 94T-1219

12 Lévesque J. stated that the standard of review that applies to judicial review of decisions of labour commissioners and of the Labour Court was reasonableness. In his view, only the subsequent transfer of the operation to the contractors was in issue in this case, since the parties had agreed to the initial transfer of the operation to Moderne. *Bibeault*, *supra*, had to be distinguished, since in that case, the party which had contracted out the work had never operated the undertaking itself, unlike Ivanhoe, and most importantly because the standard of review that applied at that time was correctness. In this case, the commissioner and the Labour Court had not committed an unreasonable error in finding that the janitorial activities had been the subject of a second transfer of the operation of an undertaking, with the result that s. 45 applied. Nor was the refusal to transfer the collective agreement unreasonable. Lastly, the dismissal of Ivanhoe's petition for cancellation was a reasonable exercise of the jurisdiction of the commissioner and the Labour Court, and there were no grounds for the Superior Court to intervene.

F. *Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 32

13 LeBel J.A, now of this Court, Brossard J.A. and Zerbisias J. (*ad hoc*) heard five other cases together with this case, all of them relating to judicial review of decisions of the labour commissioner and the Labour Court concerning s. 45 of the *Labour Code* (*Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert v. Ville de St-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xii; *Syndicat des employés de la Communauté régio-*

pose aucun problème, puisque l'accréditation n'a alors aucun effet. Le rejet de la requête d'Ivanhoe est donc confirmé.

E. *Cour supérieure*, D.T.E. 94T-1219

Le juge Lévesque indique que la norme de contrôle applicable à la révision judiciaire des décisions des commissaires et du tribunal est celle de l'erreur déraisonnable. À son avis, dans la présente cause, seul le problème de la nouvelle concession aux entrepreneurs se pose, puisque les parties avaient consenti à une concession initiale en faveur de Moderne. Il faut faire une distinction avec l'arrêt *Bibeault*, précité, parce que dans cette affaire, le donneur d'ouvrage n'avait jamais lui-même exploité l'entreprise, contrairement à Ivanhoe, et surtout parce que la norme de contrôle applicable était alors celle de l'erreur simple. En l'espèce, le commissaire et le tribunal n'ont pas commis d'erreur déraisonnable en concluant que les activités d'entretien ménager avaient fait l'objet d'une seconde concession d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45. Le refus du transfert de la convention n'est pas non plus déraisonnable. Finalement, le rejet de la requête en révocation présentée par Ivanhoe constituait un exercice raisonnable de leur compétence par le commissaire et le tribunal et l'intervention de la Cour supérieure serait injustifiée.

F. *Cour d'appel*, [1999] R.J.Q. 32

Le juge LeBel, maintenant de notre Cour, le juge Brossard et le juge Zerbisias (*ad hoc*) avaient entendu, avec le présent dossier, cinq autres affaires portant sur la révision judiciaire des décisions du commissaire et du Tribunal du travail concernant l'art. 45 du *Code du travail* (*Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert c. Ville de St-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 3 R.C.S. xii; *Syndicat des employés de*

nale de l'Outaouais v. Collines-de-l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des), [1999] R.J.D.T. 97; and *Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 v. Ultramar Canada inc.*, [1999] R.J.D.T. 110). The six decisions were rendered on the same day and when read together they give a better understanding of the position taken by each of the judges who wrote reasons in the case before us.

la Communauté régionale de l'Outaouais c. Collines-de-l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des), [1999] R.J.D.T. 97; *Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 c. Ultramar Canada inc.*, [1999] R.J.D.T. 110). Les six arrêts ont été rendus le même jour et leur lecture permet de mieux cerner la position de chacun des juges ayant déposé des motifs dans la présente affaire.

More specifically, in *McGill* and *Laurenval*, *supra*, subcontracting of janitorial services was in issue. Zerbisias J. wrote dissenting reasons in those cases, stating that it was unreasonable to apply s. 45 to simple subcontracting of work cases. In her view, applying s. 45 to the transfer of a right to operate or of a responsibility amounted to reverting to the functional definition of an undertaking, which was rejected by this Court in *Bibeault*, *supra*. In the opinion of LeBel J.A., on the other hand, the Labour Court's decisions did not conflict with *Bibeault* and were not unreasonable. Brossard J.A., like Zerbisias J., took the view that the Labour Court's approach conflicted with *Bibeault* in adopting a functional definition of an undertaking and in not taking into account the question of the centrality of the transferred part of the undertaking. However, he found that the Labour Court's decisions, while in error, were not patently unreasonable.

14 Plus particulièrement, les affaires *McGill* et *Laurenval*, précitées, portaient sur la sous-traitance en entretien ménager. Le juge Zerbisias y a rédigé des motifs dissidents indiquant qu'il est déraisonnable d'appliquer l'art. 45 à de simples cas de sous-traitance de fonctions. À son avis, l'application de l'art. 45 au transfert d'un droit d'exploitation ou d'une charge équivaut à un retour à une conception fonctionnelle de l'entreprise, qui a été rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Bibeault*, précité. Pour le juge LeBel, au contraire, les décisions du Tribunal du travail ne contredisent pas l'arrêt *Bibeault* et ne sont pas déraisonnables. Le juge Brossard pense comme le juge Zerbisias que l'approche du tribunal contredit l'arrêt *Bibeault* en adoptant une conception fonctionnelle de l'entreprise et en ne tenant pas compte du caractère essentiel de la partie d'entreprise concédée. Cependant, il juge que bien qu'erronées, les décisions du tribunal ne sont pas manifestement déraisonnables.

In *St-Hubert*, *supra*, the Court of Appeal found that s. 45 did not apply to a subcontract for municipal snow removal. In the view of Zerbisias J., to find otherwise would have been contrary to *Bibeault*, *supra*, and therefore patently unreasonable. LeBel and Brossard JJ.A., on the other hand, based their decision on the fact that the union had not demonstrated diligence in pursuing its remedies under s. 45. In the last of these cases, *Ultramar*, *supra*, LeBel J.A. was of the view that the applicable standard of review was correctness, since the case had begun before the legislative amendments that changed the standard. He affirmed the evocation of the Labour Court's decision applying s. 45 to a series of complex transactions involving the lease and sublease of a lot used

15 Dans l'affaire *St-Hubert*, précitée, la Cour d'appel conclut que l'art. 45 ne s'applique pas à un contrat de sous-traitance pour le déneigement municipal. Pour le juge Zerbisias, une conclusion différente aurait été contraire à l'arrêt *Bibeault*, précité, et donc manifestement déraisonnable. Les juges LeBel et Brossard, quant à eux, fondent plutôt leur décision sur le fait que le syndicat n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice de ses recours en vertu de l'art. 45. Finalement, dans l'affaire *Ultramar*, précitée, le juge LeBel considère que la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur simple, le litige ayant commencé avant les modifications législatives visant cette norme. Il confirme l'évocation d'une décision du tribunal ayant conclu à l'application de l'art. 45 dans le

to operate a service station. In the opinion of Brossard J.A., Zerbisias J. concurring, the Labour Court's decision was in any event patently unreasonable, and it was therefore unnecessary to consider the effects of the change in the standard of review.

16 In the case before us, the Court of Appeal unanimously dismissed the appeals and affirmed the decisions of the labour commissioners and the Labour Court. However, here again, the three judges gave different reasons for the result, each of them taking the same approach as in the other decisions rendered on that date.

(a) Opinion of LeBel J.A.

17 In a remarkably thorough opinion, LeBel J.A. provided a complete analysis of the situation. He stated, first, that the standard of review must be unreasonableness or clearly irrational error. He then gave a detailed background to the decision in *Bibeault*, *supra*, and analysed the interpretive policy adopted by the Labour Court following that case. He also examined the position taken by the Superior Court with respect to the consensus in the Labour Court, and compared the Labour Court's decisions with decisions in the other Canadian provinces. Regarding the decision concerning the transfer of certification, LeBel J.A. found that the principles applied by the labour commissioner and the Labour Court in this case did not conflict with *Bibeault*, since that case had never ruled out the possibility that operation by another of part of an undertaking might result in s. 45 applying to janitorial services. Furthermore, the Labour Court had applied the definition of an undertaking adopted by this Court. In the view of LeBel J.A., the Labour Court's decision that the undertaking reverted to Ivanhoe when the contract with Moderne expired, and that operation of the undertaking was then transferred afresh to the contractors, was not unreasonable or inconsistent with the decisions of this Court.

18 In the view of LeBel J.A., the refusal to transfer the collective agreement was justified, given that

cadre de transactions complexes de location et de sous-location d'un terrain utilisé pour l'exploitation d'une station-service. Pour le juge Brossard, à l'opinion duquel souscrit le juge Zerbisias, la décision du tribunal est de toute façon manifestement déraisonnable et les effets de la modification de la norme de contrôle n'ont donc pas à être examinés.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel décide à l'unanimité de rejeter les appels et de confirmer les décisions des commissaires et du Tribunal du travail. Cependant, encore une fois, les trois juges invoquent des motifs différents à l'appui de ce résultat, se conformant chacun à l'approche qu'ils ont adoptée dans les autres arrêts rendus le même jour.

(a) Opinion du juge LeBel

Dans une opinion remarquablement fouillée, le juge LeBel fait une analyse complète de la situation. Il précise en premier lieu que la norme de contrôle doit être celle de l'erreur déraisonnable ou clairement irrationnelle. Le juge trace ensuite un historique détaillé de l'arrêt *Bibeault*, précité, et analyse la politique d'interprétation retenue par le Tribunal du travail à la suite de cet arrêt. Il étudie aussi la position de la Cour supérieure face au consensus qui prévaut au Tribunal du travail, et compare la jurisprudence de celui-ci avec celle que l'on retrouve dans les autres provinces canadiennes. Quant à la décision portant sur le transfert de l'accréditation, le juge LeBel conclut que les principes appliqués par le commissaire et le tribunal en l'espèce ne contredisent pas l'arrêt *Bibeault*, puisque ce dernier n'avait jamais écarté la possibilité d'une concession partielle d'entreprise pouvant entraîner l'application de l'art. 45 en matière d'entretien ménager. Le Tribunal du travail s'est de plus conformé à la définition de l'entreprise adoptée par notre Cour. Selon le juge LeBel, la conclusion du tribunal selon laquelle l'entreprise est retournée chez Ivanhoe à l'expiration du contrat avec Moderne, pour être ensuite concédée de nouveau aux entrepreneurs, n'est pas déraisonnable ou contraire à la jurisprudence de notre Cour.

Le refus du transfert de la convention collective se justifie, d'après le juge LeBel, du fait que

the purpose of s. 45 is to protect collective rather than individual rights and that the certification and the agreement were two separate legal matters. He noted that the Labour Court does not take a blanket approach, and usually declines to impose an agreement on a subcontractor that was negotiated by its predecessor. In doing this, it is acting within the authority conferred on it by the *Labour Code*. Furthermore, the agreement signed with Ivanhoe had expired and it was therefore not unreasonable to decline to transfer it. Lastly, in the view of LeBel J.A., the petition for cancellation was brought outside the relevant time period and was therefore not properly before the Labour Court. On the other hand, the decision by the commissioner and the Labour Court to deny the petition was not unreasonable, since Ivanhoe did not have a sufficient interest to present a petition for cancellation, because the certification was in effect with respect to another employer.

(b) Opinion of Brossard J.A.

Brossard J.A. concurred in the opinion of LeBel J.A. concerning the application of *Bibeault*, *supra*, to the facts of this case and concerning the outcome of the appeals. In his view, the decisions of the commissioners and the Labour Court in this case were not patently unreasonable. However, he did not agree with his colleague's opinion regarding the interpretation of s. 45 and of the *Bibeault* case. He also refused to express general approval for the jurisprudence of the Labour Court cited by LeBel J.A. For example, Brossard J.A. said that he did not approve of the complete rejection of the requirement that the part of the undertaking operated by another be essential to the main undertaking, although he believed that the weight given to that factor might vary with the facts of the case. On the question of the principles to be applied, he referred to his opinion in *Ultramar*, *supra*.

(c) Opinion of Zerbisias J. (*ad hoc*)

Zerbisias J. also believed that the appeals should be dismissed, but made it clear that her opinion should not be read as approval of the Labour Court jurisprudence cited by LeBel J.A. On that point, she preferred to refer to her opinions in the cases

l'art. 45 vise à protéger des droits collectifs plutôt qu'individuels et que l'accréditation et la convention constituent deux réalités juridiques distinctes. Le juge note que le tribunal adopte une position nuancée et refuse généralement d'imposer à un sous-traitant la convention négociée par son prédécesseur. Ce faisant, il agit dans les limites des pouvoirs que lui confère le *Code du travail*. La convention signée avec Ivanhoe était par ailleurs expirée et il n'était donc pas déraisonnable de refuser son transfert. Finalement, la requête en révocation avait été présentée, selon le juge LeBel, hors délai et était irrecevable pour ce motif. Par ailleurs, la décision du commissaire et du tribunal rejetant la requête n'était pas déraisonnable, puisqu'Ivanhoe ne possédait pas l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation, l'accréditation étant en vigueur chez un autre employeur.

(b) Opinion du juge Brossard

19 Le juge Brossard souscrit à l'opinion du juge LeBel en ce qui a trait à l'application de l'arrêt *Bibeault*, précité, aux faits de l'espèce et à l'issue des pourvois. À son avis, les décisions des commissaires et du tribunal en l'espèce ne sont pas manifestement déraisonnables. Cependant, il se dissocie de l'opinion de son collègue pour ce qui est de l'interprétation de l'art. 45 et de l'arrêt *Bibeault*. Il refuse aussi d'approuver de façon générale la jurisprudence du Tribunal du travail citée par le juge LeBel. Le juge Brossard indique par exemple qu'il désapprouve le rejet complet de l'exigence que la partie d'entreprise concédée soit essentielle à l'entreprise principale, bien qu'il considère que l'importance de ce critère pourra varier selon les faits de l'espèce. Pour les principes applicables, il se réfère à son opinion dans l'affaire *Ultramar*, précitée.

(c) Opinion du juge Zerbisias (*ad hoc*)

20 Le juge Zerbisias pense aussi que les appels doivent être rejetés, mais précise que son opinion ne doit pas être interprétée comme une approbation de la jurisprudence du Tribunal du travail citée par le juge LeBel. À ce sujet, elle préfère s'en remettre

that the Court of Appeal had heard together with the case now before us. She stated that the question of whether s. 45 could apply to the transfer of the operation of the part of Ivanhoe's undertaking that involved janitorial services was not in issue in this case, since at the time of the transfer to Moderne, Ivanhoe had not opposed the application of s. 45. In the view of Zerbisias J., only the legal relationship issue arose in this case. Lastly, like Brossard J.A., she observed that the centrality of the transferred part of the undertaking was, in her view, one of the factors to be considered in determining whether s. 45 applied.

IV. Issues

21 In this Court, Ivanhoe and three of the contractors — Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée and Distinction Service d'entretien inc. — are challenging the validity of the decisions of commissioner Bibeault and the Labour Court transferring the certification. In their view, these decisions are in direct conflict with *Bibeault*, *supra*, and with later decisions by this Court, in that, first, they adopt a functional definition of an undertaking so that s. 45 can apply to subcontracts for janitorial services, and second, they reject the requirement for a legal relationship between the former and the new employer.

22 In addition, the union is appealing the part of the decision of the Court of Appeal affirming the refusal to transfer the collective agreement. In its view, the collective agreement must necessarily follow the certification once a commissioner has ruled that s. 45 applies.

23 Lastly, Ivanhoe is challenging the decision of commissioner Boily and the Labour Court denying its petition for cancellation of the certification. In Ivanhoe's view, it is clear both that union members are no longer a majority of its employees and that the Court of Appeal has held that employers which have no employees are entitled to seek cancellation

aux opinions qu'elle a émises dans les dossiers entendus par la Cour d'appel avec la présente affaire. Le juge précise que la question de savoir si la partie de l'entreprise d'Ivanhoe consacrée à l'entretien ménager peut faire l'objet d'une concession entraînant l'application de l'art. 45 n'est pas en litige ici, puisqu'Ivanhoe n'avait pas, au moment du transfert effectué en faveur de Moderne, contesté l'application de l'art. 45. Selon le juge Zerbisias, seule la question du lien de droit se posait dans la présente affaire. Finalement, elle note comme le juge Brossard que le caractère essentiel de la partie d'entreprise concédée par rapport à l'ensemble constitue à son avis l'un des critères à considérer pour déterminer si l'art. 45 doit s'appliquer.

IV. Les questions en litige

Devant notre Cour, Ivanhoe et trois des entrepreneurs — Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée et Distinction Service d'entretien inc. — contestent la validité des décisions du commissaire Bibeault et du Tribunal du travail prononçant le transfert de l'accréditation. À leur avis, ces décisions contredisent directement l'arrêt *Bibeault*, précité, et la jurisprudence subséquente de notre Cour, d'une part en adoptant une conception fonctionnelle de l'entreprise permettant l'application de l'art. 45 à des contrats de sous-traitance en entretien ménager et d'autre part en rejetant l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur.

Par ailleurs, le syndicat se pourvoit contre la partie de la décision de la Cour d'appel confirmant le refus de transférer la convention collective. Selon lui, celle-ci doit nécessairement suivre l'accréditation une fois qu'un commissaire a jugé que l'art. 45 devait s'appliquer.

Finalement, Ivanhoe conteste la décision du commissaire Boily et du Tribunal du travail rejetant sa requête en révocation d'accréditation. À son avis, il est clair que le syndicat ne groupe plus la majorité de ses salariés et que la Cour d'appel a par ailleurs reconnu aux employeurs sans salariés le droit de demander la révocation de l'accrédita-

of the certification. In the circumstances, refusing cancellation would be unreasonable and contrary to what s. 41 provides.

V. Analysis

A. *Applicable Standard of Review*

The parties conceded that the applicable standard of review in this case is patent unreasonableness. Bastarache J., in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 23-38, clarified the tests to be applied in determining the proper standard of review. He stated, at para. 27, that the pragmatic and functional approach developed in *Bibeault*, *supra*, must apply and that, accordingly, the analysis must seek to determine legislative intent regarding the jurisdiction of the administrative tribunal in question. Several factors must be examined in order to determine that intent. The presence of a full privative clause is a strong indication of the intent to leave determination of the issue to the tribunal. On that point, Bastarache J. said, at para. 30:

> The absence of a privative clause does not imply a high standard of scrutiny, where other factors bespeak a low standard. However, the presence of a "full" privative clause is compelling evidence that the court ought to show deference to the tribunal's decision, unless other factors strongly indicate the contrary as regards the particular determination in question.

This Court defined the concept of a full privative clause in *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 17:

> A "full" or "true" privative clause is one that declares that decisions of the tribunal are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded.

Where such a clause is present, the courts must therefore show deference to administrative decisions. The other factors to be considered are the expertise of the administrative tribunal, the purpose of the enabling legislation and of the specific

tion. Un refus serait, dans ces circonstances, déraisonnable et contraire au texte de l'art. 41.

V. Analyse

A. *La norme de contrôle applicable*

Les parties ont concédé que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de l'erreur manifestement déraisonnable. Le juge Bastarache, dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 23 à 38, a clarifié les critères à appliquer pour déterminer la norme de contrôle appropriée. Il a indiqué, au par. 27, que l'approche pragmatique et fonctionnelle élaborée dans l'arrêt *Bibeault*, précité, doit s'appliquer et que l'analyse doit en conséquence viser à déterminer l'intention du législateur quant à la compétence du tribunal administratif en cause. Pour découvrir cette intention, plusieurs facteurs doivent être examinés. La présence d'une clause privative intégrale constitue une forte indication de l'intention de laisser au tribunal le soin de trancher la question. À ce sujet, le juge Bastarache indique ce qui suit, au par. 30 : 24

> L'absence de clause privative n'implique pas une norme élevée de contrôle, si d'autres facteurs commandent une norme peu exigeante. Toutefois, la présence d'une telle clause «intégrale» atteste persuasivement que la cour doit faire montre de retenue à l'égard de la décision du tribunal administratif, sauf si d'autres facteurs suggèrent fortement le contraire en ce qui a trait à la décision en cause.

Notre Cour a défini la notion de clause privative intégrale dans l'affaire *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 17 :

> Une clause privative «intégrale» ou «véritable» est celle qui déclare que les décisions du tribunal administratif sont définitives et péremptoires, qu'elles ne peuvent pas faire l'objet d'un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas.

La présence d'une telle clause doit donc inciter les tribunaux à faire preuve de déférence envers les décisions administratives. Les autres facteurs à considérer sont l'expertise du tribunal administratif, l'objet de la loi habilitante et de la disposition

provision in issue, as well as the factual or legal nature of the problem in the case at bar.

25 In this case, a rapid review of these factors clearly shows that the parties rightly agreed that the applicable standard is patent unreasonableness, the highest degree of judicial deference. The following provisions are found in the *Labour Code*:

139. Except on a question of jurisdiction and except when the Court is sitting in penal matters, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 846 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) shall be exercised and no injunction granted against an arbitrator, the Conseil des services essentiels, a certification agent, a labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

139.1. Except on a question of jurisdiction, article 33 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) does not apply to any person, body or agency mentioned in section 139 acting in their official capacities.

140. A judge of the Court of Appeal may annul summarily, upon petition, any writ, order or injunction issued or granted contrary to sections 139 and 139.1.

The Code therefore contains general full privative clauses, clearly indicating the legislative intent to leave the final disposition of all cases relating to the Code to the administrative decision-makers. With regard to the application of s. 45, the legislature has clearly expressed its intent by including an additional privative clause, set out in s. 46, which provides that the labour commissioner may "rule on any matter relating to the application of section 45" and that for such purpose he or she may "determine the applicability of that section". In other words, the legislature has clearly indicated that it intended to give the labour commissioner exclusive jurisdiction to determine whether the conditions for s. 45 to apply are present, and accordingly, to dispose of any questions relating to whether an undertaking has been alienated or is being operated by another.

26 Furthermore, although determining whether the conditions that must be met in order to conclude that an undertaking has been alienated or is being

particulière en cause ainsi que la nature factuelle ou juridique du problème en l'espèce.

Dans la présente affaire, un examen rapide de ces éléments indique clairement que c'est à bon droit que les parties conviennent que la norme à appliquer est celle de l'erreur manifestement déraisonnable, soit le plus haut degré de retenue judiciaire. On retrouve au *Code du travail* les dispositions suivantes :

139. Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 846 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre un arbitre, le Conseil des services essentiels, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle sauf si ce dernier siège en matière pénale.

139.1. Sauf sur une question de compétence, l'article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne s'applique pas aux personnes ni aux organismes visés à l'article 139 agissant en leur qualité officielle.

140. Un juge de la Cour d'appel peut, sur requête, annuler sommairement tout bref délivré et toute ordonnance ou injonction prononcées à l'encontre des articles 139 et 139.1.

Le Code contient donc des clauses privatives générales intégrales, indiquant clairement l'intention du législateur de laisser aux instances administratives le soin de trancher de façon définitive tous les litiges reliés au Code. En ce qui a trait à l'application de l'art. 45, le législateur indique spécifiquement son intention par le truchement d'une autre clause privative que l'on retrouve à l'art. 46. Celui-ci indique que le commissaire du travail peut « trancher toute question relative à l'application de l'article 45 » et qu'il peut à cette fin « en déterminer l'applicabilité ». En somme, le législateur a clairement indiqué qu'il entendait laisser au commissaire du travail la compétence exclusive de déterminer les conditions d'application de l'art. 45, et donc, de régler les questions relatives à l'existence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise.

De plus, bien que la détermination des conditions requises pour conclure à une aliénation ou à une concession d'entreprise puisse relever du droit

operated by another are present may involve both civil law and labour law, because the labour commissioners are continually applying the provisions of the *Labour Code* to transfers of undertakings, they have developed special expertise in this regard which is adapted to the specific context of labour relations and which is not shared by the courts. In addition, it is clear that the purpose of the Code is to establish a scheme that will "promote collective bargaining as a better means of guaranteeing industrial peace and of establishing equitable relations between employer and employees" (*Bibeault*, *supra*, at p. 1103). The legislature believed that to attain that objective, a specialized tribunal that would allow for the speedy and final resolution of disputes was needed.

Having regard to all of these factors, it is not surprising that the Quebec Court of Appeal concluded, in *Maison L'Intégrale inc. v. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xi, that the standard of review to be applied in reviewing decisions relating to s. 45 must be patent unreasonableness. What prompted both the Court of Appeal and this Court, in this instance, to consider the issue more closely was that in *Bibeault*, *supra*, at pp. 1091-98, Beetz J. concluded that the applicable standard must be correctness. Beetz J. examined the purpose of s. 45 and the expertise of the labour commissioner, which he found not to extend to such civil law issues as the alienation or operation by another of an undertaking, but most importantly the wording of s. 46 as it read at that time, and concluded that the issue to be determined did not fall within the commissioner's specific jurisdiction. However, there have been major changes since *Bibeault* was decided by this Court.

First, as I mentioned earlier, the labour commissioners have developed their own expertise in this regard; most importantly, s. 46 itself has been amended. As the Quebec Court of Appeal stated in *Maison L'Intégrale*, *supra*, at pp. 867-69, after *Bibeault* was decided, the legislature wanted to make an unequivocal statement that its intent was

civil autant que du droit du travail, les commissaires du travail ont développé, à la suite d'une application constante des dispositions du *Code du travail* en cas de transmission d'entreprise, une expertise particulière en la matière, adaptée au contexte spécifique des relations de travail, qui n'est pas partagée par les cours de justice. Par ailleurs, il est clair que l'objet du Code est de mettre en place un régime visant à « promouvoir la négociation collective comme moyen de mieux garantir la paix industrielle et d'établir des relations équitables entre employeur et salariés » (*Bibeault*, précité, p. 1103). Le législateur a jugé que l'existence d'un tribunal spécialisé permettant un règlement rapide et final des différends était nécessaire pour atteindre cet objectif.

27 Vu l'ensemble de ces facteurs, il n'est pas surprenant que la Cour d'appel du Québec ait conclu, dans l'arrêt *Maison L'Intégrale inc. c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xi, que la norme de contrôle à appliquer pour la révision des décisions portant sur l'art. 45 doit être celle de l'erreur manifestement déraisonnable. Ce qui a incité la Cour d'appel, ainsi que notre Cour en l'espèce, à examiner la question de plus près, c'est que dans l'affaire *Bibeault*, précitée, p. 1091-1098, le juge Beetz avait conclu que la norme applicable devait être celle de l'erreur simple. Le juge Beetz avait en effet examiné l'objet de l'art. 45 et l'expertise du commissaire du travail, qu'il avait jugée ne pas porter sur les questions de droit civil comme l'aliénation ou la concession d'entreprise, mais surtout le libellé de l'art. 46 en vigueur à l'époque, pour conclure que la question à trancher ne relevait pas de la compétence spécifique du commissaire. Cependant, des changements importants sont survenus depuis que notre Cour a décidé l'affaire *Bibeault*.

28 Tout d'abord, comme je l'ai indiqué plus haut, les commissaires du travail ont développé leur expertise propre en la matière, mais surtout, le texte de l'art. 46 a été modifié. Comme l'indique la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Maison L'Intégrale*, précitée, p. 867-869, le législateur a voulu, à la suite de l'arrêt *Bibeault*, indiquer de

to give the commissioner exclusive jurisdiction to determine whether an undertaking had been alienated or was being operated by another. Whereas when *Bibeault* was decided, s. 46 read:

46. An [*sic*] labour commissioner may make any order deemed necessary to record the transfer of rights and obligations provided for in section 45 and settle any difficulty arising out of the application thereof. [Emphasis added.]

Since 1990, the section provides:

46. It shall be the duty of the labour commissioner, upon the motion of an interested party, to rule on any matter relating to the application of section 45.

For such purpose, the labour commissioner may determine the applicability of that section and issue any order deemed necessary to effect the transfer of rights or obligations contemplated therein. He may also settle any difficulty arising out of the application of that section. [Emphasis added.]

29 In his analysis of the applicable standard of review, Beetz J. stresses the language used in s. 46. He stated, at p. 1091:

The first point to be mentioned is that the application of s. 45 does not result from the commissioner's determination that the requirements of that section have been met. Section 45 applies automatically. The transfer of rights and obligations occurs as of right on the day of the alienation, operation by another or change in legal structure of the undertaking. No other conclusion can be drawn from the wording of s. 46, which I cite again:

. . .

Under this section, the commissioner's role is limited to "recording" the transfer of rights and obligations guaranteed in s. 45. [Emphasis added.]

That is what persuaded the Court to conclude that not only was s. 46 not an additional privative clause, but it gave the commissioner the authority only to resolve administrative difficulties that might arise from the application of s. 45, which applied by operation of law and not at the discretion of the commissioner so that its application could not be affected by the general privative clauses in the *Labour Code*. It is immediately

façon non équivoque son intention de laisser à la compétence exclusive du commissaire la question de décider de la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise. Alors qu'à l'époque de l'arrêt *Bibeault*, l'art. 46 se lisait comme suit :

46. Un commissaire du travail peut rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour constater la transmission de droits et d'obligations visée à l'art. 45 et régler toute difficulté découlant de l'application dudit article. [Je souligne.]

Depuis 1990, le même article indique :

46. Il appartient au commissaire du travail, sur requête d'une partie intéressée, de trancher toute question relative à l'application de l'article 45.

À cette fin, il peut en déterminer l'applicabilité et rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour assurer la transmission des droits ou des obligations visée à cet article. Il peut aussi régler toute difficulté découlant de l'application de cet article. [Je souligne.]

Dans son analyse de la norme de contrôle applicable, le juge Beetz insiste sur le langage utilisé à l'art. 46. Il indique, à la p. 1091 :

Ce qu'il importe de souligner dès l'abord, c'est que l'application de l'art. 45 ne résulte pas de la détermination du commissaire qu'il y a eu réalisation des exigences stipulées à cet article. L'application de l'art. 45 est automatique. La transmission des droits et obligations s'opère de plein droit, dès le jour de l'aliénation, de la concession ou du changement de structure juridique de l'entreprise. Le libellé de l'art. 46, que je cite à nouveau, ne permet aucune autre conclusion:

. . .

En vertu de cet article, le rôle du commissaire se limite à «constater» la transmission des droits et obligations garantis à l'art. 45. [Je souligne.]

C'est ce qui a poussé la Cour à conclure que l'art. 46, loin de constituer une clause privative additionnelle, ne conférait au commissaire que le pouvoir de régler les difficultés administratives pouvant découler de l'application de l'art. 45, qui se faisait de plein droit, sans l'intervention de la discrétion du commissaire, et qui ne pouvait pas être influencée par les clauses privatives générales du *Code du travail*. On constate immédiatement

apparent that the new version of s. 46 is quite different and that the wording of that section, which was drafted after *Bibeault*, is intended to give the commissioner the express authority to determine the applicability of s. 45, and thus the authority to decide whether an undertaking has been alienated or is being operated by another.

que le nouvel art. 46 est bien différent et que sa rédaction, postérieure à l'arrêt *Bibeault*, vise à conférer explicitement au commissaire le pouvoir de déterminer l'applicabilité de l'art. 45, donc celui de décider de la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise.

The legislature has therefore extended the commissioner's authority and a commissioner is now always acting within his or her exclusive jurisdiction when he or she determines whether an undertaking has been alienated or is being operated by another. In these circumstances, only patently unreasonable errors will result in intervention by the courts, and the only issue that arises in the case before us is therefore whether the commissioner, and the Labour Court after him, committed an error of that nature when they concluded that the certification had to be transferred and the collective agreement did not.

30 Le pouvoir du commissaire a donc été élargi par le législateur et il agit toujours dans les limites de sa compétence propre lorsqu'il détermine si une aliénation ou une concession d'entreprise a eu lieu. Dans ces circonstances, seule une erreur manifestement déraisonnable peut entraîner l'intervention des cours de justice, et la question qui se pose en l'espèce est donc uniquement celle de savoir si le commissaire, et à sa suite le Tribunal du travail, ont commis une telle erreur en concluant au transfert de l'accréditation, ainsi qu'à l'absence de transfert de la convention collective.

With respect to the application of s. 41 of the *Labour Code*, plainly, and again as admitted by the parties, by virtue of the general privative clauses in the Code and the other factors set out above, the applicable standard of review can only be patent unreasonableness.

31 En ce qui a trait à l'application de l'art. 41 du *Code du travail*, il est clair et encore une fois admis par les parties que, compte tenu des clauses privatives générales du Code, ainsi que des autres facteurs énumérés plus haut, la norme de contrôle applicable ne peut être que celle de l'erreur manifestement déraisonnable.

It is important to bear in mind that judicial deference, which is fundamental in administrative law, is of particularly central importance in labour law, as this Court has pointed out on many occasions in the past (*Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-36; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 464-65; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at pp. 669-70; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 (hereinafter "*PSAC*"), at pp. 960-61). Cory J., writing for the majority in *Toronto (City) Board of Education v.*

32 D'ailleurs, il importe de rappeler que la retenue judiciaire, fondamentale en droit administratif, revêt une importance particulièrement centrale en droit du travail, comme l'a souligné notre Cour à maintes reprises par le passé (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 235-236; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 464-465; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, p. 669-670; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (ci-après « *AFPC* »), p. 960-961). Ainsi, le juge Cory a indiqué au nom de la

O.S.S.T.F., District 15, [1997] 1 S.C.R. 487, stated at para. 35:

> [*PSAC*] emphasized the essential importance of curial deference in the context of labour relations where the decision of the tribunal, like the Board of Arbitration in the instant appeal, is protected by a broad privative clause. There are a great many reasons why curial deference must be observed in such decisions. The field of labour relations is sensitive and volatile. It is essential that there be a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the situation, and which can be considered by both sides to be final and binding.

33 At p. 50 of the judgment appealed from, LeBel J.A. stated that the applicable standard of review was reasonableness. However, it is clear from his decision that the analysis is in fact based on the standard of patent unreasonableness: LeBel J.A. referred to the concept of clearly irrational error, an expression adopted on several occasions by this Court to define the content of the patent unreasonableness standard of review (see *PSAC*, *supra*, at pp. 963-64; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23, at para. 2; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84, at para. 11; *Toronto (City) Board of Education*, *supra*, at para. 46). He also cited with approval the decision of the Court of Appeal in *Maison L'Intégrale*, *supra*, which established that the applicable standard was patent unreasonableness (at pp. 46-47) and referred, in his examination of the content of the standard of review (at pp. 47-50), to a number of decisions of this Court relating to the standard of patent unreasonableness.

34 The principle of judicial deference and the application of the standard of patent unreasonableness mean that the Superior Court could have intervened in this case only if the decision of the Labour Court was, in the words of Cory J., again writing for the majority in *PSAC*, *supra*, at pp. 963-64, "clearly irrational, that is to say evi-

majorité dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 35 :

> L'arrêt [*AFPC*] a fait ressortir qu'il est d'une importance capitale, dans le contexte des relations du travail, de faire preuve de retenue judiciaire dans les cas où la décision du tribunal, comme celle du conseil d'arbitrage en l'espèce, est protégée par une clause privative de large portée. Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire dans ces cas. Le domaine des relations de travail est délicat et explosif. Il est essentiel de disposer d'un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation, décisions qui peuvent être considérées définitives par les deux parties.

À la page 50 de la décision dont appel, le juge LeBel indique que la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur déraisonnable. Cependant, il ressort clairement de sa décision que l'analyse est en fait fondée sur la norme de l'erreur manifestement déraisonnable. En effet, le juge LeBel fait référence au concept de l'erreur clairement irrationnelle, terme qui a été adopté à plusieurs reprises par notre Cour pour définir le contenu de la norme de contrôle de l'erreur manifestement déraisonnable (voir *AFPC*, précité, p. 963-964; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23, par. 2; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84, par. 11; *Conseil de l'Éducation de Toronto*, précité, par. 46). Il cite aussi avec approbation la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Maison L'Intégrale*, précitée, qui établit que la norme applicable est celle de l'erreur manifestement déraisonnable (p. 46-47) et fait référence, dans son étude du contenu de la norme de contrôle (p. 47-50), à plusieurs arrêts de notre Cour qui portent sur la norme de l'erreur manifestement déraisonnable.

En somme, le principe de la retenue judiciaire et l'application de la norme de l'erreur manifestement déraisonnable signifient que la Cour supérieure n'aurait pu intervenir en l'espèce que si la décision du Tribunal du travail avait été, comme le disait le juge Cory, toujours au nom de la majorité, dans l'affaire *AFPC*, précitée, p. 963, « clairement

dently not in accordance with reason". In order to make that determination, it is essential to fully appreciate the broader context in which the impugned decisions were rendered, and particularly the internal administrative conflicts that led to the decision in *Bibeault, supra*, and the reaction of the Quebec labour law authorities after that case was decided by this Court.

B. *Background to Bibeault*

The conclusions reached in *Bibeault, supra*, can be understood only if we bear in mind not just the specific fact situation in that case, but also the ongoing debate within the Labour Court which made it necessary for this Court to intervene. At pp. 50-53 of the judgment appealed from, LeBel J.A. did a detailed review of the approach taken by the Labour Court before *Bibeault*. He noted that the precursor to s. 45 of the *Labour Code*, s. 10*a* of the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A, was enacted in 1961 to correct the injustices caused by the strict application of the civil law principle of privity of contract, now codified in art. 1440 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (hereinafter "*C.C.Q.*"). He then pointed out, at p. 51:

[TRANSLATION] The enactment of this legislation did not resolve the problems associated with the transfer of an undertaking. In fact, it raised acute problems of interpretation relating to the most fundamental concepts of the law, including the concept of operation by another, especially with respect to issues of operation by another of part of an undertaking. Quebec labour law authorities had to intervene frequently, but were unable to establish a uniform, consistent interpretive policy.

As explained by LeBel J.A., when the Labour Relations Board considered a case involving operation by another of part of an undertaking in *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. v. J.-R. Théberge ltée*, [1965] R.D.T. 449, it initially decided to adopt a so-called functional definition of an undertaking. The concept of an undertaking therefore had to be defined in terms of the work being done. This definition of an undertaking was then adopted by the Labour Court in

irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison ». Pour en arriver à une telle détermination, il est essentiel de bien comprendre le contexte plus large dans lequel les décisions attaquées ont été rendues, en particulier les conflits administratifs internes ayant mené à l'arrêt *Bibeault*, précité, et la réaction des instances québécoises du travail à la suite de cette décision de notre Cour.

B. *Historique de l'arrêt Bibeault*

Les conclusions de l'arrêt *Bibeault*, précité, ne peuvent se comprendre que si l'on garde à l'esprit non seulement la situation factuelle spécifique à cette affaire, mais aussi la controverse qui régnait au sein du Tribunal du travail et qui a rendu l'intervention de notre Cour nécessaire. Aux pages 50-53 de la décision dont appel, le juge LeBel effectue une revue détaillée de l'orientation du Tribunal du travail avant l'affaire *Bibeault*. Il note que l'ancêtre de l'art. 45 du *Code du travail*, l'art. 10*a* de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, ch. 162A, a été adopté en 1961 pour remédier aux injustices créées par une application stricte du principe de droit civil de la relativité des contrats, maintenant codifié à l'art. 1440 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (ci-après « *C.c.Q.* »). Il indique ensuite à la p. 51 : 35

L'adoption de cette législation ne régla pas les problèmes de transmission d'entreprise. Elle souleva, en effet, des difficultés d'interprétation aiguës, notamment autour des concepts les plus fondamentaux de la loi, comme la notion de concession d'entreprise, particulièrement à l'égard des questions de concession partielle. Les juridictions du travail québécoises durent intervenir fréquemment, sans réussir à dégager une politique d'interprétation uniforme et constante.

C'est ainsi que, comme l'explique le juge LeBel, la Commission des relations de travail, examinant une question de concession partielle, a décidé dans un premier temps d'adopter une conception dite fonctionnelle de l'entreprise, dans l'affaire *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. c. J.-R. Théberge ltée*, [1965] R.D.T. 449. La notion d'entreprise devait donc être définie en termes des tâches accomplies. Cette conception de l'entreprise fut ensuite adoptée par 36

two leading decisions, *Centrale de Chauffage enr. v. Syndicat des employés des Institutions religieuses de Chicoutimi inc.*, [1970] R.D.T. 344, and *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéroastronautique, section locale 2235*, [1972] T.T. 1. During the early 1980s, the court became divided on this issue, with some judges adopting instead a so-called organic definition of an undertaking and viewing it as a set of various kinds of components — physical, human, intellectual and legal — which were used to carry on an activity (*Syndicat des salariés de service d'entretien v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker ltée v. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766*, [1981] T.T. 420; *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227).

37 In *Barnes*, *supra*, the Labour Court also adopted the requirement that there be a legal relationship between the transferor and the transferee of the operation if it were to be concluded that the certification and the collective agreement had to be transferred. The subsequent decisions of the Labour Court followed this principle, declining to transfer the certification originally respecting one transferee to the next transferee when the first transfer of the operation expired. A few years later, in *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125, the Labour Court changed its approach. In that case, the Labour Court decided that where there was a new employer, and the two undertakings were substantially the same, this was sufficient to conclude that the certification had to be transferred, even where there was no legal relationship. This principle was not unanimously accepted by all the judges of the Labour Court, which was once again significantly divided, with some of its decisions continuing to uphold the requirement that there be a meeting of minds in order for it to be concluded that a transfer resulting in the certification surviving had occurred (see *Montcalm Carpets Specialists*, *supra*).

le Tribunal du travail par le biais de deux décisions importantes, *Centrale de Chauffage enr. c. Syndicat des employés des Institutions religieuses de Chicoutimi inc.*, [1970] R.D.T. 344, et *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéroastronautique, section locale 2235*, [1972] T.T. 1. Au début des années 80, le tribunal s'est divisé sur cette question, certains juges adoptant plutôt une conception dite organique de l'entreprise, définissant celle-ci comme un ensemble d'éléments de diverses natures — physique, humaine, intellectuelle et juridique — permettant la poursuite d'une activité (*Syndicat des salariés de service d'entretien c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker ltée c. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766*, [1981] T.T. 420; *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227).

Dans l'affaire *Barnes*, précitée, le tribunal a par ailleurs énoncé l'exigence d'un lien de droit entre le concédant et le concessionnaire pour conclure au transfert de l'accréditation et de la convention collective. La jurisprudence subséquente du tribunal s'est conformée à ce principe, refusant de transférer l'accréditation visant originellement un concessionnaire au concessionnaire suivant lors de l'expiration de la première concession. Quelques années plus tard, le Tribunal du travail a modifié son orientation dans *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125. Il a été décidé dans cette affaire que la présence d'un nouvel employeur, jumelée à une identité substantielle entre les deux entreprises, était suffisante pour conclure au transfert de l'accréditation, même en l'absence de lien de droit. Ce principe n'a pas su faire l'unanimité au sein du tribunal, qui s'est encore une fois divisé de façon significative, certaines décisions du tribunal continuant à maintenir l'exigence d'une rencontre de volontés pour conclure à l'existence d'un transfert pouvant entraîner la survie de l'accréditation (voir *Montcalm Carpets Specialists*, précité).

LeBel J.A. described the situation that prevailed at the Labour Court just before this Court intervened in *Bibeault* (at p. 52), as follows:

[TRANSLATION] The organic and functional definitions of an undertaking clashed at the Labour Court, as did various theories relating to the succession or substantial continuity of undertakings or the need for a contractual relationship; this was the case until *Bibeault*, in which the Labour Court, in a collegial decision, tried in vain to establish a common interpretive approach. In fact, the Labour Court issued six different opinions that were so divergent that one author entitled its conclusions "Un consensus à rechercher" [still seeking consensus] (Robert P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais", in Marc Brière, Robert P. Gagnon and Catherine Saint-Germain, *La transmission d'entreprise en droit du travail*, Cowansville: Y. Blais, 1982, p. 165).

It is therefore clear that at the time *Bibeault*, *supra*, was decided, the Labour Court found itself so deadlocked that no solution could apparently be reached unless the higher courts stepped in. At that point, the Labour Court had been unable to develop a coherent policy for interpreting s. 45 that would have provided a clear definition of what constitutes an undertaking and of what type of transfer is required in order for s. 45 to apply. The decision in *Bibeault* answered these questions and broke the deadlock, so that the Labour Court could once again function properly. That case was also based on a very particular fact situation, which had brought the disagreements within the Labour Court clearly into focus.

Bibeault, *supra*, was in fact a dispute between two labour unions. Beetz J. summarized the facts of the case at pp. 1056-58. The CSN had been granted certification in relation to two subcontractors that were responsible for janitorial services for the Commission scolaire régionale de l'Outaouais (hereinafter "CSRO"), in respect of which no certification had ever been granted, and which had never performed the janitorial services itself. In 1980, the CSRO decided to contract the janitorial services out to a new subcontractor. Shortly thereafter, the FTQ filed a petition for certification covering the new subcontractor's employees, and at

Le juge LeBel décrit ainsi la situation qui régnait au Tribunal du travail à la veille de l'intervention de notre Cour dans l'affaire *Bibeault* (à la p. 52) : 38

Les conceptions organique et fonctionnelle de l'entreprise s'affrontèrent au sein du Tribunal du travail, ainsi que des théories diverses touchant la succession d'entreprises, la continuité substantielle de celles-ci ou la nécessité d'un lien contractuel, jusqu'à cette affaire *Bibeault*, où le Tribunal du travail tenta vainement, dans une décision collégiale, de dégager une approche d'interprétation commune. Le Tribunal du travail émit, en effet, six opinions différentes, si divergentes, qu'un auteur coiffa ses conclusions du titre « Un consensus à rechercher » (Robert P. Gagnon, « L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais », dans Marc Brière, Robert P. Gagnon et Catherine Saint-Germain, *La transmission d'entreprise en droit du travail*, Cowansville : Y. Blais, 1982, p. 165).

Il est donc clair qu'à l'époque de l'arrêt *Bibeault*, précité, le Tribunal du travail se trouvait dans une impasse apparemment insoluble sans l'intervention des tribunaux supérieurs. Le tribunal n'avait pas su développer, à ce moment, une politique d'interprétation cohérente de l'art. 45 permettant de déterminer ce que constitue une entreprise et quel type de transfert est requis pour entraîner l'application de l'art. 45. L'arrêt *Bibeault* est donc venu répondre à ces questions et dénouer l'impasse, pour permettre au Tribunal du travail de fonctionner à nouveau normalement. Cette affaire est aussi fondée sur un contexte factuel bien particulier, qui a fait ressortir les dissensions au sein du tribunal. 39

L'affaire *Bibeault*, précitée, était en fait un litige entre syndicats. Le juge Beetz résume les faits de l'affaire aux p. 1056-1058. La CSN avait obtenu une accréditation auprès de deux sous-traitants responsables de l'entretien ménager pour la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (ci-après « CSRO »), qui n'avait elle-même jamais été visée par une accréditation, et qui n'avait jamais effectué elle-même l'entretien. En 1980, la CSRO décide de confier l'entretien ménager à un nouveau sous-traitant. Peu de temps après, la FTQ dépose une requête en accréditation visant les salariés du sous-traitant, alors que la CSN cherche à faire recon- 40

the same time the CSN sought to have the transfer of its certifications recognized. The subcontractors had never entered into any agreement between themselves, and were related only by the fact that they were operating competing undertakings of the same type. After noting the ongoing debate within the Labour Court, at pp. 1059-65, Beetz J. stated at p. 1065:

> In an attempt to resolve these contradictions in the case at bar, the Labour Court adopted the suggestion of the parties that the full bench of eleven judges should sit. As we shall see, despite the existence of a clear majority on the conclusions, this attempt had only limited success in terms of stating principles and clarifying concepts.

41 Indeed, although seven of the eleven judges agreed to affirm the conclusion of the commissioner, which was that the CSN certifications had to be transferred to the new subcontractor, they did not agree on the reasons justifying that decision (*Bibeault*, at pp. 1066-76). With regard to the need for there to be a legal relationship between the two employers, five judges took the view that this was not at all a condition for the application of s. 45, one judge thought that while a relationship was necessary, it was not mandatory that it be contractual or legal, and that in the case in question it was provided by the CSRO, and another judge was of the view that the requisite legal relationship could be indirect and that the fact that the work was contracted out by the same party was sufficient in the case in question to meet that requirement. The four dissenting judges took the view that a legal relationship was essential and that it had to take the form of a consensual act to transfer the undertaking, and that this requirement had evidently not been met in the instant case.

42 On the question of the definition of the concept of an undertaking, the differences of opinion were even more significant. Four of the majority judges adopted a functional definition of an undertaking, while another took an intermediate position, adopting a pragmatic approach based on the certification, the work to be done and the place where it was to be done. Another of the majority judges said he agreed both with the functional approach

naître le transfert de ses accréditations. Les sous-traitants n'avaient jamais conclu d'entente entre eux et n'étaient liés que par le fait qu'ils exploitaient, en concurrence, le même type d'entreprise. Après avoir pris note, aux p. 1059-1065, des controverses faisant rage au sein du Tribunal du travail, le juge Beetz indique à la p. 1065 :

> C'est pour tenter de résoudre ces contradictions qu'en l'espèce le Tribunal du travail a donné suite à la suggestion des parties de siéger en banc complet de ses onze juges. Comme nous le verrons, malgré la présence d'une majorité nette quant au dispositif, le succès de cette tentative a été mitigé au plan de l'affirmation des principes et de la clarification des concepts.

En effet, bien que sept des onze juges s'entendent pour confirmer la conclusion du commissaire selon laquelle les accréditations de la CSN devaient être transférées au nouveau sous-traitant, ils ne s'entendent pas sur les motifs justifiant cette décision (*Bibeault*, p. 1066-1076). À propos de la nécessité d'un lien de droit entre les deux employeurs, cinq juges pensent qu'elle ne constitue en aucune façon une condition d'application de l'art. 45; un juge estime qu'un lien est nécessaire, mais que ce lien ne doit pas obligatoirement être contractuel ou juridique et qu'il est assuré en l'espèce par la CSRO; et un autre juge considère que le lien juridique requis peut être indirect et que la présence d'un donneur d'ouvrage commun est suffisante en l'espèce pour remplir cette exigence. Les quatre juges dissidents, pour leur part, estiment qu'un lien de droit est indispensable et qu'il doit se manifester par le biais d'un acte consensuel de transfert d'entreprise, exigence qui de toute évidence n'est pas satisfaite en l'espèce.

Quant à la définition de la notion d'entreprise, les divergences d'opinion sont encore plus significatives. Quatre des juges majoritaires adoptent une conception fonctionnelle de l'entreprise, alors qu'un autre choisit plutôt une position intermédiaire, adoptant une approche pragmatique fondée sur l'accréditation, les tâches à effectuer et le lieu où elles doivent être effectuées. Un autre des juges majoritaires se dit en accord à la fois avec l'ap-

and the intermediate position adopted by his colleague, while Judge Brière, also a member of the majority, adopted a different definition of an undertaking based on functions and the identity of the persons who performed them (that is, for the purpose of the application of s. 45, the employees). Finally, three of the dissenting judges adopted an organic definition of an undertaking, while one of them opted for a different approach, defining the undertaking by reference to the janitorial operations in specific schools, but finding that the fact that there had never been a certification in respect of the Commission scolaire itself was an insurmountable obstacle to the application of s. 45 in that case.

When presented with this decision of the Labour Court, the Superior Court granted the writ of evocation sought by the FTQ in a decision summarized by Beetz J. in *Bibeault*, at pp. 1076-79. The Superior Court held that the applicable standard of review had to be correctness, and stated its general agreement with the reasons of the dissenting judges. The Court of Appeal affirmed that decision.

It was against this backdrop that Beetz J. sought to dispose definitively of the two issues dividing the Labour Court and the parties. He made it plain that in order for s. 45 to apply, there must be a consensual legal transfer of the undertaking from one employer to another. He stated, at p. 1122:

> Section 45 is based on the following premise: a specific undertaking is transferred from one employer to another. The wording of this section does not support the conclusion that rights and obligations have been transferred from one employer to another solely because each of them hires employees engaged in similar activities.

Beetz J. began by establishing, at pp. 1098-1102, that collective bargaining had to take place in a three-part framework consisting of an employer, an undertaking and an association of employees. When an undertaking was alienated or operated by another, the essential components of this framework therefore had to survive if it was to be concluded that s. 45 applied. One of the natural conse-

proche fonctionnelle et avec la position intermédiaire adoptée par son collègue, alors que le juge Brière, aussi majoritaire, adopte une conception de l'entreprise différente, fondée sur les fonctions et l'identité de ceux qui les accomplissent (c'est-à-dire, aux fins de l'application de l'art. 45, des salariés). Finalement, trois des juges dissidents adoptent une conception organique de l'entreprise et l'un d'entre eux privilégie une approche différente, définissant l'entreprise par rapport aux opérations d'entretien ménager dans les écoles précises, mais jugeant que le fait que la Commission scolaire n'ait jamais elle-même été visée par une accréditation constitue un obstacle insurmontable à l'application de l'art. 45 en l'espèce.

43 Face à une telle décision du Tribunal du travail, la Cour supérieure a accordé le bref d'évocation demandé par la FTQ, dans une décision résumée par le juge Beetz aux p. 1076-1079 de l'affaire *Bibeault*. La Cour supérieure a jugé que la norme de contrôle applicable devait être celle de l'erreur simple et s'est trouvée en accord général avec les motifs des juges dissidents. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

44 C'est dans ce contexte que le juge Beetz a voulu trancher de façon définitive les deux questions qui divisaient le tribunal et les parties. Il indique clairement que, pour que l'art. 45 puisse trouver application, il doit y avoir une transmission juridique consensuelle de l'entreprise d'un employeur à un autre. Il s'exprime ainsi, à la p. 1122 :

> L'article 45 est fondé sur la prémisse suivante: une entreprise déterminée est transmise d'un employeur à un autre. Le texte de cet article s'oppose à ce que l'on puisse prononcer la transmission de droits et obligations d'un employeur à un autre pour l'unique raison que chacun d'eux engage des employés effectuant des activités semblables.

Le juge Beetz avait d'abord établi, aux p. 1098-1102, que la négociation collective devait s'effectuer dans un cadre tripartite comprenant un employeur, une entreprise et une association de salariés. La subsistance, à la suite d'une aliénation ou d'une concession, des éléments essentiels de ce cadre était donc nécessaire pour conclure à l'application de l'art. 45. L'une des conséquences qui

quences of this requirement is that s. 45 can have no effect unless there is a voluntary transfer of rights between the former employer and the new employer (at pp. 1110-20). In *Bibeault*, there had been no transfers among the various subcontractors, and the CSRO itself could not have transferred the operation within the meaning s. 45, since no certification had ever been issued in respect of it and it therefore had never been a part of the three-part framework that had to exist with respect to successive employers. On reading the specific facts of *Bibeault*, we see that the question of the legal relationship between employers was really the point on which that case turned, since a finding that there was no consensual transfer of an undertaking necessarily, according to Beetz J., made s. 45 inapplicable and disposed of the issue between the parties. In fact, in his summary of the position taken by the judges of the Labour Court, Beetz J. stated, at p. 1067:

> They also were not in agreement on what is probably the chief point in dispute: for s. 45 to apply, must there be a legal relation between the old and the new employer, resulting from an agreement between them to transfer the undertaking, such that the first employer transfers a right or rights to the second? [Emphasis added.]

45 However, in *Bibeault*, the Court also had to decide what definition of an undertaking should be adopted for the purposes of s. 45, first, because the Labour Court was even more divided on that issue than on the legal relationship question, and, second, because according to Beetz J., it was partly the adoption of a functional definition of an undertaking that allowed the judges of the majority to exclude any necessity for a legal relationship between successive employers (p. 1110). The question of how to define an undertaking was therefore central to *Bibeault*, not because the Court thought that the janitorial undertaking in question could never have been the subject of a transfer that would result in s. 45 applying in other circumstances, but rather because that definition related

découle naturellement de cette exigence est que l'art. 45 ne peut produire d'effets que s'il existe un transfert volontaire de droits entre l'employeur précédent et le nouvel employeur (p. 1110-1120). Dans l'affaire *Bibeault*, aucun transfert n'était intervenu entre les divers sous-traitants et la CSRO ne pouvait elle-même effectuer le transfert au sens de l'art. 45, puisqu'elle n'avait jamais été visée par une accréditation et n'avait donc jamais fait partie du cadre tripartite qu'il fallait retrouver chez les employeurs successifs. On constate, à la lecture des faits particuliers de l'arrêt *Bibeault*, que la question du lien de droit entre employeurs constituait véritablement la question déterminante dans cette affaire, puisque le constat de l'absence de transfert consensuel d'une entreprise devait nécessairement, selon le juge Beetz, rendre l'art. 45 inapplicable et régler le litige opposant les parties. D'ailleurs, le juge Beetz s'exprime ainsi à ce sujet, lorsqu'il résume la position des juges du Tribunal du travail, à la p. 1067 :

> Ils ne s'accordent pas non plus sur ce qui constitue probablement l'objet principal du litige: pour que puisse s'appliquer l'art. 45, faut-il qu'il y ait un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur, résultant de l'accord de leur volonté sur le transfert de l'entreprise du premier au second, de telle sorte qu'ils soient respectivement l'ayant cause et l'ayant droit l'un de l'autre? [Je souligne.]

Cependant, il fallait aussi, dans l'affaire *Bibeault*, se prononcer sur la conception de l'entreprise à adopter aux fins de l'application de l'art. 45, d'une part parce que le tribunal était encore plus divisé sur cette question qu'à propos du lien de droit, et d'autre part parce que c'est en partie, selon le juge Beetz, l'adoption d'une définition fonctionnelle de l'entreprise qui a permis aux juges majoritaires du tribunal d'écarter la nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs (p. 1110). La question de la définition d'une entreprise s'est donc trouvée au cœur de l'affaire *Bibeault*, non pas parce que la Cour jugeait que l'entreprise d'entretien ménager en cause n'aurait jamais pu faire l'objet d'un transfert entraînant l'application de l'art. 45 dans d'autres circonstances, mais plutôt à cause de son lien avec la

to the central issue to be determined: the need for a consensual transfer between successive employers.

Beetz J. unequivocally rejected the functional approach preferred by several of the Labour Court judges (p. 1104). He opted instead for the organic definition of an undertaking that had been adopted by some of the dissenting judges. Thus, he unreservedly adopted the definition stated by one of them, Judge Lesage, later Chief Judge of the Labour Court, in a decision he rendered some time after *Bibeault*. Beetz J. said, at pp. 1105-6:

Instead of being reduced to a list of duties or functions, the undertaking covers all the means available to an employer to attain his objective. I adopt the definition of an undertaking proposed by Judge Lesage in a subsequent case, *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, at p. 231:

> [TRANSLATION] The undertaking consists in an organization of resources that together suffice for the pursuit, in whole or in part, of specific activities. These resources may, according to the circumstances, be limited to legal, technical, physical, or abstract elements. Most often, particularly where there is no operation of the undertaking by a subcontractor, the undertaking may be said to be constituted when, because a sufficient number of those components that permit the specific activities to be conducted or carried out are present, one can conclude that the very foundations of the undertaking exist: in other words, when the undertaking may be described as a going concern. In *Barnes Security*, Judge René Beaudry, as he then was, expressed exactly the same idea when he stated that the undertaking consists of "everything used to implement the employer's ideas".
>
> . . .
>
> [E]ach case is unique in terms of adding a number of components to determine the foundations of the undertaking, in whole or in part. It is not always necessary for the movable and immovable property to be transferred, for specialized technical resources to be transferred, for inventory and know-how to be included in the transaction. There must however be adequate resources, directed towards a certain activity

question centrale à déterminer, celle de la nécessité d'un transfert consensuel entre employeurs successifs.

Le juge Beetz rejette de façon non équivoque l'approche fonctionnelle privilégiée par plusieurs juges du Tribunal du travail (p. 1104). Il choisit plutôt la définition organique de l'entreprise adoptée par certains des juges dissidents. C'est ainsi qu'il adopte sans réserve la définition énoncée par l'un d'entre eux, le juge Lesage, par la suite devenu juge en chef du Tribunal du travail, dans un arrêt qu'il avait rendu quelque temps après l'affaire *Bibeault*. Aux pages 1105-1106, le juge Beetz indique : 46

Au lieu d'être réduite à une liste de fonctions, l'entreprise recouvre l'ensemble des moyens dont dispose un employeur pour atteindre la fin qu'il recherche. J'adopte la définition de l'entreprise proposée par le juge Lesage dans une affaire subséquente, *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, à la p. 231:

> L'entreprise consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises. Ces moyens, selon les circonstances, peuvent parfois être limités à des éléments juridiques ou techniques ou matériels ou incorporels. La plupart du temps, surtout lorsqu'il ne s'agit pas de concession en sous-traitance, l'entreprise exige pour sa constitution une addition valable de plusieurs composantes qui permettent de conclure que nous sommes en présence des assises mêmes qui permettent de conduire ou de poursuivre les mêmes activités: c'est ce qu'on appelle le *going concern*. Dans *Barnes Security*, le juge René Beaudry, alors juge puîné, n'exprimait rien d'autre en mentionnant que l'entreprise consistait en «l'ensemble de ce qui sert à la mise en œuvre des desseins de l'employeur».
>
> . . .
>
> [C]haque cas en est un d'espèce lorsqu'il s'agit d'additionner un certain nombre de composantes pour retrouver les assises de l'entreprise, en tout ou en partie. Il n'est pas toujours nécessaire que les meubles et que l'immeuble soient cédés, que les moyens techniques spécialisés soient transférés, que l'inventaire et le *know-how* soient compris dans la transaction. Il faut cependant que des éléments suffisants, orientés à

by the first employer, which are used by the second in an identifiable way for the same purposes in terms of the work required from employees, even if the commercial or industrial objective is different.

Precisely because of the need to identify in the second employer's operations the same use of operating resources transferred by the first employer (otherwise there would simply have been a transfer of physical assets which can be used for any purpose), it was found to be desirable to simplify matters and to say that, once the same activities were carried on by a second employer, it followed that the latter must have acquired sufficient operating resources from the first to ensure continuity of the undertaking. Some have gone even further and, seeking simple guidelines and accessible formulas, have purported to see passages in certain judgments as affirming a so-called occupational theory of the undertaking. This is an indirect way of getting around the problem of the legal relation, by reducing or indeed eliminating the practical necessity for a legal relation in the continuity of the undertaking.

47 Hence, it is in a very specific context, in terms both of the fact situation and of the case law which existed, that this Court held, in *Bibeault*, that s. 45 cannot apply where work has been contracted to a series of subcontractors by the same party, in respect of which no certification has ever been granted. The conclusions stated by Beetz J. regarding the definition of an undertaking and the legal relationship that must exist between the former employer and the new employer must be understood in that context, and this makes it easier to understand the influence of the decision in *Bibeault* on the case at bar.

C. *The Present Situation and the Impugned Decisions*

48 *Bibeault* put an end to the debate that had divided the Labour Court. In the judgment here appealed from, LeBel J.A. conducted a thorough examination of the cases decided by the Labour Court after *Bibeault*. He explained that the Labour Court has developed an interpretive policy to be used for deciding difficult cases involving the transfer of operation of part of an undertaking, especially in service sectors like janitorial work (at

une certaine activité par un premier employeur, se retrouvent chez un second qui s'en sert, de façon identifiable, aux mêmes objectifs quant au travail requis des salariés, même si sa finalité commerciale ou industrielle est différente.

En raison précisément de la nécessité de retrouver chez le second employeur la même utilisation des moyens de fonctionnement transmis par le premier (sinon on n'aurait été en présence que d'un simple transfert d'actif physique utilisable sans spécificité), l'on a été porté à simplifier et à affirmer que, dès que les mêmes activités étaient effectuées par un second employeur, il s'ensuivait qu'il avait dû acquérir suffisamment de moyens de fonctionnement du premier pour caractériser la continuité d'entreprise. On est même allé plus loin et certains exégètes, à la recherche de directives simples et de formules accessibles, ont voulu voir dans les passages de certains jugements l'affirmation d'une théorie dite occupationnelle de l'entreprise. C'est une façon indirecte de contourner le problème du lien de droit, en réduisant voire annulant sa nécessité pratique pour qu'il y ait continuité d'entreprise.

En somme, c'est dans un contexte factuel et jurisprudentiel bien précis que notre Cour a décidé, dans l'affaire *Bibeault*, que l'art. 45 ne peut trouver application dans le cas d'une succession de sous-traitants engagés par un même donneur d'ouvrage qui n'a lui-même jamais été visé par une accréditation. Les conclusions du juge Beetz quant à la définition d'une entreprise et quant au lien de droit requis entre l'employeur précédent et le nouvel employeur doivent être comprises dans ce contexte, qui nous permet de mieux saisir l'incidence de l'arrêt *Bibeault* sur la présente affaire.

C. *La situation actuelle et les décisions attaquées*

L'arrêt *Bibeault* a mis fin aux controverses qui divisaient le Tribunal du travail. Dans la présente affaire, le juge LeBel examine de façon approfondie la jurisprudence produite par le tribunal à la suite de l'arrêt *Bibeault*. Il explique que le tribunal a développé une politique d'interprétation lui permettant de disposer des affaires délicates de concession partielle, surtout dans les domaines des activités de services, comme l'entretien ménager

pp. 58-62), and also to be used to resolve cases in which work had been contracted to a series of different subcontractors by the same party, in respect of which there had originally been a certification granted (pp. 68-73). LeBel J.A. summarized the present situation as follows (at p. 58):

[TRANSLATION] Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Bibeault*, the Labour Court has succeeded in defining a consistent interpretation of sections 45 and 46 *L.C.*, particularly in terms of how they apply in the janitorial services sector, except in the case of one of its members, Judge Brière. . . .

After *Bibeault* was decided by this Court, the Labour Court sought to apply the organic definition of an undertaking to cases where operation of part of an undertaking had been transferred, for which express provision is made in s. 45 of the *Labour Code*. As LeBel J.A. explained, the Labour Court developed a practically unanimous approach in this regard, which requires, most importantly, that the definition of an undertaking be adapted to various kinds of workplaces and types of undertaking. This means that the essential elements from which it may be determined that an undertaking or part of an undertaking has been transferred will vary depending on the undertaking in question. In all cases, sufficient elements must be present in the new employer's business so that the transferor's undertaking, or part of that undertaking, may be identified as being present in the new employer's business, under the organic definition of an undertaking.

Taking as a starting point the comments made by Judge Lesage in *Mode Amazone*, *supra*, which were cited with approval by Beetz J. (*Bibeault*, at pp. 1105-6), suggesting that an organic definition of an undertaking did not preclude the application of s. 45 to transfers by subcontract, the court developed tests that may be used to determine in what circumstances subcontracting will result in transfer of the certification under s. 45.

In a series of decisions concerning transfer of the operation of all or part of an undertaking engaged in service activities, the court held that one of the elements of an undertaking that must be

(p. 58-62), et lui permettant également de solutionner les affaires impliquant une succession de sous-traitants différents, faisant affaire avec un donneur d'ouvrage commun qui était initialement visé par une accréditation (p. 68-73). Le juge LeBel résume ainsi la situation actuelle (à la p. 58) :

Depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Bibeault*, le Tribunal du travail a réussi à définir une interprétation constante des articles 45 et 46 C.tr. et, particulièrement, pour leur mise en application dans le secteur de l'entretien ménager, à l'exception de l'un de ses membres, le juge Brière . . .

49 En effet, à la suite de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Bibeault*, le Tribunal du travail a cherché à appliquer la conception organique de l'entreprise aux cas de concession partielle, explicitement prévus à l'art. 45 du *Code du travail*. Comme l'explique le juge LeBel, le Tribunal du travail a développé, à ce sujet, une approche qui fait pratiquement l'unanimité. Cette approche exige tout d'abord d'adapter la définition de l'entreprise aux divers milieux de travail et types d'entreprises. Les éléments essentiels qui permettent de conclure au transfert d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise vont en effet varier selon l'entreprise visée. Dans tous les cas, il faut retrouver chez le nouvel employeur des éléments suffisants qui, en vertu de la définition organique d'une entreprise, permettront d'identifier chez le concessionnaire l'entreprise ou la partie d'entreprise du cédant.

50 Prenant comme point de départ les remarques formulées par le juge Lesage dans l'affaire *Mode Amazone*, précitée, citées et approuvées par le juge Beetz (*Bibeault*, p. 1105-1106), selon lesquelles une conception organique de l'entreprise n'excluait pas l'application de l'art. 45 aux concessions en sous-traitance, le tribunal a élaboré des critères permettant de déterminer dans quelles circonstances la sous-traitance entraînera le transfert de l'accréditation en vertu de l'art. 45.

51 Dans une série de décisions portant sur des concessions d'entreprises ou de parties d'entreprises vouées à des activités de services, le tribunal a déterminé que l'un des éléments de l'entreprise

present in the transferee's business, in order to conclude that s. 45 applies, in addition to similarity of functions, which is still relevant, is the right to operate, that is, the right to perform specific duties at a specific location for a specific purpose (*Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes v. Vetroform inc.*, [1990] T.T. 514; *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 v. Fornet inc.*, [1991] T.T. 413; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal v. Clair et Net ltée*, [1992] T.T. 85; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal v. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc.*, D.T.E. 93T-665 (L.C.); *Gatineau (Ville de) v. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau v. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351; *Université McGill v. Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 95T-296 (L.C.); *Entreprises Chando-net enr. v. Union des employées et employés de service, section locale 800*, [1992] T.T. 620).

52 As part of its examination of the concept of transfer of the operation of part of an undertaking, the Labour Court also developed a definition of the concept of part of an undertaking, as discussed by LeBel J.A. (pp. 60-62). The Labour Court held that a component of an undertaking that was capable of sufficient autonomy so that it could carry on its intended activities outside the main undertaking, even though it did so in association with it, was a part of the undertaking the transfer of the operation of which could result in the application of s. 45. Although it need not necessarily be viable in a completely independent manner, the part of the undertaking operated by another must itself comprise an organized economic entity with a certain management authority that is independent of the directives of the main undertaking. It is not necessary that the transfer of operation relate to a so-called essential part of the undertaking; it need only concern a component that is one of the elements which make it possible for the main undertaking to achieve its objectives. The activities of the part of the undertaking operated by another

qu'il faut retrouver chez le concessionnaire pour conclure à l'application de l'art. 45, en plus de la similitude des fonctions qui demeure pertinente, est le droit d'exploitation, soit le droit d'effectuer des tâches précises à un endroit précis dans un but spécifique (*Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes c. Vetroform inc.*, [1990] T.T. 514; *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 c. Fornet inc.*, [1991] T.T. 413; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Clair et Net ltée*, [1992] T.T. 85; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc.*, D.T.E. 93T-665 (T.T.); *Gatineau (Ville de) c. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau c. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351; *Université McGill c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 95T-296 (T.T.); *Entreprises Chando-net enr. c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, [1992] T.T. 620).

Dans le cadre de son étude du concept de la concession partielle d'entreprise, le Tribunal du travail a aussi élaboré une définition du concept de partie d'entreprise, comme l'indique le juge LeBel (p. 60-62). Le tribunal a jugé qu'une composante de l'entreprise qui possède une capacité d'autonomie lui permettant de conduire les activités auxquelles elle est destinée hors de l'entreprise principale, bien qu'en association avec celle-ci, constitue une partie d'entreprise dont la concession est susceptible d'entraîner l'application de l'art. 45. Bien qu'elle ne doive pas nécessairement être viable de façon complètement indépendante, la partie d'entreprise concédée doit elle-même constituer une entité économique structurée et détenant un certain pouvoir de gestion indépendant des directives de l'entreprise principale. Il n'est pas nécessaire que la concession porte sur une partie dite essentielle de l'entreprise, mais seulement qu'elle concerne une composante faisant partie des éléments permettant à l'entreprise principale de réaliser ses objectifs. Les activités de l'entreprise concédée doivent de plus faire partie des activités habi-

must also be part of the usual, as opposed to exceptional, activities of the transferor undertaking.

With respect to the consensus reached by the Labour Court regarding subcontracting and the definition of an undertaking or part of an undertaking, LeBel J.A. said (at p. 61):

[TRANSLATION] For more than 30 years the Labour Court and, before it, the Quebec Labour Relations Board, have recognized that an employer's janitorial services comprise an element of the undertaking that can be operated by another within the meaning of section 45 L.C. Furthermore, Judge Lesage of the Labour Court pointed out that the contrary interpretation would limit the collective rights of the employees hired to perform the peripheral activities of an undertaking. Their certifications and their rights under collective agreements would not be as solidly protected as those of employees hired to perform activities described as central (*Luc Construction inc. v. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589, 596; *Ville de Gatineau v. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599, 607).

He went on to say (at p. 62):

[TRANSLATION] This interpretation of section 45 L.C. regarding the definition of an undertaking in the analysis of the idea of operation by another of part of the undertaking now amounts to a genuine interpretation by the Labour Court. Only one judge, Judge Brière, differs; however, he concedes that his colleagues' position does not involve patently unreasonable error. . . .

Lastly, regarding the position of Judge Brière, LeBel J.A. explained (at p. 62):

[TRANSLATION] That position is rejected by the Labour Court as a whole and cannot be regarded as a tendency that divides the Court as it was during the period preceding *Bibeault*.

On the question of the need for a legal relationship between successive employers, LeBel J.A. said, at pp. 67-73, that the Labour Court had followed *Bibeault*, but had soon found that not every situation could be resolved by applying the principles laid down in that case. It was often the case that an employer to which a certification applied would subcontract the operation of part of its

tuelles, plutôt qu'exceptionnelles, de l'entreprise cédante.

53 À propos du consensus auquel est arrivé le Tribunal du travail au sujet de la sous-traitance et de la définition d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise, le juge LeBel indique à la p. 61 :

Depuis plus de 30 ans, le Tribunal du travail et, avant lui, la Commission des relations de travail du Québec ont reconnu que les services d'entretien des immeubles d'un employeur constituent un élément de l'entreprise susceptible de concession au sens de l'article 45 C.tr. De plus, le juge Lesage, du Tribunal du travail, a rappelé que l'interprétation contraire restreindrait les droits collectifs des salariés affectés aux activités périphériques d'une entreprise. Leurs accréditations et leurs droits en vertu des conventions collectives ne jouiraient pas d'une protection aussi ferme que ceux des employés préposés à des activités qualifiées de centrales (*Luc Construction inc. c. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589, 596; *Ville de Gatineau c. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599, 607).

Et plus loin (à la p. 62) :

Cette interprétation de l'article 45 C.tr. du concept d'entreprise dans l'analyse d'une opération de la notion de concession partielle d'entreprise correspond maintenant à une véritable interprétation du Tribunal du travail. Seul s'en démarque l'un de ses juges, le juge Brière, qui reconnaît toutefois que la position de ses collègues ne comporterait pas d'erreur manifestement déraisonnable. . .

Finalement, à propos de la position du juge Brière, le juge LeBel précise (à la p. 62) :

Cette position est rejetée par l'ensemble du Tribunal du travail et ne saurait être considérée comme un courant divisant cet organisme, comme dans la période qui a précédé l'arrêt *Bibeault*.

54 Quant à la nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs, le juge LeBel indique, aux p. 67-73, que le Tribunal du travail s'est conformé à l'arrêt *Bibeault*, mais qu'il a rapidement constaté que les principes élaborés dans cette affaire ne permettaient pas de résoudre toutes les situations. En effet, il était fréquent qu'un employeur visé par une accréditation concède en sous-traitance, sur

undertaking on a temporary basis. When the transfer expired, the employer could take back the operation of the part of the undertaking in question, or transfer it afresh to another subcontractor, as more often happened. The Labour Court had to determine whether this practice could terminate the certification when the first transfer expired, or when the second transfer to another employer took place. It was in this context that the Labour Court developed the theory of retrocession. In *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie v. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie*, D.T.E. 87T-300 (L.C.), Judge Lesage stated that when the operation of part of an undertaking was transferred, the transferor employer was potentially still in charge of the undertaking and was bound by a temporarily unusable certification. When the transfer terminated, the previous situation was restored and the transferor once again became bound by the original certification, which it could transmit again if it chose to make a new transfer of operation (see *Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou v. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou*, L.C., No. 200-28-000041-90, October 11, 1990). It was also held in the leading case of *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy v. Prime Hospitality inc.*, [1991] T.T. 40, signed by Chief Judge Morin, that the certification must be transferred to all of the successive subcontractors where the original employer was covered by that certification and transferred the operation afresh when each subcontract expired. That principle was subsequently applied consistently by the Labour Court, *inter alia* in *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. v. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277*, D.T.E. 92T-1043, and *Syndicat des employés de la Ville de Brossard v. Services d'entretien Fany inc.*, [1995] T.T. 423.

55 Once again, Judge Brière took a different position from his colleagues', holding that retrocession could apply only if the transferee executed a true instrument of transfer to the original transferor when the transfer of operation expired. However,

une base temporaire, une partie de son entreprise. À l'expiration de la concession, l'employeur pouvait reprendre l'opération de la partie d'entreprise en question ou la concéder de nouveau à un autre sous-traitant, comme c'était plus souvent le cas. Le Tribunal du travail devait décider si une telle pratique pouvait mettre fin à l'accréditation, à l'expiration de la première concession, ou encore lors d'une seconde concession à un autre employeur. C'est dans ce contexte que le tribunal a élaboré la théorie de la rétrocession. Dans l'affaire *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie c. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie*, D.T.E. 87T-300 (T.T.), le juge Lesage a indiqué que dans une concession partielle, l'employeur cédant demeure potentiellement en charge de l'entreprise, lié par une accréditation provisoirement inutilisable. À la fin de la concession, la situation antérieure est rétablie et le cédant redevient lié par l'accréditation d'origine, qu'il peut transmettre à nouveau s'il opte pour une nouvelle concession (voir *Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou c. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou*, T.T., nº 200-28-000041-90, 11 octobre 1990). De même, il a été décidé dans l'arrêt de principe *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy c. Prime Hospitality inc.*, [1991] T.T. 40, signé par le juge en chef Morin, que l'accréditation devait être transférée à tous les sous-traitants successifs dans les cas où l'employeur original était visé par celle-ci et effectuait des nouvelles concessions à l'expiration de chaque contrat de sous-traitance. Ce principe a par la suite été appliqué de façon constante par le tribunal, entre autres dans les arrêts *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. c. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277*, D.T.E. 92T-1043, et *Syndicat des employés de la Ville de Brossard c. Services d'entretien Fany inc.*, [1995] T.T. 423.

Encore une fois, le juge Brière se démarque de ses collègues, jugeant que la rétrocession ne pourrait s'appliquer que si le concessionnaire, à l'expiration de sa concession, exécutait un véritable acte de cession en faveur de son cédant original.

with respect to Judge Brière's position as compared to his colleagues', LeBel J.A. said (at p. 72):

[TRANSLATION] That position is still isolated within the Labour Court, which we note takes the position that the transferor employer, being still the potential employer during the period of the transfer, once again becomes the employer within the meaning of the *Labour Code* when the transfer terminates.

Thus, as was the case for transfers of the operation of part of an undertaking in the service sector, we see that there is a consensus in the Labour Court regarding the legal relationship that is needed in order for the certification to be passed on to the successive subcontractors of the employer to which it originally applied.

In fact, the only decision-making authority in Quebec that seems to be genuinely divided at present on the issues that concern us is the Superior Court. As LeBel J.A. explained in the judgment *a quo* (at pp. 62-64), some members of that court regard the consensus reached by the Labour Court as a repudiation of *Bibeault* and are therefore inclined to evoke the decisions of the Labour Court (for example, *Fornet inc. v. Tribunal du travail*, [1992] R.J.Q. 445; *Commission scolaire Laurenval v. Lalonde*, [1997] R.J.Q. 983). On the other hand, some judges of the Superior Court believe that the approach taken by the Labour Court is within its exclusive jurisdiction and that there is nothing about that approach that would justify intervention by the superior courts (see *Rosemère (Ville de) v. St-Arnaud*, D.T.E. 97T-1039; *Entreprises Chando-net enr. v. Morin*, Sup. Ct. Quebec, No. 200-05-002218-928, December 23, 1992).

Hence it is plain that the situation in the Labour Court at present is completely different from the situation in that court immediately before *Bibeault*. Not only has the standard of review changed, but, after the decision in *Bibeault*, the Labour Court has developed interpretive policies regarding the two issues that divided it at the time that are accepted and followed by virtually all of its members. What we find is not ongoing debate and paralysis, but the effective functioning of the administrative

Cependant, le juge LeBel indique, à propos de la position du juge Brière par rapport à celle de ses collègues (à la p. 72) :

Cette position reste isolée au sein du Tribunal du travail. Dans celui-ci, on le constate, l'employeur cédant, demeuré employeur potentiel durant la concession, redevient, à la fin de la concession, l'employeur au sens du *Code du travail*.

Ainsi, comme c'était le cas à propos des concessions partielles d'entreprise dans le domaine des activités de services, on constate la présence d'un consensus au sein du Tribunal du travail quant au lien de droit nécessaire pour faire passer l'accréditation aux sous-traitants successifs d'un donneur d'ouvrage initialement lié par celle-ci. 56

En fait, la seule instance québécoise qui semble réellement divisée actuellement au sujet des questions qui nous occupent est la Cour supérieure. Comme l'explique le juge LeBel aux p. 62-64 de la décision dont appel, certains des membres de celle-ci jugent que le consensus auquel le Tribunal du travail est arrivé constitue une répudiation de l'arrêt *Bibeault*, et sont donc enclins à évoquer les décisions du tribunal (par exemple *Fornet inc. c. Tribunal du travail*, [1992] R.J.Q. 445; *Commission scolaire Laurenval c. Lalonde*, [1997] R.J.Q. 983). Par contre, d'autres juges de la Cour supérieure estiment que l'approche du tribunal se situe dans les limites de sa compétence propre et ne comporte pas d'élément pouvant justifier l'intervention des tribunaux supérieurs (voir *Rosemère (Ville de) c. St-Arnaud*, D.T.E. 97T-1039; *Entreprises Chando-net enr. c. Morin*, C.S. Québec, nº 200-05-002218-928, 23 décembre 1992). 57

En somme, on constate que la situation qui règne actuellement au Tribunal du travail est complètement différente de ce qu'elle était à la veille de l'arrêt *Bibeault*. Non seulement la norme de contrôle a-t-elle changé, mais le Tribunal du travail a réussi, depuis l'affaire *Bibeault*, à développer sur les deux questions qui le divisaient à l'époque des politiques d'interprétation qui sont acceptées et suivies par la presque totalité de ses membres. La situation n'en est pas une de controverse et de 58

bodies responsible for applying s. 45 of the *Labour Code*.

59 This Court has stressed the importance of the consensus positions adopted by administrative tribunals. Consensus allows for a degree of consistency and predictability in the law that fosters the equitable resolution of administrative disputes. In *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, L'Heureux-Dubé J., for the Court, stated, at p. 784:

> While the analysis of the standard of review applicable in the case at bar has made clear the significance of the decision-making autonomy of an administrative tribunal, the requirement of consistency is also an important objective. As our legal system abhors whatever is arbitrary, it must be based on a degree of consistency, equality and predictability in the application of the law.

Also, in *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, Gonthier J. wrote on behalf of the Court, at p. 968:

> [T]he objective of consistency responds to litigants' need for stability but also to the dictates of justice. As the Commission's decisions are not subject to appeal, it is the Commission itself which has the duty of preventing inconsistent decision-making.

60 Accordingly, while lack of unanimity is not a sufficient basis for the courts to intervene despite the high standard of patent unreasonableness, it seems clear that, in applying that standard of review, the existence of a settled consensus in a specialized administrative tribunal acting within its jurisdiction should be a factor in favour of a very high degree of deference on the part of the superior courts. In a situation like this, judicial deference makes it possible both to respect the decision-making autonomy of administrative tribunals and to ensure consistency and predictability of the law. This ideal balance should only be disturbed by the superior courts where there are clearly absurd or irrational results.

paralysie, mais bien de bon fonctionnement des organismes administratifs chargés de l'application de l'art. 45 du *Code du travail*.

Notre Cour a déjà souligné la valeur des consensus existant au sein des tribunaux administratifs. Ceux-ci permettent en effet d'atteindre un degré de cohérence et de prévisibilité du droit qui favorise la résolution équitable des litiges administratifs. Dans l'affaire *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, le juge L'Heureux-Dubé, écrivant au nom de la Cour, indique, à la p. 784 :

> Si l'analyse de la norme de contrôle applicable en l'espèce a permis de mettre en lumière la valeur que représente l'autonomie décisionnelle d'un tribunal administratif, l'impératif de cohérence constitue, également, une finalité importante. Notre système juridique se voulant aux antipodes de l'arbitraire, il se doit de reposer sur une certaine cohérence, égalité et prévisibilité dans l'application de la loi.

De même, dans l'affaire *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, le juge Gonthier écrit, au nom de la Cour, à la p. 968 :

> [C]et objectif de cohérence répond à un besoin de sécurité des justiciables, mais également à un impératif de justice. Les décisions de la Commission étant sans appel, c'est à la Commission elle-même qu'il revient de prévenir les incohérences décisionnelles.

Donc, si l'absence d'unanimité ne constitue pas un motif suffisant pour permettre aux cours de justice d'intervenir malgré la norme exigeante du manifestement déraisonnable, il semble clair que dans le cadre de l'application de cette même norme de contrôle, la présence d'un consensus bien établi au sein d'un tribunal administratif spécialisé agissant dans les limites de sa compétence devrait militer en faveur d'un très haut degré de retenue de la part des tribunaux supérieurs. Dans une situation comme la présente, la retenue judiciaire permet d'assurer le respect de l'autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs tout en favorisant le principe de la cohérence et de la prévisibilité du droit. Cet équilibre idéal ne devrait être ébranlé par les tribunaux supérieurs qu'en cas de résultats clairement absurdes ou irrationnels.

(a) Application of Section 45 in the Case at Bar

An analysis of the applicable principles and of the findings in *Bibeault* regarding the definition of an undertaking and the requirement that there be a legal relationship between the former employer and the new employer leads to the conclusion that the decisions of commissioner Bibeault and Judge Prud'homme transferring the certification were neither patently unreasonable nor in conflict with the decisions of this Court.

(i) *Definition of an Undertaking*

As I noted earlier, the main issue in *Bibeault* involved the legal relationship rather than the definition of an undertaking, although the Court also thought it necessary to dispose of the latter point. It is important to note at the outset that if Beetz J. had thought that it was impossible for s. 45 to apply to a janitorial services subcontract situation, it would have been pointless to analyse what was the crux of the matter in *Bibeault*: the legal relationship. As Judge Lesage, then Associate Chief Judge, pointed out in *Luc Construction inc. v. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589, at p. 596:

[TRANSLATION] I do not hesitate to say that at every stage in the seven years of the proceedings in this case relating to the C.S.R.O., all of the lawyers and judges consistently took it for granted that if the school board had performed its own janitorial services and there had been a certification granted in respect of it in that regard, section 45 would have applied to all of its successive subcontractors starting from when it ceased to perform the work itself.

In the judgment *a quo*, LeBel J.A. expressed that idea as follows (at p. 54):

[TRANSLATION] Although the Supreme Court found in *Bibeault* that the element of continuity of the undertaking had not been established because of the absence of a voluntary transfer, it did not decide that section 45 L.C. could not apply to activities like janitorial services. Nor did it rule out the possibility of a transfer of operation of part of an undertaking. On the contrary, in discussing the problem of continuity, it seems to have taken for granted that the operation of part of an undertaking may

(a) Application de l'art. 45 en l'espèce

Une analyse des principes applicables et des conclusions de l'arrêt *Bibeault* quant à la définition de l'entreprise et quant à l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur nous permet de conclure que les décisions du commissaire Bibeault et du juge Prud'homme prononçant le transfert de l'accréditation ne sont ni manifestement déraisonnables, ni contraires à la jurisprudence de notre Cour. 61

(i) *Définition de l'entreprise*

J'ai déjà souligné que la principale question en litige dans l'affaire *Bibeault* portait sur le lien de droit plutôt que sur la définition de l'entreprise, bien que la Cour ait aussi estimé nécessaire de se prononcer sur ce dernier point. Il importe de préciser immédiatement que si le juge Beetz avait considéré que l'application de l'art. 45 à une situation de sous-traitance en entretien ménager était impossible, il aurait été inutile d'effectuer l'analyse de la question qui s'est avérée essentielle dans l'affaire *Bibeault*, celle du lien de droit. Comme l'indique le juge Lesage, alors juge en chef adjoint, dans l'affaire *Luc Construction inc. c. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589, p. 596 : 62

Je ne crains pas d'affirmer que, à aucun stade des débats d'une durée de sept ans dans cette affaire de la C.S.R.O., tous les plaideurs et tous les juges ont constamment pris pour acquis que, si la commission scolaire avait elle-même effectué son entretien ménager et avait été visée par une accréditation à cet égard, l'article 45 aurait joué à l'endroit de ses sous-traitants successifs à partir du moment où elle cessait d'assumer le travail en régie.

Le juge LeBel, à la p. 54 de la décision dont appel, exprime cette idée de la façon suivante :

Si la Cour suprême a conclu que, dans l'arrêt *Bibeault*, l'élément de continuité d'entreprise n'était pas établi, en raison de l'absence d'un acte de volonté, elle n'a pas décidé que des activités telles que l'entretien ménager ne pouvaient être assujetties à l'application de l'article 45 C.tr. Elle n'a pas non plus écarté la possibilité d'une concession partielle. Au contraire, discutant du problème de continuité, elle semble tenir pour acquise la possibilité d'une concession partielle d'entre-

be transferred, including in this sector. If it had thought that the transfer of operation of part of an undertaking, especially a janitorial services undertaking, were excluded from the application of section 45 L.C., that conclusion would have meant that it did not even have to consider the problem of continuity.

63 Indeed, a reading of *Bibeault* shows that when the issue was examined from the standpoint of the transfer of an undertaking between subcontractors, the only possible transfer in that case, since no certification had originally been granted in respect of the CSRO, this Court expressly recognized that the application of s. 45 to the transfer of part of a janitorial services undertaking was possible. Beetz J. stated, at p. 1121:

> In the case at bar, only an alienation or agreement to operate made by *Netco* or *MBD* in favour of *Services Ménagers Roy* of that part of their undertaking concerned with janitorial services in the *C.S.R.O.* schools would have caused a transfer of rights and obligations to be effected under s. 45 between *Netco* and *MBD* on the one hand and *Services Ménagers Roy* on the other. [Emphasis added.]

Beetz J. clearly explained that the fact that no certification had ever been granted in respect of the CSRO was, in his view, the main obstacle to the application of s. 45. He stated at pp. 1117-19:

> For the purposes of interpreting s. 45, the requirement of a relationship of control between the employer and the undertaking seems to me to lead inevitably to two conclusions. First, the undertaking which is alienated or operated by another must be that of the employer in respect of whom the certification is issued or with whom the collective agreement is concluded. Second, the alienation or agreement must occur between the previous and the new employer.
>
> . . .
>
> The *C.S.R.O.* is not, and has never been, an employer as defined by s. 1 of the *Labour Code*:
>
> **1.** . . .
>
> (*k*) "employer" — anyone, including Her Majesty, who has work done by an employee;
>
> . . .
>
> The mere right to engage in an activity is not a basis for concluding that an undertaking exists, while that right

prise, y compris dans ce domaine. Si elle avait estimé que la concession partielle d'entreprise, particulièrement dans le domaine d'entretien ménager, était exclue de l'application de l'article 45 C.tr., une telle conclusion lui aurait évité même d'avoir à examiner le problème de la continuité.

En effet, on constate à la lecture de l'arrêt *Bibeault* qu'en examinant la question sous l'angle d'un transfert d'entreprise entre sous-traitants, seul transfert possible dans cette affaire étant donné que la CSRO n'était pas originellement visée par une accréditation, notre Cour prévoit expressément la possibilité de l'application de l'art. 45 à une concession partielle dans le domaine de l'entretien ménager. À la page 1121, le juge Beetz indique :

> En l'espèce, seule une aliénation ou concession faite par *Netco* ou *MBD* à *Services Ménagers Roy* de cette partie de leur entreprise affectée à l'entretien ménager des écoles de la *C.S.R.O.* aurait déclenché une transmission de droits et d'obligations en vertu de l'art. 45 entre *Netco* et *MBD* d'une part et *Services Ménagers Roy* d'autre part. [Je souligne.]

Le juge Beetz explique clairement que le fait que la CSRO n'ait jamais été visée par une accréditation est, à son avis, l'obstacle principal à l'application de l'art. 45. Aux pages 1117-1119, il écrit :

> Aux fins de l'interprétation de l'art. 45, la nécessité d'un lien de contrôle entre l'employeur et l'entreprise mène inéluctablement, me semble-t-il, à deux conclusions. Premièrement, l'entreprise qui est aliénée ou concédée doit être celle de l'employeur auprès de qui l'accréditation est octroyée ou avec qui la convention collective est conclue. Deuxièmement, l'aliénation ou la concession doit s'opérer entre l'employeur précédent et le nouvel employeur.
>
> . . .
>
> La *C.S.R.O.* n'est pas, et n'a jamais été, un employeur tel que le définit l'art. 1 du *Code du travail* :
>
> **1.** . . .
>
> *k*) « employeur » — quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié;
>
> . . .
>
> La simple faculté d'amorcer une activité, tant qu'elle ne se concrétise pas par l'affectation de salariés ou qu'elle

has neither taken concrete form through the allocation of personnel nor been formally recognized in the certificate of certification.

. . .

The only janitorial service undertaking that can be in question here is that of the subcontractors, that is, of the "employers", and the conclusion of the majority of the Court to the contrary, in view of the wording of s. 45, has rightly occasioned surprise (R. P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais", loc. cit., at p. 156). As there was no link between the schoolboard and the janitorial service undertaking, it follows that the *C.S.R.O.* could neither alienate nor confer a right to operate it, nor, as Judge Morin maintained, be the source of a legal relation between the subcontractors in question. [Emphasis added.]

In addition, the reasons of Beetz J. contain numerous passages indicating more generally that this Court did not intend, in that decision, to exclude subcontracting from the application of s. 45. For example, at pp. 1059-60, Beetz J. reproduced a passage from *Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683, at pp. 688-89, in which Chouinard J., for the Court, outlined the history of s. 45. On the question of the reasons that prompted the enactment of the precursor to s. 45, s. 10*a* of the *Labour Relations Act*, Chouinard J. stated:

In *Centrale de chauffage Enr. v. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc. et l'Hôpital de Chicoutimi*, [1970] R.D.T. 344, Donat Quimper A.C.J. of the Labour Court explained, at pp. 347-48, the reasons justifying adoption of this article and the intent of the legislator:

> [TRANSLATION] In the years that followed adoption of the *Labour Relations Act* in 1944, it became apparent that certain transfers of ownership and work transfers had the effect of impeding the normal exercise of the right of association. In the case of a sale, unless there was an agreement to the contrary the buyer had no obligation either to the employees or to their association. The certification or collective agreement binding on the former owner ceased to apply.

. . .

n'est pas au moins consacrée au certificat d'accréditation, ne permet pas de conclure à la présence d'une entreprise.

. . .

La seule entreprise d'entretien ménager dont il puisse être question est celle des sous-traitants, c.-à-d. celle des «employeurs», et l'on s'est étonné à juste titre de la conclusion contraire de la majorité du Tribunal en raison du texte de l'art. 45 (R. P. Gagnon, «L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais», *loc. cit.*, à la p. 156). L'entreprise d'entretien ménager lui étant étrangère, il s'ensuit que la *C.S.R.O.* ne pouvait ni l'aliéner ni la concéder, ni, comme l'a soutenu le juge Morin, être à l'origine du lien de droit entre les sous-traitants en cause. [Je souligne.]

64 Par ailleurs, la décision du juge Beetz contient de nombreux passages qui indiquent de façon plus générale que notre Cour n'entendait pas, par cette décision, exclure la sous-traitance de l'application de l'art. 45. C'est ainsi qu'aux p. 1059-1060, le juge Beetz reproduit un extrait de l'arrêt *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683. Il s'agit d'un passage dans lequel le juge Chouinard, écrivant aux p. 688-689 au nom de la Cour, retrace l'historique de l'art. 45. À propos des motifs ayant entraîné l'adoption de l'ancêtre de l'art. 45, l'art. 10*a* de la *Loi des relations ouvrières*, le juge Chouinard indiquait :

Dans *Centrale de chauffage Enr. c. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc. et l'Hôpital de Chicoutimi*, [1970] R.D.T. 344, le juge en chef adjoint Donat Quimper du Tribunal du travail explique, aux pp. 347 et 348, les raisons qui ont justifié l'adoption de cet article et l'intention du législateur:

> Au cours des années qui ont suivi l'adoption de la *Loi sur les relations ouvrières* en 1944, il est apparu que certains transferts de propriété et transferts d'ouvrage avaient pour effet de faire échec à l'exercice normal du droit d'association. En cas de vente, l'acheteur, à moins de convention au contraire, n'avait aucune obligation ni envers les salariés, ni envers leur association. L'accréditation ou la convention collective qui liait l'ancien propriétaire perdait son effet.

. . .

> Similarly, the practice of certain employers of giving work which was usually done in their own establishments to third parties to do could interfere with an application for certification if the transaction was accompanied by layoffs, and, in some cases, deprive the employees transferred to the service of the subcontractor of the benefits of an existing or future agreement. Here again, the certification or agreement was effective only with regard to the principal employer.
>
> These are the two (2) situations which the legislator sought to remedy by enacting the first paragraph of section 10*a*. [Emphasis added.]

> De même, la pratique de certains employeurs de confier à des tiers l'exécution de travaux qui étaient habituellement effectués dans leur propre établissement pouvait faire obstacle à une demande d'accréditation si la transaction s'accompagnait de mise à pied et priver, le cas échéant, les employés transférés au service du sous-traitant des avantages de la convention existante ou à intervenir. Encore ici, l'accréditation ou la convention n'avait d'effet qu'à l'égard de l'employeur principal.
>
> Ce sont là les deux (2) situations auxquelles le législateur a voulu porter remède en édictant le 1er alinéa de l'article 10*a*. [Je souligne.]

Furthermore, when he adopted the definition of an undertaking developed by Judge Lesage in *Mode Amazone*, *supra*, Beetz J. also cited with approval, at p. 1105, the statement that [TRANSLATION] "[m]ost often, particularly where there is no operation of the undertaking by a subcontractor, the undertaking may be said to be constituted . . . because a sufficient number of those components that permit the specific activities to be conducted or carried out are present" (emphasis added). It is therefore clear that the decisions of this Court do not rule out applying s. 45 to cases of subcontracting in general, any more than to cases of subcontracting of janitorial services, since the Court indicated, on the contrary, that s. 45 may apply in the appropriate circumstances.

De plus, lorsqu'il adopte la définition de l'entreprise élaborée par le juge Lesage dans l'affaire *Mode Amazone*, précitée, le juge Beetz cite aussi en l'approuvant, à la p. 1105, l'affirmation voulant que « [l]a plupart du temps, surtout lorsqu'il ne s'agit pas de concession en sous-traitance, l'entreprise exige pour sa constitution une addition valable de plusieurs composantes » (je souligne). Il est donc clair que la jurisprudence de notre Cour n'exclut pas l'application de l'art. 45 à des cas de sous-traitance en général, pas plus qu'à des cas de sous-traitance en entretien ménager, la Cour indiquant au contraire qu'une telle application est possible lorsque les circonstances s'y prêtent.

65 Whether all or part of the operation is transferred, the definition of an undertaking for the purposes of s. 45 cannot be restricted to a list of functions, but rather must be consistent with the organic approach adopted by Beetz J. in *Bibeault*, *supra*. On the other hand, it is also not possible to completely ignore similarity of functions in the analysis to determine whether the operation has been transferred. In that regard, Beetz J. wrote, at p. 1101:

> Each undertaking consists of a series of different components which together constitute an operational entity. It goes without saying that one of these components is the work done in the undertaking; but the specific identity of the undertaking is also determined by its particular physical, intellectual, human, technical and legal components. [Emphasis added.]

Qu'il soit question de concession totale ou partielle, la définition d'une entreprise, aux fins de l'art. 45, ne peut se limiter à une liste de fonctions, mais doit plutôt se conformer à l'approche organique adoptée par le juge Beetz dans l'affaire *Bibeault*. Par contre, on ne peut non plus ignorer complètement la similitude des fonctions dans l'analyse visant à déterminer si une concession a eu lieu. À cet égard, le juge Beetz écrit, à la p. 1101 :

> Chaque entreprise est composée d'une série d'éléments différents qui constituent l'ensemble opérationnel de l'entreprise. Il va de soi qu'un de ces éléments est le travail effectué au sein de l'entreprise. Mais l'identité particulière de l'entreprise ressort également des éléments physiques, intellectuels, humains, techniques et juridiques qui lui sont propres. [Je souligne.]

He went on to say, at p. 1107:

I repeat that similarity of functions is necessary to determine whether the essential elements of the undertaking continue to exist, but it is a mistake to make this the absolute criterion for applying s. 45. In general this criterion does not allow a distinction to be made between two rival undertakings. Similarity of functions as such could only indicate continuity in an undertaking to the extent that the undertaking in question has no other special characteristic.

Instead of an unwarranted focus on a single factor, the test of continuity in an undertaking requires identification of the essential elements of the undertaking, which must be found to exist to a sufficient degree in the new employer's operations. Each component must be weighed according to its respective importance. If the clientele of a certain undertaking is by nature fluid, the fact that the new purchaser has kept none of his predecessor's customers will not be significant. On the other hand, an undertaking whose primary characteristic is exclusive equipment will be transferred to a new employer only in so far as the latter has acquired *inter alia* the equipment in question. [Emphasis added.]

The principle set out in *Bibeault* that the weight to be given to the different factors to be considered, based on the organic definition of an undertaking, varies depending on the specific circumstances in an undertaking or an economic sector, has been adopted and applied in the subsequent decisions of this Court. In *Lester*, *supra*, the Court considered a provision that was, for our purposes, similar to s. 45, and that was in force in Newfoundland: s. 89(1) of the *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, c. 64. McLachlin J., as she then was, for the majority, noted that the criteria for identifying an undertaking and concluding that it has been transferred may vary depending on the industry in question; at p. 677, she said:

No single factor is determinative, since factors which are sufficient to support a successorship finding in one type of industry may be insufficient in another. . . .

McLachlin J. reviewed the responses of labour boards to the construction industry, and noted, at p. 678, that application of traditional factors to the

Et plus loin, à la p. 1107 :

Je répète que la similitude des tâches est nécessaire lors de la recherche du maintien de l'entreprise dans ses éléments essentiels, mais il est erroné d'en faire le critère absolu de l'application de l'art. 45. Ce critère ne permet généralement pas de distinguer deux entreprises rivales. La similitude des fonctions ne serait révélatrice en soi d'une succession d'entreprise que dans la mesure où l'entreprise en question ne posséderait pas d'autre caractéristique propre.

Au lieu de porter erronément sur un seul facteur, le test du maintien de l'entreprise suppose l'identification des éléments essentiels d'une entreprise lesquels doivent se retrouver, de façon suffisamment importante, chez le nouvel employeur. Chaque élément doit être pondéré selon son importance respective. Si la clientèle d'une certaine entreprise est volatile, il sera sans conséquence que le nouvel acquéreur n'ait retenu aucun client de son prédécesseur. À l'opposé, une entreprise dont la caractéristique principale est l'équipement exclusif sera transmise chez un nouvel employeur en autant que ce dernier ait acquis entre autres le matériel en question. [Je souligne.]

66 Le principe, énoncé dans l'arrêt *Bibeault*, voulant que les critères à examiner, en vertu de la conception organique de l'entreprise, puissent être pondérés de façon différente selon les circonstances particulières qui prévalent dans une entreprise ou dans un secteur d'activités, a d'ailleurs été repris et appliqué par la jurisprudence subséquente de notre Cour. Dans l'arrêt *Lester*, précité, la Cour examinait une disposition semblable, aux fins de la présente discussion, à l'art. 45 en vigueur à Terre-Neuve, le par. 89(1) du *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, ch. 64. Le juge McLachlin, alors juge puînée, écrivant au nom de la majorité, note que les critères permettant d'identifier une entreprise et de conclure à son transfert peuvent varier en fonction de l'industrie concernée et indique, à la p. 677 :

Aucun facteur particulier n'est déterminant puisque certains facteurs qui permettent de conclure à l'application de l'obligation du successeur dans un secteur industriel peuvent être insuffisants dans un autre . . .

Le juge McLachlin étudie la réaction des tribunaux du travail face à l'industrie de la construction et note, à la p. 678, qu'une application des critères

construction industry may "render it easy for a contractor to erode the protection which successorship provisions are meant to provide for bargaining rights". She then explained, also at p. 678:

> In response to this type of tactic, labour boards began to apply different tests when examining successorship in the construction context.

67 In *Lester*, McLachlin J. took the view that even the specific tests applied by boards in the construction industry had not been followed. It was for this reason, and not because it is impossible to apply different tests in a specific industry or to conclude that a transfer has occurred solely on the grounds of a limited number of factors, that McLachlin J. found, at p. 693, that it was patently unreasonable in that case to apply s. 89(1) of the *Labour Relations Act, 1977*. This Court has therefore recognized that administrative tribunals charged with applying provisions like s. 45 of the *Labour Code* enjoy wide discretion in determining and weighing the factors that apply in defining an undertaking, and are at liberty to develop specific tests to respond to the situation in a given industry.

68 This principle was also affirmed quite recently in *Ajax*, *supra*. In that case, the Town of Ajax had transferred the operation of its transit system to a private company, Charterways Transportation Ltd. The respondent union was certified with Charterways to represent the employees in question. The Town of Ajax, in respect of which no certification had ever been issued for the transit system, unilaterally decided to terminate Charterways' contract and take over the operation of its transit system itself. Charterways was forced to lay off the employees in question, a significant number of whom were hired by the Town to perform the same duties. McLachlin C.J., for the majority of this Court, affirmed the decision of Goudge J.A., for the Ontario Court of Appeal (*Ajax (Town) v. National Automobile, Aerospace*

traditionnels dans ce domaine aurait pu « aider certains entrepreneurs à miner la protection des droits de négociation visée par les dispositions sur l'obligation du successeur ». Elle précise ensuite, à la même page :

> C'est en réponse à ce type de tactique que les commissions du travail ont entrepris d'appliquer des critères différents lorsqu'elles doivent étudier des dispositions sur l'obligation du successeur dans le contexte de la construction.

Dans l'affaire *Lester*, le juge McLachlin estimait que même les critères particuliers appliqués par les commissions dans l'industrie de la construction n'étaient pas respectés. C'est pour ce motif, et non parce qu'il est impossible d'appliquer des critères différents dans une industrie spécifique ou de conclure à un transfert en raison uniquement d'un nombre limité d'éléments, que le juge McLachlin a conclu, à la p. 693, qu'il était manifestement déraisonnable dans cette affaire d'appliquer le par. 89(1) du *Labour Relations Act, 1977*. Notre Cour a donc reconnu que les tribunaux administratifs chargés d'appliquer des dispositions comme l'art. 45 du *Code du travail* possèdent une importante marge de manœuvre pour établir et pondérer les critères applicables à la définition d'une entreprise, et sont libres d'élaborer des critères particuliers pour répondre à la situation qui prévaut dans une industrie donnée.

Ce principe a d'ailleurs été confirmé tout récemment, dans l'arrêt *Ajax*, précité. Dans cette affaire, la ville d'Ajax avait confié à une société privée, Charterways Transportation Ltd., l'exploitation de son système de transport en commun. Le syndicat intimé était accrédité auprès de Charterways pour représenter les employés concernés. La ville d'Ajax, qui n'avait elle-même jamais été visée par une accréditation pour le transport en commun, décide unilatéralement de mettre fin à son contrat et d'assumer elle-même l'exploitation de son système de transport. Charterways doit alors mettre à pied les employés concernés et un nombre important d'entre eux sont engagés par la ville pour exécuter les mêmes fonctions. La majorité de notre Cour, sous la plume du juge en chef McLachlin, a confirmé la décision du juge Goudge, écrivant au

and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 222 (1998), 41 O.R. (3d) 426), holding that the decision of the Ontario Labour Relations Board that the certification had been transferred was not patently unreasonable. The applicable legislation, s. 64 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, as amended by S.O. 1992, c. 21, s. 29, was, once again, similar to s. 45 of the *Labour Code* for our purposes.

nom de la Cour d'appel de l'Ontario (*Ajax (Town) c. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 222* (1998), 41 O.R. (3d) 426), selon laquelle la décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario prononçant le transfert de l'accréditation n'était pas manifestement déraisonnable. La disposition législative applicable, l'art. 64 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2, tel que modifié par L.O. 1992, ch. 21, art. 29, était encore une fois semblable, aux fins de la présente discussion, à l'art. 45 du *Code du travail*.

The decision of the Court of Appeal contains the following passage, at p. 433:

> The Board found that the scope of the business engaged in by Charterways for Ajax consisted primarily of the provision of this skilled work force to the Town and that therefore this work force could be considered the most valuable asset of that business. The importance to the Town of the continuity and stability of this work force is reflected in the terms of the contract between the parties and in the results of the hiring done by the Town when it took back the operation of the transit system.
>
> In essence, the Board found that what was transferred was not just the work formerly done by the Charterways employees nor the employees themselves. There was the added value that came with the continuity, experience and stability of this work force. Hence, there was a reasonable basis for the finding that what was transferred to Ajax was a significant part of the business which Charterways conducted for Ajax. This finding was not patently unreasonable.

69 Or, on retrouve dans la décision de la Cour d'appel, à la p. 433, le passage suivant :

> [TRADUCTION] Il en est ainsi, car la Commission a déterminé que, vu l'échelle des responsabilités confiées à Charterways et qui consistaient essentiellement à fournir à la municipalité du personnel qualifié, ce personnel qualifié pourrait bien être considéré comme l'actif le plus important de l'entreprise. D'ailleurs, l'importance que la ville accorde à la prestation des services sans discontinuité et à la permanence des effectifs ressort des dispositions du contrat signé par les deux parties et du résultat des embauches effectuées par la municipalité lorsqu'elle a repris les opérations du transport en commun.
>
> En somme, aux yeux de la Commission, ce qui a été transféré n'était pas seulement le travail précédemment effectué par les employés de Charterways ou les employés eux-mêmes. Bien plus, il y avait aussi la valeur ajoutée que représentent la continuité du service, l'expérience et la permanence des effectifs. Elle avait donc des motifs valables de conclure que ce qui a été transféré à la ville constituait pour Charterways une partie importante de son entreprise et cette conclusion n'était pas manifestement déraisonnable.

Once again, we see that this Court recognizes that the tests that are to be applied in defining the concept of an undertaking, in the context of the transfer of certification, vary with the specific circumstances of each case. The transfer of a limited number of components, such as the employees and their functions, may be sufficient, pursuant to an organic definition of an undertaking, where those components are significant in comparison with the others.

Encore une fois, on constate que notre Cour reconnaît que les critères applicables pour définir la notion d'entreprise, dans le cadre du transfert de l'accréditation, varient en fonction des circonstances particulières de chaque affaire. Le transfert d'un nombre limité d'éléments, comme les employés et leurs fonctions, peut s'avérer suffisant, selon une conception organique de l'entreprise, lorsque leur importance, par rapport aux autres éléments, est significative.

70 It is therefore clear that neither *Bibeault*, *supra*, nor the subsequent decisions of this Court establish a rigid test for identifying an undertaking or part of an undertaking for the purpose of applying s. 45 of the *Labour Code* or similar provisions. The only requirement that those decisions impose is that an organic rather than a functional definition of an undertaking be adopted, although in some cases similarity of functions may still be decisive, where the undertaking has no other special characteristics (*Bibeault*, at p. 1107).

71 With regard to subcontracting of janitorial services, after *Bibeault*, the Labour Court developed tests to be used in order to make consistent determinations as to whether the operation of part of an undertaking has been transferred. The specific criterion of the transfer of a right to operate, combined with the similarity of the functions that form part of the usual activities of the undertaking, may be used to identify the cases in which the certification must be transferred. This criterion does not conflict with the definition of an undertaking adopted in *Bibeault*. On the contrary, Beetz J. specifically anticipated this possibility. At pp. 1115-16, in examining the definition of operation by another in civil law, he said:

> The intent to give up the right of ownership or the right to operate an undertaking is thus essential to the existence of an alienation or operation by another. This intent may be either immediate or conditional: it suffices that the holder of the rights in the undertaking consents to the acquisition of the ownership of the undertaking or to its operation by another.
>
> . . .
>
> In 1970, in *Centrale de Chauffage*, *supra*, Associate Chief Judge Quimper gave a definition of the words "operation by another" which has become classic (at p. 239):
>
> > [TRANSLATION] The words OPERATION BY ANOTHER . . . cannot be interpreted in the limited sense of the granting of a privilege, benefit or favour. Rather it must be given a broad meaning capable of embracing every kind of subcontract, otherwise it would be meaningless.

Il est donc clair que ni l'arrêt *Bibeault*, précité, ni la jurisprudence subséquente de notre Cour n'établit un critère rigide pour l'identification d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise dans le cadre de l'application de l'art. 45 du *Code du travail* ou de dispositions semblables. La seule exigence posée par la jurisprudence est d'adopter une conception organique plutôt que fonctionnelle de l'entreprise, même s'il demeure possible, dans certains cas, que la similitude des fonctions soit déterminante, en l'absence d'autres caractéristiques propres à l'entreprise (*Bibeault*, p. 1107).

En ce qui a trait à la sous-traitance en entretien ménager, le Tribunal du travail a élaboré, à la suite de l'arrêt *Bibeault*, des critères qui lui permettent de déterminer de façon cohérente si une concession partielle d'entreprise a eu lieu. Le critère particulier du transfert d'un droit d'exploitation, jumelé à la similitude de fonctions faisant partie des activités habituelles de l'entreprise, permet d'identifier les cas où l'accréditation doit être transférée. Ce critère ne contredit pas la définition de l'entreprise adoptée dans l'arrêt *Bibeault*. Au contraire, le juge Beetz a expressément prévu cette possibilité. Aux pages 1115-1116, lorsqu'il examine la définition de la concession en droit civil, il indique :

> La volonté de se départir du droit de propriété ou du droit d'exploitation de l'entreprise est donc essentielle à la survenance d'une aliénation ou d'une concession. Il est de peu d'importance que cette volonté soit immédiate ou conditionnelle: il suffit que le titulaire des droits dans l'entreprise consente à l'acquisition de la propriété de l'entreprise ou à son exploitation par autrui.
>
> . . .
>
> Dès 1970, le juge en chef adjoint Quimper donne dans *Centrale de chauffage*, précité, une définition du mot «concession» devenue classique (à la p. 239):
>
> > Le mot CONCESSION [. . .] ne saurait être interprété dans le sens restreint d'octroi de privilège, d'avantage ou de faveur. Il doit plutôt recevoir un sens large qui soit susceptible de désigner toute forme de sous-contrat, autrement il ne voudrait rien dire.

For there to be operation by another, therefore, two conditions must exist:

(1) the transfer of operations to a third party must originate within the framework of the undertaking; [Emphasis added by Beetz J.]

(2) the work transferred must be covered by a collective agreement or certification.

Some two years later, Judge Beaudry also concluded in *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéroastronautique, local 2235*, [1972] T.T. 1, at p. 12, that a legal relation must exist:

[TRANSLATION] In interpreting the words "operation by another" there does not appear to be any conflict between the English and French meanings. Neither assumes the idea of a sale, assignment or transfer of movable or immovable property or of rights. On the contrary, these expressions indicate the involvement of a third party in the management, administration or performance of the operations of the undertaking, in whole or in part, by gratuitous or onerous contract. [Emphasis added.]

In my view, these passages make it clear that the analysis done by Beetz J. envisages the possibility that operation by another of an undertaking may be thought of as the transfer of a right to operate. Beetz J. certainly did not rule out this concept; rather, he said that s. 45 could have been applied in *Bibeault* if there had actually been a mutual agreement between the successive employers concerning transfer of a right to operate the undertaking in question.

As Bastarache J. says at para. 143, a janitorial services undertaking may in fact consist of one or more elements, apart from the functions, which could be transferred. In my view, however, the labour commissioner and the Labour Court had the authority, by virtue of the *Labour Code* and the decisions of this Court, to assess the respective importance of the various components of the undertaking and to conclude, in the circumstances with which we are concerned, that the transfer of a right to operate, combined with the transfer of functions, was sufficient to result in s. 45 being applied, under the organic definition of an undertaking.

Pour qu'il y ait concession, il faut donc deux conditions:

1° que le transfert d'opérations à un tiers provienne de l'intérieur des cadres de l'entreprise; [Soulignement du juge Beetz.]

2° que les travaux transférés soient couverts par une convention collective ou par une accréditation.

Quelque deux ans plus tard, le juge Beaudry conclut aussi à la nécessité d'un lien juridique dans l'arrêt *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéroastronautique, local 2235*, [1972] T.T. 1, à la p. 12:

Or dans l'interprétation du mot concession la version anglaise apparaît sans contradiction avec le sens de l'expression française. Ni l'une ni l'autre ne présuppose l'idée de vente, de cession, de transport de propriété mobilière, ou immobilière ou de droits. Au contraire, ces expressions impliquent le fait d'un tiers dans la gestion, l'administration ou l'exécution des opérations de l'entreprise, en totalité ou en partie par contrat à titre gratuit ou onéreux". [Je souligne.]

À mon avis, il ressort clairement de ces passages que l'analyse du juge Beetz envisage la possibilité de concevoir la concession d'entreprise comme la cession d'un droit d'exploitation. Loin d'avoir écarté cette conception, le juge Beetz indique plutôt que l'application de l'art. 45 aurait été possible dans l'affaire *Bibeault* si un accord de volonté concernant la transmission d'un droit d'exploitation de l'entreprise concernée était effectivement intervenu entre les employeurs successifs.

72 Il est vrai, comme l'indique le juge Bastarache au par. 143, qu'une entreprise d'entretien ménager peut comporter un ou plusieurs éléments, outre les fonctions, qui pourraient faire l'objet d'un transfert. Cependant, à mon avis, le commissaire et le Tribunal du travail avaient le pouvoir, en vertu du *Code du travail* et de la jurisprudence de notre Cour, d'évaluer l'importance respective des diverses composantes de l'entreprise et de conclure, dans les circonstances qui nous occupent, que le transfert d'un droit d'exploitation, jumelé au transfert des fonctions, suffisait pour entraîner l'application de l'art. 45 en vertu de la conception organique de l'entreprise.

1. The Centrality of the Part of the Undertaking Operated by Another in Relation to the Purpose of the Main Undertaking

73 At p. 63 of the judgment *a quo*, LeBel J.A. noted that some Superior Court judges have interpreted *Bibeault* to require that the part of the undertaking operated by another be essential to the purposes of the undertaking in order for it to be possible for the certification to be transferred. On this point, LeBel J.A. stated (at p. 60):

[TRANSLATION] Having adopted a flexible concept both of the idea of an undertaking and, most importantly, of the concept of operation by another of part of an undertaking, the Labour Court logically rejected the theory of the purpose of the undertaking, according to which section 45 L.C. does not apply to operation by another of an activity like janitorial services since it is allegedly not an integral or essential part of the transferor's undertaking. Since according to this approach it is not connected with the purpose of the undertaking and is not directly involved in generating profits or in the actual operation of the undertaking, section 45 L.C. would not apply to it.

74 LeBel J.A. was of the view that this requirement was not adopted in *Bibeault* (p. 54). On the contrary, that case presupposes that a transfer of the operation of a part of an undertaking involving janitorial services is possible in the education sector, even though that activity is not directly related to the purpose of the undertaking.

75 I do not believe that this Court has ever stated that the only instance in which a certification will be transferred is where the operation of an essential part of an undertaking is transferred. In *Bibeault*, *supra*, at p. 1107, Beetz J. did refer to continuity or preservation of "the essential elements" of the undertaking, and it was in that context that he said that the importance of the various elements will vary with the circumstances, so that, for example, the fluidity of the clientele could make this element lose all significance. When Beetz J. referred to the essential elements of the undertaking, clearly he meant the various elements that may be used to characterize an undertaking, such as its activities, employees, equipment or know-how. At that time there was simply no need

1. Le caractère essentiel de la partie d'entreprise concédée par rapport à la finalité de l'entreprise principale

Le juge LeBel, à la p. 63 du jugement dont appel, précise que certains juges de la Cour supérieure ont interprété l'arrêt *Bibeault* comme exigeant que la partie d'entreprise concédée soit essentielle à la finalité de l'entreprise pour que l'accréditation puisse être transférée. À ce sujet, le juge LeBel indique (à la p. 60) :

Ayant adopté une notion souple à la fois du concept d'entreprise et, surtout, de celui de la concession partielle, le Tribunal du travail, logiquement, rejette la théorie de la finalité de l'entreprise. Celle-ci voudrait que l'article 45 C.tr. ne s'applique pas à la concession d'une activité comme l'entretien ménager puisqu'elle ne constituerait pas une partie intégrante ou essentielle de l'entreprise du cédant. Puisqu'elle ne participerait pas à la finalité de l'entreprise et ne serait pas directement affectée à la production de profits et à l'exploitation proprement dite de l'entreprise, l'article 45 C.tr. ne s'y appliquerait pas.

Or, selon le juge LeBel, cette exigence n'est pas énoncée dans l'arrêt *Bibeault* (p. 54). Au contraire, cet arrêt présuppose que la concession partielle en matière d'entretien ménager en milieu scolaire est possible, alors même que cette activité n'est pas directement liée à la finalité de l'entreprise.

Je pense en effet que notre Cour n'a jamais affirmé que seule une partie essentielle d'une entreprise peut faire l'objet d'une concession pouvant entraîner le transfert de l'accréditation. Il est vrai que dans l'arrêt *Bibeault*, p. 1107, le juge Beetz parle de l'existence et du maintien de l'entreprise « dans ses éléments essentiels ». C'est dans ce contexte qu'il indique que l'importance des divers éléments variera selon les circonstances, la volatilité de la clientèle pouvant, par exemple, faire perdre toute pertinence à ce facteur. Lorsque le juge Beetz parle des éléments essentiels de l'entreprise, il est clair qu'il fait allusion aux différents éléments qui permettent de caractériser une entreprise, comme les activités, les employés, le matériel ou le savoir-faire. Il n'était aucunement ques-

to determine whether, where part of the operation was transferred, the portion of the activities transferred had to be essential to the purpose of the undertaking as a whole. The only requirement laid down by *Bibeault* is actually that the elements that characterize the essence of the part of the undertaking in question be transferred. That case does not limit transfer of the operation of part of an undertaking to cases in which the central parts of the undertaking are transferred.

In *Lester*, *supra*, McLachlin J. said, at p. 676, concerning the requirements that apply with respect to the transfer of part of an undertaking in Canadian law, that "[r]ather, a discernable part of the business must be disposed of" (emphasis added). That case therefore also does not adopt a test of necessity in relation to the purpose of the undertaking as a whole.

In the case at bar, Judge Prud'homme concluded, at pp. 500-501, that janitorial services are an essential part of the undertaking in that, while they are not the most important part, they contribute with the other activities to the purpose of the undertaking and are permanently, rather than exceptionally, associated with the undertaking. That approach in no way conflicts with *Bibeault*, *supra*, nor is it inconsistent with the subsequent decisions of this Court.

2. The Autonomy of the Part of the Undertaking Operated by Another in Relation to the Main Undertaking

Where the main characteristic of the part of the undertaking operated by another consists, as it does in this case, of the specific right to operate on the premises of the main undertaking, it clearly cannot enjoy wholly autonomous existence. In *Lester*, *supra*, McLachlin J. briefly considered the issue of the degree of autonomy the transferee must receive in order to conclude that a transfer of an undertaking has in fact taken place. At pp. 676-77, she explained the generally accepted position in Canadian law:

tion à ce moment de déterminer si, dans un cas de concession partielle, le secteur d'activités concédé devait être essentiel à la fin poursuivie par l'ensemble de l'entreprise. La seule exigence posée par l'arrêt *Bibeault* est plutôt que les éléments qui caractérisent l'essence de la partie d'entreprise en cause soient transférés. Cet arrêt ne limite pas la possibilité de concession partielle aux parties centrales de l'entreprise.

76 Dans l'arrêt *Lester*, précité, le juge McLachlin indique, à la p. 676, à propos des exigences applicables en matière de transfert partiel d'entreprise en droit canadien, qu'« [i]l faut plutôt qu'une partie identifiable de l'entreprise soit aliénée » (je souligne). On ne retrouve donc pas non plus dans cet arrêt l'adoption d'un critère de nécessité par rapport à la finalité de l'ensemble de l'entreprise.

77 Dans le cas qui nous occupe, le juge Prud'homme, aux p. 500-501, conclut que l'entretien ménager constitue une partie essentielle de l'entreprise, en ce sens que, bien qu'il ne soit pas la partie la plus importante, il participe avec les autres activités à la finalité de l'entreprise et se rattache de façon permanente, plutôt qu'accidentelle, à l'entreprise. Cette approche ne contredit aucunement l'arrêt *Bibeault*, précité, pas plus d'ailleurs qu'elle ne va à l'encontre de la jurisprudence subséquente de notre Cour.

2. L'autonomie de la partie d'entreprise concédée par rapport à l'entreprise principale

78 Lorsque, comme en l'espèce, la caractéristique principale de la partie d'entreprise concédée consiste dans un droit d'exploitation spécial des locaux de l'entreprise principale, on comprend qu'elle ne peut avoir une existence complètement autonome. Dans l'arrêt *Lester*, précité, le juge McLachlin se penche brièvement sur la question du degré d'autonomie qui doit être conféré au concessionnaire pour que l'on puisse conclure qu'un transfert d'entreprise est réellement intervenu. Elle explique, aux p. 676-677, la position généralement acceptée en droit canadien :

As Adams, in his text, *Canadian Labour Law* (1985), at p. 414, states in concluding a review of the law from various jurisdictions: "In virtually all cases where a sale of part of a business has been found, a separate and identifiable part of the predecessor's operations has been transferred". Adams continues at p. 415:

> What is clear from all these cases is that what must be transferred is a portion of the business capable of being defined and identified as a functioning entity that is viable in itself or sufficiently distinguishable to be severable from the whole.

. . .

Because a business is not merely a collection of assets, the vital consideration "is whether the transferee has acquired from the transferrer a functional economic vehicle": *Metropolitan Parking Inc.*, *supra*, at p. 209.

79 In interpreting an enactment that refers to transfer of the operation of part of an undertaking, the Labour Court has developed a specific approach to the autonomy test. LeBel J.A. described the court's reasoning as follows (at p. 60):

> [TRANSLATION] Where there is a transfer of operation of part of an undertaking, a close association remains, even though the work is now done under the direction of another employer. . . .

. . .

The test of the creation of a viable, functional or operational economic entity, which was used, for example, in the decision of the Ontario Labour Relations Board in *Canadian Union of Public Employees and Metropolitan Parking Inc.* (1980) 1 C.L.R.B.R. 197 and in *Lester (W.W.) (1978) Ltd.*, is not understood in strictly economic terms. Rather, it is analysed on the basis of the cohesion of the components of the part of the undertaking, their constitution as an autonomous and organized economic entity generating activities or requiring the hiring of staff (*Syndicat national des employés municipaux d'Iberville v. Ville d'Iberville*, T.T. Montréal 500-28-000011-916, May 16, 1991 (D.T.E. 91T-712), p. 21 of the judgment). In the case of support services benefiting the entire undertaking, the view of the Labour Court is that the *Labour Code* does not require that the transferred part of the undertaking be

Comme l'a écrit l'auteur Adams dans son ouvrage *Canadian Labour Law* (1985), à la p. 414, au terme d'un examen du droit applicable dans divers ressorts: [TRADUCTION] «Dans pratiquement tous les cas où l'on a conclu à la vente d'une partie d'une entreprise, il y a eu transfert d'une partie distincte et identifiable des opérations du prédécesseur». L'auteur poursuit, à la p. 415:

> [TRADUCTION] Il ressort clairement de toutes ces affaires que ce qui doit être transféré, c'est une partie de l'entreprise qui peut être définie et identifiée comme une entité fonctionnelle qui est viable par elle-même ou qui peut suffisamment être distinguée pour pouvoir être retranchée de l'ensemble.

. . .

Puisqu'une entreprise représente plus que la seule accumulation d'éléments d'actif, la question essentielle à poser [TRADUCTION] «est de savoir si le cessionnaire a acquis du cédant un instrument économique fonctionnel»: *Metropolitan Parking Inc.*, précité, à la p. 209.

Le Tribunal du travail, interprétant une disposition législative qui réfère à la concession partielle d'entreprise, a quant à lui élaboré une approche particulière face au critère de l'autonomie. Le juge LeBel, à la p. 60, décrit le raisonnement du tribunal :

> Dans le cas de la concession partielle, une association étroite subsiste, même si le travail s'exécute désormais sous la direction d'un autre employeur . . .

. . .

Le critère de création d'un instrument économique viable, fonctionnel ou opérationnel, tel qu'on le retrouve notamment utilisé dans une décision de l'Ontario Labour Relations Board, dans l'affaire *Canadian Union of Public Employees and Metropolitan Parking Inc.* (1980) 1 C.L.R.B.R. 197 et dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd.*, ne se comprend pas en termes strictement économiques. Il s'analyse plutôt sur la base de la cohésion des composantes de la partie d'entreprise, de leur constitution en une entité économique autonome, structurée, qui engendrent des activités ou exigent l'engagement de personnel (*Syndicat national des employés municipaux d'Iberville c. Ville d'Iberville*, T.T. Montréal 500-28-000011-916, le 6 mai 1991 (D.T.E. 91T-712), p. 21 du jugement). Dans le cas des activités de soutien à l'ensemble de l'entreprise, selon le Tribunal du travail, le *Code du travail* n'exige pas que la partie

capable of being sold or be completely economically viable as an autonomous unit (*Id.*, p. 7 of the judgment; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau (C.S.N.) v. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351, 357-58).

d'entreprise concédée soit susceptible de vente ou totalement viable économiquement, de façon autonome (*Id.*, p. 7 du jugement; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau (C.S.N.) c. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351, 357-358).

In the view of the Labour Court, therefore, [TRANSLATION] "it is of the essence of operation by another of part of the undertaking that its activities continue to be carried on within the fold of the central undertaking that provides it with its identity", as Judge Lesage, then Associate Chief Judge, said in *Luc Construction*, *supra*, at pp. 592-93. However, the Labour Court will still take the autonomy test into account. LeBel J.A. wrote (at p. 62):

80 Ainsi, pour le Tribunal du travail, « [i]l est de l'essence de la concession partielle de l'entreprise que ses activités demeurent dans le giron de l'entreprise centrale qui lui donne son identification », comme l'indique le juge Lesage, alors juge en chef adjoint, dans l'affaire *Luc Construction*, précitée, p. 592-593. Cependant, l'autonomie demeure un critère dont le tribunal tient compte. Le juge LeBel écrit à la p. 62 :

[TRANSLATION] In the view of the Labour Court, however, the concept of operation by another of an undertaking requires that a sufficient degree of autonomy be given to the transferee, which must be legally independent and be responsible for the work performed by its employees, even if it is subject to administrative or legal control under the contract by which the operation was transferred.

Pour le Tribunal du travail, la notion de concession d'entreprise exige toutefois l'attribution d'un degré suffisant d'autonomie au concessionnaire. Il faut qu'il conserve une indépendance juridique et demeure responsable du travail exécuté par ses employés, même s'il est assujetti à des contrôles administratifs ou juridiques en vertu du contrat de concession.

That is the approach that Judge Prud'homme adopted in this case, at pp. 500-501, in concluding that the operation of the part of Ivanhoe's undertaking concerned with janitorial services had been transferred but was still integrated into the main undertaking, and was directly involved in its activities. Otherwise, there could be no transfer of the operation of part of an undertaking's support activities. That approach is a reasonable interpretation of s. 45 which does not conflict with *Bibeault*, *supra*. Furthermore, the reasoning of the Labour Court is a reasonable adaptation of the tests developed by this Court in its analysis of the legislation in force in the other Canadian provinces to Quebec law. That interpretation falls within the specialized jurisdiction of the Labour Court and allows for the rational application of s. 45 in the respect of the transfer of the operation of the undertaking's support activities.

81 Il s'agit de l'approche que le juge Prud'homme a appliquée en l'espèce, aux p. 500-501, pour conclure que la partie de l'entreprise d'Ivanhoe consacrée à l'entretien ménager a été concédée, mais demeure intégrée à l'entreprise principale, participant directement à la vie de celle-ci. Autrement, la concession partielle des activités de soutien à l'entreprise s'avérerait impossible. Cette approche constitue une interprétation raisonnable de l'art. 45 qui ne contredit pas l'arrêt *Bibeault*, précité. Par ailleurs, le raisonnement du Tribunal du travail constitue une adaptation raisonnable au droit québécois des critères élaborés par notre Cour dans le cadre de son analyse des dispositions en vigueur dans les autres provinces canadiennes. Une telle interprétation se situe à l'intérieur de la compétence spécialisée du Tribunal du travail et permet une application rationnelle de l'art. 45 dans le domaine des concessions en matière d'activités de soutien à l'entreprise principale.

(ii) *Legal Relationship*

82 The determination that the certification had to be transferred to the four new contractors when the contract with Moderne expired does not conflict with the requirement that there be a legal relationship between successive employers, which was laid down in *Bibeault*, *supra*. With respect to the theory of retrocession developed by the Labour Court, LeBel J.A. wrote, at p. 69:

> [TRANSLATION] The approach taken by the Labour Court does not seem, first, to have been ruled out by *Bibeault*. As noted here, that case involved a situation in which certification had been granted only with respect to the subcontractor. In this case, the certification was first granted in respect of Ivanhoe itself (Alain Barré, "La sous-traitance de l'article 45 du Code du travail après l'affaire C.S.R.O.", (1991) 32 *C. de D.* 179, 216). [Emphasis added.]

This is indeed a fundamental factual distinction as a result of which we may not treat this case as simply involving a direct application of the principles laid down in *Bibeault*.

83 As Professor Barré stated ("La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail* après l'affaire C.S.R.O." (1991), 32 *C. de D.* 179, at pp. 223-24), the theory of retrocession, according to which a certification originally granted in respect of the transferor remains with it, but is temporarily inactive during the period of operation by another and is then transferred to the successive subcontractors, was developed by the Labour Court well before *Bibeault*, *supra*. Before the 1975 decision in *Jack Schwartz*, *supra*, the Labour Court required that there be a legal relationship between successive employers. When the certification was originally granted in respect of a subcontractor, the Labour Court was of the view that this requirement prevented s. 45 from applying when there was a transfer to a new subcontractor. On the other hand, where the certification was initially granted in respect of the transferor of the operation, the court was of the view that it had to be transferred to all successive subcontractors by virtue of the theory of retrocession (see *Union des employés de service, section locale 298 v. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de*

(ii) *Lien de droit*

Le fait de prononcer le transfert de l'accréditation aux quatre nouveaux entrepreneurs à l'expiration du contrat conclu avec Moderne ne répudie pas l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs énoncée dans l'arrêt *Bibeault*, précité. Le juge LeBel, à propos de la théorie de la rétrocession élaborée par le Tribunal du travail, écrit, à la p. 69 :

> Cette approche du Tribunal du travail ne paraît tout d'abord pas écartée par l'arrêt *Bibeault*. Tel qu'on l'a noté ici, ce dernier arrêt visait une situation où l'accréditation n'avait été accordée qu'à l'égard du sous-traitant. Dans le présent dossier, l'accréditation avait d'abord été émise à l'égard d'Ivanhoe même (Alain Barré, « La sous-traitance et l'article 45 du Code du travail après l'affaire C.S.R.O. », (1991) 32 *C. de D.* 179, 216). [Je souligne.]

Il s'agit en effet d'une distinction factuelle fondamentale qui nous interdit de traiter la présente affaire comme un simple cas d'application des principes élaborés dans l'affaire *Bibeault*.

La théorie de la rétrocession, selon laquelle une accréditation qui visait initialement un donneur d'ouvrage demeure en suspens chez lui pendant la durée d'une concession, pour être ensuite transférée aux sous-traitants successifs, avait été élaborée par le Tribunal du travail bien avant l'arrêt *Bibeault*, précité, comme l'indique le professeur Barré (« La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail* après l'affaire C.S.R.O. » (1991), 32 *C. de D.* 179, p. 223-224). Avant l'arrêt *Jack Schwartz*, précité, rendu en 1975, le tribunal exigeait la présence d'un lien de droit entre employeurs successifs. Lorsque l'accréditation était originellement émise chez un sous-traitant, le tribunal jugeait que cette exigence faisait obstacle à l'application de l'art. 45 lors d'une concession à un nouveau sous-traitant. Par contre, lorsque l'accréditation visait au départ le donneur d'ouvrage, il concluait au transfert de celle-ci à tous les sous-traitants successifs, en vertu de la théorie de la rétrocession (voir *Union des employés de service, section locale 298 c. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de Baie-des-Chaleurs*, [1973] T.T. 332). Plus tard, les

Baie-des-Chaleurs, [1973] T.T. 332). Subsequently, the members of the Labour Court who had adopted the approach developed in *Jack Schwartz* holding that a legal relationship is not necessary ceased to distinguish between the two situations, since certification could then be transferred in both cases.

Bibeault did not address cases in which the certification was originally granted in respect of the party which had contracted out the work. On the contrary, the entire analysis was based on identifying the undertaking that has been subject to a transfer of operation resulting in the application of s. 45. At p. 1117, Beetz J. said that for the purposes of s. 45, "the undertaking which is alienated or operated by another must be that of the employer in respect of whom the certification is issued or with whom the collective agreement is concluded" and at p. 1118, he stated:

> Whatever the merits in terms of purely economic analysis of the argument that the janitorial services undertaking is that of the *C.S.R.O.* because it is "the party that in reality gives out the work", this argument finds no place in the context of collective bargaining. Collective bargaining, and indeed labour law, is concerned with labour relations, that is, with the relations between the employer and the employees. The *C.S.R.O.* is not, and has never been, an employer as defined by s. 1 of the *Labour Code*. . . . [Emphasis added.]

He went on to say, at p. 1119:

> The only janitorial service undertaking that can be in question here is that of the subcontractors, that is, of the "employers" . . . As there was no link between the schoolboard and the janitorial service undertaking, it follows that the *C.S.R.O.* could neither alienate nor confer a right to operate it, nor, as Judge Morin maintained, be the source of a legal relation between the subcontractors in question. [Emphasis added.]

Thus, in *Bibeault*, the only undertaking that could be operated by another or alienated, for the purposes of s. 45, was the part of the subcontractors' undertaking which was concerned with the janitorial services for the CSRO's schools and which was never operated by the CSRO as an employer for the purposes of the *Labour Code*,

membres du tribunal ayant adhéré à la conception élaborée dans l'affaire *Jack Schwartz*, voulant qu'un lien de droit ne soit pas nécessaire, ont cessé de distinguer ces deux situations, l'accréditation pouvant dès lors être transférée dans un cas comme dans l'autre.

L'affaire *Bibeault* ne portait pas sur les cas où le donneur d'ouvrage était originellement visé par l'accréditation. Au contraire, l'ensemble de l'analyse est fondée sur l'identification de l'entreprise qui fait l'objet de la concession entraînant l'application de l'art. 45. À la page 1117, le juge Beetz indique qu'aux fins de l'art. 45, « l'entreprise qui est aliénée ou concédée doit être celle de l'employeur auprès de qui l'accréditation est octroyée ou avec qui la convention collective est conclue » et à la p. 1118, il précise : 84

> Quel que soit le mérite en termes d'analyse purement économique de l'argument selon lequel l'entreprise d'entretien ménager est celle de la *C.S.R.O.* parce qu'elle est «le véritable donneur d'ouvrage», dans le contexte de la négociation collective, cette prétention se révèle hors de propos. La négociation collective, voire le droit du travail, a trait aux relations ouvrières, c'est-à-dire aux relations entre l'employeur et ses employés. La *C.S.R.O.* n'est pas, et n'a jamais été, un employeur tel que le définit l'art. 1 du *Code du travail*. . . [Je souligne.]

Et plus loin, à la p. 1119 :

> La seule entreprise d'entretien ménager dont il puisse être question est celle des sous-traitants, c.-à-d. celle des «employeurs» [. . .] L'entreprise d'entretien ménager lui étant étrangère, il s'ensuit que la *C.S.R.O.* ne pouvait ni l'aliéner ni la concéder, ni, comme l'a soutenu le juge Morin, être à l'origine du lien de droit entre les sous-traitants en cause. [Je souligne.]

Ainsi, dans l'affaire *Bibeault*, la seule entreprise qui pouvait être concédée ou aliénée, aux fins de l'art. 45, était cette partie de l'entreprise des sous-traitants qui était consacrée à l'entretien des écoles de la CSRO et qui ne fut jamais exploitée par la CSRO en tant qu'employeur aux fins du *Code du travail*, celle-ci n'ayant jamais été visée par une 85

since there had never been a certification granted in respect of the CSRO. Because the subcontractors had not transferred that part of their undertaking to another employer, the certification had simply ceased to exist when the contract between them and the CSRO expired. Beetz J., at p. 1124, quoting from p. 278 of *Montcalm Carpets Specialists*, *supra*, said:

> The certification inexorably follows the fate of an undertaking whose viability depends on a contract, when no part of the undertaking survives in the operations of a new employer following termination of the contract:
>
> [TRANSLATION] The fate and the existence of a certification, like the fate and existence of an agreement, are linked to those of the undertaking covered by the certification and agreement: the fate of the appellant's certification and agreement here was linked to that of the undertaking of the mis en cause at the owner's premises, and this is what appellant understood and intended when the certification was in effect. The undertaking only existed for a limited time: obviously everything associated with it was also ephemeral. When this undertaking ceased or disappeared, and there was nothing to act as a bridge between it and some other undertaking which might, through the actions of the mis en cause, come after it, the appellant's certification and agreement on the premises of the mis en cause became invalid. [First emphasis added; second emphasis in original.]

He went on to say, at p. 1126 :

> I have already noted the ephemeral nature of the certification associated with an undertaking, or part thereof, whose existence is limited by a contract. The certification becomes inapplicable once the contract expires and no essential part of the undertaking is passed on to a new employer. [Emphasis added.]

86 In *Bibeault*, the CSRO itself did not own a janitorial services undertaking within the meaning of s. 45. The legal relationships which successively existed between it and the various subcontractors could therefore not lead to the transfer of a certification that had never applied to the CSRO. Nor did the CSRO have the legal authority to transfer the undertaking belonging to its subcontractors to new employers. Beetz J. wrote, at p. 1113:

accréditation. Or, les sous-traitants n'ayant pas concédé cette partie de leur entreprise à un autre employeur, elle a tout simplement cessé d'exister à l'expiration du contrat les liant à la CSRO. Le juge Beetz, à la p. 1124, citant la p. 278 de l'affaire *Montcalm Carpets Specialists*, précitée, indique :

> L'accréditation suit inexorablement le sort de l'entreprise dont la viabilité dépend d'un contrat lorsqu'aucun élément de l'entreprise ne survit auprès d'un nouvel employeur suite à la terminaison du contrat:
>
> Le sort et l'existence d'une accréditation, comme le sort et l'existence d'une convention, sont liés à ceux de l'entreprise visée par cette accréditation et cette convention: le sort de l'accréditation et de la convention de l'appelant était ici lié à l'entreprise de la mise-en-cause chez le propriétaire, et c'est ainsi que l'appelant l'a pu et voulu dans le temps de son accréditation. L'entreprise n'existait que pour un temps limité: ce qui s'y rattachait s'en est trouvé, évidemment, aussi éphémère. Cette entreprise cessant ou disparaissant, et rien ne faisant office de pont entre celle-ci et une autre pouvant s'ensuivre par la volonté de la mise-en-cause, l'accréditation et la convention de l'appelant chez la mise-en-cause se sont trouvées sans objet." [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

Et plus loin, à la p. 1126 :

> J'ai déjà souligné le caractère éphémère de l'accréditation qui se rattache à une entreprise ou à une partie de l'entreprise dont l'existence est limitée à un contrat. L'accréditation devient sans objet effectif dès que le contrat expire et qu'aucun élément essentiel de l'entreprise n'est transmis à un nouvel employeur. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Bibeault*, la CSRO elle-même ne possédait pas d'entreprise d'entretien ménager au sens de l'art. 45. Les liens de droit l'unissant successivement aux divers sous-traitants ne pouvaient donc pas servir à entraîner le transfert d'une accréditation qui ne l'avait jamais visée. La CSRO ne possédait pas non plus le pouvoir juridique de concéder l'entreprise de ses sous-traitants à de nouveaux employeurs. À la page 1113, le juge Beetz écrit :

Alienation and operation by another are defined in terms of the relation between the holder of a right and the person who acquires the use of it. It is apparent that only someone who enjoys a right of ownership can alienate his undertaking. [Emphasis added.]

L'aliénation et la concession se définissent en fonction du lien qui unit le détenteur d'un droit à celui qui en acquiert l'usage. Il est manifeste que seule la personne jouissant du droit de propriété peut aliéner l'entreprise qu'elle possède. [Je souligne.]

Hence, in *Bibeault*, the certification could not have applied to the new subcontractor, since the former subcontractors had not transferred the operation of their undertaking to it. The CSRO itself was simply incapable of transferring the operation of the undertaking within the meaning of s. 45, since it had never owned it. The requirement that there be a legal relationship between the former employer and the new employer must therefore be analysed having regard to the principle that the undertaking which is alienated or operated by another is the one that belongs to the employer in respect of which the certification was granted. As Professor Barré, *supra*, stated, at p. 218, the situation is completely different where the certification applies to the party that contracted out the work:

87 En somme, dans l'affaire *Bibeault*, le nouveau sous-traitant ne pouvait pas être visé par l'accréditation, puisque les sous-traitants précédents ne lui avaient pas concédé leur entreprise. La CSRO, quant à elle, ne pouvait tout simplement pas concéder d'entreprise au sens de l'art. 45, n'en ayant jamais possédé. L'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur doit donc s'analyser à la lumière du principe voulant que l'entreprise sur laquelle porte l'aliénation ou la concession soit celle de l'employeur auprès de qui l'accréditation est accordée. Comme l'indique le professeur Barré, *loc. cit.*, p. 218, la situation est complètement modifiée lorsque l'accréditation vise le donneur d'ouvrage :

[TRANSLATION] While the transfer that is to occur between "the former employer and the new employer" must relate to "the undertaking . . . of the employer in respect of which the certification was granted", there is no doubt that the Supreme Court in no way contemplated, where a change of subcontractors occurs, the situation where the certification was granted in respect of the party that contracted out the work, since the former employer is in no way capable in that situation of transferring any right whatsoever in the undertaking belonging to the party that contracted out the work. [Emphasis added.]

Si la concession devant intervenir entre « l'employeur précédent et le nouvel employeur » doit avoir pour objet « l'entreprise [. . .] de l'employeur auprès de qui l'accréditation est octroyée », il ne fait pas de doute que la Cour suprême n'a nullement envisagé, lors d'un changement de sous-traitants, la situation de l'accréditation octroyée auprès du donneur d'ouvrage, l'employeur précédent n'étant nullement en mesure, dans cette situation, de transmettre un droit quelconque dans l'entreprise du donneur d'ouvrage. [Je souligne.]

Thus we see that the situation in this case is clearly different from the situation in respect of which Beetz J. had to rule in *Bibeault*. In this case it is the transfer of the operation of the undertaking belonging to Ivanhoe, the transferor, and not the undertaking belonging to its subcontractor, Moderne, that must be identified. That being the case, the legal relationships between Ivanhoe and its successive subcontractors become extremely relevant. In addition, the former employer, Moderne, is not the one that has the authority in this case, when its contract expires, to transfer the operation of the undertaking which is relevant for the purposes of s. 45, that is, the undertaking

88 On constate donc que la situation qui nous occupe en l'espèce se distingue clairement de celle sur laquelle le juge Beetz avait à se prononcer dans l'affaire *Bibeault*. Dans le cas qui nous occupe, c'est la concession de l'entreprise d'Ivanhoe, le donneur d'ouvrage, et non celle de l'entreprise de son sous-traitant, Moderne, qu'il faut identifier. Les liens de droit unissant Ivanhoe à ses sous-traitants successifs deviennent dès lors hautement pertinents. De plus, l'employeur précédent, en l'espèce Moderne, n'est pas ici celui qui détient le pouvoir, à l'expiration de son contrat, de concéder l'entreprise pertinente aux fins de l'art. 45, soit celle d'Ivanhoe. Pour donner effet à l'objet de

belonging to Ivanhoe. To give effect to the purpose of s. 45 in a situation of this nature, which evidently has never been considered by this Court in the past, the Labour Court developed the theory of retrocession. That concept is easily explained once the legal nature of operation by another is understood. On this point, Professor Barré, *supra*, wrote, at p. 218:

[TRANSLATION] When the operation of an undertaking is transferred, the employer transfers to another, on a temporary basis, a right to operate a part — or even the whole — of its undertaking. Can it be argued in such a case that the certification completely ceases to have effect with respect to the transferor employer? [Emphasis added.]

The writer concludes, at pp. 218-23, that it is actually impossible for the transfer of operation of an undertaking, the essential characteristic of which is that it is temporary, to operate, in and of itself, to permanently terminate the certification. In the judgment *a quo*, LeBel J.A. said (at p. 72) :

[TRANSLATION] A temporary transfer of operation implies both the transfer of rights and obligations to the transferee and the retrocession of those rights when the transfer terminates. [Emphasis added.]

89 Ivanhoe used a consensual juridical act to transfer the right to operate part of its undertaking to Moderne for a fixed period of time. Moderne therefore agreed at the outset that Ivanhoe would take back the right to operate its undertaking when the transfer expired. Since Ivanhoe had never permanently divested itself of its undertaking, it could not have divested itself of the certification associated with that undertaking. When it took back its rights, when the contract expired, the certification was reactivated in respect of it and was then transferred to the new contractors.

90 In the case at bar, Ivanhoe decided not to take back the operation of its janitorial undertaking when the first transfer expired. In *Bibeault*, Beetz J. concluded that the mere fact that the CSRO could have decided to perform the janitorial services itself was insufficient to conclude that there was a legal relationship among its various subcontractors. At p. 1118, he wrote:

l'art. 45 face à une telle situation, qui de toute évidence n'a jamais été étudiée par notre Cour dans le passé, le Tribunal du travail a élaboré la théorie de la rétrocession. Cette conception s'explique facilement lorsqu'on comprend la nature juridique d'une concession. À ce sujet, le professeur Barré, *loc. cit.*, écrit, à la p. 218 :

Lors d'une concession d'entreprise, l'employeur cède au profit d'un tiers, sur une base temporaire, un droit d'exploitation d'une partie — voire de la totalité — de son entreprise. Peut-on prétendre, dans ce cas, que l'accréditation cesse complètement d'avoir effet à l'égard de l'employeur-cédant? [Je souligne.]

L'auteur conclut, aux p. 218-223, qu'il est effectivement impossible qu'une concession d'entreprise qui a pour caractéristique essentielle d'être temporaire puisse à elle seule mettre fin de façon permanente à l'accréditation. Dans la décision dont appel, le juge LeBel indique à la p. 72 :

Une concession temporaire implique à la fois la transmission de droits et d'obligations au concessionnaire et la rétrocession de ces mêmes droits à la fin de la concession. [Je souligne.]

En effet, c'est par le truchement d'un acte juridique consensuel qu'Ivanhoe a transmis à Moderne le droit d'exploitation d'une partie de son entreprise pour une durée déterminée. Moderne a donc consenti dès le départ à ce qu'Ivanhoe redevienne titulaire du droit d'exploitation de son entreprise à l'expiration de la concession. Ivanhoe ne s'étant jamais départie de son entreprise de façon permanente, elle ne pouvait non plus se départir de l'accréditation liée à celle-ci. Lorsqu'elle a repris ses droits à l'expiration du contrat, l'accréditation a repris vie chez elle, pour être ensuite transférée aux nouveaux entrepreneurs.

En l'espèce, Ivanhoe a choisi de ne pas reprendre l'exploitation de son entreprise d'entretien ménager à l'expiration d'une première concession. Dans l'arrêt *Bibeault*, le juge Beetz avait conclu que le simple fait que la CSRO aurait pu décider d'effectuer elle-même l'entretien ménager n'était pas suffisant pour conclure à un lien de droit entre ses divers sous-traitants. À la page 1118, il écrit :

The mere right to engage in an activity is not a basis for concluding that an undertaking exists, while that right has neither taken concrete form through the allocation of personnel nor been formally recognized in the certificate of certification. [Emphasis added.]

La simple faculté d'amorcer une activité, tant qu'elle ne se concrétise pas par l'affectation de salariés ou qu'elle n'est pas du moins consacrée au certificat d'accréditation, ne permet pas de conclure à la présence d'une entreprise. [Je souligne.]

In the instant case, however, the undertaking that was originally transferred pursuant to s. 45 was indeed Ivanhoe's undertaking, and the activity in question was duly set out in the certificate of certification. Unlike the CSRO, Ivanhoe was the owner of an undertaking within the meaning of s. 45. In those circumstances, it was reasonable for the Labour Court to find that Ivanhoe's legal capacity to take back the operation of its undertaking, which had been the subject of the certification in the first place, when a transfer expired was sufficient to give it the legal authority to transfer the operation of that undertaking to the new contractors, with the result that s. 45 applied.

Cependant, dans le cas qui nous occupe, l'entreprise concédée au départ en vertu de l'art. 45 était bien celle d'Ivanhoe et l'activité en cause était dûment consacrée au certificat d'accréditation. Contrairement à la CSRO, Ivanhoe était titulaire d'une entreprise au sens de l'art. 45. Dans ces circonstances, il était raisonnable pour le Tribunal du travail de conclure que la faculté juridique d'Ivanhoe de reprendre l'exploitation de son entreprise, au départ sujette à l'accréditation, à l'expiration d'une concession suffisait pour lui conférer le pouvoir juridique de concéder cette entreprise aux nouveaux entrepreneurs, entraînant ainsi l'application de l'art. 45.

We know that in addition to requiring a legal relationship between successive employers, *Bibeault* defined, at p. 1115, alienation or operation by another as the voluntary transfer of a right. That requirement had to be qualified by both the Quebec Court of Appeal and the Labour Court, in order to respond to the situations that subsequently arose. For example, in *Collines-de-l'Outaouais*, *supra*, in which judgment was rendered on the same day as the decision *a quo*, both Zerbisias J. (*ad hoc*), at p. 107, and LeBel J.A., at p. 110, concluded that the legal relationship required in order for s. 45 to apply may be imposed by the legislature when it provides for the succession of one municipal organization to another. In general, however, a mutual agreement between the successive employers will be necessary, as was held in *Bibeault* and the subsequent decisions of the Labour Court. In this case, the retrocession of the undertaking is the result precisely of such mutual agreement. The temporary nature of the transfer to Moderne does not admit of any other conclusion. 91

On sait que l'arrêt *Bibeault*, en plus d'exiger un lien de droit entre employeurs successifs, définit, à la p. 1115, l'aliénation ou la concession comme la transmission volontaire d'un droit. Cette exigence a dû être nuancée tant par la Cour d'appel du Québec que par le Tribunal du travail pour répondre aux situations qui se sont présentées par la suite. Par exemple, dans l'arrêt *Collines-de-l'Outaouais*, précité, rendu le même jour que la décision dont appel, tant le juge Zerbisias (*ad hoc*), à la p. 107, que le juge LeBel, à la p. 110, ont conclu que le lien de droit requis pour l'application de l'art. 45 peut être imposé par le législateur lorsqu'il prévoit la succession d'une organisation municipale à une autre. Cependant, de façon générale, l'intervention d'un accord de volonté entre les employeurs qui se succèdent sera nécessaire, comme l'a déterminé l'arrêt *Bibeault* et la jurisprudence subséquente du Tribunal du travail. En l'espèce, la rétrocession de l'entreprise résulte précisément de cet accord de volonté. Le caractère temporaire de la concession effectuée en faveur de Moderne ne peut nous permettre aucune autre conclusion.

Hence, the interpretation by the Labour Court of the requirement that there be a legal relationship between successive employers and of its application to situations in which a certification has been 92

En somme, l'interprétation que fait le Tribunal du travail de l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs et de son application aux situations où le donneur d'ouvrage est visé par une

granted in respect of the transferor is a reasonable exercise of its specialized jurisdiction. The approach taken by the Labour Court does not conflict with *Bibeault* and clearly falls within its jurisdiction, since its aim is to give effect to the purpose of s. 45, while taking into account the reality of the business practices it is addressing. The theory of retrocession makes it possible to ensure that employers cannot permanently rid themselves of the certifications that apply to them by engaging in mere temporary transfers of operation, which would be contrary to the purposes of s. 45. In the judgment *a quo*, LeBel J.A. wrote (at p. 72):

[TRANSLATION] In addition, at the level of the policy in relation to the application of labour legislation, rejection of the principle of retrocession and successive transfers would have potentially serious consequences for the stability of certifications and the objective of continuity promoted by the application of the *Labour Code*. It would, in effect, enable employers to rid themselves of certifications and collective agreements by engaging in successive transfers of operation of undertakings (see *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. v. Fraternité canadienne des cheminots, employés de transports et autres ouvriers, section locale 277*, T.T. Québec 200-28-000007-92, June 2, 1992 (D.T.E. 92T-1043), p. 28 of the judgment; see *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy (C.S.N.) v. Prime Hospitality Inc.*, [1991] T.T. 40, 46).

93 It was in fact for these reasons that Judge Prud'homme concluded at pp. 501-2 that *Bibeault* did not hold that a transferor to which a certification applied may rid itself of that certification by successively transferring the operation of its undertaking to two subcontractors. According to Judge Prud'homme, that approach would result in [TRANSLATION] "precarious certification" and the "indefensible gutting of section 45" which could not have been the intention of this Court.

94 Furthermore, the cases decided by this Court since *Bibeault* have confirmed that the question of whether an undertaking has been transferred must be analysed using flexible tests that are, for the most part, to be assessed by the administrative tribunals responsible for the matter. In *Ajax*, *supra*, McLachlin C.J. wrote, at para. 2:

accréditation constitue un exercice raisonnable de sa compétence spécialisée. L'approche du tribunal ne contredit pas l'arrêt *Bibeault* et se situe clairement dans les limites de sa compétence, puisqu'elle vise à donner effet à l'objet de l'art. 45 tout en tenant compte des réalités commerciales qu'il vise. La théorie de la rétrocession permet en effet d'éviter que des employeurs puissent se libérer de façon permanente des accréditations les visant par le biais de simples concessions temporaires, ce qui serait contraire aux objets de l'art. 45. Dans la décision dont appel, le juge LeBel écrit à la p. 72 :

De plus, sur le plan de la politique d'application de la législation du travail, le rejet du principe de rétrocession et de transmissions successives aurait des conséquences potentiellement graves sur la stabilité des accréditations et l'objectif de maintien recherché par l'application du *Code du travail*. Il permettrait, en effet, à des employeurs de se débarrasser des accréditations et des conventions collectives par la concession successive d'entreprise (voir *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. c. Fraternité canadienne des cheminots, employés de transports et autres ouvriers, section locale 277*, T.T. Québec 200-28-000007-92, le 2 juin 1992 (D.T.E. 92T-1043), p. 28 du jugement; voir *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy (C.S.N.) c. Prime Hospitality Inc.*, [1991] T.T. 40, 46).

C'est d'ailleurs ces motifs qu'invoque en l'espèce le juge Prud'homme, aux p. 501-502, lorsqu'il conclut que l'arrêt *Bibeault* n'a pas énoncé qu'un donneur d'ouvrage visé par une accréditation peut s'en libérer en concédant son entreprise à deux sous-traitants de façon successive. Une telle approche entraînerait selon le juge Prud'homme une « précarité de l'accréditation » et une « stérilisation indéfendable de l'article 45 » que notre Cour n'aurait pu avoir l'intention de créer.

Par ailleurs, la jurisprudence que notre Cour a rendue depuis l'arrêt *Bibeault*, est venue confirmer que la présence d'un transfert d'entreprise doit s'analyser en vertu de critères souples, qui sont en majeure partie laissés à l'appréciation des tribunaux administratifs compétents. Dans l'arrêt *Ajax*, précité, le juge en chef McLachlin écrit, au par. 2 :

In my view, the historical and functional connection between Charterways and the Town of Ajax constitutes evidence upon which the Board would rationally have based its conclusion of successorship. I would agree with Goudge J.A. that the conclusion of the Board was not "clearly irrational".

Goudge J.A., whose reasons were affirmed in their entirety by the majority of this Court, stated, at p. 432:

> The conclusion that these facts constitute a sale as defined by s. 64 is not "clearly irrational". It does not give the section a patently unreasonable interpretation. The statutory definition is inclusive: "'sells' includes leases, transfers and any other manner of disposition". Because of the remedial purpose of s. 64, namely the preservation of bargaining rights, this definition is to be given a broad and liberal interpretation. Moreover, it is not required that the transfer take any particular legal form nor take place by way of legal transaction. In *W. W. Lester*, *supra*, at pp. 674-75, McLachlin J. put it this way:
>
> . . .
>
> > In keeping with the purpose of successorship provisions — to protect the permanence of bargaining rights — labour boards have interpreted "disposition" broadly to include almost any mode of transfer and have not relied on technical legal forms of business transactions. As explained by the Ontario Board in *United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.* (1965), 65 C.L.L.C. ¶16,052, an expansive definition accords with the purpose of the section — to preserve bargaining rights regardless of the legal form of the transaction which puts bargaining rights in jeopardy. [Emphasis added.]

Thus, even where there is no formal juridical act of transfer, this Court has found that it was not patently unreasonable to conclude that the certification had to be transferred. The specific business relationship that existed between the successive employers was sufficient to allow the Board to find that part of the undertaking had been transferred.

À mon avis, le lien historique et fonctionnel qui existe entre Charterways et la ville d'Ajax constitue un élément de preuve sur lequel la Commission pouvait raisonnablement fonder sa conclusion à l'existence de l'obligation du successeur. Je conviens avec le juge Goudge que la conclusion de la Commission n'était pas «clairement irrationnelle».

Le juge Goudge, dont les motifs ont été confirmés entièrement par la majorité de notre Cour, indiquait, à la p. 432 :

> [TRADUCTION] La conclusion selon laquelle les faits réunis constituent une vente aux termes de l'art. 64 n'est pas «clairement irrationnelle». Elle ne permet pas de donner à cet article une interprétation manifestement déraisonnable. La définition de la loi est englobante: « vend » s'entend en outre des termes « loue » et « transfère », et de « tout autre mode d'aliénation ». Compte tenu de l'objet réparateur de l'art. 64, c'est-à-dire de conserver les droits de négociation, cette définition doit être interprétée de façon large et libérale. Qui plus est, il n'est nullement exigé que l'aliénation d'une entreprise adopte une forme juridique particulière ou procède d'un acte juridique. Dans l'arrêt *W. W. Lester*, précité, aux pp. 674 et 675, le juge McLachlin précise:
>
> . . .
>
> > En accord avec la fin visée par les dispositions sur l'obligation du successeur — protéger la permanence des droits de négociation — les commissions du travail ont donné à l'expression « aliénation » une interprétation large embrassant pratiquement tout mode de transfert, sans se fonder sur la forme juridique particulière des opérations commerciales. Comme l'a expliqué la Commission de l'Ontario dans l'affaire *United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.* (1965), 65 CLLC ¶ 16,052, une définition extensive correspond au but de la disposition — conserver les droits de négociation peu importe la forme juridique de l'opération qui les met en péril. [Je souligne.]

Ainsi, même en l'absence d'un acte juridique formel de transfert, notre Cour a conclu qu'il n'était pas manifestement déraisonnable de prononcer le transfert de l'accréditation. La relation commerciale particulière qui existait entre les employeurs successifs était suffisante pour permettre à la Commission de conclure qu'une partie de l'entreprise avait été transférée.

95 In addition, as McLachlin J. pointed out in *Lester*, *supra*, at p. 675, it was decided in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, that a provision similar to s. 45 of the *Labour Code*, s. 144 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, which defined "sell" to include "the lease, transfer and other disposition of the business", could also apply to a case involving the merger of two branches of the same bank where a unionized branch had been closed and its operations transferred to a non-unionized branch. Even though the provision in question did not refer to merger or changes within an undertaking, this Court found that the expressions "transfer" and "other disposition" could cover the situation in question.

De plus, comme le souligne le juge McLachlin dans l'affaire *Lester*, précitée, p. 675, il a été décidé dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, qu'une disposition semblable à l'art. 45 du *Code du travail*, soit l'art. 144 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, qui définissait la « vente » comme incluant « la location, le transfert et tout autre acte d'aliénation de l'entreprise », pouvait aussi s'appliquer à un cas de fusion entre deux succursales d'une même banque, la succursale syndiquée ayant été fermée et ses opérations transférées à une succursale non syndiquée. Alors même que la disposition en cause ne mentionnait pas la fusion ou les changements effectués à l'intérieur d'une entreprise, notre Cour a jugé que les termes « transfert » et « tout autre acte d'aliénation » pouvaient inclure le cas sous étude.

96 In the circumstances, it seems clear that the Labour Court could reasonably find in this case that when the contract with Moderne expired, Ivanhoe took back responsibility for its undertaking and was once again bound by the certification. The fact that there was no formal juridical act of alienation when the transfer of operation to Moderne expired is not an insurmountable barrier to transfer of the certification, since the transfer of operation of an undertaking which results in s. 45 applying can take different legal forms. In the instant case, the undertaking was transferred by way of a retrocession agreed upon by the parties in advance at the time the term of the transfer was negotiated.

Dans ces circonstances, il me semble clair que le Tribunal du travail pouvait raisonnablement conclure, dans la présente affaire, qu'Ivanhoe avait repris la responsabilité de son entreprise à l'expiration du contrat avec Moderne et se trouvait de nouveau visée par l'accréditation. L'absence d'acte formel d'aliénation à l'expiration de la concession en faveur de Moderne ne constitue pas un obstacle insurmontable au transfert de l'accréditation, puisque la concession d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45 peut prendre différentes formes juridiques. En l'espèce, l'entreprise a été transférée par le biais d'une rétrocession sur laquelle les parties s'étaient entendues à l'avance au moment de déterminer la durée de la concession.

97 Furthermore, Professor Barré, *supra*, at pp. 223-29, believes that the theory of retrocession does not conflict with *Bibeault* and is a logical approach that makes it possible to maintain stable collective labour relations. Retrocession has also been approved by R. P. Gagnon, who wrote, in *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (4th ed. 1999), at p. 338:

[TRANSLATION] Alienation and, frequently, operation by another of an undertaking may eventually lead to retrocession of the undertaking. Where a certification has been granted with respect to the transferor employer and

Par ailleurs, le professeur Barré, *loc. cit.*, p. 223-229, considère que la théorie de la rétrocession ne contredit pas l'arrêt *Bibeault* et constitue une approche logique qui permet de maintenir la stabilité des rapports collectifs de travail. La rétrocession est aussi acceptée par l'auteur R. P. Gagnon, qui indique, dans *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories* (4e éd. 1999), p. 338 :

L'aliénation et, souvent, la concession de l'entreprise peuvent éventuellement donner lieu à sa rétrocession. En présence d'une accréditation qui lie l'employeur cédant et qui se trouve transmise par l'article 45 chez un

is transferred by section 45 to a new employer, the end of the transfer will result in the transferred activities again falling under the certification that originally applied to them. A subsequent alienation or transfer to another operator will result in section 45 again applying between the transferor and that operator. [Emphasis added.]

nouvel employeur, la fin de la concession ramènera les activités concédées sous le couvert de l'accréditation qui les visait originellement. Une aliénation ou une concession ultérieure à un autre exploitant déclenchera une nouvelle application de l'article 45 entre le cédant et ce dernier. [Je souligne.]

98 To give effect to the purpose of s. 45 in cases involving the temporary transfer of the operation of an undertaking, the Labour Court developed the concept of potential employer, which is tied to the concept of retrocession. That notion explains why it is not necessary, in order for a new transfer to result in s. 45 being applied, for the party that contracted out the work to actually take back the operation of the part of the undertaking that had been transferred. The mere fact that the transferor has the legal authority to operate the undertaking, combined with the existence of a certification that applied to it in the first place, is sufficient. This is an approach that enables s. 45 to be adapted to the concrete situations to which it applies. Indeed, this type of reasoning is not new in Quebec civil law. Numerous legal fictions have been expressly created by law, for example in the civil law institutions of substitution (see arts. 1218-55 *C.C.Q.* and G. Brière, *Donations, substitutions et fiducie* (1988), at pp. 221-64) and stipulation for another (see arts. 1444-50 *C.C.Q.*, and J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), at pp. 386-93).

Pour donner effet à l'objet de l'art. 45 face à des concessions temporaires d'entreprise, le Tribunal du travail a élaboré le concept de l'employeur potentiel, lié à celui de la rétrocession. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire que le donneur d'ouvrage reprenne, dans les faits, l'exploitation de la partie d'entreprise concédée pour qu'une nouvelle concession puisse entraîner l'application de l'art. 45. Le simple fait de détenir le pouvoir juridique d'exploiter l'entreprise, jumelé à la présence d'une accréditation visant au départ le donneur d'ouvrage, suffit. Il s'agit d'une approche qui permet d'adapter l'art. 45 aux situations concrètes qu'il vise. Ce type de raisonnement n'est d'ailleurs pas nouveau en droit civil québécois. Il existe en effet de nombreuses fictions juridiques créées expressément par la loi, par exemple dans les institutions civilistes de la substitution (voir les art. 1218-1255 *C.c.Q.* et G. Brière, *Donations, substitutions et fiducie* (1988), p. 221-264) et de la stipulation pour autrui (voir les art. 1444-1450 *C.c.Q.* et J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5e éd. 1998), p. 386-393).

99 Other legal fictions have been wholly or partly created by the courts. For example, in *General Motors Products of Canada Ltd. v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790, this Court took the view that the seller's warranty of quality was an accessory to the property and was transferred with it on successive sales. Accordingly, the subsequent buyers could invoke the contractual warranty of quality against the manufacturer, even though they did not contract directly with it (see P.-G. Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec* (1993), at pp. 138-43; J. Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois* (1998), at pp. 71-83). Otherwise, that warranty could only have had effect between the contracting parties, by virtue of the principle of privity of contracts which holds that a

D'autres fictions juridiques ont été créées, totalement ou partiellement, par les tribunaux. Par exemple, dans l'arrêt *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, notre Cour a jugé que la garantie de qualité du vendeur constituait un accessoire du bien et était transmise avec lui lors des ventes successives. Ainsi, le sous-acquéreur d'un bien peut invoquer la garantie contractuelle de qualité à l'encontre du fabricant, alors même qu'il n'a pas contracté directement avec lui (voir P.-G. Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec* (1993), p. 138-143; J. Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois* (1998), p. 71-83). Autrement, une telle garantie n'aurait pu valoir qu'entre les parties contractantes, en vertu du principe de la relativité des con-

contract does not affect third persons (art. 1440 *C.C.Q.*). As a result of the principle established in *Kravitz* and now codified in art. 1442 *C.C.Q.*, the contractual warranty of quality is able to properly perform its function of protecting the buyer of property.

100 In the law of persons, this Court held, in *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456, that a child born alive and viable could maintain an action in its own name for damages against the person who caused the injury sustained by it in its pre-natal state, even though in the civil law legal personality cannot exist until birth (see also *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson*, [1999] 2 S.C.R. 753, at paras. 13-18). In that case, this Court recognized the existence of the civil law principle that when a child is born alive and viable, its legal personality is retroactive to the date of conception, through a legal fiction that operates only for the benefit of the child and can never be used against it (see É. Deleury and D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2nd ed. 1997), at pp. 11-17). This principle is expressly recognized by the legislature in certain fields, such as successions (art. 617 *C.C.Q.*), substitution (art. 1242 *C.C.Q.*), trusts (art. 1279 *C.C.Q.*), gifts (art. 1814 *C.C.Q.*) and insurance of persons (art. 2447 *C.C.Q.*). In *Montreal Tramways*, *supra*, this Court recognized that even where the rule had not been generally codified, legal personality can be retroactive to the date of conception whenever this is required in the interests of a child born alive and viable.

101 From this brief overview of some of the legal fictions that are found in civil law, we may observe that when the Labour Court developed the theory of retrocession it was not only following a pragmatic and functional approach that enabled effect to be given to the purpose of s. 45, but also adopting a civil law approach in order to determine the effects of successive transfers of operation of an undertaking. The Labour Court therefore respected the broader context in which it must function, basing its approach on the specific legal system in force in Quebec, from which the concepts of alien-

trats, portant que les contrats ne peuvent avoir d'effet quant aux tiers (art. 1440 *C.c.Q.*). Grâce au principe établi dans l'arrêt *Kravitz*, aujourd'hui codifié à l'art. 1442 *C.c.Q.*, la garantie contractuelle de qualité peut remplir adéquatement sa fonction de protection de l'acquéreur d'un bien.

En droit des personnes, notre Cour a indiqué, dans l'arrêt *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, qu'un enfant né vivant et viable pouvait poursuivre en son nom propre la personne lui ayant causé un dommage pendant la grossesse, alors même qu'en droit civil, la personnalité juridique ne peut exister qu'à partir de la naissance (voir aussi *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 13-18). Notre Cour a alors reconnu l'existence du principe de droit civil voulant que, lorsque l'enfant naît vivant et viable, sa personnalité juridique rétroagit au jour de la conception, par le biais d'une fiction juridique qui n'opère qu'en faveur de l'enfant et ne peut jamais être invoquée contre lui (voir É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2e éd. 1997), p. 11-17). Ce principe est expressément reconnu par le législateur dans certains domaines, comme ceux des successions (art. 617 *C.c.Q.*), des substitutions (art. 1242 *C.c.Q.*), des fiducies (art. 1279 *C.c.Q.*), des donations (art. 1814 *C.c.Q.*) et de l'assurance de personnes (art. 2447 *C.c.Q.*). Dans l'arrêt *Montreal Tramways*, précité, notre Cour a reconnu que, même en l'absence de codification générale de la règle, la personnalité juridique peut rétroagir au jour de la conception chaque fois que l'intérêt d'un enfant né vivant et viable l'exige.

Ce bref survol de quelques-unes des fictions juridiques qui font partie du droit civil nous permet de constater que, lorsqu'il a élaboré la théorie de la rétrocession, le Tribunal du travail s'est non seulement conformé à une approche pragmatique et fonctionnelle permettant de donner effet à l'objet de l'art. 45, mais a aussi adopté une approche civiliste pour déterminer les effets des concessions successives d'entreprise. Le Tribunal du travail a donc su respecter le contexte plus large dans lequel il doit fonctionner, s'inspirant du système de droit particulier en vigueur au Québec, d'où les concepts

ation and operation by another used in s. 45 are derived, as Beetz J. clearly explained in *Bibeault*, *supra*, at pp. 1097 and 1112-13.

(b) The Transfer of the Collective Agreement

Generally speaking, transfer of both the collective agreement and the certification will follow from a decision finding that an undertaking has been alienated or is being operated by another. The purpose of s. 45 is to protect not only collective bargaining rights but also, where circumstances permit, the individual rights of employees to have their working conditions safeguarded. In *Adam*, *supra*, at pp. 694-95, Chouinard J. for the Court, described the goals contemplated by s. 45 (then s. 36):

> The fact remains that the certification and agreement also confer rights on the employees themselves, and I do not see anything in the wording of s. 36 to justify the statement that "the protection [. . .] is given to the employee association only".
>
> . . .
>
> Section 36 seeks to encourage the stability of employment and prevent the disruption of labour relations, and to protect the rights of the union and the rights of the employees in the event of a change in the management or organization of the undertaking. . . . [Emphasis added.]

The most common way of protecting employees' rights will be to transfer the collective agreement guaranteeing their working conditions and job security to the new employer.

In this case, however, both the labour commissioner and the Labour Court declined to transfer the collective agreement signed with Moderne to the new employers. As we saw, the Labour Court took the view that the undertaking transferred to the contractors was Ivanhoe's rather than its subcontractor's. It therefore held that the agreement signed with Moderne became invalid when its contract expired, and could not be transferred to the new contractors. Furthermore, according to clause 25.01 of the last agreement signed with Ivanhoe, that agreement expired on May 22, 1989. Thus, at

de l'aliénation et de la concession d'entreprise employés à l'art. 45 sont tirés, comme l'a clairement expliqué le juge Beetz dans l'arrêt *Bibeault*, précité, p. 1097 et 1112-1113.

(b) Le sort de la convention collective

De façon générale, une décision constatant la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise entraînera le transfert à la fois de la convention collective et de l'accréditation. En effet, l'art. 45 vise à protéger non seulement des droits collectifs de négociation, mais aussi, lorsque les circonstances le permettent, les droits individuels des salariés au maintien de leurs conditions de travail. Dans l'arrêt *Adam*, précité, p. 694-695, le juge Chouinard décrit, au nom de la Cour, les buts recherchés par l'art. 45 (alors l'art. 36) : 102

> Il n'en reste pas moins que l'accréditation et la convention confèrent aussi des droits aux salariés eux-mêmes et rien dans le texte de l'art. 36 ne me paraît justifier l'affirmation que «la protection [. . .] est donnée à l'association de salariés uniquement».
>
> . . .
>
> L'article 36 cherche à favoriser la stabilité de l'emploi et à empêcher le dérèglement des relations du travail, ainsi qu'à protéger les droits de l'association de salariés et les droits de ceux-ci du fait d'un changement dans la direction ou l'organisation de l'entreprise . . . [Je souligne.]

La protection des droits des salariés sera le plus souvent assurée par le transfert au nouvel employeur de la convention collective garantissant les conditions de travail et la sécurité d'emploi.

En l'espèce, cependant, tant le commissaire que le Tribunal du travail ont refusé de transférer la convention collective signée avec Moderne aux nouveaux entrepreneurs. Comme on l'a vu, le Tribunal du travail juge que l'entreprise concédée aux entrepreneurs est celle d'Ivanhoe plutôt que celle de son sous-traitant. Il considère donc que la convention négociée avec Moderne est devenue caduque à l'expiration de son contrat et n'a pu être transférée aux nouveaux entrepreneurs. De plus, la dernière convention signée avec Ivanhoe expirait, selon sa clause 25.01, le 22 mai 1989. Ainsi, au 103

the time the operation of the undertaking was again transferred by Ivanhoe to the contractors, on September 1, 1991, that agreement was no longer in force. The Labour Court therefore declined to find that it had to be transferred.

104 In addition, both the *Labour Code* and the original collective agreement signed with Ivanhoe contain provisions that apparently inhibit, rather than facilitate, the determination of the fate of the collective agreement in the case of a temporary transfer of operation of an undertaking. Clause 25.02 of the collective agreement provided that it would remain in force during renewal negotiations, until one of the parties exercised the right to strike or to a lock-out. Section 59 of the *Labour Code* on the other hand is a legal mechanism to safeguard working conditions on the expiration of a collective agreement for a fixed period the length of which was determined, before 1994, by reference to the acquisition of the right to lock out, and since 1994, by reference to the exercise of the right to strike or to a lock-out. However, references to the length of renewal negotiations and to the acquisition or exercise of the right to lock out or to strike may apply only to an employer that is in fact responsible for operating the undertaking at the time the collective agreement expires and that is capable of negotiating a new agreement with the association of employees. Thus, while those provisions may apply to a subcontractor that is responsible for operating the undertaking at the time the collective agreement expires, they are apparently not intended to govern the situation with respect to the party that temporarily contracted out the right to operate its undertaking, and they therefore leave open the question of which collective agreement may or shall apply to it when the transfer expires.

105 Therefore, the dilemma faced by the Labour Court in this case is apparent. On the one hand, transferring the collective agreement signed with Moderne shortly before its contract expired would allow a contractor to impose working conditions on one of its competitors, even where no undertaking has been transferred between them. On the

moment de la nouvelle concession d'entreprise effectuée par Ivanhoe en faveur des entrepreneurs, le 1er septembre 1991, cette convention n'était plus en vigueur. Le Tribunal du travail a donc refusé de prononcer son transfert.

Par ailleurs, autant le *Code du travail* que la convention collective d'origine signée avec Ivanhoe contiennent des dispositions qui, au lieu de la faciliter, semblent compliquer la détermination du sort de la convention collective en cas de concession temporaire d'entreprise. La clause 25.02 de la convention prévoyait en effet que celle-ci demeurerait en vigueur durant les négociations relatives à son renouvellement, jusqu'à l'utilisation par l'une des parties du droit de grève ou de lock-out. L'article 59 du *Code du travail*, quant à lui, constitue un mécanisme légal qui assure le maintien des conditions de travail, à l'expiration d'une convention collective, pour une période dont la durée était déterminée, avant 1994, en fonction de l'acquisition du droit de lock-out et, depuis 1994, en fonction de l'exercice du droit à la grève ou au lock-out. Or, des références à la durée des négociations relatives au renouvellement, ainsi qu'à l'acquisition ou à l'exercice du droit au lock-out ou à la grève, ne peuvent viser qu'un employeur qui est effectivement en charge d'exploiter l'entreprise au moment de l'expiration de la convention et qui possède la faculté de négocier une nouvelle convention avec l'association de salariés. Ainsi, bien que ces dispositions puissent s'appliquer au sous-traitant en charge d'exploiter l'entreprise au moment de l'expiration de la convention, elles ne semblent pas conçues pour régir la situation du donneur d'ouvrage qui s'est départi temporairement du droit d'exploiter son entreprise et elles laissent donc entière la question de savoir quelle convention collective peut ou doit s'appliquer chez lui à l'expiration de la concession.

On saisit donc le dilemme auquel faisait face le Tribunal du travail en l'espèce. D'une part, le transfert de la convention collective signée avec Moderne peu avant l'expiration de son contrat permettrait à un entrepreneur d'imposer des conditions de travail à l'un de ses concurrents, sans qu'aucun transfert d'entreprise n'intervienne entre

other hand, transferring the agreement originally signed by Ivanhoe would result in the application of obsolete working conditions set out in an agreement negotiated several years earlier which was supposed to run for only three years. The mechanisms meant to safeguard working conditions could be applied only if the reality of the events that had occurred and of the actual situation in the undertaking were ignored, and would also result in safeguarding obsolete conditions that neither the legislature nor the parties had intended to extend for such a long period. Finally, where there is no collective agreement the employees are left without any protection, not only for their working conditions, but for their employment with the undertaking, and this is a barrier to achieving the purposes of s. 45.

Being aware of the special problems that may be caused by transferring certifications and collective agreements as a result of the alienation or operation by another of an undertaking, the legislature gave the specialized labour law decision-making authorities very broad power to develop appropriate solutions for each case. In addition to giving the labour commissioner exclusive jurisdiction to determine the applicability of s. 45, s. 46 of the *Labour Code* also grants the commissioner the power to "settle any difficulty arising out of the application of that section". That power, which already existed before the 1990 amendments to s. 46, was described as follows by Gagnon, *supra*, at p. 346:

> [TRANSLATION] Section 46 confers almost limitless discretion on labour commissioners and the Labour Court in selecting the solutions to be applied to difficulties arising out of the application of section 45, in order to ensure industrial peace while respecting the employees' right of association, and within the framework of coherent collective labour relations. That power may extend as far as redefining or cancelling certifications and amending or harmonizing collective agreements, for example by merging and rearranging seniority lists. [Emphasis added.]

In *Distribution Réal Chagnon inc. v. Prud'homme*, J.E. 90-1027, the Quebec Court of Appeal recognized that under s. 46, the labour commissioner had the power to integrate the for-

eux. D'autre part, le transfert de la convention originellement signée par Ivanhoe entraînerait l'application de conditions de travail périmées, contenues dans une entente négociée plusieurs années auparavant et censée ne durer que trois ans. L'application des mécanismes de maintien des conditions de travail, quant à elle, ne serait possible que si la réalité des événements survenus et de la situation effectivement en place dans l'entreprise était ignorée, et conduirait aussi au maintien de conditions périmées que ni le législateur ni les parties n'avaient voulu prolonger pour une durée aussi importante. Finalement, l'absence de convention collective prive les salariés de toute protection non seulement de leurs conditions de travail, mais de leur emploi au sein de l'entreprise, ce qui nuit à la réalisation complète des objets de l'art. 45.

106 Conscient des difficultés particulières que le transfert d'accréditations et de conventions collectives entraîné par l'aliénation ou la concession d'une entreprise pouvait poser, le législateur a doté les instances spécialisées en droit du travail d'un pouvoir très étendu pour façonner des solutions adaptées à chaque cas. L'article 46 du *Code du travail*, en plus de conférer au commissaire du travail la compétence exclusive de décider de l'applicabilité de l'art. 45, lui donne aussi le pouvoir de « régler toute difficulté découlant de l'application de cet article ». Ce pouvoir, qui existait déjà avant les amendements apportés en 1990 à l'art. 46, est décrit en ces termes par Gagnon, *op. cit.*, p. 346 :

> L'article 46 confère une discrétion quasi illimitée aux commissaires du travail et au Tribunal du travail dans le choix des solutions à apporter aux difficultés engendrées par l'application de l'article 45, en vue d'assurer la paix industrielle dans le respect du droit d'association des salariés et dans le cadre de rapports collectifs du travail cohérents. Ce pouvoir peut aller jusqu'à redéfinir les accréditations ou en annuler et à modifier ou harmoniser les conventions collectives, notamment en fusionnant et en réaménageant des listes d'ancienneté. [Je souligne.]

107 La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Distribution Réal Chagnon inc. c. Prud'homme*, J.E. 90-1027, a d'ailleurs reconnu qu'en vertu de l'art. 46, le commissaire du travail avait le pouvoir d'inté-

mer employees of the transferred undertaking into the seniority list maintained by the new employer. In *Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie v. Les Coopérants*, [1991] R.J.Q. 1248, the Court of Appeal also held that under s. 46, the Labour Court could merge bargaining units and amend the certifications accordingly. In that case, however, the Labour Court's decision had to be evoked because that issue was not before it, no appeal from the commissioner's decision having been filed in that regard.

grer des anciens salariés de l'entreprise cédée à la liste d'ancienneté tenue chez le nouvel employeur. Dans l'arrêt *Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie c. Les Coopérants*, [1991] R.J.Q. 1248, la Cour d'appel a aussi jugé qu'en vertu de l'art. 46, le Tribunal du travail pouvait fusionner des unités de négociation et modifier les accréditations en conséquence. Cependant, dans cette affaire, la décision du tribunal a dû être évoquée parce qu'il n'était pas saisi de cette question, aucun appel de la décision du commissaire n'ayant été logé à ce sujet.

108 For a number of years, the Labour Court has used the powers conferred on it by s. 46 to settle the difficulties arising out of the application of s. 45 in a realistic and appropriate manner. For example, a collective agreement was amended to recognize the years of service of an employee of a non-unionized undertaking that had merged with a unionized undertaking, so that the employee could apply, under the agreement, for the job he had already held for 20 years (*Emballages industriels Vulcan ltée v. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106*, [1991] T.T. 29). Seniority lists under multiple collective agreements have also been integrated by applying methods adapted to each specific fact situation (see *Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante v. LAB, société en commandite*, D.T.E. 94T-13 (L.C.), motion for evocation dismissed, Sup. Ct. Quebec, No. 200-05-003286-932, February 23, 1994; *Groupe des ex-salariés de Transbéton v. Groupe des ex-salariés de Transmix*, [1999] R.J.D.T. 513 (L.C.); *Syndicat des travailleurs de S.O.S. v. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1992] T.T. 109), and tests have been developed to determine which employees would keep their jobs in the new undertaking resulting from the merger of several establishments (*Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W v. Brasserie Molson-O'Keefe*, D.T.E. 91T-914 (L.C.)).

Depuis plusieurs années, le Tribunal du travail utilise les pouvoirs que lui confère l'art. 46 pour régler de façon réaliste et appropriée les difficultés qui résultent de l'application de l'art. 45. Ainsi, une convention collective a été modifiée pour que les années de service d'un salarié provenant d'une entreprise non syndiquée, fusionnée avec une entreprise syndiquée, puissent être reconnues, ce qui permettait à ce salarié de postuler conformément à la convention pour l'emploi qu'il occupait déjà depuis 20 ans (*Emballages industriels Vulcan ltée c. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106*, [1991] T.T. 29). Des listes d'ancienneté provenant de conventions collectives multiples ont aussi été intégrées selon des méthodes adaptées à chaque cas d'espèce (voir *Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante c. LAB, société en commandite*, D.T.E. 94T-13 (T.T.), requête en évocation rejetée, C.S. Québec, nº 200-05-003286-932, 23 février 1994; *Groupe des ex-salariés de Transbéton c. Groupe des ex-salariés de Transmix*, [1999] R.J.D.T. 513 (T.T.); *Syndicat des travailleurs de S.O.S. c. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1992] T.T. 109) et des critères permettant de déterminer quels salariés conserveraient leur emploi dans la nouvelle entreprise née de la fusion de plusieurs établissements ont été élaborés (*Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W c. Brasserie Molson-O'Keefe*, D.T.E. 91T-914 (T.T.)).

The labour commissioners and the Labour Court have also had to decide, in cases where more than one collective agreement was applicable, which ones should be continued or cancelled (*Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. v. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 85T-114 (L.C.); *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal*, D.T.E. 2000T-113 (L.C.)). In addition, both the Superior Court (*Metro Capital Group ltée v. Hamelin*, [2000] R.J.D.T. 491, at pp. 495-96, on appeal, C.A. Montréal, No. 500-09-009625-005) and the Tribunal d'arbitrage (*Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. v. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, [1987] T.A. 333, at pp. 338-39) have recognized the exclusive jurisdiction of the commissioner to amend collective agreements in order to settle difficulties arising out of the application of s. 45.

Les commissaires et le Tribunal du travail ont aussi été appelés à choisir, dans des cas où plusieurs conventions collectives étaient applicables, lesquelles devraient être maintenues ou annulées (*Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 85T-114 (T.T.); *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal*, D.T.E. 2000T-113 (T.T.)). De plus, tant la Cour supérieure (*Metro Capital Group ltée c. Hamelin*, [2000] R.J.D.T. 491, p. 495-496, en appel, C.A. Montréal, nº 500-09-009625-005) que le Tribunal d'arbitrage (*Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, [1987] T.A. 333, p. 338-339) ont reconnu la compétence exclusive du commissaire de modifier des conventions collectives pour régler des difficultés résultant de l'application de l'art. 45. 109

Furthermore, the Labour Court has frequently had to merge a number of certifications under s. 46, whether or not they were held by different unions. In such cases, the Labour Court had to choose which certification would be preserved or specify the terms and conditions for a vote to enable the employees in question to express their wishes in that regard (see *Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives v. Commission scolaire de la Jonquière*, [1990] T.T. 419; *Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec v. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe*, D.T.E. 86T-759 (L.C.); *Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal v. Union des employés de service, section locale 298*, [1990] T.T. 398; *Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile v. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300*, [1982] T.T. 340; *Rothmans, Benson & Hedges inc. v. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 87T-976 (L.C.); *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale*

Par ailleurs, le Tribunal du travail a souvent dû prononcer, en vertu de l'art. 46, la fusion de plusieurs accréditations, qu'elles soient ou non détenues par des syndicats différents. En pareils cas, le tribunal a été appelé à choisir l'accréditation à conserver ou à prévoir les modalités d'un vote permettant aux salariés visés d'exprimer leur volonté à cet égard (voir *Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives c. Commission scolaire de la Jonquière*, [1990] T.T. 419; *Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec c. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe*, D.T.E. 86T-759 (T.T.); *Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal c. Union des employés de service, section locale 298*, [1990] T.T. 398; *Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile c. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300*, [1982] T.T. 340; *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 87T-976 (T.T.); *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 c. Syndicat des employées et* 110

298 v. Syndicat des employées et employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval, [2001] R.J.D.T. 134.

111 As these examples illustrate, the need to amend or to refuse to transfer collective agreements has arisen in various contexts, for example when the new employer was already bound by a collective agreement and a seniority list; that need does not arise solely as a result of the application of the theory of retrocession, which is only one of the situations in which it may be necessary to exercise the discretion conferred by s. 46. As a result and with respect, I am unable to concur in the opinion of my colleague Bastarache J., at para. 159, that the decision of the specialized decision-makers refusing to transfer the collective agreements in this case demonstrates that the retrocession argument is tenuous or that this is not in fact a "true" successorship situation.

112 Thus, in a situation like the one in this case, where there are multiple collective agreements, including one signed with a subcontractor and another which had probably expired, that might govern the labour relations within the undertaking and where, on the other hand, there are employees who might lose any union protection if no agreement, even an amended one, were to apply to them, the labour commissioner may choose from a range of solutions, and may also create solutions, in order to settle the complex difficulties that arise in the manner the commissioner considers most appropriate in the circumstances.

113 For example, the collective agreement signed with Moderne could have been transferred to the new employers with a new expiry date established as the date of the transfer, so that the jobs and working conditions could have been safeguarded for the bargaining period only. Similarly, the expiry date of the agreement signed with Ivanhoe could have been amended to safeguard the jobs during the negotiations for the purpose of concluding a new agreement. Had he considered it appropriate, the commissioner could also have made a ruling providing for the transfer of only the part of either of the collective agreements relating to job

employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval, [2001] R.J.D.T. 134.

Comme le démontrent ces exemples, la nécessité de modifier des conventions collectives ou de refuser leur transfert s'est présentée dans divers contextes, entre autres lorsque l'employeur acquéreur était déjà lié par une convention collective et une liste d'ancienneté, et cette nécessité n'est pas uniquement le résultat de l'application de la théorie de la rétrocession, qui ne constitue qu'une situation parmi d'autres pouvant exiger l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 46. En ce sens, je ne peux, avec respect, souscrire à l'opinion que le juge Bastarache émet au par. 159, selon laquelle la décision des instances spécialisées de refuser le transfert des conventions collectives en l'espèce démontrerait le caractère artificiel de la théorie de la rétrocession ou l'absence de concession véritable d'entreprise dans la présente affaire.

Ainsi, face à une situation comme celle de l'espèce où des conventions multiples, dont l'une a été signée avec un sous-traitant et une autre est vraisemblablement expirée, pourraient régir les rapports de travail au sein de l'entreprise et où par contre des salariés risquent de perdre toute protection syndicale si aucune convention, même modifiée, ne leur est applicable, le commissaire du travail peut choisir parmi une gamme de solutions, qu'il peut aussi lui-même créer, pour régler de la façon qu'il considère la plus appropriée dans les circonstances les difficultés complexes qui se présentent.

Par exemple, la convention signée avec Moderne aurait pu être transférée aux nouveaux employeurs avec une nouvelle date d'expiration fixée au jour du transfert, pour permettre le maintien des emplois et des conditions de travail uniquement pour la période de négociations. De même, la date d'expiration de la convention signée avec Ivanhoe aurait pu être modifiée pour assurer le maintien des emplois pendant les négociations menant à la conclusion d'une nouvelle convention. S'il l'avait jugé approprié, le commissaire aurait aussi pu ne prononcer le transfert que de la partie de l'une ou l'autre convention portant sur la sécu-

security for a limited period, so that the parties could agree on a new collective agreement while the employees could not have been dismissed with impunity. Lastly, it was also possible to decide as the commissioner did in this case, that none of the agreements would be transferred. That solution could also have been adopted in *Sept-Îles*, *supra*, where concerns were raised relating to the application of municipal collective agreements to subcontractors.

rité d'emploi, pour une période limitée permettant aux parties de s'entendre sur une nouvelle convention sans que les salariés puissent être congédiés impunément. Finalement, il était aussi possible de décider, comme l'a fait le commissaire en l'espèce, qu'aucune des conventions ne serait transférée. Cette dernière solution aurait d'ailleurs aussi pu être retenue dans l'affaire *Sept-Îles*, précitée, où des préoccupations relatives à l'application des conventions collectives municipales à des sous-traitants avaient été soulevées.

In any event, the appropriate solution is a matter to be decided by the specialized tribunals, on which the legislature has conferred broad discretion to settle difficulties arising out of the application of s. 45. Determining what arrangements will best preserve balance in collective labour relations is within the special expertise of those decision-making bodies. As LeBel J.A. said in the judgment *a quo* (at p. 75):

Dans tous les cas, il revient aux tribunaux spécialisés, à qui le législateur a conféré le large pouvoir discrétionnaire de régler les difficultés découlant de l'application de l'art. 45, de choisir la solution appropriée. La détermination des aménagements qui permettront le mieux de maintenir l'équilibre dans les rapports collectifs de travail relève de l'expertise particulière de ces instances. Comme l'indique le juge LeBel, à la p. 75 de la décision dont appel : 114

[TRANSLATION] The union then submits that the labour commissioner and the Labour Court had no judicial discretion and had authority only to record the transfer of the certification and of the collective agreement. That position overlooks the nature of the collective agreement as an act of the transferee. It may also underestimate the impact of the 1990 amendments, which extended the powers of the labour commissioner to rule on both the applicability and the application of section 45 L.C., and to prescribe the measures that may seem appropriate to prevent consequences that might appear incompatible with proper arrangements for collective labour relations in situations where the operation of an undertaking is transferred. [Emphasis added.]

Le syndicat plaide alors que le commissaire et le Tribunal du travail ne possédaient aucune discrétion judiciaire et ne détenaient que le pouvoir de constater la transmission de l'accréditation et de la convention collective. Cette position néglige le caractère de la convention collective comme acte du concessionnaire. Elle sous-estime aussi, peut-être, l'impact des amendements de 1990, qui élargissent les pouvoirs du commissaire du travail pour statuer à la fois sur l'applicabilité et l'application de l'article 45 C.tr. et pour prescrire les mesures qui peuvent apparaître opportunes, afin de prévenir des conséquences qui pourraient apparaître incompatibles avec un aménagement correct des rapports collectifs de travail dans ces situations de concession d'entreprise. [Je souligne.]

In the case at bar, the decision of the labour commissioner and of the Labour Court is not patently unreasonable. It allows the new employers, which are bound by the certification, to enter into negotiations with the association of employees without being bound by an agreement signed by one of their competitors, or by an agreement that has become obsolete. The solution adopted undoubtedly had its disadvantages, the most important of which was the layoff of the 80 full-time and 30 part-time janitorial employees who

En l'espèce, la décision du commissaire et du Tribunal du travail n'est pas manifestement déraisonnable. Elle permet aux nouveaux employeurs, liés par l'accréditation, d'entamer des négociations avec l'association de salariés sans être liés par une convention signée par un de leurs concurrents ou par une convention devenue périmée. La solution retenue comporte certes des désavantages, dont le plus important s'est traduit par la mise à pied des 80 salariés réguliers et des 30 salariés à temps partiel qui étaient affectés à l'entretien des édifices 115

had been working in Ivanhoe's buildings, but it still cannot be said that the Labour Court did not have the necessary jurisdiction to decline to rule that an agreement had to be transferred, with or without amendment.

116 The fact that there are other solutions that the commissioner could have adopted in this case, some of which would have enabled the employees to keep their jobs, is insufficient to justify judicial review. On the contrary, the recognition by the legislature and the courts that there are many potential solutions to a dispute is the very essence of the patent unreasonableness standard of review, which would be meaningless if it was found that there is only one acceptable solution. As L'Heureux-Dubé J., for this Court, wrote in *Domtar*, *supra*, at p. 771:

> An initial conclusion that, for purposes of judicial review, the legislature admits several possible and rational constructions of the same legislative provision thus becomes of primary importance. This conclusion, while constituting the necessary starting-point of a discussion of the powers of supervision and control of courts of law, is ultimately the guiding principle for analyzing the appropriateness of judicial review. [Emphasis added.]

117 The Quebec legislature has chosen to give the responsibility for settling difficulties arising out of the application of s. 45 of the *Labour Code* to labour commissioners and the Labour Court. Those authorities must settle these issues, which are central to their specialized jurisdiction, on a daily basis. Since the principles that are applied do not result in absurdity, judicial review will be appropriate only where the results are clearly irrational. In this case, both the Superior Court and the Court of Appeal properly declined to intervene to alter the solution adopted by the labour commissioner and the Labour Court.

D. *The Petition for Cancellation of Certification*

118 Following the transfer to the four new contractors of the operation of the part of its undertaking that involved janitorial services, Ivanhoe sought the cancellation of the certification that applied to

d'Ivanhoe, mais l'on ne peut pour autant affirmer que le Tribunal du travail n'avait pas le pouvoir de refuser de prononcer le transfert, avec ou sans modification, d'une convention.

Le fait qu'il existe d'autres solutions que le commissaire aurait pu adopter en l'espèce, dont certaines auraient permis aux salariés de conserver leur emploi, ne saurait suffire pour justifier la révision judiciaire. Au contraire, la reconnaissance par le législateur et les tribunaux de la multiplicité de solutions qui peuvent être apportées à un différend constitue l'essence même de la norme de contrôle du manifestement déraisonnable, qui perdrait tout son sens si l'on devait juger qu'une seule solution est acceptable. Comme l'écrivait le juge L'Heureux-Dubé, au nom de notre Cour, dans l'affaire *Domtar*, précitée, p. 771 :

> Une conclusion initiale à l'effet que le législateur admet, aux fins du contrôle judiciaire, plusieurs lectures possibles et rationnelles d'une même disposition législative devient, par là, capitale. Tout en constituant le point de départ nécessaire d'un débat portant sur le pouvoir de contrôle et de surveillance des cours de justice, ce constat représente le fil directeur à l'aide duquel l'opportunité d'un contrôle judiciaire doit, en définitive, être analysée. [Je souligne.]

Le législateur québécois a choisi de confier le règlement des difficultés résultant de l'application de l'art. 45 du *Code du travail* aux commissaires et au Tribunal du travail. Il s'agit de questions que ces instances doivent solutionner sur une base quotidienne et qui se situent au cœur de leur compétence spécialisée. Étant donné que les principes appliqués ne créent pas d'absurdité, la révision judiciaire ne sera appropriée qu'en cas de résultats clairement irrationnels. En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont eu raison de ne pas intervenir pour modifier la solution retenue par le commissaire et le Tribunal du travail.

D. *La requête en révocation d'accréditation*

À la suite de la concession aux quatre nouveaux entrepreneurs de la partie de son entreprise consacrée à l'entretien ménager, Ivanhoe a cherché à obtenir la révocation de l'accréditation qui la

it. At the time that petition was made, the first two paragraphs of s. 41 of the *Labour Code*, which permits the cancellation of a certification in certain circumstances, read as follows :

41. A labour commissioner may, at the time fixed in paragraph *c* or *d* of section 22 or, if such is the case, in section 111.3, cancel the certification of an association that

(*a*) has ceased to exist, or

(*b*) no longer comprises the absolute majority of the employees of the bargaining unit for which it was certified.

Notwithstanding the third paragraph of section 32, an employer may, within the delay provided for in the preceding paragraph, request the labour commissioner to examine whether the association still exists or whether it still represents the absolute majority of the employees belonging to the bargaining unit for which it was certified.

Since it had had no employees for several years at that point, Ivanhoe argued that the association could no longer have represented the majority of the employees in the bargaining unit. However, the Labour Court took the view that a party that has contracted out the operation of its undertaking on a temporary basis cannot have the certification that applied to it cancelled during the period covered by the transfer of operation. Otherwise, the petition for cancellation of certification would allow the application of s. 45 to successive transfers of the undertaking to be avoided, since when the transfer expired, the party which had contracted out the work would no longer be subject to a certification that might benefit its employees if it took back the operation of its undertaking, or that might be transferred to another employer if it opted to transfer the operation of the undertaking afresh.

In *Entreprises Rolland Bergeron inc. v. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331, the Quebec Court of Appeal held that it was unreasonable to rule that an employer did not have a sufficient interest to present a petition for cancellation of certification on the sole ground that it no longer had any employees and accordingly was no longer an employer within the meaning of the *Labour Code*. The fact

visait. Au moment où cette requête a été présentée, les deux premiers alinéas de l'art. 41 du *Code du travail*, qui permet de révoquer une accréditation dans certaines circonstances, se lisaient comme suit :

41. Un commissaire du travail peut, au temps fixé au paragraphe *c* ou *d* de l'article 22, et le cas échéant à l'article 111.3, révoquer l'accréditation d'une association qui :

a) a cessé d'exister, ou

b) ne groupe plus la majorité absolue des salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle elle a été accréditée.

Malgré le troisième alinéa de l'article 32, un employeur peut, dans le délai prévu à l'alinéa précédent, demander au commissaire du travail de vérifier si l'association existe encore ou si elle représente encore la majorité absolue des salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle elle a été accréditée.

N'employant plus de salariés depuis plusieurs années déjà, Ivanhoe prétend que l'association ne pouvait plus représenter la majorité des salariés membres de l'unité de négociation. Le Tribunal du travail a plutôt considéré qu'un donneur d'ouvrage ayant concédé son entreprise sur une base temporaire ne peut obtenir la révocation de l'accréditation le visant pendant la durée de la concession. Autrement, la requête en révocation d'accréditation permettrait de contourner l'application de l'art. 45 aux concessions successives d'entreprise, puisque le donneur d'ouvrage ne serait plus visé, à l'expiration de la concession, par une accréditation pouvant bénéficier à ses salariés s'il reprenait l'exploitation de son entreprise ou pouvant être transférée à un autre employeur s'il optait pour une nouvelle concession d'entreprise. 119

Dans l'arrêt *Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331, la Cour d'appel du Québec a jugé qu'il était déraisonnable de nier à un employeur l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation d'accréditation au seul motif qu'il n'avait plus de salariés et ne serait plus, en conséquence, un employeur au sens du *Code du travail*. Le fait que le nom de l'employeur appa- 120

that the employer's name appears on the certificate of certification, as Ivanhoe's does in this case, is therefore sufficient to allow it to present a petition for cancellation. Judge Prud'homme accepted that principle in the instant case, at pp. 603-4, and expressly recognized that Ivanhoe was entitled to submit its petition despite the fact that it had no employees. However, the mere declaration that a party has the necessary interest to present a petition does not mean that the petition must be granted on the merits. Although the Court of Appeal has clearly held that having no employees cannot disentitle an employer from presenting a petition, it has never said that it must necessarily result in cancellation of the certification.

121 *Bergeron, supra*, involved a preliminary objection, which the commissioner allowed, asserting that because the employer had no employees it was not entitled to present its petition for cancellation and to be heard. The most that can be said about that decision is that it establishes that having no employees cannot alone provide grounds for denying a petition for cancellation. In this case, Judge Prud'homme stated, at p. 606, that it would be impossible to grant Ivanhoe's petition for cancellation, since given that there were no employees, it was impossible to count them in order to determine whether the union still represented a majority of the employees in the bargaining unit. That approach appears to conflict with the principles laid down in *Bergeron*, since it would allow petitions to be denied solely on the basis that there were no employees. However, Judge Prud'homme also based his decision on the fact that the reason there were no employees in this case was that the operation of the undertaking had been temporarily transferred, and he was therefore able to conclude, at pp. 605-6, that it is preferable to ascertain the representativeness of the association of employees in respect of the employer that is actually operating the undertaking and not to allow the party that has contracted out the work to rid itself of a certification permanently by transferring the operation of its undertaking temporarily. In my opinion, that principle does not conflict with the decisions of the Court of Appeal.

raisse au certificat d'accréditation, comme c'est le cas pour Ivanhoe en l'espèce, est donc suffisant pour lui permettre de présenter une requête en révocation. Le juge Prud'homme, dans la présente cause, a d'ailleurs accepté ce principe, aux p. 603-604, reconnaissant explicitement qu'Ivanhoe avait le droit de soumettre sa requête malgré l'absence de salariés. Cependant, le simple fait de déclarer qu'une partie possède l'intérêt requis pour présenter une requête ne signifie pas que cette demande doive être accordée sur le fond. Si la Cour d'appel a clairement déclaré que l'absence de salariés ne peut priver un employeur du droit de présenter une requête, elle n'a jamais affirmé qu'elle devait nécessairement entraîner la révocation de l'accréditation.

L'affaire *Bergeron*, précitée, portait sur une objection préliminaire, accueillie par le commissaire, alléguant que l'absence de salariés empêchait l'employeur de présenter une requête en révocation et d'être entendu. Au plus peut-on affirmer, à la suite de cette décision, que l'absence de salariés ne pourra constituer le seul motif de rejet d'une requête en révocation. Dans la présente affaire, le juge Prud'homme affirme, à la p. 606, qu'il serait impossible d'accorder la requête en révocation d'Ivanhoe puisqu'en l'absence de salariés, il n'est pas possible de les compter pour déterminer si le syndicat représente toujours la majorité des salariés de l'unité de négociation. Cette approche semble aller à l'encontre des principes élaborés dans l'affaire *Bergeron*, puisqu'elle ferait reposer le rejet de la requête uniquement sur l'absence de salariés. Cependant, le juge Prud'homme fonde aussi sa décision sur le fait que l'absence de salariés, en l'espèce, résulte de la concession temporaire de l'entreprise, ce qui lui permet de conclure, aux p. 605-606, qu'il est préférable de vérifier le caractère représentatif de l'association de salariés auprès de l'employeur qui exploite effectivement l'entreprise et d'éviter de permettre à un donneur d'ouvrage de se débarrasser d'une accréditation de façon permanente en concédant l'exploitation de son entreprise sur une base temporaire. À mon avis, un tel principe ne va pas à l'encontre de la jurisprudence de la Cour d'appel.

In the case at bar, the situation with which the commissioner and the Labour Court were faced was quite different from the situation in *Bergeron*, *supra*. In that case, two undertakings had been transferred to the petitioning employer, which had also simultaneously inherited the certifications. One year later, it presented a petition for cancellation stating that the associations did not represent the majority of its employees, since it had no employees. It was in that context that the Court of Appeal concluded that the fact that an employer had no employees could not prevent it from presenting its petition. Thus, in *Bergeron*, the fact that the employer had no employees did not result from a transfer of the operation of its undertaking by that employer. On the contrary, it was the transferee in charge of operating the undertaking at the time the petition was presented which no longer had any employees and was seeking cancellation of the certifications that applied to it.

122 En l'espèce, le commissaire et le tribunal faisaient face à une situation bien différente de celle qui s'était présentée dans l'affaire *Bergeron*, précitée. Dans cette affaire, deux entreprises avaient été transférées à l'employeur requérant, qui avait hérité par la même occasion des accréditations. Un an plus tard, il présentait une requête en révocation indiquant que les associations ne représentaient pas la majorité de ses salariés, puisqu'il n'en employait aucun. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel a conclu que l'absence de salariés ne pouvait empêcher l'employeur de présenter sa requête. Ainsi, dans l'affaire *Bergeron*, l'absence de salariés ne résultait pas d'une concession par un donneur d'ouvrage de son entreprise. Au contraire, c'était le concessionnaire chargé d'exploiter l'entreprise au moment de la requête qui n'avait plus de salariés et cherchait à obtenir la révocation des accréditations le visant.

In addition, contrary to what Bastarache J. states at paras. 178-79, I do not believe that recognizing that Ivanhoe has the necessary interest to present a petition for cancellation means that Ivanhoe is being regarded as a present employer. On the contrary, the Court of Appeal clearly held, in *Bergeron*, *supra*, at p. 2334, that the mere fact that an employer's name appears on the certificate of certification is sufficient in itself to give the employer the interest that is needed for seeking cancellation. In fact, in *Bergeron*, the petitioning employer could not, on the facts, have been considered to be a present employer at the time when it presented its petition, because it no longer had any employees and there was nothing to suggest that this situation might be temporary. What the Court of Appeal in fact decided, rightly, in my opinion, was that whether an employer is a former employer or a present employer, it may request cancellation of a certification if its name appears on the certificate. It will then be up to the Labour Court to determine whether cancellation should be granted, having regard, *inter alia*, to the reasons why a former employer no longer has any employees. Accordingly, because recognizing that an employer has the necessary interest to present a petition for cancellation does not amount to finding that it is a pre-

123 De plus, contrairement à ce qu'affirme le juge Bastarache aux par. 178-179, je ne pense pas que le fait de reconnaître qu'Ivanhoe possède l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation signifie que l'on considère Ivanhoe comme un employeur actuel. Au contraire, la Cour d'appel a clairement indiqué, dans l'affaire *Bergeron*, précitée, p. 2334, que le simple fait que le nom d'un employeur apparaisse au certificat d'accréditation suffit en soi pour lui conférer l'intérêt requis pour demander la révocation. D'ailleurs, dans l'affaire *Bergeron*, l'employeur requérant ne pouvait, dans les faits, être considéré comme un employeur actuel au moment où il a présenté sa requête, puisqu'il n'employait plus de salariés et que rien n'indiquait que cette situation pouvait être temporaire. La Cour d'appel a donc en fait décidé, avec raison à mon avis, qu'un employeur, qu'il soit un ancien employeur ou un employeur actuel, peut demander la révocation d'une accréditation si son nom apparaît au certificat. Il reviendra ensuite au Tribunal du travail de déterminer si la révocation doit être accordée en tenant compte, notamment, des raisons pour lesquelles un ancien employeur n'emploie plus de salariés. Ainsi, puisque le fait de reconnaître qu'un employeur possède l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation n'équi-

sent employer, no inconsistency arises, in my opinion, when the Labour Court, in disposing of the petition on the merits, has regard to the fact that a former employer might take back control of its undertaking in the future.

124 In cases such as this one, where the fact that there are no employees results from a temporary transfer of the operation of the undertaking, the Labour Court has laid down principles for dealing with petitions for cancellation of certification which take into account the situation within the undertaking. Contrary to the position adopted by LeBel J.A. in the judgment *a quo* (at p. 76), the Labour Court is of the view that an employer which no longer has any employees will always have the necessary interest to petition for cancellation of the certification, but that the petition may be denied on the merits where the undertaking is in fact being operated by another employer, in respect of which the certification temporarily applies. In a case of that nature, the court takes the view that the transferee which is in charge of operating the undertaking for the period in question must be the one to present the petition for cancellation of certification (see, for example, *Ville de Brossard*, *supra*).

125 Since it is reasonable to conclude that an employer cannot rid itself of a certification by arranging for a temporary transfer of the operation of an undertaking, it may be equally appropriate to deny it cancellation of the certification during the period covered by the transfer, on the ground that the fact that it has no employees results precisely from the temporary transfer of the undertaking. Such an approach permits consistent application of ss. 41 and 45 of the *Labour Code* to temporary transfer situations.

126 The Labour Court could also have held that the certification had been genuinely transferred to the subcontractors for the term of the transfer of operation and did not remain with the employer that had contracted out the work, and that the retrocession was in fact a fresh transfer for the purposes of s. 45 to which the parties had agreed in advance, resulting in the certification returning to Ivanhoe

vaut pas à considérer qu'il constitue un employeur actuel, il n'existe aucune contradiction, à mon avis, lorsque le tribunal tient compte, au moment de déterminer le sort de la requête, du fait qu'un ancien employeur puisse reprendre dans l'avenir le contrôle de son entreprise.

Dans les cas où, comme en l'espèce, l'absence de salariés résulte d'une concession temporaire d'entreprise, le Tribunal du travail a élaboré des principes pour disposer des requêtes en révocation d'accréditation qui tiennent compte de la réalité qui a cours dans l'entreprise. Contrairement à la position adoptée par le juge LeBel à la p. 76 de la décision dont appel, le tribunal considère qu'un employeur n'ayant plus de salariés possédera toujours l'intérêt requis pour demander la révocation de l'accréditation, mais que cette requête pourra être rejetée sur le fond lorsque l'entreprise est en fait exploitée par un tiers, chez qui l'accréditation est temporairement en vigueur. En pareil cas, le tribunal juge que le concessionnaire chargé d'exploiter l'entreprise pour la période pertinente doit être celui qui présente la requête en révocation d'accréditation (voir par exemple *Ville de Brossard*, précité).

S'il est raisonnable de conclure qu'un employeur ne saurait se défaire d'une accréditation par le truchement d'une concession temporaire d'entreprise, il peut être tout aussi approprié de lui refuser la révocation de l'accréditation pendant la durée de cette concession, au motif que l'absence de salariés résulte précisément de cette transmission temporaire de l'entreprise. Une telle approche permet une application cohérente des art. 41 et 45 du *Code du travail* aux situations de concession temporaire.

Le Tribunal du travail aurait aussi pu juger que l'accréditation est réellement transférée aux sous-traitants pour la durée de la concession, sans demeurer en suspens chez le donneur d'ouvrage, et que la rétrocession constitue en fait une nouvelle concession au sens de l'art. 45, sur laquelle les parties se sont entendues à l'avance, entraînant le retour de l'accréditation chez Ivanhoe à l'expira-

when the transfer expired. In cases where, as in this case, a certification had originally been issued in respect of the transferor, which therefore had an undertaking for the purposes of s. 45, it is entirely conceivable that the certification could genuinely follow the undertaking and that the retrocession could simply be a transfer of the undertaking that the parties had planned in advance and that resulted in s. 45 applying afresh just as it would apply to any other transfer of an undertaking. In such cases, the Labour Court could decide that it would be appropriate to cancel the certification in respect of the transferor during the term of the transfer, because at the end of that period, that employer would take back the undertaking by way of retrocession and thus acquire the certification originally transferred to its subcontractor. However, it is up to the labour commissioner and the Labour Court to determine the appropriate solution, and the fact that there are alternative solutions cannot in itself justify judicial review.

tion de la concession. Dans les cas où, comme en l'espèce, le donneur d'ouvrage est à l'origine visé par une accréditation et possède donc une entreprise aux fins de l'art. 45, il est tout à fait possible de concevoir que l'accréditation suit réellement l'entreprise et que la rétrocession constitue simplement une concession d'entreprise que les parties ont prévue à l'avance et qui entraîne une nouvelle application de l'art. 45, au même titre que toute concession d'entreprise. En pareils cas, le Tribunal du travail pourrait juger approprié de révoquer l'accréditation qui vise le donneur d'ouvrage pendant la durée de la concession, puisqu'à son expiration, il reprendra l'entreprise par le biais de la rétrocession, et recevra ainsi l'accréditation qui vise son sous-traitant. Cependant, il revient au commissaire et au Tribunal du travail de décider de la solution appropriée et l'existence d'autres solutions ne saurait en soi justifier la révision judiciaire.

In this case, it cannot be said that the approach adopted by the labour commissioner and the Labour Court was patently unreasonable or conflicted with the decisions of the Quebec Court of Appeal. The Labour Court, acting within its jurisdiction, has laid down rational tests for determining the employer in respect of which, in the event of a temporary transfer of the operation of an undertaking resulting in the application of s. 45, the representativeness of the union should be verified for the purpose of determining whether the certification should be cancelled. The employer that contracted out the work will be free to seek cancellation if it takes back control of its undertaking; for the term of the transfer, however, the transferee to which the certification actually applies must present the petition if it believes that the association no longer represents the majority of the employees in the bargaining unit. 127

En l'espèce, on ne saurait affirmer que l'approche adoptée par le commissaire et le Tribunal du travail est manifestement déraisonnable ou contraire à la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec. Le Tribunal du travail, agissant dans les limites de sa compétence, a élaboré des critères rationnels permettant de déterminer auprès de quel employeur, en cas de concession temporaire d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45, doit se faire la vérification du caractère représentatif du syndicat pour déterminer si l'accréditation doit être révoquée. Le donneur d'ouvrage demeure libre de demander la révocation s'il reprend le contrôle de son entreprise, mais pour la durée de la concession, c'est plutôt le concessionnaire, effectivement visé par l'accréditation, qui doit présenter la requête s'il juge que l'association ne représente plus la majorité des salariés de l'unité de négociation.

Furthermore, the commissioner and the Labour Court denied Ivanhoe's petition on the merits, and not because, as the union argued, it was presented outside the relevant time period. Under. s. 41, a petition for cancellation may be made "at the time 128

Par ailleurs, le commissaire et le tribunal ont rejeté la requête d'Ivanhoe sur le fond, et non parce qu'elle aurait été, comme le prétend le syndicat, présentée hors délai. En vertu de l'art. 41, la requête en révocation peut être présentée « au

fixed in paragraph *c* or *d* of section 22". In 1992, these paragraphs provided:

22. Certification may be applied for

. . .

(*c*) after six months from the expiration of the delays provided in section 58, in the case of a group of employees for whom a collective agreement has not been made or for whom a dispute has not been submitted for arbitration or is not the object of a strike or lock-out permitted by this code;

(*d*) from the ninetieth to the sixtieth day prior to the date of expiration of a collective agreement or of its renewal or the expiration of an arbitration decision availing in lieu thereof.

Section 58 provided:

58. The right to strike or to a lock-out shall be acquired 90 days after reception by the Minister of a copy of the notice sent to him in accordance with section 52.1 or that he is deemed to have received in accordance with section 52.2, unless a collective agreement has been reached between the parties or unless, by mutual consent, they decide to submit their dispute to an arbitrator.

Under s. 52.2, the Minister was deemed to have received a copy of the notice in question on the day of the expiration of the collective agreement. It is apparent from these provisions, taken together, that a petition for cancellation may be made nine months or more after the expiration of a collective agreement, provided that the parties have not made a new collective agreement.

129 Once again, the transfers of operation of the undertaking that occurred in this case have the effect of modifying what would be the usual situation, since the agreement that the time period must be calculated under must first be determined in order to decide whether the petition for cancellation could have been presented by Ivanhoe on January 14, 1992. The last collective agreement signed with Moderne on August 29, 1991, was to expire on May 22, 1994. If that agreement were to be the basis for calculating the waiting period, the petition clearly could not have been made in January 1992, since the collective agreement was still in force. However, as we know, the labour commissioner and the Labour Court held that this col-

temps fixé au paragraphe *c* ou *d* de l'article 22 ». En 1992, ces paragraphes indiquaient :

22. L'accréditation peut être demandée

. . .

c) après six mois de l'expiration des délais prévus à l'article 58, à l'égard d'un groupe de salariés pour lesquels une convention collective n'a pas été conclue, ou pour lesquels un différend n'a pas été soumis à l'arbitrage ou ne fait pas l'objet d'une grève ou d'un lock-out permis par le présent code;

d) du quatre-vingt-dixième au soixantième jour précédant la date d'expiration d'une convention collective ou de son renouvellement ou l'expiration d'une sentence arbitrale en tenant lieu.

L'article 58 stipulait :

58. Le droit à la grève ou au lock-out est acquis 90 jours après la réception par le ministre de la copie de l'avis qui lui a été transmise suivant l'article 52.1 ou qu'il est réputé avoir reçue suivant l'article 52.2, à moins qu'une convention collective ne soit intervenue entre les parties ou à moins que celles-ci ne décident d'un commun accord de soumettre leur différend à un arbitre.

En vertu de l'art. 52.2, le ministre était réputé avoir reçu copie de l'avis pertinent le jour de l'expiration de la convention collective. Il ressort de l'ensemble de ces dispositions qu'une requête en révocation peut être présentée lorsque que neuf mois ou plus se sont écoulés depuis l'expiration d'une convention collective et qu'une nouvelle convention n'est pas intervenue entre les parties.

Encore une fois, les concessions d'entreprise intervenues en l'espèce viennent modifier la situation habituelle, puisqu'il faut tout d'abord vérifier en vertu de quelle convention les délais doivent être calculés pour déterminer si la requête en révocation pouvait être présentée par Ivanhoe le 14 janvier 1992. La dernière convention collective signée avec Moderne le 29 août 1991 devait expirer le 22 mai 1994. Si cette convention devait fonder le calcul des délais, il est clair que la requête ne pouvait être présentée en janvier 1992, puisque la convention demeurait en vigueur. Cependant, comme on le sait, le commissaire et le tribunal ont déclaré cette convention caduque au jour de l'expiration du contrat de Moderne, le 31 août 1991. Si cette

lective agreement had lapsed on the date when Moderne's contract expired, on August 31, 1991. If that date were to be used as the expiry date of the last collective agreement, the petition would still not have been made within the prescribed time period, since only four months would have passed. As well, if the calculation were instead based on the collective agreement signed by Moderne on May 22, 1989, and effective until May 22, 1991, it would then have been necessary to wait until at least February 22, 1992, in order to present the petition. On the other hand, if only the last collective agreement signed by Ivanhoe were to be regarded as relevant in calculating the time period, the petition would have been properly made, since that agreement expired on May 22, 1989, more than two years earlier.

date devait être retenue comme l'expiration de la dernière convention, la requête ne serait pas non plus présentée dans les délais prescrits, puisque seulement quatre mois se seraient écoulés. De même, si l'on devait plutôt se fonder sur la convention signée par Moderne le 22 mai 1989, applicable jusqu'au 22 mai 1991, il aurait fallu attendre au moins jusqu'au 22 février 1992 pour présenter la requête. Par contre, si la dernière convention signée par Ivanhoe devait être considérée comme la seule pertinente dans le calcul des délais, la requête serait recevable, puisque la convention avait expiré le 22 mai 1989, soit plus de deux ans auparavant.

In this case, the commissioner rejected the union's argument on the question of failure to comply with the time period prescribed. He therefore implicitly accepted Ivanhoe's position that the calculation of the time period must be based on the last collective agreement that applied to it rather than on the agreements that its transferees might have made. In so doing, the commissioner and subsequently the Labour Court made a decision that was entirely within their jurisdiction to make. Their approach was also consistent with the principles laid down by the Labour Court, which provide that collective agreements negotiated by subcontractors cannot be binding on the party that contracted out the work. That approach might also enable an employer that had permanently alienated its undertaking to have the certification that applied to it cancelled without taking into account the acts that its transferee could have signed, if the commissioner considered it appropriate. However, although Ivanhoe presented its petition at the proper time, the commissioner had the authority to deny it on the merits because the certification was in effect in respect of another employer, Ivanhoe's transferee, on a temporary basis.

130 En l'espèce, le commissaire a rejeté l'argument du syndicat portant sur le non respect des délais. Il a donc accepté, implicitement, la position d'Ivanhoe selon laquelle le calcul des délais doit se fonder sur la dernière convention la visant et non sur celles que ses concessionnaires ont pu conclure. Ce faisant, le commissaire, puis le Tribunal du travail, prenaient une décision se situant entièrement dans les limites de leur compétence. Leur approche était de plus conforme aux principes élaborés par le tribunal voulant que les conventions collectives négociées par des sous-traitants ne puissent lier le donneur d'ouvrage. Cette approche pourrait aussi permettre à un employeur qui a aliéné son entreprise de façon permanente de voir l'accréditation le visant révoquée sans égard aux actes de son cessionnaire, si le commissaire le jugeait approprié. Cependant, bien qu'Ivanhoe ait présenté sa requête en temps opportun, le commissaire avait le pouvoir de la rejeter sur le fond parce que l'accréditation était en vigueur chez un autre employeur, son concessionnaire, de façon temporaire.

Hence, with respect to both the cancellation of the certification and the application of s. 45, the Labour Court has laid down principles that allow for the reasonable application of the *Labour Code*

131 En somme, à propos de la révocation de l'accréditation comme à propos de l'application de l'art. 45, le Tribunal du travail a élaboré des principes qui permettent une application rationnelle du

and do not create absurd results. In the circumstances, the courts should not intervene to vary the conclusions reached by the specialized decision-makers, and the dismissal of the petition for cancellation should be affirmed.

VI. Disposition

132 For these reasons, I would dismiss the appeals with costs.

The following are the reasons delivered by

133 BASTARACHE J. (dissenting in part) — In *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23, this Court recently dealt with the topic of successor rights provisions in the province of Ontario. Disagreeing with the majority that on its own a commercial history between successive employers was sufficient to establish the "organizational nexus" required in order to trigger successorship provisions, I found that an application of the successorship provisions in that case was patently unreasonable.

134 *Ajax* marks an important evolution in this Court's approach to successorship provisions, not least because that case shows that the Court has moved away from its earlier attitude towards such provisions in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, and *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. It may be helpful for me to state the way in which I see the majority opinion in *Ajax* as having changed the law as it was articulated in *Lester* and *Bibeault*.

135 In *Lester*, McLachlin J. (as she then was) stated that "while the existence of related companies may justify a less restrictive approach to the question of whether or not successorship has occurred, the fact remains that corporate interrelationship without some evidence of disposition will not be sufficient to trigger the successorship provisions" (p. 681

Code du travail et ne créent pas d'absurdité. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu pour les tribunaux d'intervenir pour modifier les conclusions des instances spécialisées et le rejet de la requête en révocation devrait être maintenu.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je rejetterais les appels, avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident en partie) — Dans l'arrêt *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23, notre Cour examinait récemment la question des dispositions relatives aux droits de succession d'entreprise en Ontario. À la différence des juges majoritaires selon lesquels les antécédents commerciaux entre employeurs successifs suffisent en soi pour établir l'existence du « lien organisationnel » requis pour que les dispositions relatives à la succession d'entreprise s'appliquent, j'ai conclu que l'application de ces dispositions était manifestement déraisonnable dans cette affaire.

L'arrêt *Ajax* marque une évolution importante de l'interprétation par notre Cour des dispositions relatives à la succession d'entreprise, étant donné notamment qu'il démontre que la Cour s'est éloignée de la conception de ces dispositions qu'elle avait adoptée auparavant dans les arrêts *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, et *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Il peut être utile que j'explique la façon dont, à mon avis, l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Ajax* a modifié la règle établie dans les arrêts *Lester* et *Bibeault*.

Dans l'arrêt *Lester*, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a affirmé que « même si l'existence de sociétés apparentées peut justifier l'adoption d'une attitude moins stricte à l'égard de la question de savoir si l'obligation du successeur s'applique, il n'en demeure pas moins que des liens intersociétés sans quelque élément de preuve

(emphasis in original)). There, the "mere existence of related companies" (p. 683) was insufficient to trigger successorship provisions. However, in *Ajax*, commercial history on its own was taken to constitute a sufficient nexus.

d'une aliénation ne suffiront pas à entraîner l'application des dispositions sur l'obligation du successeur » (p. 681 (souligné dans l'original)). Dans cette affaire, la « seule existence de sociétés apparentées » (p. 683) était insuffisante pour déclencher l'application des dispositions relatives à la succession d'entreprise. La Cour a cependant jugé, dans l'arrêt *Ajax*, que les antécédents commerciaux constituaient en soi un lien suffisant.

As I noted in *Ajax*, at para. 10, in *Bibeault*, Beetz J. said of "alienation and operation by another" in s. 45 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, "[these concepts] are based on an intentional transfer of a right: it is therefore necessary to determine between whom this mutual intent must exist" (*Bibeault*, at p. 1117). In other words, a consensual as opposed to an inferred or implied legal relation between the two employers was required. By holding that a sufficient nexus can be established through commercial history alone, the majority decision in *Ajax* has overruled the requirement of a strict intentional and mutual legal relation as it was formulated in *Bibeault*. It seems clear that a much looser inferential or implied approach has now been accepted, in part in order to capture the concern that pre-existing commercial relationships between successive employers may indicate the existence of an "artificial transaction" designed to avoid bargaining obligations. In *Ajax*, while there was no indication of such a transaction, it was the opinion of the majority that commercial history alone could be taken to establish a sufficient organizational nexus. In the present case, not only do I find no evidence of an artificial transaction, I find no indication of any transaction whatsoever.

136 Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Ajax*, par. 10, le juge Beetz avait dit, à la p. 1117 de l'arrêt *Bibeault*, au sujet des concepts de « l'aliénation et de la concession » figurant à l'art. 45 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, qu'ils « reposent sur la transmission volontaire d'un droit: il importe donc de déterminer entre qui le concours de volonté doit se produire ». En d'autres termes, il devait exister entre les deux employeurs un lien de droit consensuel, et non pas un lien de droit déduit ou implicite. En établissant que les antécédents commerciaux peuvent constituer en soi un lien suffisant, la décision majoritaire rendue dans *Ajax* a annulé l'exigence d'un lien de droit strictement intentionnel et réciproque énoncée dans l'arrêt *Bibeault*. Il semble évident qu'on accepte désormais l'approche beaucoup plus large du lien déduit ou implicite, en partie pour dissiper la crainte que des relations commerciales préexistantes entre employeurs successifs n'indiquent l'existence d'une « opération factice » destinée à dispenser des obligations de négocier. Dans l'arrêt *Ajax*, même si rien n'indiquait l'existence d'une telle opération, les juges majoritaires étaient d'avis qu'à eux seuls les antécédents commerciaux pouvaient être considérés comme établissant l'existence d'un lien organisationnel suffisant. À mon avis, non seulement n'y a-t-il aucune preuve de l'existence d'une opération factice en l'espèce, mais encore rien n'indique l'existence de quelque opération que ce soit.

Here, the original contract between the appellant employer Ivanhoe and its first contractor Moderne ended in 1991. Ivanhoe then entered into a different contractual relationship with the four new contractors. There is no history of a connection or evidence of any kind of relationship between the party

137 Dans la présente affaire, le contrat initial passé entre Ivanhoe, l'employeur appelant, et Moderne, son premier entrepreneur, a pris fin en 1991. Ivanhoe a ensuite établi un lien contractuel différent avec les quatre nouveaux entrepreneurs. Il n'y a jamais eu aucun lien — et il n'existe aucune

who would be "[t]he new employer" under s. 45 of the Quebec *Labour Code*, i.e., the four contractors, and the party who is "the former employer" under that provision, i.e., Moderne. There is no "pre-existing corporate connection" between Moderne and the four contractors, or any "commercial history". As Beetz J. put it in *Bibeault*, this is a situation in which "one contractor loses his contract to another with whom he has no connection" (p. 1061). Hence, on the law as it has been modified by *Ajax*, i.e., that the legal relation between successive employers can be based on a mere historical connection and there need not be a strict mutual, intentional, or consensual transfer, this is not a situation in which successorship provisions should be triggered. The understanding of the legal relation required in order to establish a sufficient organizational nexus is not satisfied in the present circumstances. There simply is no relation between the two employers here.

preuve de l'existence de quelque relation que ce soit — entre la partie qui serait « le nouvel employeur » au sens de l'art. 45 du *Code du travail* du Québec, c'est-à-dire les quatre entrepreneurs, et la partie qui est « l'employeur précédent » au sens de cette disposition, c'est-à-dire Moderne. Il n'y a aucun « lien d'entreprise préexistant » ni aucun « antécédent commercial » entre Moderne et les quatre entrepreneurs. Comme le juge Beetz l'a précisé dans l'arrêt *Bibeault*, il s'agit d'une situation où « un entrepreneur perd son contrat au profit d'un autre entrepreneur avec lequel il n'a aucune relation » (p. 1061). Par conséquent, selon la règle modifiée par l'arrêt *Ajax* — voulant que le lien de droit entre employeurs successifs puisse résulter d'un simple lien historique et qu'il ne soit pas nécessaire que le transfert soit strictement consensuel ou fondé sur une intention commune —, les dispositions relatives à la succession d'entreprise ne doivent pas s'appliquer en l'espèce. Dans les présentes circonstances, l'exigence du lien de droit requis pour établir l'existence d'un lien organisationnel suffisant n'est pas respectée. Il n'y a tout simplement aucun lien entre les deux employeurs en l'espèce.

138 *Ajax* made the requirement of the legal relation between successive employers significantly less onerous, but the requirement of a legal relation continued to exist. Here, even though there is no relation or connection between Moderne and the four contractors, the majority finds that the successorship provision applies. I do not agree that there is the required degree of "connection" or "nexus" in this situation. Furthermore, it is not possible, in my view, to continue to refer to this as a "requirement" when in fact nothing is required.

L'arrêt *Ajax* a considérablement assoupli l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs, mais cette exigence existe toujours. En l'espèce, les juges majoritaires concluent que la disposition relative à la succession d'entreprise s'applique malgré l'absence de relation ou de lien entre Moderne et les quatre entrepreneurs. Je ne suis pas d'accord pour dire que le « lien » requis existe en l'espèce. J'estime, en outre, qu'on ne peut pas continuer de parler d' « exigence » de lien quand, en réalité, rien n'est exigé.

139 *Ajax* did not affect two other issues that are raised here in the context of what is and what is not a patently unreasonable interpretation of s. 45: (i) the definition of "undertaking" in s. 45; and (ii) the use of the concepts of "potential employer" and retrocession. It is to these I now turn.

L'arrêt *Ajax* n'a pas abordé deux autres points soulevés en l'espèce en ce qui concerne la question de savoir ce qui constitue ou ne constitue pas une interprétation manifestement déraisonnable de l'art. 45 : (i) la définition du terme « entreprise » figurant à l'art. 45, et (ii) le recours aux notions d' « employeur potentiel » et de rétrocession. J'examine maintenant ces questions.

I. The Definition of "Undertaking" (*entreprise*) in Section 45

The definition of "undertaking" in s. 45 as this was articulated in *Bibeault* remains unchanged by the majority's approach in *Ajax*. The holding in *Bibeault* on this issue is clear: an undertaking for the purposes of s. 45 cannot consist merely of work, tasks or functions performed by the employees under the former employer. Something more must be sold or operated by another in order for the successorship provision to be triggered.

As Beetz J. put it, at p. 1101:

> Each undertaking consists of a series of different components which together constitute an operational entity. It goes without saying that one of these components is the work done in the undertaking; but the specific identity of the undertaking is also determined by its particular physical, intellectual, human, technical and legal components.

These components are meant to include "all the means available to an employer to obtain his objective" (p. 1105). Beetz J. therefore chose to adopt a broad definition of undertaking as [TRANSLATION] "an organization of resources that together suffice for the pursuit, in whole or in part, of specific activities" or "a going concern" (from *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, at p. 231). An undertaking may indeed include the work done and hence could apply to a situation of sub-contracting if enough other elements of the business are included; however, it cannot consist merely of a transfer of work, functions or tasks.

It is the majority's opinion that in cases like the present, where all that is available to be transferred is work, functions or tasks, such a transfer should be included in the definition of "undertaking". In

I. La définition du terme « entreprise » figurant à l'art. 45

L'approche adoptée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Ajax* ne modifie pas la définition que donne l'arrêt *Bibeault* du terme « entreprise » figurant à l'art. 45. La conclusion tirée à ce sujet dans l'arrêt *Bibeault* est claire : pour l'application de l'art. 45, une entreprise ne saurait comprendre uniquement les travaux et les tâches que les salariés exécutaient pour l'employeur précédent, ni les fonctions qu'ils exerçaient pour lui. Pour que la disposition relative à la succession d'entreprise s'applique, il faut que quelque chose de plus soit vendu ou concédé. 140

Comme le juge Beetz l'a dit, à la p. 1101 : 141

> Chaque entreprise est composée d'une série d'éléments différents qui constituent l'ensemble opérationnel de l'entreprise. Il va de soi qu'un de ces éléments est le travail effectué au sein de l'entreprise. Mais l'identité particulière de l'entreprise ressort également des éléments physiques, intellectuels, humains, techniques et juridiques qui lui sont propres.

Ces éléments sont censés inclure « l'ensemble des moyens dont dispose un employeur pour atteindre la fin qu'il recherche » (p. 1105). Le juge Beetz a donc choisi d'adopter une définition large selon laquelle l'entreprise est un « *going concern* » (entreprise en exploitation) ou un « ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises » (tiré de *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, p. 231). Une entreprise peut effectivement comprendre le travail effectué et la définition d'entreprise pourrait donc s'appliquer dans un cas de sous-traitance si un nombre suffisant des autres éléments qui composent l'entreprise sont également transférés; il ne peut cependant pas s'agir uniquement d'un transfert de travaux, de fonctions ou de tâches.

Les juges majoritaires sont d'avis que, dans des cas comme la présente affaire où seuls des travaux, des fonctions ou des tâches peuvent être transférés, ce transfert doit être visé par la définition du terme 142

the Court of Appeal judgment in this case ([1999] R.J.Q. 32), LeBel J.A. (as he then was) found that the definition of undertaking adopted by Beetz J. from *Mode Amazone* included the possibility of different undertakings admitting of different degrees of the components referred to (p. 54). The passage cited from *Mode Amazone* in *Bibeault* includes, at p. 1106, the following comment: "It is not always necessary for the moveable and immovable property to be transferred, . . . for inventory and know-how to be included in the transaction." From the idea that it is possible for the elements sufficient to trigger s. 45 to be different in different cases, LeBel J.A. concluded that, where the transfer is the provision of janitorial services and where those services are the only thing available to be transferred (i.e., the work), then that is all that needs to be transferred in order to satisfy Beetz J.'s wider "organic" approach.

« entreprise ». Dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel en l'espèce ([1999] R.J.Q. 32), le juge LeBel (maintenant juge de notre Cour) a conclu que, selon la définition du mot « entreprise » que le juge Beetz a empruntée à la décision *Mode Amazone*, la mesure dans laquelle se retrouvent les éléments mentionnés peut varier d'une entreprise à l'autre (p. 54). L'extrait de la décision *Mode Amazone* que l'on trouve dans l'arrêt *Bibeault* comporte l'observation suivante, à la p. 1106 : « Il n'est pas toujours nécessaire que les meubles et que l'immeuble soient cédés, [. . .] que l'inventaire et le *know-how* soient compris dans la transaction. » Tenant pour acquis que les éléments suffisants pour déclencher l'application de l'art. 45 peuvent varier d'un cas à l'autre, le juge LeBel a conclu que, lorsque le transfert vise la prestation de services d'entretien ménager et que ces services (c'est-à-dire les travaux) sont tout ce qui peut être transféré, c'était là tout ce qui devait être transféré pour respecter la conception « organique » plus large du juge Beetz.

143 With great respect, I cannot agree with this interpretation of *Bibeault*. First, it is unclear how an interpretation based on something like the intrinsic limitations posed by the nature of janitorial services can be relied on when *Bibeault* also dealt with the provision of janitorial services. I agree with the majority that *Bibeault* certainly did not preclude the application of s. 45 in the case of such services. Indeed, I cannot see why it is impossible to transfer "something more" than work alone in this context. One could imagine the transfer of such things as the name of the company, its office, its staff (both cleaning and administrative), its "ways of doing things" (i.e., its internal structure and organization), its inventory and equipment (which might consist of specialized cleaning products or machines), its established relationships with suppliers (i.e., a component of its "good will"), its work contracts in the case where there is more than one client, and so on. I see no reason why a business that provides janitorial services should not be treated like any other business, with the possibility of having all of the attributes or indicia of a "going concern". However, the point is not that these are also

En toute déférence, je ne puis souscrire à cette interprétation de l'arrêt *Bibeault*. Premièrement, on ne voit pas clairement comment on peut s'appuyer sur une interprétation fondée sur quelque chose comme les restrictions dues à la nature des services d'entretien ménager, alors que l'arrêt *Bibeault* portait également sur la prestation de services d'entretien ménager. Je conviens avec les juges majoritaires que l'arrêt n'empêchait sûrement pas l'application de l'art. 45 dans le cas de ces services. En fait, je ne vois pas pourquoi il est impossible de transférer « quelque chose de plus » que les travaux dans ce contexte. On pourrait imaginer le transfert de choses comme le nom de la société, son bureau, son personnel (tant le personnel d'entretien que le personnel administratif), sa « façon de faire les choses » (c'est-à-dire sa structure et son organisation internes), son inventaire et son matériel (qui pourraient comprendre des produits ou des machines de nettoyage spécialisés), les relations qu'elle a établies avec des fournisseurs (c'est-à-dire un élément de son « fonds commercial »), ses contrats de louage de services dans les cas où il y a plus d'un client, et ainsi de suite. Je ne vois pas pourquoi une entreprise qui fournit des

janitorial services and *Bibeault* left open the possibility that s. 45 would apply; the point is that in the present case, as in *Bibeault*, there is nothing else but the work that passes. This is precisely the situation in which Beetz J. said that "the functional approach" was impermissible, and I cannot agree that this is consistent with a finding of successoral rights in a situation where functions alone pass. Beetz J. held that the successorship provision should not be triggered in such a situation. In my opinion, the interpretation of that case adopted by the majority in the present instance inverts that central point.

services d'entretien ménager ne devrait pas être traitée comme toute autre entreprise et présenter tous les attributs ou signes d'une entreprise en exploitation. Toutefois, ce qui importe est non pas le fait qu'il est également question de services d'entretien ménager et que l'arrêt *Bibeault* a maintenu la possibilité que l'art. 45 s'applique, mais le fait qu'ici, comme dans l'affaire *Bibeault*, seuls les travaux sont transférés. C'est exactement le genre de situation où « la conception fonctionnelle » est inacceptable selon le juge Beetz; je ne saurais donc accepter que cela est conforme à la conclusion qu'il existe des droits de succession d'entreprise dans le cas où seules des fonctions sont transférées. Le juge Beetz a décidé que la disposition relative à la succession d'entreprise ne doit pas s'appliquer dans un tel cas. Je suis d'avis que l'interprétation de cet arrêt adoptée par la Cour à la majorité en l'espèce renverse cette décision fondamentale.

As I see it, *Bibeault*'s prohibition of a purely functional definition of "undertaking" has effectively been removed if, as the majority here maintains, mere functions can constitute an undertaking in situations where there is nothing else but functions. Rather than precluding the use of the successorship provision, a purely functional situation does the opposite, triggering it.

144 Selon moi, l'interdiction par l'arrêt *Bibeault* du recours à une définition purement fonctionnelle du terme « entreprise » est effectivement éliminée si, comme les juges majoritaires l'affirment en l'espèce, de simples fonctions peuvent constituer une entreprise dans les cas où il n'y a rien d'autre que des fonctions. Au lieu d'empêcher le recours à la disposition relative à la succession d'entreprise, une définition purement fonctionnelle fait le contraire, en ce sens qu'elle déclenche l'application de cette disposition.

Like Zerbisias J. (*ad hoc*) in *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1 (C.A.), and *Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.), I am troubled by the majority's position that the "organic" rather than "functional" approach is being used when the former can simply amount to the latter. My view is that *Bibeault* should not effectively be overruled and the decisions in the present case should be declared

145 À l'instar de madame le juge Zerbisias dans les arrêts *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1 (C.A.), et *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.), j'estime dangereux de dire, comme l'ont fait les juges majoritaires, que c'est la conception « organique » qui doit s'appliquer au lieu de la conception « fonctionnelle », alors que la conception « organique » est simplement jugée équivalente à la conception « fonctionnelle ». À mon sens, il n'y a pas lieu de renverser l'arrêt *Bibeault* dans les faits et les décisions en l'espèce devraient être déclarées manifestement déraison-

patently unreasonable for the way that they misinterpret *Bibeault*.

146 The majority here argues that we are in a very different situation with respect to s. 45 than we were in when *Bibeault* was decided — the Labour Court has nearly unanimously settled on a political interpretation of s. 45. It is certainly true that the situation is not one of controversy or paralysis now, as it was then. However, in my view, an agreement to ignore *Bibeault* or to undermine the organic definition in *Bibeault* should not acquire the force of law simply because the Labour Court has agreed to do it and has more or less consistently taken that approach. This is a basis for finding the approach "patently unreasonable" rather than a justification for deference.

147 I cannot agree with deference on this matter in particular because when the Legislature amended the Quebec *Labour Code* to adopt the present text of s. 46, a move to better insulate decisions of the Labour Court, it was well aware of the interpretation given to s. 45 in *Bibeault* and chose to retain it. Deference to the Labour Court should not now be used to justify an interpretation of s. 45 that is inconsistent with *Bibeault*.

148 Both the majority and the Court of Appeal judgment by LeBel J.A. maintain that the definition of "undertaking" should be subservient to the nature of the legal relation and that *Bibeault* should be distinguished on its facts from the present decision because the Schoolboard in that case was never bound by the certification and did not use its employees to do the work there, whereas, in this case, Ivanhoe did do the work with its employees prior to its contract with Moderne. I do not think that the factual distinction between that case and

nables en raison de la mauvaise interprétation de l'arrêt *Bibeault* qui y est donnée.

Dans le présent pourvoi, les juges majoritaires estiment que, en ce qui concerne l'art. 45, nous nous trouvons dans une situation très différente de celle qui existait au moment où l'arrêt *Bibeault* a été rendu — le Tribunal du travail a opté presque à l'unanimité pour une interprétation politique de l'art. 45. Certes, il est vrai qu'on ne trouve pas ici la controverse ou le blocage qui existait dans cette affaire. J'estime cependant qu'une entente selon laquelle on ne tiendra pas compte de l'arrêt *Bibeault* ou on minera la définition organique donnée dans cet arrêt ne doit pas avoir force exécutoire simplement parce que le Tribunal du travail a accepté de le faire et qu'il a plus ou moins constamment adopté ce point de vue. Il s'agit là d'une raison de conclure que cette approche est « manifestement déraisonnable » et non pas d'une raison de faire preuve de retenue.

En toute déférence, je ne peux pas être d'accord sur ce point étant donné, en particulier, que le législateur était bien conscient de l'interprétation de l'art. 45 donnée dans l'arrêt *Bibeault* et qu'il a décidé de la maintenir lorsqu'il a modifié le *Code du travail* du Québec pour adopter le texte actuel de l'art. 46 afin de mieux protéger les décisions du Tribunal du travail. La retenue envers le Tribunal du travail ne doit pas servir à justifier une interprétation de l'art. 45 qui soit incompatible avec l'arrêt *Bibeault*.

Selon l'arrêt majoritaire de notre Cour et l'arrêt rendu en Cour d'appel par le juge LeBel, la définition du terme « entreprise » doit dépendre de la nature du lien de droit et une distinction factuelle doit être établie entre le présent arrêt et l'arrêt *Bibeault*, en ce sens que la commission scolaire dont il était question dans ce dernier cas n'avait jamais été liée par l'accréditation et n'avait pas confié l'exécution des travaux à ses salariés, tandis qu'en l'espèce Ivanhoe faisait exécuter les travaux par ses salariés avant de conclure un contrat avec Moderne. Je ne crois pas que la distinction factuelle entre l'arrêt *Bibeault* et la présente affaire ait de l'importance en ce qui concerne l'interdiction

this case is material to that case's prohibition of the functional definition of an undertaking.

II. The Use of the Concepts of "Potential Employer" and Retrocession

The patently unreasonable nature of the "potential employer" and retrocession argument used in the courts below does not relate to the issue of whether or not *Bibeault* was being properly followed. This way of reactivating "the former employer" status under s. 45 was not at issue in *Bibeault*. Hence, whether or not its use in the present case is patently unreasonable depends not on *Bibeault* but on how it sits in relation to the text of s. 45.

The "potential employer" or retrocession argument here works in the following way: because the original employer, the appellant Ivanhoe, handled the janitorial services in the buildings it managed prior to its contract with Moderne, the termination of this contract creates a situation in which the undertaking transferred to Moderne returns to Ivanhoe in order to be re-transferred to the four new contractors; see pp. 68-72 of the Court of Appeal judgment. This means that under s. 45, the appellant Ivanhoe is the "potential" "new employer", because it has control over the activity and may decide to carry it on itself. With regard to the transaction between Ivanhoe and the four new contractors, however, Ivanhoe is "the former employer" and the four contractors are "[t]he new employer" even though it is Moderne who was the last business to carry on the work and to have had actual employees to that end. Hence, the concept of "potential employer" and the possibility of retrocession are used to keep Ivanhoe in the position of "the former employer" under s. 45.

This interpretation is in no way supported by the text of s. 45 and, in my opinion, is a patently unreasonable interpretation of that provision. There is no reason to think that "the former employer" referred to in the provision is meant to reach back in time in this way and to infer an intention to carry on an undertaking when there is

par cet arrêt de la définition fonctionnelle du terme « entreprise ».

II. Le recours aux notions d' « employeur potentiel » et de rétrocession

149 Le caractère manifestement déraisonnable de la théorie de l' « employeur potentiel » et de la rétrocession invoquée devant les cours d'instance inférieure n'a rien à voir avec la question de savoir si l'arrêt *Bibeault* a été suivi à bon droit. Cette façon de redonner le statut d' « employeur précédent » au sens de l'art. 45 n'était pas en cause dans l'arrêt *Bibeault*. Il faut donc se fonder non pas sur l'arrêt *Bibeault* mais sur le libellé de l'art. 45 pour décider s'il est manifestement déraisonnable de recourir à cette théorie en l'espèce.

150 En l'espèce, la théorie de l' « employeur potentiel » ou de la rétrocession est la suivante : puisque l'employeur initial, l'appelante Ivanhoe, assurait les services d'entretien ménager dans les édifices qu'il gérait avant de conclure un contrat avec Moderne, l'expiration de ce contrat engendre une situation où l'entreprise cédée à Moderne retourne à Ivanhoe pour être recédée aux quatre nouveaux entrepreneurs; voir p. 68-72 de l'arrêt de la Cour d'appel. Cela signifie que, pour l'application de l'art. 45, l'appelante Ivanhoe est le « nouvel employeur » « potentiel », parce qu'elle contrôle l'activité et peut décider de l'exercer elle-même. Toutefois, en ce qui concerne l'opération intervenue entre Ivanhoe et les quatre nouveaux entrepreneurs, Ivanhoe est « l'employeur précédent » et les quatre entrepreneurs sont « le nouvel employeur », même si Moderne était la dernière entreprise à avoir exécuté les travaux et à avoir eu des salariés à cette fin. De ce fait, la notion de l' « employeur potentiel » et la possibilité de rétrocession servent à maintenir Ivanhoe dans la position de « l'employeur précédent » au sens de l'art. 45.

151 Cette interprétation n'est nullement appuyée par le libellé de l'art. 45 et constitue, à mon avis, une interprétation manifestement déraisonnable de cette disposition. Rien ne donne à penser que la notion de « l'employeur précédent » figurant dans cette disposition permet de remonter ainsi dans le temps et d'inférer l'existence d'une intention d'ex-

no indication of that intention. This is particularly troubling in light of the fact that no employees are being transferred and "the potential employer" has no employees to receive the benefit of the transferred certification. In other words, the provision itself gives no indication that it is meant to apply to more than the last two actual employers in a line of successive employers. Hence, the creation of this new category, "potential employer", is nowhere supported by the text.

ploiter une entreprise lorsque rien ne permet de croire qu'une telle intention existe. Cela est particulièrement troublant compte tenu du fait qu'aucun salarié n'est transféré et que « l'employeur potentiel » ne compte aucun salarié susceptible de bénéficier de l'accréditation transmise. En d'autres termes, la disposition elle-même n'indique nullement qu'elle doit s'appliquer à plus d'employeurs qu'aux deux derniers d'une série d'employeurs successifs. Partant, la création de cette nouvelle catégorie de l' « employeur potentiel » n'est aucunement appuyée par le texte de la disposition.

152 Moreover, retrocession is an entirely fictional operation. While it is true, as the majority points out, that the law admits of instances of "legal fiction", I cannot accept that in this context. Labour legislation is specific and technical; it reflects social policy and is not suited to additions by way of judicial constructs. Employment is a real thing, not a fiction, and certification exists for the benefit of actual employees. Ivanhoe ceased being the employer of the janitorial staff in 1989 when it transferred all of those employees to Moderne. At that time, for the purposes of that transfer of successoral rights, it was "the former employer" as *per* s. 45. Indeed, the transfer of these rights from Ivanhoe to Moderne went uncontested at that time. Moderne became the new employer of these former employees of Ivanhoe and the collective agreement that had bound Ivanhoe was then transferred to Moderne. These employees worked for Moderne. And when the contract between Ivanhoe and Moderne came to an end in 1991, these employees were dismissed by Moderne. Ivanhoe could not be said to have become their employer again in any way. First, Ivanhoe did not re-enter the business of performing these janitorial services, thereby reactivating its status as an employer in any real way. Ivanhoe did not hire any employees to perform janitorial services, whether from Moderne or any other source. Second, the new companies performing the work did not include any of these Moderne/former-Ivanhoe employees. Indeed, in addition to the services performed, the only thing that has been kept constant in these various configurations of employer and employees is in fact the union certification. It is, in my opin-

De plus, la rétrocession est une opération entièrement fictive. Bien qu'il soit vrai, comme le soulignent les juges majoritaires, que le droit permet la « fiction juridique » dans certains cas, j'estime que cela ne s'applique pas dans le présent contexte. La législation en matière de travail est particulière et technique; elle reflète une politique sociale et ne se prête pas aux ajouts faits au moyen d'interprétations judiciaires. L'emploi est une réalité, pas une fiction, et l'accréditation existe au profit de salariés réels. Ivanhoe a cessé d'être l'employeur du personnel d'entretien ménager en 1989, au moment où elle a transféré tous ces salariés chez Moderne. À cette époque, pour les fins de cette transmission de droits de succession d'entreprise, elle était « l'employeur précédent » au sens de l'art. 45. En fait, personne n'a alors contesté la transmission de ces droits d'Ivanhoe à Moderne. Moderne est devenue le nouvel employeur de ces anciens salariés d'Ivanhoe et la convention collective qui avait lié Ivanhoe a alors été transmise à Moderne. Ces salariés travaillaient pour Moderne et, lorsque le contrat entre Ivanhoe et Moderne a pris fin en 1991, ils ont été licenciés par Moderne. On ne pouvait pas dire qu'Ivanhoe était redevenue leur employeur de quelque manière que ce soit. Premièrement, Ivanhoe n'a pas recommencé à fournir les services d'entretien ménager en cause, ce qui aurait eu pour effet de lui redonner son statut d'employeur. Elle n'a embauché aucun salarié de Moderne ou d'un autre employeur pour fournir des services d'entretien ménager. Deuxièmement, aucun salarié de Moderne/ancien salarié d'Ivanhoe ne travaillait pour les nouvelles entreprises qui exécutaient les travaux. En fait, outre les services

ion, patently unreasonable to keep this certification alive through an artificial interpretation of s. 45.

fournis, l'accréditation syndicale est la seule chose qui soit demeurée constante dans ces différentes configurations d'employeurs et de salariés. J'estime qu'il est manifestement déraisonnable de maintenir en vigueur cette accréditation au moyen d'une interprétation artificielle de l'art. 45.

It is true, as the majority points out at para. 88, that it is Ivanhoe who retains the power to consign the undertaking at the end of the contract. In the case of short-term or temporary contracts, it is also true that the termination of the contract will result in a failure to carry over the collective agreement and a failure to re-visit the certification upon Ivanhoe, absent retrocession or some such operation. This creates the possibility of using short-term or temporary contracts to evade collective agreements and in effect "oust" a union by failing to re-visit certification upon the original "potential employer" (or what we might think of as the potential "re-employer") under s. 45. However, this is how s. 45 is written. It is not ambiguous. Its scope is well defined. When the legislature amended s. 46, it did not amend s. 45 to add the concept of "potential employer" to "former employer", nor did it stipulate the possibility of fictitious relations between the original employer and successive employers. Inaction by the Legislature should not be held to be equivalent to legislative ratification of Labour Court decisions; otherwise, judicial review itself is threatened. This is, in my opinion, a forced and artificial interpretation that the words in the text of the provision cannot reasonably bear.

153 Il est vrai, comme les juges majoritaires le font observer au par. 88, que c'est Ivanhoe qui détient le pouvoir de concéder l'entreprise à l'expiration du contrat. Dans le cas des contrats à court terme ou temporaires, il est également vrai que l'expiration du contrat empêche la transmission de la convention collective et de l'accréditation à Ivanhoe en l'absence de rétrocession ou d'opération de la sorte. Il existe alors une possibilité que des contrats à court terme ou temporaires servent à contourner des conventions collectives et, en fait, à évincer un syndicat en ne transmettant pas l'accréditation à l'« employeur potentiel » initial (que nous pourrions également considérer comme étant le « nouvel employeur » potentiel) en application de l'art. 45. Telle est toutefois la manière dont l'art. 45 est rédigé. Cet article n'est pas ambigu. Sa portée est bien définie. Lorsque le législateur a modifié l'art. 46, il n'a pas modifié l'art. 45 de manière à ajouter le concept d' « employeur potentiel » à celui d' « employeur précédent » et il n'a pas non plus mentionné la possibilité de liens fictifs entre l'employeur initial et les employeurs qui lui succèdent. Il n'y a pas lieu de considérer que l'inaction du législateur équivaut à une ratification des décisions du Tribunal du travail; si c'était le cas, le contrôle judiciaire serait lui-même en péril. Il s'agit, selon moi, d'une interprétation artificielle et forcée qui ne peut pas raisonnablement s'appuyer sur le libellé de la disposition.

Indeed, the forced or artificial nature of the interpretation in my view can be seen in the difficulties raised by two other issues in this case: (a) the issue of why the certification passes but the collective agreement does not; and (b) what I call here, for the sake of brevity, "the s. 41 incongruity".

154 J'estime, en effet, que les difficultés soulevées par deux autres questions en l'espèce font ressortir le caractère forcé ou artificiel de cette interprétation : a) la question de savoir pourquoi l'accréditation est transmise, mais pas la convention collective, et b) ce que, par souci de concision, j'appelle en l'espèce « l'incongruité de l'art. 41 ».

A. *What Prevents the Collective Agreement from Passing?*

155 In addition to the certification, s. 45 stipulates that the alienation or operation by another of the undertaking shall not invalidate any collective agreement. Indeed, when Ivanhoe transferred the undertaking and its employees to Moderne in 1989 in that uncontested proceeding, the collective agreement followed the undertaking without comment. One of the collective agreements between Moderne and the Union expired prior to the end of Ivanhoe's contract with Moderne — the collective agreement expired on May 22, 1991, and the contract between Ivanhoe and Moderne came to an end on August 31, 1991. However, Moderne and the Union entered into a second collective agreement that was to commence August 29, 1991. Hence, that second collective agreement was in force just prior to the end of the contract between Ivanhoe and Moderne and is certainly capable of being transferred with the certification.

156 Yet, every decision-maker in this case has held that the collective agreement entered into by Moderne and the Union could not be transferred back to Ivanhoe in order to be re-transferred to the four new employers along with the certification. In other words, they found that the retrocession argument could not be applied to the collective agreement. It is important to consider why this was so. More precisely, if the retrocession argument is sound, why would it not be applied to the collective agreement? Why stop with the certification? The new employers were not involved in negotiations or discussions dealing with either the certification or the collective agreement. In my opinion, this refusal indicates a problem with the retrocession approach. In short, if that approach was perfectly valid and legitimate, the collective agreement would have been included with the certification. The fact that it was not indicates that something is wrong with the retrocession argument.

157 As the majority points out, the Labour Court recognizes the need to modify collective agreements or refuse their transfer in a variety of situa-

A. *Qu'est-ce qui empêche la transmission de la convention collective?*

Selon l'article 45, l'aliénation ou la concession de l'entreprise n'invalide aucune accréditation ni aucune convention collective. En réalité, lorsqu'Ivanhoe a cédé l'entreprise et ses salariés à Moderne en 1989 dans le cadre de cette procédure non contestée, la convention collective a suivi l'entreprise sans que cela ne donne lieu à aucun commentaire. L'une des conventions collectives entre Moderne et le syndicat a expiré avant la fin du contrat d'Ivanhoe avec Moderne — la convention collective a expiré le 22 mai 1991 et le contrat entre Ivanhoe et Moderne a pris fin le 31 août 1991. Toutefois, Moderne et le syndicat ont conclu une deuxième convention collective qui devait entrer en vigueur le 29 août 1991. Par conséquent, cette deuxième convention collective était en vigueur juste avant la fin du contrat entre Ivanhoe et Moderne et elle peut certainement être transmise avec l'accréditation.

Pourtant, tous les décideurs en l'espèce ont jugé que la convention collective conclue par Moderne et le syndicat ne pouvait pas être retransmise à Ivanhoe pour pouvoir être ensuite transmise avec l'accréditation aux quatre nouveaux employeurs. En d'autres termes, ils ont conclu que la théorie de la rétrocession ne pouvait pas s'appliquer à la convention collective. Il importe d'examiner pourquoi ils en sont arrivés à cette conclusion. Plus précisément, si la théorie de la rétrocession est bien fondée, pourquoi ne s'appliquerait-elle pas à la convention collective? Pourquoi devrait-elle s'arrêter à l'accréditation? Les nouveaux employeurs n'ont participé ni aux négociations ni aux discussions relatives à l'accréditation ou à la convention collective. À mon avis, ce refus indique que la théorie de la rétrocession pose un problème. Bref, si cette théorie était parfaitement valide et légitime, la convention collective aurait été transmise avec l'accréditation. Le fait que cela n'a pas été le cas indique que la théorie de la rétrocession comporte une faille.

Comme les juges majoritaires le font remarquer, le Tribunal du travail reconnaît la nécessité de modifier les conventions collectives ou de refuser

tions. However, normally, in cases where the successorship provision applies, the collective agreement passes automatically with the certification. Section 45 treats both together. This makes sense, since the collective agreement is required in order to fully protect employees against the new employer who may alter working conditions or engage in behaviour detrimental to the union in the time it takes to arrive at a new collective agreement. Certification is one battle on the road to a unionized workplace; arriving at a collective agreement is another. It is a recognition of the vulnerability of the union at the stage when it has no collective agreement that explains why in the case of a true successorship situation, the collective agreement follows the certification. In order for the operation of the successorship provision to be meaningful, one must follow the other.

leur transmission dans divers cas. Normalement, toutefois, dans les cas où la disposition relative à la succession d'entreprise s'applique, la convention collective est automatiquement transmise avec l'accréditation. L'article 45 les traite ensemble. Cela est logique puisque la convention collective est nécessaire pour protéger complètement les salariés contre le nouvel employeur qui peut modifier les conditions de travail ou adopter un comportement préjudiciable au syndicat pendant la période requise pour conclure une nouvelle convention collective. L'établissement d'un milieu de travail syndiqué passe par l'accréditation et par la conclusion d'une convention collective. L'accréditation est une reconnaissance de la vulnérabilité du syndicat au moment où il n'a aucune convention collective, ce qui explique pourquoi, dans le cas d'une concession véritable d'entreprise, la convention collective suit l'accréditation. Pour que l'application de la disposition relative à la succession d'entreprise soit utile, l'une doit suivre l'autre.

The majority here argues that the Labour Court was entitled to refuse the transfer of the collective agreement by exercising its discretion under s. 46 of the Quebec *Labour Code*. However, neither the labour commissioner nor the Labour Court purported to exercise their discretion under s. 46. I find it difficult to accept that this is what occurred, in fact.

158 En l'espèce, les juges majoritaires affirment que le Tribunal du travail avait le droit de refuser la transmission de la convention collective en exerçant le pouvoir discrétionnaire qu'il tient de l'art. 46 du *Code du travail* du Québec. Toutefois, ni le commissaire du travail ni le Tribunal du travail ne paraissent avoir exercé le pouvoir discrétionnaire que leur confère cet article. Il m'est difficile d'accepter qu'ils l'ont fait en réalité.

The consensus amongst all decision-makers in this case that the collective agreement should not follow the certification indicates to me that there is a kind of tacit acknowledgment that this is not in fact a "true" successorship situation. There is, in other words, a recognition that extending the certification to the four new contractors *via* the retrocession argument is tenuous at best, and it is simply too much of a reach to include the collective agreement. Not only are the contractors strangers to this agreement (as is the case in the transfer of a collective agreement in any successorship situation), but so are all of the people working for the new contractors. These are not the Moderne/former-Ivanhoe employees. Those employees would have some kind of redress if the

159 Le consensus qui se dégage parmi tous les décideurs en l'espèce, selon lequel la convention collective ne doit pas suivre l'accréditation, révèle, selon moi, qu'on semble reconnaître tacitement qu'en fait il n'est pas question ici d'une concession « véritable » d'entreprise. En d'autres termes, on reconnaît que la transmission de l'accréditation aux quatre nouveaux entrepreneurs au moyen de la théorie de la rétrocession n'est pas entièrement fondée et qu'il est tout simplement exagéré de transmettre la convention collective. Non seulement les entrepreneurs ne sont-ils pas partie à cette convention (comme c'est le cas lors de la transmission d'une convention collective à la suite d'une concession d'entreprise), mais il en est de même pour toutes les personnes qui travaillent pour les

second collective agreement were allowed to pass, but passing the certification without the collective agreement is a hollow victory for the union-side in this case — the original employees certainly do not win. The creation of this odd "half-way house" position, allowing the certification to pass but not the collective agreement, indicates to me that this is not a situation in which the successorship provision should apply at all. If it were, then the collective agreement should also pass. Indeed, given the fact that the original employees are not protected by the decision in this case, one must ask what the point of this "compromise" is.

160 It is my view that neither the collective agreement nor the certification should pass in these circumstances. This is simply not a true successorship situation that should trigger s. 45. In other words, the retrocession argument forces us into a patently unreasonable interpretation of this provision that consensus on the collective agreement issue shows we are not really willing to live with.

B. *The Section 41 Incongruity*

161 A further indication that there is a problem with the interpretation of s. 45 in this case may be seen in the issue of what I call "the s. 41 incongruity". The focus here is on the difficulty created by allowing Ivanhoe to make a s. 41 request because of its status as employer, but borrowing the "former employer" analysis from the retrocession interpretation of s. 45 to deny the request. In other words, why is Ivanhoe considered the employer for the purposes of making the request, but is then denied the request on the grounds that it is a previous employer and that representation must be verified by looking at the present temporary employ-

nouveaux entrepreneurs. Ces personnes ne sont pas les salariés de Moderne/anciens salariés d'Ivanhoe. Ces salariés auraient un certain recours si l'on permettait que la deuxième convention collective soit transmise, mais la transmission de l'accréditation sans la convention collective est une victoire sans lendemain pour la partie syndicale en l'espèce — les salariés initiaux ne gagnent sûrement rien. La création de cette étrange situation « intermédiaire » où la transmission de l'accréditation est permise, mais non celle de la convention collective, révèle, selon moi, que le présent cas ne se prête pas à l'application de la disposition relative à la succession d'entreprise. Si cette disposition s'appliquait, la convention collective devrait également être transmise. D'ailleurs, compte tenu du fait que les salariés initiaux ne sont pas protégés par la décision rendue en l'espèce, il faut se demander à quoi sert ce « compromis ».

À mon avis, ni la convention collective ni l'accréditation ne devraient être transmises dans les circonstances. Nous ne sommes tout simplement pas en présence d'une concession véritable d'entreprise qui doit déclencher l'application de l'art. 45. Autrement dit, la théorie de la rétrocession nous force à adopter une interprétation manifestement déraisonnable de cette disposition, que nous ne sommes pas vraiment disposés à accepter comme le démontre le consensus relatif à la question de la convention collective.

B. *L'incongruité de l'art. 41*

On peut également constater que l'interprétation de l'art. 45 pose un problème en l'espèce en raison de ce que j'appelle « l'incongruité de l'art. 41 ». Dans la présente affaire, l'accent est mis sur la difficulté résultant du fait que l'on permet à Ivanhoe de présenter une requête fondée sur l'art. 41 en raison de son statut d'employeur et que l'on rejette ensuite sa requête pour le motif qu'elle est « l'employeur précédent » selon une interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession. En d'autres termes, comment peut-on expliquer qu'Ivanhoe est considérée comme étant l'employeur au moment de présenter sa requête et qu'elle voit ensuite sa requête rejetée pour le motif qu'elle est un employeur précédent et qu'il faut

ers? Why is its status as employer sufficient at one level but not at the next?

examiner les circonstances relatives aux employeurs temporaires actuels pour vérifier la représentation des salariés? Pourquoi son statut d'employeur suffit-il à un niveau et non à l'autre niveau?

Section 41 concerns an employer's ability to ask for a tallying of support for the union amongst the group of employees the union purports to represent and, where there is a lack of support, to ask for a cancellation of the certification. However, s. 41 requires that a certain amount of time pass before the employer is allowed to make this request. 162

L'article 41 autorise un employeur à demander le décompte des salariés qui appuient le syndicat dans le groupe que celui-ci est censé représenter et à demander la révocation de l'accréditation si le syndicat n'est pas appuyé par les salariés. Toutefois, l'art. 41 prescrit l'écoulement d'un certain délai avant que l'employeur puisse présenter cette requête.

The relevant provisions, as they existed in 1992, read: 163

Les dispositions pertinentes, telles qu'elles existaient en 1992, se lisent ainsi:

22. Certification may be applied for

. . .

(*c*) after six months from the expiration of the delays provided in section 58, in the case of a group of employees for whom a collective agreement has not been made or for whom a dispute has not been submitted for arbitration or is not the object of a strike or lock-out permitted by this code;

. . .

41. A labour commissioner may, at the time fixed in paragraph *c* . . . of section 22 . . . cancel the certification of an association that

(*a*) has ceased to exist, or

(*b*) no longer comprises the absolute majority of the employees of the bargaining unit for which it was certified.

. . .

58. The right to strike or to a lock-out shall be acquired 90 days after reception by the Minister of a copy of the notice sent to him in accordance with section 52.1 or that he is deemed to have received in accordance with section 52.2, unless a collective agreement has been reached between the parties or unless, by mutual consent, they decide to submit their dispute to an arbitrator.

Section 52.2 deems notice to have been given on the day of the expiration of the collective agreement.

22. L'accréditation peut être demandée

. . .

c) après six mois de l'expiration des délais prévus à l'article 58, à l'égard d'un groupe de salariés pour lesquels une convention collective n'a pas été conclue, ou pour lesquels un différend n'a pas été soumis à l'arbitrage ou ne fait pas l'objet d'une grève ou d'un lock-out permis par le présent code;

. . .

41. Un commissaire du travail peut, au temps fixé au paragraphe *c* [. . .] de l'article 22, [. . .] révoquer l'accréditation d'une association qui :

a) a cessé d'exister, ou

b) ne groupe plus la majorité absolue des salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle elle a été accréditée.

. . .

58. Le droit à la grève ou au lock-out est acquis 90 jours après la réception par le ministre de la copie de l'avis qui lui a été transmise suivant l'article 52.1 ou qu'il est réputé avoir reçue suivant l'article 52.2, à moins qu'une convention collective ne soit intervenue entre les parties ou à moins que celles-ci ne décident d'un commun accord de soumettre leur différend à un arbitre.

En vertu de l'art. 52.2, l'avis est réputé avoir été donné le jour de l'expiration de la convention collective.

164 Ivanhoe made its request for cancellation of the certification on January 14, 1992, arguing (i) that it no longer employed the janitorial staff who had been transferred to Moderne in the May 22, 1991 transfer of certification; and (ii) its collective agreement with the Union ended on May 22, 1989, respecting the nine-month waiting period.

165 Here, s. 52.2 would deem notice to have been given May 22, 1989, the date of the expiration of the collective agreement between Ivanhoe and the Union. The 90 days required under s. 58, added to the six months in s. 22(*c*), make for a total of nine months. This means that Ivanhoe was required to wait until at least February 22, 1990 to make the s. 41 request. By this calculation, the January 14, 1992 request is well past the required waiting period.

166 The Union argued before labour commissioner Boily that (i) Ivanhoe did not have the legal interest required to make the request; (ii) the request had not respected the required waiting period; and (iii) revoking Ivanhoe's certification would have consequences on the certification that was transferred to Moderne.

167 Labour commissioner Boily rejected Ivanhoe's January 14, 1992 request. He said that, given the May 22, 1991 transfer of the certification to Moderne, Ivanhoe's request had no object. However, as the majority points out, he implicitly accepted Ivanhoe's position that the May 22, 1989 date should be used to calculate the waiting period.

168 Judge Prud'homme of the Labour Court may be similarly said to have accepted the use of the 1989 date for the purpose of calculating the delay: [1993] T.T. 600. He found that the problem with Ivanhoe's request was not that Ivanhoe lacked the interest to ask for a cancellation of the certification under s. 41. Citing *Entreprises Rolland Bergeron inc. v. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331 (C.A.), he said

Ivanhoe a présenté sa requête en révocation de l'accréditation le 14 janvier 1992, en faisant valoir (i) qu'elle n'employait plus le personnel d'entretien ménager qui avait été transféré chez Moderne dans le cadre de la transmission de l'accréditation du 22 mai 1991, et (ii) que sa convention collective avec le syndicat avait pris fin le 22 mai 1989, de sorte que le délai d'attente de neuf mois était respecté.

En vertu de l'art. 52.2, l'avis serait réputé avoir été donné le 22 mai 1989 en l'espèce, c'est-à-dire à la date d'expiration de la convention collective intervenue entre Ivanhoe et le syndicat. Les 90 jours requis par l'art. 58, ajoutés aux six mois mentionnés au par. 22*c*), représentent un total de neuf mois. Cela signifie qu'Ivanhoe était tenue d'attendre au moins jusqu'au 22 février 1990 pour présenter la requête fondée sur l'art. 41. Selon ce calcul, le délai d'attente prescrit était expiré depuis longtemps lorsque la requête a été présentée le 14 janvier 1992.

Le syndicat a prétendu devant le commissaire du travail Boily (i) qu'Ivanhoe n'avait pas l'intérêt juridique requis pour présenter la requête, (ii) que le délai d'attente prescrit pour présenter la requête n'avait pas été respecté et (iii) que la révocation de l'accréditation relative à Ivanhoe aurait des conséquences sur l'accréditation transmise à Moderne.

Le commissaire du travail Boily a rejeté la requête présentée le 14 janvier 1992 par Ivanhoe. Selon lui, la requête d'Ivanhoe était inutile étant donné que l'accréditation avait été transmise à Moderne le 22 mai 1991. Toutefois, comme les juges majoritaires le soulignent, il a implicitement retenu le point de vue d'Ivanhoe selon lequel il y avait lieu d'utiliser la date du 22 mai 1989 pour calculer le délai d'attente.

De même, on peut affirmer que le juge Prud'homme, du Tribunal du travail, a accepté que la date de 1989 serve à calculer le délai en cause : [1993] T.T. 600. Selon lui, le problème posé par la requête d'Ivanhoe ne résultait pas d'un défaut d'intérêt requis pour demander la révocation de l'accréditation aux termes de l'art. 41. Citant l'arrêt *Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy*,

that Ivanhoe did have a sufficient interest. However, he denied the request, rejecting the argument that Ivanhoe had the right to cancellation of the certification due to the absence of employees, because Ivanhoe should not be allowed, at the end of its contract, to resume its position as employer without the certification or to pass the work on by awarding a new contract without the certification, thereby effectively "ousting" the Union. In other words, he found that Ivanhoe had the right to ask for cancellation of the certification, but it must listen to the response — no.

[1987] R.J.Q. 2331 (C.A.), il a précisé qu'Ivanhoe avait un intérêt suffisant. Toutefois, écartant l'argument selon lequel Ivanhoe avait droit à la révocation de l'accréditation en raison de l'absence de salariés, il a rejeté la requête pour le motif qu'il n'y avait pas lieu de permettre à Ivanhoe de retrouver, à la fin de son contrat, son statut d'employeur sans l'accréditation ou de transférer le travail au moyen d'un nouveau contrat sans l'accréditation, et d'évincer ainsi le syndicat. Autrement dit, il a décidé qu'Ivanhoe avait le droit de demander la révocation de l'accréditation, mais qu'elle devait respecter la réponse négative.

At the Court of Appeal, LeBel J.A. did two things. First, he revived the timeliness issue. Choosing the date of the expiration of the collective agreement between Moderne and the Union (May 22, 1991), rather than the date of the expiration of the collective agreement between Ivanhoe and the Union (May 22, 1989), he found that only eight months had passed between the expiration of the collective agreement and the s. 41 request. Secondly, he disagreed with Judge Prud'homme's ruling that Ivanhoe had a sufficient interest to bring the request but should be denied cancellation under s. 41 in the circumstances, finding instead that Ivanhoe lacked the interest to make the request. With respect, I cannot agree with LeBel J.A. on either of these issues.

169 En Cour d'appel, le juge LeBel a fait deux choses. Premièrement, il a repris la question du respect du délai. Choisissant la date d'expiration de la convention collective intervenue entre Moderne et le syndicat (le 22 mai 1991) au lieu de la date d'expiration de la convention collective intervenue entre Ivanhoe et le syndicat (le 22 mai 1989), il a conclu que seulement huit mois s'étaient écoulés entre l'expiration de la convention collective et la requête fondée sur l'art. 41. Deuxièmement, il a exprimé son désaccord avec la décision du juge Prud'homme qu'Ivanhoe avait un intérêt suffisant pour présenter la requête, mais que la révocation en vertu de l'art. 41 devait lui être refusée dans les circonstances, estimant plutôt qu'Ivanhoe n'avait pas l'intérêt requis pour présenter la requête. En toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion du juge LeBel sur ces deux questions.

It is true that using the date of the expiration of the collective agreement between Moderne and the Union (May 22, 1991), only eight months separate that date and the date of the s. 41 request (January 14, 1992). However, the collective agreement in question is the agreement between Ivanhoe and the Union, not Moderne and the Union — it is Ivanhoe who is making the request. That agreement expired on May 22, 1989. LeBel J.A. does not explain why the labour commissioner and the Labour Court were wrong to have chosen the Ivanhoe collective agreement and why it is appropriate to use the Moderne collective agreement here. It might be that the May 22, 1991 transfer of the certification to Moderne justifies a refusal of the request made

170 Il est vrai que si on utilise la date d'expiration de la convention collective intervenue entre Moderne et le syndicat (le 22 mai 1991), seuls huit mois séparent cette date de la date de la requête fondée sur l'art. 41 (le 14 janvier 1992). Toutefois, la convention collective en cause est intervenue entre Ivanhoe et le syndicat et non pas entre Moderne et le syndicat — c'est Ivanhoe qui présente la requête. Cette convention a expiré le 22 mai 1989. Le juge LeBel n'explique pas pourquoi le commissaire du travail et le Tribunal du travail ont eu tort de choisir la convention collective conclue par Ivanhoe, ni pourquoi il convient d'utiliser celle conclue par Moderne en l'espèce. La transmission de l'accréditation à Moderne, le 22 mai 1991,

by Ivanhoe. However, I cannot see why the Ivanhoe collective agreement should not be used for the purpose of calculating the waiting period required in order to simply make the request when both the labour commissioner and the Labour Court agreed that it should be used.

171 With respect to the second issue, the assessment of the merits of the application, LeBel J.A. upholds both the labour commissioner and the Labour Court in effect, i.e., Ivanhoe is denied the request for cancellation. But it is important to note that, unlike Judge Prud'homme who said that Ivanhoe did have sufficient interest to make the request, LeBel J.A. said: [TRANSLATION] "Ivanhoe did not have the necessary interest to obtain cancellation of the certification, since it no longer had any employees in its employ and since its accreditation was still in existence and active, but transferred to the assignees" (p. 76). This is another reversal of the Labour Court.

172 As the majority's position here indicates, the failure to defer to the decisions of the labour commissioner and the Labour Court on both of these issues is not necessarily connected to the Court of Appeal's commitment to the Labour Court's interpretation of s. 45. The majority agrees with this interpretation of s. 45 but also finds that the Labour Court was within its jurisdiction when interpreting and applying s. 41. I believe it is important to see how commitment to the retrocession interpretation of s. 45 can create difficulty in the application of s. 41.

173 At the Labour Court, Judge Prud'homme found that if Ivanhoe had no employees, it was impossible to assess them to see whether under s. 41(*b*) the Union represented the absolute majority of the employees — [TRANSLATION] "How can one speak of a majority if there are not even any 'heads' to count" (p. 606). The problem with this reasoning is that if s. 41 requires that an absolute majority of the employees support the union, it implies that (i) there must be employees, and (ii) having no

pourrait justifier le rejet de la requête d'Ivanhoe. Cependant, je ne vois pas pourquoi la convention collective d'Ivanhoe ne devrait pas servir à calculer le délai d'attente prescrit simplement pour présenter la requête, alors que le commissaire du travail et le Tribunal du travail ont tous les deux convenu qu'elle devrait être utilisée à cette fin.

Quant à la deuxième question, soit l'évaluation du bien-fondé de la requête, le juge LeBel rejette la requête en révocation présentée par Ivanhoe et confirme, par le fait même, la décision du commissaire du travail et du Tribunal du travail. Mais il importe de souligner que, contrairement au juge Prud'homme qui estimait qu'Ivanhoe avait un intérêt suffisant pour présenter la requête, le juge LeBel a dit : « Ivanhoe n'avait pas l'intérêt requis pour obtenir la révocation de l'accréditation, n'ayant plus de salariés à son emploi et, par ailleurs, son accréditation demeurant toujours existante et active, mais transférée chez ses concessionnaires » (p. 76). Il s'agit là d'une autre infirmation de la décision du Tribunal du travail.

Comme l'indique la position des juges majoritaires en l'espèce, l'omission de la Cour d'appel de s'en remettre aux décisions du commissaire du travail et du Tribunal du travail sur ces deux questions n'est pas nécessairement liée à son adoption de l'interprétation de l'art. 45 donnée par le Tribunal du travail. Les juges majoritaires souscrivent à cette interprétation de l'art. 45, mais ils concluent également que le Tribunal du travail a agi conformément à sa compétence en interprétant et en appliquant l'art. 41. Je crois qu'il est important de voir comment l'adoption de l'interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession peut rendre difficile l'application de l'art. 41.

Au Tribunal du travail, le juge Prud'homme a conclu que, si Ivanhoe ne comptait aucun salarié, il était impossible d'aller vérifier auprès de ces derniers si le syndicat représentait la majorité absolue des salariés, en application de l'al. 41*b*) — « Comment parler de majorité s'il n'y a même pas de "têtes" à compter! » (p. 606). Le problème que pose ce raisonnement est que, si l'art. 41 exige que le syndicat bénéficie de l'appui de la majorité absolue des salariés, cela implique (i) qu'il doit y

employees is surely a satisfaction of the requirement that an absolute majority does not support the union. This logic is inescapable. Hence, the fact that Ivanhoe no longer has any of these employees (since they were transferred to Moderne in 1989) should not prevent it from having the certification canceled. If the certification should be canceled where there is not a majority, it should not be maintained where there is not one member. In other words, we are faced with a situation in which the union [TRANSLATION] "no longer comprises the absolute majority of the employees of the bargaining unit for which it was certified" (p. 606). It is, in my opinion, a patently unreasonable interpretation of s. 41 to accept that an employer who has three employees in a bargaining unit can ask whether there is majority support for the union and if there is not to have the union certification cancelled, but an employer who has no employees cannot ask (according to LeBel J.A.) or can ask but will be refused (according to Judge Prud'homme).

avoir des salariés et (ii) que l'absence de salariés satisfait sûrement à l'exigence que le syndicat ne bénéficie pas de l'appui de la majorité absolue. Cette logique est incontournable. Donc, le fait qu'Ivanhoe n'ait plus aucun de ces salariés à son emploi (puisqu'ils ont été transférés chez Moderne en 1989) ne doit pas l'empêcher de faire révoquer l'accréditation. Si l'accréditation doit être révoquée en l'absence d'appui de la majorité, il n'y a pas lieu de la maintenir dans le cas où il n'y a pas un seul membre. En d'autres termes, nous sommes confrontés à une situation où le syndicat « ne groupe plus la majorité absolue des salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle [il] a été accrédit[é] » (p. 606). J'estime que l'on donne une interprétation manifestement déraisonnable à l'art. 41 si on accepte, d'une part, qu'un employeur comptant trois salariés dans une unité de négociation peut demander de vérifier si le syndicat bénéficie de l'appui de la majorité et obtenir la révocation de l'accréditation du syndicat qui ne bénéficie pas de cet appui, mais d'autre part, qu'un employeur ne comptant aucun salarié ne peut pas en faire autant (selon le juge LeBel) ou peut en faire autant mais essuiera un refus (selon le juge Prud'homme).

As the majority points out, Judge Prud'homme also based his refusal of Ivanhoe's request on the temporary nature of the operation of the undertaking by another. He was of the view that the giver of work should not be allowed to rid itself of the certification and then either take back the work or give it to someone else by awarding new temporary contracts. Adding that he saw no harm in forcing the giver of work to wait until it was in the situation of being the actual employer again, he refused the request. His decision was, in effect, based on the consequences of accepting the revocation request of an employer like Ivanhoe and is the reflection of a policy choice.

174 Comme les juges majoritaires le font observer, le juge Prud'homme a également invoqué le caractère temporaire de la concession de l'entreprise pour rejeter la requête d'Ivanhoe. Il était d'avis qu'on ne devait pas permettre au donneur de travail de se débarrasser de l'accréditation pour ensuite reprendre le travail ou le confier à quelqu'un d'autre au moyen de nouveaux contrats temporaires. Ajoutant qu'il ne voyait aucun mal à forcer le donneur d'ouvrage à attendre d'être redevenu l'employeur réel, il a rejeté la requête. En fait, sa décision était fondée sur les conséquences de l'acceptation de la requête en révocation présentée par un employeur comme Ivanhoe, et elle reflète un choix de politique.

The majority's view is that Judge Prud'homme's approach to this issue was not unreasonable. This approach is not inconsistent with *Bergeron* because the denial of the s. 41 request was not based solely on the absence of employees. However, as the

175 Les juges majoritaires sont d'avis que la façon dont le juge Prud'homme a abordé cette question n'était pas déraisonnable. Cette approche n'est pas incompatible avec la décision *Bergeron* étant donné que le rejet de la requête présentée en vertu

majority points out, the Labour Court has also said that where the absence of employees results from the temporary consignment of an undertaking, it is the temporary employer who must bring the s. 41 request. In other words, an employer like Ivanhoe has a sufficient interest to make the s. 41 request, but it must be denied on the merits because the undertaking is being temporarily exploited by another at the time of the request.

176 In my view, none of these ways of dealing with s. 41 work very well. Indeed, the Court of Appeal's preference for dealing with Ivanhoe's s. 41 request on a preliminary procedural basis, i.e., with regard to the calculation of the waiting period and the denial that Ivanhoe had a sufficient interest, may well illustrate the various weaknesses in denying the request on a substantive basis.

177 On the one hand, Judge Prud'homme's refusal of the request on the grounds that there are no employees to count suffers from the problem indicated above: if the certification must be revoked in the situation where a majority of the employees in the bargaining unit do not support it, it should not be maintained where there is not one member. As the majority points out, this approach would contradict *Bergeron* where it was said that the request cannot be refused because of an absence of employees. On the other hand, while Judge Prud'homme's temporary contract reasoning may well be another ground for refusing the request, I think it is, along with the Labour Court's approach, patently unreasonable.

178 In my view, once it is acknowledged that Ivanhoe has sufficient interest to make the s. 41 request and that its request cannot be refused on the grounds of an absence of employees, as dictated by *Bergeron*, it has in fact been conceded that Ivanhoe makes the s. 41 request because it has the status of present employer, regardless of the fact that the work has been temporarily given over to

de l'art. 41 n'était pas fondée uniquement sur l'absence de salariés. Toutefois, comme les juges majoritaires le soulignent, le Tribunal du travail a ajouté que, lorsque l'absence de salariés découle de la concession temporaire d'une entreprise, c'est l'employeur temporaire qui doit présenter la requête fondée sur l'art. 41. Autrement dit, un employeur comme Ivanhoe a un intérêt suffisant pour présenter la requête fondée sur l'art. 41, mais celle-ci doit être rejetée sur le plan du fond parce qu'au moment où elle est présentée, l'entreprise est exploitée temporairement par un tiers.

J'estime qu'aucune de ces manières d'aborder l'art. 41 ne fonctionne très bien. En réalité, le fait que la Cour d'appel ait préféré trancher la requête d'Ivanhoe fondée sur l'art. 41 sous l'angle préliminaire de la procédure (c'est-à-dire en s'attachant au calcul du délai d'attente et en ne reconnaissant pas à Ivanhoe un intérêt suffisant) peut bien illustrer les diverses faiblesses du rejet de cette requête sur le plan du fond.

D'une part, le rejet de la requête par le juge Prud'homme pour le motif qu'il n'y a aucun salarié à décompter pose le problème déjà mentionné : si l'accréditation doit être révoquée dans les cas où le syndicat accrédité ne bénéficie pas de l'appui de la majorité des salariés de l'unité de négociation, il n'y a pas lieu de la maintenir lorsqu'il n'y a pas un seul membre. Comme les juges majoritaires le font remarquer, ce point de vue contredirait la décision *Bergeron* voulant que la requête ne puisse pas être rejetée en raison de l'absence de salariés. D'autre part, même si le raisonnement du contrat temporaire suivi par le juge Prud'homme peut fort bien constituer un autre motif de rejeter la requête, j'estime que ce raisonnement et le point de vue adopté par le Tribunal du travail sont manifestement déraisonnables.

À mon avis, dès qu'on reconnaît qu'Ivanhoe a un intérêt suffisant pour présenter la requête fondée sur l'art. 41 et que sa requête ne peut pas être rejetée en raison de l'absence de salariés, comme le précise la décision *Bergeron*, on admet en fait qu'Ivanhoe présente cette requête en raison de son statut d'employeur actuel, indépendamment du fait que le travail a été temporairement confié à un

another. However, both Judge Prud'homme's position that Ivanhoe must wait until it re-activates its status as an active employer in order to succeed in its request and the Labour Court policy that only the temporary employer can succeed in having a determination of the representative nature of the association verified for its employees use the s. 45 understanding of "former employer" as potential employer. In other words, its status as the one who was once doing the work and who can take back the work and do it itself or the one who can pass it on by awarding another contract justifies the refusal of Ivanhoe's request for the cancellation of the certification.

tiers. Toutefois, l'interprétation de l'expression « l'employeur précédent » utilisée à l'art. 45 comme signifiant l'employeur potentiel se retrouve tant dans le point de vue du juge Prud'homme, selon lequel Ivanhoe doit attendre d'être redevenu l'employeur réel pour que sa requête soit accueillie, que dans la politique du Tribunal du travail, selon laquelle seul l'employeur temporaire peut faire vérifier le caractère représentatif de l'association en ce qui concerne ses salariés. En d'autres termes, le fait qu'Ivanhoe est l'entreprise qui exécutait le travail auparavant et qui peut le récupérer et l'exécuter elle-même ou qu'elle est l'entreprise qui peut le transférer en accordant un autre contrat justifie le rejet de sa requête en révocation de l'accréditation.

I do not see how Ivanhoe can be considered the present employer (i.e., the potential employer) for the purposes of making the s. 41 request but is considered a previous employer in the rationale for the denial of the request. If it is the present employer, it should be given the right to obtain verification of the certification based on the employees it has — in this case none. Using its status as the previous employer when it has already been attributed the role of present employer in the analysis does not seem logical to me. It cannot be both one and the other for the purposes of the same analysis.

179 Je ne vois pas comment Ivanhoe peut être considérée comme étant l'employeur actuel (c'est-à-dire l'employeur potentiel) lorsqu'elle présente la requête fondée sur l'art. 41, mais comme étant un employeur précédent dans le raisonnement à l'appui du rejet de la requête. Si elle est l'employeur actuel, elle devrait avoir le droit de faire vérifier de l'accréditation en fonction des salariés qu'elle compte — en l'espèce, aucun. Le recours à son statut d'employeur précédent alors qu'elle s'est déjà vu attribuer celui d'employeur actuel dans l'analyse me semble illogique. Elle ne peut pas être à la fois l'un et l'autre pour les fins de la même analyse.

The Labour Court's interpretations of ss. 45 and 41 prevent Ivanhoe from canceling the union certification and later resuming janitorial service with its own employees in a non-unionized context or passing the work on by awarding new contracts. This is why Ivanhoe is read in as the "potential employer" under s. 45 but is denied a determination of union support under s. 41. While preventing the "ousting" of a union from a unionized workplace may be a laudable social policy goal, it must operate within the framework provided by the Legislature. It must be related to a legislative goal and be a response to a situation that requires government action in order to protect actual employees. It cannot be an artifice. In my opinion, the furtherance of this goal in the present case is

180 Selon l'interprétation des art. 45 et 41 donnée par le Tribunal du travail, Ivanhoe ne peut pas faire révoquer l'accréditation syndicale et ensuite confier de nouveau à ses propres salariés la prestation de services d'entretien ménager dans un milieu de travail non syndiqué, ou encore transférer le travail au moyen de nouveaux contrats. Voilà pourquoi Ivanhoe est considérée comme l'« employeur potentiel » aux termes de l'art. 45, mais voit sa demande visant à déterminer, en vertu de l'art. 41, l'appui dont bénéficie le syndicat refusée. Bien qu'empêcher un syndicat d'être évincé d'un milieu de travail syndiqué puisse être un objectif de politique sociale louable, cela doit se faire à l'intérieur du cadre établi par le législateur. Cette mesure doit être liée à un objectif législatif et constituer une

not something that the text of these two provisions can reasonably bear.

181 As the above analysis indicates, enlisting these provisions in support of this goal does not work very well. In my view, the fact that this is not a true successorship situation explains why no one has said that the collective agreement should pass with the certification under the retrocession argument. I believe that the successorship provision in s. 45 should be reserved for true successorship situations. Commitment to an artificial interpretation of s. 45 leads to an illogical position with respect to s. 41 in which the giver of work is treated both as the present employer (i.e., potential employer) for the purposes of making the request and as the former employer in the decision to determine union support in relation to the temporary employer. This approach to s. 41 is dictated by the need to avoid defeating the initial purpose of the retrocession interpretation of s. 45.

182 It is my opinion that we should not let commitment to a forced interpretation of s. 45 produce this kind of ripple effect. If the Legislature wishes to extend the protection offered by s. 45 to situations that are not contemplated under the *Bibeault* interpretation, it is empowered to do so. However, it is not the function of the Labour Court or of this Court to rewrite s. 45. It is my view that even as the law has been changed by *Ajax*, a legal relation between successive employers is required in order to trigger the successorship provision.

183 With all due respect to those who disagree, I believe that it is patently unreasonable: (i) to use an approach to the definition of an undertaking that is inconsistent with *Bibeault*; and (ii) to adopt an interpretation of s. 45 that is not supported by the text of that provision and that results in the

...onse à une situation qui exige que le gouvernement agisse pour protéger des salariés réels. Il ne peut pas s'agir d'un stratagème. À mon avis, le texte de ces deux dispositions ne se prête pas raisonnablement à l'atteinte de cet objectif.

Comme l'indique l'analyse qui précède, ces dispositions ne se prêtent pas très bien à la réalisation de cet objectif. À mon avis, le fait que nous ne soyons pas en présence d'une concession véritable d'entreprise explique pourquoi personne n'a affirmé que la convention collective devait être transmise avec l'accréditation selon la théorie de la rétrocession. Je crois que la disposition relative à la succession d'entreprise contenue à l'art. 45 ne doit s'appliquer qu'aux concessions véritables d'entreprises. L'adoption d'une interprétation artificielle de l'art. 45 mène à une interprétation illogique de l'art. 41, selon laquelle le donneur d'ouvrage est considéré à la fois comme étant l'employeur actuel (c'est-à-dire l'employeur potentiel) pour les fins de la requête et comme étant l'employeur précédent lorsqu'il s'agit de déterminer l'appui dont bénéficie le syndicat en ce qui concerne l'employeur temporaire. Cette interprétation de l'art. 41 est dictée par la nécessité d'éviter de contrecarrer l'objet initial de l'interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession.

Selon moi, nous ne devons pas permettre que l'adoption d'une interprétation forcée de l'art. 45 ait ce genre d'effet d'entraînement. Si le législateur souhaite étendre la protection de l'art. 45 aux cas non visés par l'interprétation donnée dans l'arrêt *Bibeault*, il a le pouvoir de le faire. Il n'appartient toutefois ni au Tribunal du travail ni à notre Cour de réécrire l'art. 45. J'estime que, même si l'arrêt *Ajax* a modifié la règle, l'existence d'un lien de droit entre employeurs successifs est nécessaire pour que la disposition relative à la succession d'entreprise s'applique.

En toute déférence pour ceux qui ne partagent mon avis, je crois qu'il est manifestement déraisonnable (i) d'aborder la définition de la notion d'entreprise d'une manière incompatible avec l'arrêt *Bibeault*, et (ii) d'adopter une interprétation de l'art. 45 qui n'est pas appuyée par le libellé de

other difficulties I have indicated above. I would, therefore, allow the appeal of Ivanhoe and the contractors. Consequently, the Union's appeal must be dismissed.

Appeals dismissed with costs, BASTARACHE J. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellants/respondents/mis en cause Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. and Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée: Lavery, de Billy, Laval.

Solicitors for the appellant/respondent/mis en cause Distinction Service d'entretien inc.: Loranger, Marcoux, Montréal.

Solicitor for the respondent/appellant United Food and Commercial Workers, Local 500: Robert Laurin, Sainte-Julie, Québec.

Solicitors for the respondent Labour Court: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

cette disposition et qui entraîne les autres difficultés que j'ai mentionnées précédemment. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi d'Ivanhoe et des entrepreneurs. Le pourvoi du syndicat doit donc être rejeté.

Pourvois rejetés avec dépens, le juge BASTARACHE *est dissident en partie.*

Procureurs des appelantes/intimées/mises en cause Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. et Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée : Lavery, de Billy, Laval.

Procureurs de l'appelante/intimée/mise en cause Distinction Service d'entretien inc. : Loranger, Marcoux, Montréal.

Procureur de l'intimé/appelant Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 : Robert Laurin, Sainte-Julie, Québec.

Procureurs de l'intimé le Tribunal du travail : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

City of Sept-Îles *Appellant*

v.

Canadian Union of Public Employees, Local 2589 *Respondent*

and

Labour Court *Respondent*

and

2862-3775 Québec inc. *Respondent*

and

Services sanitaires du St-Laurent inc. *Respondent*

INDEXED AS: SEPT-ÎLES (CITY) *v.* QUEBEC (LABOUR COURT)

Neutral citation: 2001 SCC 48.

File No.: 27291.

2000: October 30; 2001: July 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of municipal service — Definition of undertaking — Degree of autonomy subcontractors given — Decision of labour commissioner finding transfer of operation of part of undertaking and transferring certification and collective agreement to new subcontractors — Degree of autonomy required to find transfer of operation of part of undertaking — Whether commissioner adopted functional definition of undertaking — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 45.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to whether

Ville de Sept-Îles *Appelante*

c.

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2589 *Intimé*

et

Tribunal du travail *Intimé*

et

2862-3775 Québec inc. *Intimée*

et

Services sanitaires du St-Laurent inc. *Intimée*

RÉPERTORIÉ : SEPT-ÎLES (VILLE) *c.* QUÉBEC (TRIBUNAL DU TRAVAIL)

Référence neutre : 2001 CSC 48.

N° du greffe : 27291.

2000 : 30 octobre; 2001 : 13 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance d'un service municipal — Définition d'entreprise — Degré d'autonomie accordé aux sous-traitants — Décision du commissaire du travail concluant à l'existence d'une concession partielle d'entreprise et transférant l'accréditation ainsi que la convention collective aux nouveaux sous-traitants — Quel est le degré d'autonomie nécessaire pour conclure à une concession partielle? — Le commissaire a-t-il adopté une conception fonctionnelle de l'entreprise? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives

undertaking alienated or operated by another — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

The appellant City contracted out garbage collection in certain districts of the City to subcontractors. In accordance with art. 15 of the collective agreement between the City and the respondent union representing the City's salaried manual labourers, no unionized employees were laid off, had wages cut or lost benefits as a result of the contracts with the subcontractors. The union filed motions under s. 45 of the *Labour Code* with the labour commissioner general, seeking to have the transfer of the certification and the collective agreement to the subcontractors recorded. According to the evidence adduced, the subcontractors used their own staff and their own equipment, continued to exercise complete authority to manage their staff and were required to comply with the City's instructions regarding the proper performance of the contract. The City continued to be ultimately responsible for a number of aspects of the garbage collection service. In a decision affirmed by the Labour Court, the commissioner recorded the partial transfer of the City's rights and obligations to the subcontractors and held that they were bound by the certification and collective agreement. The Superior Court found that it was patently unreasonable to consider only the transfer of functions and allowed the applications for judicial review brought by the City and one of its subcontractors. The Court of Appeal restored the decision of the Labour Court, stating that the applicable standard of review was patent unreasonableness and that the decision of the Labour Court in the case at bar did not contain any error that might justify intervention by the superior courts.

Held (Bastarache J. dissenting): The appeal should be dismissed. The Labour Court's decision is not patently unreasonable.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ.: The standard of review is patent unreasonableness. Under the principles developed by the Labour Court following *Bibeault*, s. 45 of the *Labour Code* may apply to subcontracts where the transferee, in addition to performing functions similar to those performed by the transferor to which the certification originally applied, receives a right to operate part of the transferor's undertaking. Those principles are not patently unreasonable and do not conflict with the decisions of this Court, which provide that it is up to the specialized decision-making authorities to weigh the applicable criteria in order to determine whether a transfer of the operation of an undertaking has occurred.

à l'existence d'une aliénation ou concession d'entreprise — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 46.

La Ville appelante a confié le service de cueillette des ordures de certains secteurs de la municipalité à des sous-traitants. Conformément à l'art. 15 de la convention collective liant la Ville au syndicat intimé, qui représente les employés manuels salariés de la Ville, aucune mise à pied, baisse de salaire ou perte de bénéfices pour les salariés syndiqués n'a résulté des contrats de sous-traitance. Le syndicat a déposé devant le commissaire général du travail des requêtes, en vertu de l'art. 45 du *Code du travail*, pour faire constater la transmission aux sous-traitants de l'accréditation et de la convention collective liant la Ville. La preuve présentée indiquait que les sous-traitants utilisaient leur propre main-d'œuvre et équipement, conservaient tous les pouvoirs quant à la gestion de leur personnel et devaient se conformer aux instructions de la Ville quant à la bonne exécution du contrat. La Ville demeurait ultimement responsable de plusieurs aspects du service d'enlèvement des ordures. Le commissaire, dans une décision confirmée par le Tribunal du travail, a constaté qu'il y avait eu transmission partielle des droits et obligations de la Ville aux sous-traitants et que ceux-ci étaient liés par l'accréditation et la convention collective. La Cour supérieure, considérant qu'il était manifestement déraisonnable de ne tenir compte que du transfert de fonctions, accueille les requêtes en révision judiciaire présentées par la Ville et un de ses sous-traitants. La Cour d'appel rétablit la décision du Tribunal du travail indiquant que la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur manifestement déraisonnable et que la décision du tribunal en l'espèce ne comporte aucune erreur pouvant justifier l'intervention des tribunaux supérieurs.

Arrêt (le juge Bastarache est dissident) : Le pourvoi est rejeté. La décision du Tribunal du travail n'est pas manifestement déraisonnable.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour : La norme de contrôle applicable est celle de l'erreur manifestement déraisonnable. En vertu des principes élaborés par le Tribunal du travail à la suite de l'arrêt *Bibeault*, l'art. 45 du *Code du travail* peut s'appliquer à des contrats de sous-traitance lorsque le concessionnaire, en plus d'exécuter des fonctions similaires à celles qu'effectuait le concédant initialement visé par l'accréditation, reçoit un droit d'exploitation portant sur une partie de l'entreprise de ce dernier. Ces principes ne sont pas manifestement déraisonnables et ne contredisent pas la jurisprudence de notre Cour qui prévoit qu'il revient aux instances spécialisées de pondérer les critères appli-

Moreover, the decisions of the commissioner and the Labour Court in this case do not represent a return to a functional definition of an undertaking. On the contrary, the specialized decision-making authorities have sought to identify the essential elements of the part of an undertaking of which the operation had been transferred, by considering the nature of the undertaking and the relative importance of its various components. That approach is consistent with the definition of an undertaking adopted by this Court in *Bibeault*.

In addition, in situations involving the transfer of the operation of part of an undertaking, the Labour Court has developed reasonable principles for adapting the requirement that the transferee be given a sufficient degree of autonomy so that a conclusion may be made that the operation of an undertaking has been transferred. The existence of a contract laying down certain precise methods of performing the work is not a barrier to applying s. 45. In previous decisions, this Court has not adopted a rigid and absolute requirement that a subcontractor must have total control over the part of the undertaking of which the operation was transferred. In this case, the commissioner and the Labour Court used the criterion of the subordination of the employees to the contractors in order to determine the degree of legal autonomy that the contracts gave the contractors in operating the part of the undertaking that had been transferred. The function of developing the criteria for assessing the degree of autonomy that the transferee must be given in order to conclude that s. 45 applies is central to the specialized jurisdiction of the labour commissioner as it relates to the transfer of the operation of an undertaking. The principles that were applied in this case do not result in absurdity, but rather ensure the rational and realistic application of s. 45.

Article 15 of the collective agreement, which authorizes subcontracting on certain conditions, does not amount to a waiver of the application of s. 45, or a contractual exception to that provision. Indeed, since s. 45 is a provision of public order, its application cannot be precluded by a contractual provision.

Although the collective agreement will normally follow the certification, a distinction can be made, under ss. 45 and 46 of the *Labour Code*, between first transferring the certification and then deciding whether it is appropriate to transfer the entire collective agreement. Contractual provisions designed to protect the employees in the event of a transfer of operation, as well as the concrete fact situation prevailing in the undertaking and the industry in general, are relevant factors that the commissioner may consider when deciding whether the collcables pour déterminer si une concession d'entreprise est intervenue. De plus, les décisions du commissaire et du tribunal en l'espèce ne constituent pas un retour à une conception fonctionnelle de l'entreprise. Au contraire, les décideurs spécialisés ont cherché à identifier les éléments essentiels de la partie d'entreprise concédée en tenant compte de sa nature et de l'importance respective de ses diverses composantes. Cette approche est conforme à la conception de l'entreprise adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Bibeault*.

Le Tribunal du travail a également élaboré des principes raisonnables afin d'adapter aux cas de concession partielle d'entreprise l'exigence voulant qu'un degré suffisant d'autonomie soit attribué au concessionnaire afin de pouvoir conclure à la présence d'une concession d'entreprise. La présence d'un contrat dictant de façon précise certaines modalités d'exécution du travail ne constitue pas un obstacle à l'application de l'art. 45. Dans sa jurisprudence, notre Cour n'a pas adopté une exigence rigide et absolue voulant qu'un sous-traitant doive détenir un contrôle complet sur la partie d'entreprise concédée. En l'espèce, le commissaire et le Tribunal du travail ont utilisé le critère de la subordination des salariés face aux entrepreneurs pour déterminer le degré d'autonomie juridique que les contrats de sous-traitance laissent à ces derniers quant à l'exploitation de la partie d'entreprise concédée. L'élaboration des critères permettant d'évaluer le degré d'autonomie qui doit être laissé au concessionnaire pour conclure à l'application de l'art. 45 se situe au cœur de la compétence spécialisée du commissaire du travail en matière de concession d'entreprise. Les principes appliqués en l'espèce ne créent aucune absurdité, mais assurent plutôt une application rationnelle et réaliste de l'art. 45.

L'article 15 de la convention collective, autorisant la sous-traitance à certaines conditions, ne saurait constituer une renonciation à l'application de l'art. 45 ou une dérogation contractuelle à cette disposition. D'ailleurs, l'art. 45 étant une disposition d'ordre public, on ne peut l'écarter par le biais d'une disposition contractuelle.

Bien que le sort de la convention suit généralement celui de l'accréditation, les art. 45 et 46 du *Code du travail* permettent de distinguer entre le transfert de l'accréditation et l'opportunité, qui s'apprécie par la suite, de transférer dans son intégralité la convention collective. Les dispositions contractuelles visant à protéger les salariés en cas de concession d'entreprise, ainsi que la situation concrète qui prévaut dans l'entreprise et dans l'industrie en général, constituent des facteurs pertinents que le commissaire pourra examiner au moment de déci-

lective agreement should be transferred. However, the commissioner and the Labour Court have the sole authority to examine the factors in question and select the solution they consider most appropriate. In this case, the specialized decision-making authorities opted for transfer of the collective agreement. That solution involves certain disadvantages, but they are not sufficient to warrant judicial review in a situation where the standard of review to be applied is patent unreasonableness.

The *Act respecting sales of municipal public utilities* is not relevant in determining whether s. 45 of the *Labour Code* applies. The fact that there are special mechanisms to enable a municipality to alienate certain public utilities does not affect the analysis of the consequences, in labour law, of the alienation or transfer of those services.

Per Bastarache J. (dissenting): The Labour Board's decision — that the contracting out of the garbage collection was a partial operation by another of the City's undertaking sufficient to trigger s. 45 of the *Labour Code* — was patently unreasonable. First, *Bibeault* prohibited a purely functional definition of "undertaking" in s. 45 that would be revived by a finding of successorship in a situation where all that was transferred was tasks or work. In that decision, a "total control" understanding of the type of subcontracting that could trigger s. 45 was adopted. Here, while the subcontractors had responsibility over their personnel, the City did not assign them total control over the garbage collection service but rather continued to play a management and supervisory role. Section 45 can only apply to subcontracting situations in which the former employer gives up overall responsibility for the work performed and the contractor assumes complete responsibility for that work. Second, the autonomy requirement in a successorship analysis found in *Lester* was not met. This requirement involves two elements. The first element is the idea that what is being transferred must be a viable functional economic vehicle or entity. The second element is one of finality to the transfer in the sense that the first business no longer has control over the part of the business that has been given over. When, as here, what is being ceded is work alone and the transferor

der du transfert de la convention collective. Cependant, il revient uniquement au commissaire et au Tribunal du travail d'examiner les facteurs en cause et de choisir la solution qu'ils considèrent la plus appropriée. En l'espèce, les instances spécialisées ont opté pour le transfert de la convention collective. Cette solution comporte certains inconvénients, mais ils ne sauraient être suffisants pour justifier la révision judiciaire dans le cadre de l'application de la norme de contrôle de l'erreur manifestement déraisonnable.

La *Loi sur la vente des services publics municipaux* n'a aucune pertinence quant à l'application de l'art. 45 du *Code du travail*. L'existence de mécanismes particuliers permettant à une municipalité d'aliéner certains services à caractère public n'influence pas l'analyse portant sur les conséquences, en droit du travail, d'une aliénation ou d'une concession d'un tel service.

Le juge Bastarache (dissident) : Il était manifestement déraisonnable de la part du Tribunal du travail de décider que la sous-traitance de la collecte des ordures était une concession partielle de l'entreprise de la Ville qui suffisait pour entraîner l'application de l'art. 45 du *Code du travail*. Premièrement, l'arrêt *Bibeault* interdit une définition purement fonctionnelle de la notion d'« entreprise » contenue à l'art. 45, et on reviendrait à cette définition si on concluait qu'il y a succession d'entreprise dans le cas où seuls des tâches ou des travaux ont été transférés. Selon cet arrêt, il doit y avoir cession d'un « contrôle absolu » pour que la sous-traitance puisse entraîner l'application de l'art. 45. En l'espèce, bien que les sous-traitants aient été responsables de leur personnel, la Ville ne leur a pas cédé le contrôle absolu du service de collecte des ordures, mais a plutôt continué de jouer un rôle de gestion et de surveillance. L'article 45 ne peut s'appliquer qu'aux cas de sous-traitance où l'employeur précédent se décharge de toute responsabilité relative aux travaux effectués et où l'entrepreneur assume l'entière responsabilité de ces travaux. Deuxièmement, on n'a pas satisfait à la condition d'autonomie établie dans l'arrêt *Lester* relativement à l'analyse concernant la succession d'entreprise. Cette condition comporte deux éléments. Le premier élément est l'idée que ce qui est transféré doit être une entité ou un instrument économique fonctionnel viable. Le deuxième élément est le caractère définitif du transfert en ce sens que la première entreprise n'a plus le contrôle de la partie de l'entreprise qui a été cédée. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, seuls des travaux sont cédés et que le « cédant » demeure responsable du « ces-

maintains responsibility over the transferee, this element of finality has not been satisfied.

Cases Cited

By Arbour J.

Followed: *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47, aff'g [1999] R.J.Q. 32; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; **considered:** *Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; **referred to:** *Syndicat des cols bleus de Ville de Saint-Hubert v. Ville de Saint-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, aff'g *St-Hubert (Ville de) v. Prud'homme*, J.E. 95-1642, rev'g *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert v. Entreprises Gilles Tisseur inc.*, D.T.E. 95T-318; *Maison L'Intégrale inc. v. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xi.

By Bastarache J. (dissenting)

Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47, aff'g [1999] R.J.Q. 32; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting sales of municipal public utilities, R.S.Q., c. V-4, s. 1 [repl. 1987, c. 57, s. 814].
Act respecting the conditions of employment in the public sector and the municipal sector, S.Q. 1993, c. 37.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46 [repl. 1990, c. 69, s. 2].

Authors Cited

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal rendered March 16, 1999, setting aside a decision of the Superior Court, D.T.E. 96T-747,

sionnaire », la condition du caractère définitif n'est pas respectée.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts suivis : *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47, conf. [1999] R.J.Q. 32; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; **arrêts examinés :** *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; **arrêts mentionnés :** *Syndicat des cols bleus de Ville de Saint-Hubert c. Ville de Saint-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, conf. *St-Hubert (Ville de) c. Prud'homme*, J.E. 95-1642, inf. *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert c. Entreprises Gilles Tisseur inc.*, D.T.E. 95T-318; *Maison L'Intégrale inc. c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xi.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47, conf. [1999] R.J.Q. 32; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644.

Lois et règlements cités

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 46 [rempl. 1990, ch. 69, art. 2].
Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public et le secteur municipal, L.Q. 1993, ch. 37.
Loi sur la vente des services publics municipaux, L.R.Q., ch. V-4, art. 1 [rempl. 1987, c. 57, art. 814].

Doctrine citée

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec rendu le 16 mars 1999, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, D.T.E. 96T-747,

which had quashed a decision of the Labour Court, [1995] T.T. 395, affirming a decision of the labour commissioner, D.T.E. 94T-1246. Appeal dismissed, Bastarache J. dissenting.

Claude Bureau, for the appellant.

Gaston Nadeau and *Richard Gauthier*, for the respondent the Canadian Union of Public Employees, Local 2589.

Benoit Belleau, for the respondent the Labour Court.

No one appeared for the respondents 2862-3775 Québec inc. and Services sanitaires du St-Laurent inc.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ. delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

This appeal was heard together with *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47, in which reasons are pronounced with this decision. The issue is whether the Quebec Labour Court has adopted an interpretive policy with respect to the application of s. 45 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, regarding transfer of the operation of part of an undertaking that is in conflict with *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, or the subsequent decisions of this Court. More specifically, the question to be decided is whether the Labour Court has the power to conclude that a union's certification and collective agreement may be transferred to a subcontractor of the employer. For the reasons that follow and the reasons given in support of my decision in *Ivanhoe*, I find that the approach taken by the Labour Court constitutes a reasonable exercise of its specialized jurisdiction that is not in conflict with the decisions of this Court. Accordingly, the appeal must be dismissed.

qui avait annulé une décision du Tribunal du travail, [1995] T.T. 395, confirmant une décision du commissaire du travail, D.T.E. 94T-1246. Pourvoi rejeté, le juge Bastarache est dissident.

Claude Bureau, pour l'appelante.

Gaston Nadeau et *Richard Gauthier*, pour l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2589.

Benoit Belleau, pour l'intimé le Tribunal du travail.

Personne n'a comparu pour les intimées 2862-3775 Québec inc. et Services sanitaires du St-Laurent inc.

Le jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour a été rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Cet appel a été entendu conjointement avec l'affaire *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47, pour laquelle des motifs sont déposés avec la présente décision. La question soulevée est celle de savoir si le Tribunal du travail du Québec a adopté, à propos de l'application de l'art. 45 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, une politique d'interprétation en matière de concession partielle d'entreprise qui répudie l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, ou la jurisprudence subséquente de notre Cour. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si le tribunal a le pouvoir de conclure que l'accréditation et la convention collective d'un syndicat peuvent être transférées à un sous-traitant de l'employeur. Pour les motifs qui suivent, ainsi que ceux déposés au soutien de ma décision dans l'affaire *Ivanhoe*, je conclus que l'approche du Tribunal du travail constitue un exercice raisonnable de sa compétence spécialisée qui ne contredit pas la jurisprudence de notre Cour. En conséquence, l'appel doit être rejeté.

1

2 Sections 45 and 46 of the *Labour Code* are in issue in this case. Those sections provide:

45. The alienation or operation by another in whole or in part of an undertaking otherwise than by judicial sale shall not invalidate any certification granted under this code, any collective agreement or any proceeding for the securing of certification or for the making or carrying out of a collective agreement.

The new employer, notwithstanding the division, amalgamation or changed legal structure of the undertaking, shall be bound by the certification or collective agreement as if he were named therein and shall become *ipso facto* a party to any proceeding relating thereto, in the place and stead of the former employer.

46. It shall be the duty of the labour commissioner, upon the motion of an interested party, to rule on any matter relating to the application of section 45.

For such purpose, the labour commissioner may determine the applicability of that section and issue any order deemed necessary to effect the transfer of rights or obligations contemplated therein. He may also settle any difficulty arising out of the application of that section.

Les articles 45 et 46 du *Code du travail* font l'objet du présent litige. Ils prescrivent :

45. L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, aucune convention collective, ni aucune procédure en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective.

Sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective comme s'il y était nommé et devient par le fait même partie à toute procédure s'y rapportant, aux lieu et place de l'employeur précédent.

46. Il appartient au commissaire du travail, sur requête d'une partie intéressée, de trancher toute question relative à l'application de l'article 45.

À cette fin, il peut en déterminer l'applicabilité et rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour assurer la transmission des droits ou des obligations visée à cet article. Il peut aussi régler toute difficulté découlant de l'application de cet article.

II. The Facts

II. Les faits

3 The respondent, the Canadian Union of Public Employees, Local 2589 (the "union"), has been certified since May 19, 1982, to represent all of the salaried manual labourers employed by the appellant, the City of Sept-Îles. The manual labourers employed by the appellant had been the subject of a similar certification since 1961. There was a collective agreement between the City and the union for the period from October 1, 1990 to September 30, 1993. That agreement was extended to September 30, 1995, pursuant to the *Act respecting the conditions of employment in the public sector and the municipal sector*, S.Q. 1993, c. 37. In 1991, the City decided to contract out garbage collection in the Clarke, Ferland and de la Rive districts to C.A. Construction enr., 2862-3775 Québec inc. ("C.A. Construction"), under a contract that was in effect from January 1, 1992 to December 31, 1994. In 1992, the City also awarded two waste collection and removal contracts to Services sanitaires du St-Laurent inc. ("Services sanitaires"). The first contract was for commercial buildings and multi-family buildings with five or more units located in

L'intimé, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2589 (le « syndicat »), est accrédité depuis le 19 mai 1982 pour représenter tous les employés manuels salariés de l'appelante, la Ville de Sept-Îles. Les employés manuels de l'appelante étaient d'ailleurs visés par une accréditation semblable depuis 1961. Une convention collective liait la Ville et le syndicat pour la période du 1er octobre 1990 au 30 septembre 1993. Celle-ci a été prorogée jusqu'au 30 septembre 1995 par le biais de la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public et le secteur municipal*, L.Q. 1993, ch. 37. En 1991, la Ville décide de confier la cueillette des ordures dans les secteurs Clarke, Ferland et de la Rive à C.A. Construction enr., 2862-3775 Québec inc. (« C.A. Construction »), en vertu d'un contrat valable du 1er janvier 1992 au 31 décembre 1994. En 1992, la Ville accorde de plus deux contrats de transport et d'enlèvement des déchets à Services sanitaires du St-Laurent inc. (« Services sanitaires »). Un premier contrat vise les édifices commerciaux et les habitations multifamiliales de cinq logements et plus situés dans le

the downtown area and covered the period from August 1, 1992 to July 31, 1997. Services sanitaires also agreed to supply the City with steel containers which would become the property of the City at the end of the contract. The second agreement provided that Services sanitaires was to collect and remove garbage from homes and apartment buildings with four or fewer units in the downtown area, for the period from January 4, 1993 to January 3, 1998. Before these contracts were awarded, garbage collection had always been handled by City employees covered by the certification held by the respondent, except in the de la Rive district, where collection had always been subcontracted.

Since 1968, all collective agreements signed by the City with associations representing manual labourers had contained a provision authorizing subcontracting subject to certain conditions. Article 15 of the agreement in effect from 1990 to 1995 provided:

[TRANSLATION] ARTICLE 15 SUBCONTRACTING

15.01 No employee covered by this agreement may be dismissed or laid off or have his or her wages cut as a result of the subcontracting of work normally performed by permanent employees of the City. Employees may be transferred or assigned to other equivalent duties.

15.02 The City agrees to recall temporarily laid off employees before having work normally done by regular employees to whom this agreement applies performed by subcontractors, provided that they are able to perform the work immediately and that the City has the necessary equipment.

15.03 The City agrees not to temporarily lay off any regular employees if at the time of the layoff it is employing subcontractors to perform work normally done by regular employees to whom this agreement applies.

15.04 The Employer will simultaneously forward to the union a copy of the invitations to tender that it publishes in the newspapers.

secteur du centre-ville et couvre la période du 1er août 1992 au 31 juillet 1997. Services sanitaires s'engage par la même occasion à fournir à la Ville des conteneurs d'acier dont cette dernière deviendra propriétaire à la fin du contrat. Dans une seconde entente, la Ville confie à Services sanitaires l'enlèvement et le transport des ordures pour les résidences et les habitations multifamiliales de quatre logements ou moins dans le secteur du centre-ville, pour la période du 4 janvier 1993 au 3 janvier 1998. Avant l'octroi de ces contrats, la cueillette des ordures avait toujours été effectuée par des salariés de la Ville, visés par le certificat d'accréditation détenu par l'intimé, sauf pour le secteur de la Rive, pour lequel la cueillette avait toujours été concédée en sous-traitance.

Depuis 1968, toutes les conventions collectives signées par la Ville avec les associations représentant ses salariés manuels contenaient une disposition autorisant l'octroi de sous-contrats à certaines conditions. L'article 15 de la convention en vigueur de 1990 à 1995 stipulait : 4

ARTICLE 15 TRAVAUX SOUS-CONTRAT

15.01 Aucun salarié permanent couvert par la présente convention ne peut être congédié, mis à pied ou subir de baisse de salaire par suite de l'attribution de contrat pour travail habituellement exécuté par des salariés permanents de la Ville. Ces salariés pourront être transférés ou affectés à d'autres fonctions équivalentes.

15.02 La Ville s'engage à rappeler au travail les salariés en mise à pied temporaire avant de faire exécuter par des sous-traitants du travail habituellement fait par des salariés réguliers, régis par la présente convention, pourvu qu'ils puissent faire le travail immédiatement et que la Ville ait l'équipement nécessaire.

15.03 La Ville s'engage à n'effectuer aucune mise à pied temporaire de salariés réguliers si, au moment de la mise à pied, elle a à son emploi des sous-traitants effectuant du travail habituellement fait par des salariés réguliers, régis par la présente convention collective.

15.04 L'Employeur transmettra simultanément au Syndicat copies des appels d'offres de contrat qu'il publie dans les journaux.

15.05 The Employer will use rented machinery only where the machinery of the same type owned by the City is unavailable.

Accordingly, no unionized employees were laid off, had wages cut or lost benefits as a result of the contracts with which we are concerned. C.A. Construction and Services sanitaires did not hire any permanent or full-time employees of the City. Furthermore, it is admitted that the City did not transfer technology, equipment, permits or immovable property to the subcontractors, who used their own staff and their own equipment.

5 On January 28, 1993, the union filed two motions under s. 45 of the *Labour Code* with the labour commissioner general, seeking to have the transfer of the certification and the collective agreement, except for the de la Rive district, to C.A. Construction and Services sanitaires recorded.

6 The contractors' bids and the contracts signed pursuant to those bids were drawn up on the basis of detailed specifications prepared by the City and incorporated into the contracts. According to the evidence adduced before the labour commissioner, the City continued to be responsible for the landfill site and for a number of aspects of the garbage collection service, even for the districts which the subcontractors were in charge of. For example, the City normally decided when and how often garbage would be collected for each district, and what days were public holidays. It set the number and volume of the containers to be installed for the various establishments and approved the machinery used by the subcontractors. If the subcontractors failed to perform their obligations within the time allowed, the City could perform them itself using its own employees and its own equipment, at the contractor's expense.

7 The subcontractors were required to comply with the instructions given by the City regarding the proper performance of the contract. For this purpose, the contracts provided that a radio link would be installed in the contractors' trucks or that the contractors would have to provide cellular tele-

15.05 L'Employeur utilisera de la machinerie louée seulement lorsque la machinerie du même type de la Ville ne sera pas disponible.

En conséquence, aucune mise à pied, baisse de salaire ou perte de bénéfices pour les salariés syndiqués n'a résulté de l'octroi des contrats qui nous occupent. C.A. Construction et Services sanitaires n'ont engagé aucun des salariés permanents ou réguliers de la Ville. De plus, il est admis que celle-ci n'a pas transféré de technologie, d'équipement, de licence ou d'immobilisation aux sous-traitants, qui utilisent leur propre main-d'œuvre et leur propre équipement.

Le 28 janvier 1993, le syndicat dépose devant le commissaire général du travail deux requêtes en vertu de l'art. 45 du *Code du travail* pour faire constater la transmission à C.A. Construction et à Services sanitaires de l'accréditation et de la convention collective liant la municipalité, sauf pour le secteur de la Rive.

Les soumissions des entrepreneurs et les contrats signés par la suite ont été rédigés en fonction d'un devis détaillé préparé par la Ville et incorporé dans les contrats. La preuve présentée devant le commissaire du travail démontre que la Ville demeure responsable du site d'enfouissement et de plusieurs aspects du service d'enlèvement des ordures, même pour les secteurs relevant des sous-traitants. Ainsi, la Ville décide généralement de la fréquence et des heures de l'enlèvement des ordures par secteur, ainsi que des jours fériés. Elle détermine le nombre et le volume des conteneurs à installer pour les différents établissements et approuve la machinerie utilisée par les sous-traitants. Si ceux-ci n'exécutent pas leurs obligations dans les délais prévus, la Ville peut les exécuter elle-même, à l'aide de ses propres salariés et de son propre matériel, aux frais de l'entrepreneur.

Les sous-traitants doivent se conformer aux instructions données par la Ville quant à la bonne exécution du contrat. À cette fin, les contrats prévoient qu'un appareil de radiocommunication sera installé dans les camions des entrepreneurs ou qu'ils devront posséder un téléphone cellulaire, pour per-

phones, so that the City foreman could contact the truck driver if necessary. The City engineer could add tasks not included in the specifications if he considered them to be essential for carrying out the project, and he had the authority to manage the work and interpret the specifications. The City also continued to be responsible at all times for dealing with customers. The City received complaints and managed changes, stoppages and temporary interruptions of service based on seasonal conditions, weather and customer needs.

mettre au contremaître de la Ville de communiquer avec le conducteur du camion en cas de besoin. L'ingénieur de la Ville peut ajouter des tâches non spécifiées au devis s'il les considère essentielles à l'exécution du projet et il conserve l'autorité dans la direction des travaux et l'interprétation du devis. De plus, la Ville demeure en tout temps responsable des contacts avec la clientèle. Elle reçoit les plaintes et gère les changements, arrêts ou interruptions de service temporaires selon les saisons, les conditions atmosphériques et les besoins des clients.

However, under the contracts, the contractors continued to exercise complete authority to manage their staff. They alone were responsible for hiring and paying their employees and for the employees' working conditions. They could also subcontract part of their work if they complied with certain conditions. The contractors had to ensure that their employees did a clean job, did not make too much noise, did not take any items for themselves that taxpayers put out for collection and were polite to the public at all times. They had to take the disciplinary measures that were needed to ensure compliance with these requirements. If any breach occurred, the City could take action against the contractors, but never directly against their employees.

8 Par ailleurs, les entrepreneurs conservent, en vertu des contrats, tous les pouvoirs quant à la gestion de leur personnel. Ainsi, ils sont les seuls responsables de l'embauche, des conditions de travail et de la rémunération de leurs salariés. Ils peuvent aussi concéder une partie de leur travail en sous-traitance s'ils respectent certaines conditions. Les entrepreneurs doivent voir à ce que leurs salariés effectuent leur travail dans la propreté, ne fassent pas trop de bruit, ne s'approprient aucun des matériaux déposés par les contribuables et soient en tout temps polis envers le public. À cette fin, ils devront prendre les mesures disciplinaires nécessaires pour s'assurer que ces exigences soient respectées. En cas de manquement, la Ville pourra intervenir auprès des entrepreneurs, mais jamais directement auprès de leurs employés.

The contractors also had to comply with all obligations imposed on employers by the applicable occupational health and safety legislation. They were responsible for eliminating any danger to the health, safety, or personal security both of their own employees and of anyone present at the work site. They were also liable for any harm done to persons or property through carelessness, negligence, want of skill or failure to perform the work, and they had to provide any additional staff needed to avoid delays.

9 Les entrepreneurs doivent de plus se conformer à toutes les obligations imposées aux employeurs par la législation applicable en matière de santé et de sécurité au travail. Ils ont la responsabilité d'éliminer tout danger pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique à la fois de leurs salariés et de toute personne se trouvant dans les limites du chantier. Ils sont aussi responsables de tout dommage causé aux personnes ou aux biens par imprudence, négligence, maladresse ou défaut d'exécution du travail. Ils devront ajouter le personnel nécessaire pour éviter tout retard.

III. Previous Decisions

A. *Labour Commissioner*, D.T.E. 94T-1246

10 Commissioner Garant granted the union's motions and recorded the partial transfer of the City's rights and obligations to the contractors, who would be bound by the certification and collective agreement. He noted that according to the previous decisions of the Labour Court, s. 45 could be applied to the transfer of a right to operate janitorial or green space upkeep services. In his opinion, the situation was the same for garbage collection. With regard to the degree of control retained by the City, the commissioner was of the view that this was not a barrier to applying s. 45, since garbage collection is a job that must be done in a specific, routine way in order to keep up the quality of the service. The contractors were still autonomous in terms of how they did the work and most importantly how they managed their staff, since the City exercised no control over their employees. The fact that the collective agreement contained a clause authorizing subcontracting could not defeat the application of s. 45, which is a provision of public order.

B. *Labour Court*, [1995] T.T. 395

11 Judge Yergeau dismissed the application for leave to appeal made by C.A. Construction, because it was brought late. He dismissed the appeals by the City and Services sanitaires on the merits, affirming the decision of commissioner Garant. In his opinion, the decisions of the Labour Court and the principles in *Bibeault*, *supra*, holding that the transfer of part of the operation of an undertaking can result in s. 45 applying with respect to janitorial services had to be followed. The same principles apply to garbage collection. The City, which continues to be responsible to the public for collection services, may nevertheless contract out the operation of the services to someone else. The judge expressed his agreement with the Labour Court's decision in *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert v. Entreprises Gilles Tisseur inc.*, D.T.E. 95T-318, which recognized that s. 45 applied to the transfer of part of the oper-

III. Les décisions antérieures

A. *Commissaire du travail*, D.T.E. 94T-1246

Le commissaire Garant accueille les requêtes du syndicat et constate la transmission partielle des droits et obligations de la Ville aux entrepreneurs, qui seront liés par l'accréditation et la convention collective. Il note qu'en vertu de la jurisprudence du Tribunal du travail, la concession d'un droit d'exploitation des activités d'entretien ménager ou d'entretien des espaces verts peut entraîner l'application de l'art. 45. À son avis, il en va de même pour la cueillette des ordures. Quant au degré de contrôle maintenu par la Ville, le commissaire considère qu'il ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 45, puisque la cueillette des ordures est une tâche qui doit s'accomplir de manière précise et routinière pour que la qualité du service soit assurée. Les entrepreneurs conservent leur autonomie quant à l'exécution du travail et surtout quant à la gestion du personnel, puisque la Ville n'exerce aucun contrôle sur leurs salariés. La présence d'une clause autorisant la sous-traitance dans la convention collective ne peut faire échec à l'application de l'art. 45, qui est une disposition d'ordre public.

B. *Tribunal du travail*, [1995] T.T. 395

Le juge Yergeau rejette la requête en autorisation d'appel de C.A. Construction parce qu'elle a été présentée tardivement. Il rejette au fond les appels de la Ville et de Services sanitaires, confirmant la décision du commissaire Garant. À son avis, il faut suivre la jurisprudence du tribunal et les principes de l'arrêt *Bibeault*, précité, selon lesquels une concession partielle entraînant l'application de l'art. 45 est possible en matière d'entretien ménager. Les mêmes principes s'appliquent pour la cueillette des ordures. La Ville, qui demeure responsable du service de cueillette face à ses citoyens, peut néanmoins en confier l'exécution à un tiers. Le juge se dit en accord avec la décision du Tribunal du travail dans l'affaire *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert c. Entreprises Gilles Tisseur inc.*, D.T.E. 95T-318, où l'application de l'art. 45 à la concession par une municipalité d'une partie de ses activités de déneigement

ation of a municipality's snow removal activities. More specifically, he concurred with Judge Prud'homme's comments that, although contracts for services involve much closer control now than they used to, this does not mean that s. 45 cannot be applied. In service industries, the transfer of technology or equipment is of much less significance to the analysis that must be done under s. 45, and the fact that taxing authority is not transferred is not decisive either. The clause in the collective agreement authorizing subcontracting cannot defeat the application of s. 45, which is a provision of public order.

C. *Superior Court*, D.T.E. 96T-747

Corriveau J. allowed the applications for judicial review brought by the City and Services sanitaires against the decision of the Labour Court. He found that Judge Yergeau had applied the functional definition of an undertaking that was rejected by this Court in *Bibeault*, *supra*, since he had recognized that only garbage collection tasks had been transferred. It was patently unreasonable to consider only the transfer of functions and ignore the other factors such as the transfer of assets, goodwill, decision-making authority or accountability. The decision by Judge Prud'homme in *St-Hubert*, *supra*, on which Judge Yergeau relied, had been quashed by the Superior Court (*St-Hubert (Ville de) v. Prud'homme*, J.E. 95-1642 (aff'd on other grounds [1999] R.J.D.T. 76 (C.A.))). Corriveau J. adopted the Superior Court's reasoning in that case and was of the view that the Labour Court had committed the same errors in this case as in *St-Hubert* and that Judge Yergeau's decision should therefore be quashed on the same grounds.

D. *Court of Appeal*, March 16, 1999

Rothman and Thibault JJ.A. and Philippon J. (*ad hoc*) allowed the union's appeal and restored the decision of the Labour Court. They stated that the applicable standard of review was patent unreasonableness and that the decision of the Labour Court in the case at bar did not contain any error that

avait été reconnue. Plus particulièrement, il souscrit aux remarques du juge Prud'homme selon lesquelles les contrats d'entreprise sont maintenant beaucoup plus encadrés qu'auparavant, ce qui n'empêche pas l'application de l'art. 45. Dans les entreprises de services, le transfert de technologie ou d'équipement est beaucoup moins important dans le cadre de l'analyse à effectuer en vertu de l'art. 45, et l'absence de transfert du pouvoir de taxation n'est pas non plus déterminante. La clause de la convention collective autorisant la sous-traitance ne peut empêcher l'application de l'art. 45, qui est une disposition d'ordre public.

C. *Cour supérieure*, D.T.E. 96T-747

12 Le juge Corriveau accueille les requêtes en révision judiciaire présentées par la Ville et par Services sanitaires à l'encontre de la décision du Tribunal du travail. Il conclut que le juge Yergeau a appliqué la conception fonctionnelle de l'entreprise rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Bibeault*, précité, puisqu'il a reconnu que seule l'exécution pure et simple de la cueillette avait été transférée. Il était manifestement déraisonnable de ne considérer que le transfert de fonctions et d'ignorer les autres éléments comme le transfert d'actifs, d'achalandage, d'un pouvoir de décision ou d'une obligation de rendre compte. La décision du juge Prud'homme dans l'affaire *St-Hubert*, précitée, sur laquelle s'est appuyé le juge Yergeau dans la présente affaire, a été annulée par la Cour supérieure (*St-Hubert (Ville de) c. Prud'homme*, J.E. 95-1642 (conf. pour d'autres motifs [1999] R.J.D.T. 76 (C.A.))). Le juge Corriveau adopte le raisonnement de la Cour supérieure dans l'affaire *St-Hubert* et considère que le Tribunal du travail a commis les mêmes erreurs en l'espèce que dans cette affaire et que la décision du juge Yergeau doit en conséquence être annulée pour les mêmes motifs.

D. *Cour d'appel*, le 16 mars 1999

13 Les juges Rothman, Thibault et Philippon (*ad hoc*) accueillent l'appel du syndicat et rétablissent la décision du Tribunal du travail. Ils indiquent que la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur manifestement déraisonnable et que la décision du tribunal en l'espèce ne comporte aucune

might justify intervention by the superior courts. They referred to a number of decisions of the Court of Appeal subsequent to the decision by Corriveau J., including *Maison L'Intégrale inc. v. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xi, in which the court stated the applicable standard of review and found that the approach taken by the Labour Court, that the transfer of a right to operate may result in s. 45 being applied, was not patently unreasonable.

14 The court also referred to *Ivanhoe inc. v. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500*, [1999] R.J.Q. 32 (C.A.), and to three other cases, *Saint-Hubert* (C.A.), *supra*, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xii, *Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.), and *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1 (C.A.), which it had decided at the same time as *Ivanhoe*. In *Ivanhoe*, writing for the majority of this Court, at paras. 13-20, I summarize the approach adopted by the Court of Appeal in the series of decisions rendered in December 1998. Essentially, the majority of the court found that the approach taken by the Labour Court to the application of s. 45 to transfers by way of subcontracting was not patently unreasonable. In the case at bar, the Court of Appeal followed that principle and concluded that this case could not be distinguished from the other decisions cited.

IV. Issues

15 In this Court, the City of Sept-Îles is seeking to have the decision of the Superior Court allowing its application for judicial review restored. In its view, the decisions holding that the certification and the collective agreement had to be transferred are patently unreasonable and inconsistent with the decisions of this Court. It submits, first, that those decisions adopt the functional definition of an undertaking which was rejected in *Bibeault*, *supra*, by applying s. 45 to mere subcontracting of functions, and second, that the labour commissioner and the Labour Court failed to comply with the

erreur pouvant justifier l'intervention des tribunaux supérieurs. Ils renvoient à plusieurs arrêts rendus par la Cour d'appel après la décision du juge Corriveau, dont l'affaire *Maison L'Intégrale inc. c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xi, où la cour s'était prononcée sur la norme de contrôle applicable et avait jugé que l'approche du tribunal, selon laquelle le transfert d'un droit d'exploitation peut entraîner l'application de l'art. 45, n'était pas manifestement déraisonnable.

La cour fait aussi référence à l'affaire *Ivanhoe inc. c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500*, [1999] R.J.Q. 32 (C.A.), ainsi qu'à trois autres de ses arrêts, *Saint-Hubert* (C.A.), précité, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 3 R.C.S. xii, *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.), et *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1 (C.A.), qui ont été rendus avec l'affaire *Ivanhoe*. Je résume dans cette affaire, au nom de la majorité de notre Cour, aux par. 13-20, l'approche adoptée par la Cour d'appel dans la série d'arrêts rendus en décembre 1998. Essentiellement, la majorité de la cour avait jugé que l'approche du Tribunal du travail quant à l'application de l'art. 45 à des concessions en sous-traitance n'était pas manifestement déraisonnable. En l'espèce, la Cour d'appel se conforme à ce principe et conclut que la présente affaire ne peut se distinguer des autres décisions mentionnées.

IV. Les questions en litige

Devant notre Cour, la Ville de Sept-Îles demande le rétablissement de la décision de la Cour supérieure accueillant sa requête en révision judiciaire. À son avis, les décisions prononçant le transfert de l'accréditation et de la convention collective sont manifestement déraisonnables et contraires à la jurisprudence de notre Cour. D'une part, elles adopteraient la conception fonctionnelle de l'entreprise qui a été rejetée dans l'affaire *Bibeault*, précitée, en appliquant l'art. 45 à de simples contrats de sous-traitance de fonctions. D'autre part, le commissaire et le tribunal n'au-

requirement that the transferee have received an identifiable and autonomous part of the undertaking, established by this Court in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, and *Bibeault*, *supra*, since the evidence could not support their finding that the contractors were legally independent of the City in the conduct of their operations.

In the appellant's submission, art. 15 of the collective agreement provides the employees with adequate protection. Refusing to apply s. 45 would not have caused any harm to the employees, since they kept their jobs and were not disadvantaged in any respect because of the contracts entered into with the contractors, whereas the transfer of municipal collective agreements to subcontractors could inhibit the use of subcontracting by Quebec municipalities, since contractors would refuse to bid, or would bid subject to conditions that would not make it possible to save any public funds. The appellant also believes that the operation of a municipal service could be transferred only if the requirements of the *Act respecting sales of municipal public utilities*, R.S.Q., c. V-4 ("*ASMPU*"), were met, and that no transfer took place in the instant case.

V. Analysis

The standard of review that applies to judicial review of decisions dealing with s. 45 of the *Labour Code* is patent unreasonableness, as I state in *Ivanhoe*, *supra*, at paras. 24-30. The principle of judicial deference therefore had to serve as a guide for the courts in reviewing the administrative decisions made in this case. That principle is especially important in labour law, as I also point out in *Ivanhoe*, at para. 32.

The decisions of the administrative authorities in the case at bar comprise a direct application of the principles developed by the Labour Court following *Bibeault*, *supra*. Pursuant to decisions of

raient pas respecté l'exigence qu'a énoncée notre Cour dans les affaires *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, et *Bibeault*, précitée, selon laquelle le concessionnaire doit avoir reçu une partie d'entreprise identifiable et capable d'existence autonome, puisque la preuve ne saurait étayer leur conclusion que les entrepreneurs sont juridiquement indépendants de la Ville dans la conduite de leurs opérations.

16 Selon l'appelante, l'art. 15 de la convention collective constitue une protection adéquate en faveur des salariés. Un refus d'appliquer l'art. 45 n'aurait causé aucun préjudice aux salariés, qui ont conservé leur emploi et n'ont subi aucun inconvénient en raison des contrats conclus avec les entrepreneurs, alors que le transfert des conventions collectives municipales à des sous-traitants pourrait empêcher les municipalités québécoises de recourir à la sous-traitance, puisque les entrepreneurs refuseraient de soumissionner ou le feraient à des conditions ne permettant aucune économie de fonds publics. L'appelante considère aussi que la concession d'un service municipal n'est possible que si les exigences posées par la *Loi sur la vente des services publics municipaux*, L.R.Q., ch. V-4 (« *LVSPM* »), sont respectées et qu'en l'espèce, aucune concession n'est intervenue.

V. Analyse

17 La norme de contrôle applicable à la révision judiciaire des décisions portant sur l'art. 45 du *Code du travail* est celle de l'erreur manifestement déraisonnable, comme je l'indique dans l'affaire *Ivanhoe*, précitée, par. 24-30. Ainsi, le principe de la retenue judiciaire devait servir de guide aux tribunaux dans l'examen des décisions administratives rendues en l'espèce. Ce principe revêt d'ailleurs une importance particulière en droit du travail, comme je le souligne aussi dans l'affaire *Ivanhoe*, par. 32.

18 Les décisions des instances administratives en l'espèce constituent une application directe des principes élaborés par le Tribunal du travail à la suite de l'arrêt *Bibeault*, précité. En vertu de la

that court, s. 45 may apply to subcontracts where the transferee, in addition to performing functions similar to those performed by the transferor to which the certification originally applied, receives a right to operate part of the transferor's undertaking. I explain in *Ivanhoe*, *supra*, at paras. 62-81, that those principles are not patently unreasonable and do not conflict with the decisions of this Court, which rather provide that it is up to the specialized decision-making authorities to weigh the applicable criteria in order to determine whether a transfer of the operation of an undertaking has occurred.

19 In the case at bar, Judge Yergeau stated that [TRANSLATION] "[i]t seems clear that technology or equipment is not as important a consideration in a service undertaking" (p. 404). He therefore believed that it was not necessary for physical items to be transferred to the subcontractors in order to find that a transfer of the operation of an undertaking had occurred. The right to operate that was transferred related not only to the function of collecting and removing garbage, but also to the undertaking itself, since it authorized the contractors to perform their activities on land belonging to the municipality and the public, and to use the municipality's landfill site. In *McGill*, *supra*, LeBel J.A., as he then was, wrote, at p. 14:

[TRANSLATION] In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, and also later in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, the Supreme Court did not impose a uniform view of what an undertaking is in concrete terms. On the contrary, it expressed the view that the components of the undertaking vary depending on the economic sector in question. [Emphasis added.]

20 The decisions of the commissioner and the Labour Court in this case do not therefore represent a return to a functional definition of an undertaking. On the contrary, the specialized decision-making authorities have sought to identify the essential elements of the part of an undertaking of which the operation had been transferred, by considering the nature of the undertaking and the relative importance of its various components. That

jurisprudence du tribunal, l'art. 45 peut s'appliquer à des contrats de sous-traitance lorsque le concessionnaire, en plus d'exécuter des fonctions similaires à celles qu'effectuait le concédant initialement visé par l'accréditation, reçoit un droit d'exploitation portant sur une partie de l'entreprise de ce dernier. J'explique déjà, dans l'affaire *Ivanhoe*, précitée, par. 62-81, que ces principes ne sont pas manifestement déraisonnables et ne contredisent pas la jurisprudence de notre Cour, qui prévoit plutôt qu'il revient aux instances spécialisées de pondérer les critères applicables pour déterminer si une concession d'entreprise est intervenue.

Dans la présente affaire, le juge Yergeau indique qu'« [i]l apparaît évident que la technologie ou l'équipement n'est pas une considération aussi importante dans une entreprise de services » (p. 404). Il considère donc qu'il n'était pas nécessaire de transférer des éléments matériels aux sous-traitants pour conclure à une concession d'entreprise. Le droit d'exploitation concédé portait non seulement sur les fonctions de cueillette et de transport des ordures, mais aussi sur l'entreprise elle-même, puisqu'il autorisait les entrepreneurs à mener leurs activités sur les terrains de la municipalité et de ses citoyens et à utiliser le site d'enfouissement de la municipalité. Dans l'affaire *McGill*, précitée, le juge LeBel, maintenant juge de notre Cour, écrit, à la p. 14 :

Dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, comme d'ailleurs plus tard dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, la Cour suprême n'a pas imposé une vue uniforme de ce qu'était concrètement l'entreprise. Au contraire, elle estimait que les composantes de celle-ci variaient suivant le secteur d'activité concerné. [Je souligne.]

Ainsi, les décisions du commissaire et du tribunal en l'espèce ne constituent pas un retour à une conception fonctionnelle de l'entreprise. Au contraire, les décideurs spécialisés ont cherché à identifier les éléments essentiels de la partie d'entreprise concédée en tenant compte de sa nature et de l'importance respective de ses diverses composantes. Cette approche est conforme à la conception de l'entreprise adoptée par notre Cour dans

approach is consistent with the definition of an undertaking adopted by this Court in *Bibeault*, *supra*, which LeBel J.A. described as follows at p. 54 of *Ivanhoe*, *supra*:

[TRANSLATION] On that occasion, however, the Supreme Court certainly did not decide that it was necessary that the new transferee be responsible for all of the activities of the undertaking or that it was necessary, at least, to establish that the undertaking in respect of which a transfer of operation had occurred had been perfectly miniaturized. The Supreme Court's decision seems rather to rest on the concept of sufficiency, which is taken from the decision in *Mode Amazone*.

Furthermore, in *Ivanhoe*, at paras. 78-81, I review the approach taken by the Labour Court to the requirement that the transferee be given a sufficient degree of autonomy, without which it would be impossible to conclude that the operation of an undertaking had been transferred. I note that the Labour Court has developed reasonable principles for adapting this requirement to situations involving the transfer of the operation of part of an undertaking. In such cases, there continues to be a degree of integration between the main undertaking and the part of the undertaking of which the operation has been transferred. In the view of the Labour Court, as LeBel J.A. put it in *Ivanhoe*, at p. 59, [TRANSLATION] "[b]y its very essence, a transfer of the operation of part of an undertaking must remain within the sphere of the main undertaking, which gives it its identity". In those circumstances, it is not surprising that the transferor can impose constraints on the new employers relating to how they perform their work, since it is still in charge of controlling the operation of the main undertaking from which the transfer derives. This was why the Labour Court held that the existence of contracts laying down certain precise methods of performing the work was not a barrier to applying s. 45.

In addition, with respect for the contrary opinion, I do not believe that *Bibeault*, *supra*, established a requirement that in order for s. 45 to apply the transferee must have total control over the part of the undertaking of which the operation was transferred. In my view, the explanations given by Beetz J. regarding terminology, at pp. 1079-81,

l'arrêt *Bibeault*, précité, que le juge LeBel en Cour d'appel, dans l'affaire *Ivanhoe*, précitée, décrit ainsi, à la p. 54 :

Cependant, à cette occasion, la Cour suprême n'a jamais décidé que l'ensemble des activités d'une entreprise devaient se retrouver chez le nouveau concessionnaire et qu'il faudrait, à tout le moins, établir un phénomène de miniaturisation intégrale de l'entreprise visée par la concession. Le concept de suffisance, tiré de l'arrêt *Mode Amazone*, paraît plutôt constituer le fondement même de sa décision.

Par ailleurs, j'étudie dans l'affaire *Ivanhoe*, par. 78-81, l'approche du Tribunal du travail face à l'exigence qu'un degré suffisant d'autonomie soit attribué au concessionnaire, sans quoi il lui serait impossible de conclure à la présence d'une concession d'entreprise. Je note que le tribunal a élaboré des principes raisonnables pour adapter cette exigence aux situations de concession partielle d'entreprise. En pareils cas, un certain degré d'intégration est maintenu entre l'entreprise principale et la partie d'entreprise concédée. Pour le Tribunal du travail, « [p]ar son essence même, une concession partielle d'entreprise doit demeurer dans la sphère de l'entreprise centrale, qui lui donne son identification », comme l'indique le juge LeBel en Cour d'appel, dans l'affaire *Ivanhoe*, p. 59. Dans ces circonstances, il n'est pas surprenant que le donneur d'ouvrage puisse imposer aux nouveaux employeurs des contraintes dans l'exécution de leur travail, puisqu'il demeure chargé du contrôle du fonctionnement de l'entreprise principale dont la concession découle. C'est pourquoi le tribunal juge que la présence de contrats dictant de façon précise certaines modalités d'exécution du travail ne constitue pas un obstacle à l'application de l'art. 45. 21

Par ailleurs, avec respect pour l'opinion contraire, je ne crois pas que l'arrêt *Bibeault*, précité, ait énoncé une exigence selon laquelle le concessionnaire devrait exercer un contrôle complet sur la partie d'entreprise concédée pour que l'art. 45 puisse s'appliquer. À mon avis, les précisions apportées par le juge Beetz au sujet de la termino- 22

were intended only to clarify the type of subcontracting involved in that case and to properly characterize the contracts between the Commission scolaire régionale de l'Outaouais and its subcontractors. Those passages did not relate to the issue of the degree of autonomy that a subcontractor must be given in order for s. 45 to apply, since that point was not in issue in *Bibeault*. Furthermore, as I state in *Ivanhoe*, *supra*, at paras. 78-79, this Court also did not, in my view, adopt a rigid and absolute requirement in *Lester*, *supra*, that a subcontractor must have total control over the part of the undertaking of which the operation was transferred, although the Court implied that some degree of autonomy on the part of the transferee was required.

23 Indeed, requiring total control would be incompatible with the very concept of the transfer of the operation of part of an undertaking which, by virtue of the wording of s. 45 of the *Labour Code*, must result in the transfer of the certification. Since this Court has never ruled out the transfer of the operation of part of an undertaking and has, on the contrary, expressly recognized the possibility of applying s. 45 to subcontracting (see *Bibeault*, *supra*, at pp. 1059-60 and 1105; *Ivanhoe*, *supra*, at para. 64), it is not possible, in my view, to require that the transferee have absolute and exclusive control of the part of the undertaking the operation of which has been transferred. In the case at bar, it was up to the labour commissioner and the Labour Court to assess the degree of autonomy that the subcontractors had to have been given in order for s. 45 to apply, and to develop criteria that would enable it to determine whether, in fact, Services sanitaires and C.A. Construction had the necessary autonomy.

24 In this case, the commissioner and the Labour Court used the criterion of the subordination of the employees to the contractors in order to determine the degree of legal autonomy that the contracts gave the contractors in operating the part of the undertaking that had been transferred. This criterion can be used to establish whether the legal transaction between the parties gives the transferee

logie, aux p. 1079-1081, ne visaient qu'à clarifier le type de sous-traitance dont il était question dans cette affaire et à caractériser de façon appropriée les contrats unissant la Commission scolaire régionale de l'Outaouais à ses sous-traitants. Ces passages ne portaient pas sur la question du degré d'autonomie devant être conféré à un sous-traitant pour que l'application de l'art. 45 soit possible, cette question n'étant pas en litige dans l'arrêt *Bibeault*. De plus, comme je l'indique dans l'affaire *Ivanhoe*, précitée, par. 78-79, notre Cour n'a pas non plus à mon avis adopté, dans l'affaire *Lester*, précitée, une exigence rigide et absolue voulant qu'un sous-traitant doive détenir un contrôle complet sur la partie d'entreprise concédée, bien que la Cour ait laissé entendre qu'un certain degré d'autonomie du concessionnaire était requis.

Une exigence de contrôle total serait d'ailleurs incompatible avec le concept même d'une concession partielle d'entreprise qui, en vertu du texte de l'art. 45 du *Code du travail*, doit entraîner le transfert de l'accréditation. Puisque notre Cour n'a jamais écarté la concession partielle d'entreprise, ayant au contraire expressément reconnu la possibilité d'appliquer l'art. 45 à la sous-traitance (voir *Bibeault*, précité, p. 1059-1060 et 1105; *Ivanhoe*, précité, par. 64), il est impensable, à mon avis, d'exiger que le concessionnaire jouisse d'un contrôle absolu et exclusif de la partie d'entreprise concédée. Dans la présente affaire, il revenait au commissaire et au Tribunal du travail d'évaluer le degré d'autonomie qui devait être conféré aux sous-traitants pour entraîner l'application de l'art. 45, ainsi que d'élaborer des critères lui permettant de déterminer si, dans les faits, Services sanitaires et C.A. Construction détenaient l'autonomie requise.

En l'espèce, le commissaire et le tribunal ont utilisé le critère de la subordination des salariés face aux entrepreneurs pour déterminer le degré d'autonomie juridique que les contrats laissent à ces derniers quant à l'exploitation de la partie d'entreprise concédée. Ce critère permet de déterminer si l'opération juridique intervenue entre les parties confère suffisamment de pouvoir au con-

sufficient authority to enable it to effectively become the new employer in charge of operating the part of the undertaking in question. If so, s. 45 applies to ensure that there is an employer legally capable of controlling the employees' working conditions. This is a contextual interpretation of the transfer of the operation of part of an undertaking, adapted to the purposes of s. 45. The approach taken by the Labour Court also seems to be consistent with what was said in *Bibeault*, *supra*, regarding the concept of the transfer of the operation of an undertaking. At p. 1120, Beetz J. wrote:

> For the purposes of collective bargaining, the employer who negotiates and is bound by the terms of the collective agreement must at the same time be the one who controls the undertaking: otherwise, the employer would be unable to perform the obligations imposed by the agreement.

In the instant case, the City does not have the authority under the contracts to decide what the employees' working conditions will be or what disciplinary action may be taken against them. It can only ensure that the contracts are properly performed by the contractors, which have complete authority to manage their staff.

The function of developing the criteria for assessing the degree of autonomy that the transferee must be given in order to conclude that s. 45 applies is central to the specialized jurisdiction of the labour commissioner as it relates to the transfer of the operation of an undertaking. The principles that were applied in this case do not result in absurdity, but rather ensure the rational and realistic application of s. 45. There is therefore no justification for intervention by the superior courts. This was in fact the conclusion of the majority of the Court of Appeal in *Laurenval* and *McGill*, *supra*. In those cases, the transferors reserved the authority to control the manner in which the work was performed by the subcontractors. In *Laurenval*, one of the subcontractors was required to comply with instructions given by the transferor, who also had the authority to supervise the work as a whole. In *McGill*, in addition to supervising the work generally, the university set the timetable for completing the contracts and reserved the authority to step in, in emergencies.

cessionnaire pour qu'il puisse effectivement devenir le nouvel employeur responsable de l'exploitation de la partie d'entreprise en cause. Si tel est le cas, l'application de l'art. 45 permet d'assurer la présence d'un employeur juridiquement en mesure de contrôler les conditions de travail des salariés. Il s'agit d'une interprétation contextuelle de la concession partielle d'entreprise, adaptée aux objets de l'art. 45. Cette approche du tribunal semble aussi conforme aux enseignements de l'arrêt *Bibeault*, précité, quant à la notion de concession d'entreprise. À la page 1120, le juge Beetz écrit :

> Il est nécessaire, aux fins de la négociation collective, que l'employeur qui négocie et qui est lié par les termes de la convention collective soit, en même temps, celui qui contrôle l'entreprise: autrement, l'employeur serait incapable de s'acquitter des obligations imposées par la convention.

En l'espèce, la Ville ne possède pas, en vertu des contrats, le pouvoir de déterminer les conditions de travail des salariés ou les mesures disciplinaires devant leur être imposées. Elle ne peut que voir à la bonne exécution des contrats par les entrepreneurs, qui conservent tous les pouvoirs de gestion de leur personnel.

L'élaboration des critères permettant d'évaluer le degré d'autonomie qui doit être laissé au concessionnaire pour conclure à l'application de l'art. 45 se situe au cœur de la compétence spécialisée du commissaire du travail en matière de concession d'entreprise. Les principes appliqués en l'espèce ne créent aucune absurdité, mais assurent plutôt une application rationnelle et réaliste de l'art. 45. L'intervention des tribunaux supérieurs n'est donc pas justifiée. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est arrivée la majorité de la Cour d'appel dans les arrêts *Laurenval* et *McGill*, précités. Dans ces affaires, les donneurs d'ouvrage s'étaient réservé un pouvoir de contrôle sur l'exécution du travail des sous-traitants. Dans l'affaire *Laurenval*, l'un des sous-traitants devait se conformer aux instructions fournies par le donneur d'ouvrage, qui possédait aussi le pouvoir de superviser l'ensemble du travail. Dans l'affaire *McGill*, en plus d'effectuer une supervision générale du travail, l'université déterminait l'horaire selon lequel les contrats devaient être exécutés et s'était réservé un pouvoir

25

LeBel and Brossard JJ.A. concluded that it was not patently unreasonable to apply s. 45 in those circumstances, although Brossard J.A., erroneously in my view, was of the opinion that the approach taken by the Labour Court conflicted with the decisions of this Court.

26 In *Saint-Hubert* (C.A.), *supra*, which involved municipal snow removal, the City, which had contracted out the work, had reserved a substantial power of control, similar to what the contracts in this case left with the City of Sept-Îles. The Court of Appeal in that case held that the decision of the Labour Court concluding that s. 45 applied was patently unreasonable, although the majority of the court based that conclusion solely on the union's lack of diligence in pursuing its remedies and on the confusion in the evidence as to the intended scope of the original certification in respect of the City. With respect to the reasoning of the Labour Court on the merits, with which Judge Yergeau indicated his agreement in the instant case, it should be noted that the majority of the court relied on its decisions in *Ivanhoe* and *Laurenval*, *supra*, in which it had held that the approach taken by the Labour Court was not patently unreasonable.

27 The commissioner and the Labour Court also held that art. 15 of the collective agreement did not preclude the application of s. 45. That clause, which authorized subcontracting on certain conditions, could not be described as a waiver of the application of s. 45, or a contractual exception to that provision. As LeBel J.A. stated in *McGill*, *supra*, at p. 13:

> [TRANSLATION] In that regard, the function of s. 45 L.C. differs from the function of collective agreements. That provision is a legal mechanism that is not the same as the contractual arrangements provided by the collective agreements. Section 45 L.C. is not prohibitive in nature in that, contrary to what we may sometimes read, it does not prohibit the sale of the undertaking, the transfer of the operation of the undertaking in whole or in part or the reorganization of the undertaking. Its purpose is quite simply to attach certain consequences to these transactions with respect to the certified union, the col-

d'intervention en cas d'urgence. Or, les juges LeBel et Brossard ont conclu qu'il n'était pas manifestement déraisonnable d'appliquer l'art. 45 dans ces circonstances, le juge Brossard estimant toutefois, erronément à mon avis, que l'approche du Tribunal du travail contredisait la jurisprudence de notre Cour.

Dans l'affaire *Saint-Hubert* (C.A.), précitée, portant sur le déneigement municipal, le donneur d'ouvrage s'était réservé des pouvoirs de contrôle importants, semblables à ceux que les contrats laissent à la Ville de Sept-Îles en l'espèce. La Cour d'appel dans cette affaire a jugé que la décision du Tribunal du travail concluant à l'application de l'art. 45 était manifestement déraisonnable, mais pour la majorité de la cour, cette conclusion était fondée uniquement sur le manque de diligence du syndicat dans l'exercice de ses recours et sur la confusion dans la preuve quant à la portée intentionnelle de l'accréditation originale visant le donneur d'ouvrage. En ce qui a trait au raisonnement du Tribunal du travail sur le fond, avec lequel, rappelons-le, le juge Yergeau a exprimé son accord dans la présente affaire, la majorité de la cour s'en remet à ses décisions dans les affaires *Ivanhoe* et *Laurenval*, précitées, selon lesquelles l'approche du Tribunal du travail n'est pas manifestement déraisonnable.

Par ailleurs, le commissaire et le tribunal ont jugé que l'art. 15 de la convention collective n'écartait pas l'application de l'art. 45. Cette clause, qui autorise la sous-traitance à certaines conditions, ne saurait être qualifiée de renonciation à l'application de l'art. 45 ou de dérogation contractuelle à cette disposition. Comme l'a indiqué le juge LeBel dans l'affaire *McGill*, précitée, p. 13 :

> À ce titre, la fonction de l'article 45 C.tr. se distingue de celle des conventions collectives. Cette disposition constitue un mécanisme légal, différent des aménagements contractuels prévus par les conventions collectives. L'article 45 C.tr. n'a pas de caractère prohibitif, en ce sens que, contrairement à ce qu'on peut lire parfois, il n'interdit pas la vente d'entreprise, sa concession totale ou partielle ou son réaménagement. Il vise tout simplement à y attacher certaines conséquences à

lective agreement and certain related actions. [Emphasis added.]

If s. 45 does not prohibit subcontracting or transfer of part of the operation of an undertaking, but merely attaches consequences to those transactions, it cannot be said that a clause imposing conditions on subcontracting is intended to create an exception to that provision. Indeed, even had the parties so intended, the application of s. 45 could not have been precluded by a contractual provision. On this point, R. P. Gagnon wrote, in *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (4th ed. 1999), at p. 324:

[TRANSLATION] The courts have unanimously recognized that section 45 is a provision of public order which cannot be waived, at least in advance, whether by a provision in a collective agreement or by any other agreement.

In addition, the protection provided by the collective agreement in this case is different from and, in some respects, less than what is provided by s. 45. Article 15 of the agreement protects only the City's permanent and full-time employees. Article 4 of the agreement provides for several other types of employees, including employees on probation, temporary employees, surplus employees, students and part-time employees, who do not enjoy the protection of all the provisions of the collective agreement but nevertheless have certain advantages in terms of wages and working conditions that will not be preserved by applying art. 15 if the employer decides to subcontract. Furthermore, there is nothing in the collective agreement that would ensure that the certification was transferred in such a manner as to be binding on another party, whereas s. 45 seeks above all to maintain a collective bargaining framework in the undertaking by transferring the certification to the new employer.

On the other hand, the fact that s. 45 is a provision of public order does not mean that the labour commissioner may not take into account the existence of a contractual provision that protects employees in the event of a transfer of operation by a subcontract. As I indicate in *Ivanhoe*, *supra*, at paras. 106-10, s. 46 of the *Labour Code* confers

l'égard du syndicat accrédité, de la convention collective et de certains actes qui s'y relient. [Je souligne.]

Si l'article 45 n'interdit pas la sous-traitance ou la concession partielle d'entreprise, mais se limite à y attacher des conséquences, on ne peut affirmer qu'une clause qui impose des conditions à l'octroi de sous-contrats vise à déroger à cette disposition. D'ailleurs, même si les parties l'avaient voulu, l'application de l'art. 45 n'aurait pu être écartée par le biais d'une disposition contractuelle. À ce sujet, R. P. Gagnon, dans *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (4e éd. 1999), écrit, à la p. 324 :

La jurisprudence reconnaît unanimement dans l'article 45 une disposition d'ordre public à laquelle il ne saurait être question de renoncer, du moins à l'avance, que ce soit par une stipulation d'une convention collective ou par quelque autre entente.

28 De plus, la protection que la convention collective offre en l'espèce est différente et, à certains égards, moins importante que celle conférée par l'art. 45. En effet, l'art. 15 de la convention ne protège que les salariés permanents et réguliers de la Ville. Or, l'article 4 de la convention prévoit plusieurs autres types de salariés, comme le salarié à l'essai, le salarié temporaire, le salarié surnuméraire, l'étudiant et le salarié à temps partiel. Ceux-ci ne bénéficient pas de la protection de toutes les dispositions de la convention collective, mais jouissent tout de même de certains avantages au niveau du salaire et des conditions de travail qui ne seront pas maintenus par le biais de l'application de l'art. 15, si l'employeur décide d'accorder un sous-contrat. Par ailleurs, rien dans la convention collective ne permet d'assurer le transfert de l'accréditation de façon à lier un tiers. Or, l'article 45 cherche avant tout à préserver un cadre de négociation collective dans l'entreprise par le biais du transfert de l'accréditation au nouvel employeur.

29 Par contre, le caractère d'ordre public de l'art. 45 ne signifie pas qu'il est interdit au commissaire du travail de prendre en considération la présence d'une disposition protégeant les salariés en cas de concession en sous-traitance. En effet, j'ai indiqué dans l'affaire *Ivanhoe*, précitée, par. 106-110, que l'art. 46 du *Code du travail* con-

broad powers on the commissioner to resolve any difficulties arising out of the application of s. 45. For example, the commissioner may rule that s. 45 applies, but decline to transfer a collective agreement, as was done in *Ivanhoe*, although in general the agreement will follow the certification.

30 There may be some disadvantages involved in transferring the generous collective agreements negotiated at the municipal level to subcontractors. First, this may limit the municipality's opportunities for subcontracting by deterring potential bidders. Second, it may prove difficult to put into effect in the case of contractors that employ a small number of workers. Before the labour commissioner, C.A. Construction pointed out that serious difficulties should be anticipated if the collective agreement were transferred to it when it had only two employees. Where contractual protection has been negotiated for employees who suffer no disadvantage when the operation is transferred to a subcontractor, as is the case here, the commissioner may examine all of the difficulties that would result if s. 45 were applied, and has the authority, if he considers it appropriate, to refuse to transfer the collective agreement.

31 Although the collective agreement will normally follow the certification, a distinction can be made, under ss. 45 and 46, between first transferring the certification and then deciding whether it is appropriate to transfer the entire collective agreement. Contractual provisions designed to protect the employees in the event of a transfer of operation, as well as the concrete fact situation prevailing in the undertaking and the industry in general, are relevant factors that the commissioner may consider when deciding whether the collective agreement should be transferred. However, as I indicate in *Ivanhoe*, *supra*, at paras. 114-17, the commissioner and the Labour Court have the sole authority to examine the factors in question and select the solution they consider most appropriate. In this case, the specialized decision-making authorities

fère au commissaire de larges pouvoirs pour régler toutes les difficultés pouvant découler de l'application de l'art. 45. Le commissaire peut, par exemple, prononcer l'application de l'art. 45, mais refuser le transfert d'une convention, comme ce fut fait dans l'affaire *Ivanhoe*, bien qu'en règle générale, le sort de la convention suivra celui de l'accréditation.

Le transfert à des sous-traitants des conventions collectives généreuses négociées dans le monde municipal peut comporter certains désavantages. D'une part, il pourrait limiter la possibilité de recourir à la sous-traitance pour la municipalité en décourageant les futurs soumissionnaires. D'autre part, il pourrait s'avérer difficile à mettre en application dans le cas d'entrepreneurs employant un nombre restreint de salariés. Devant le commissaire du travail, C.A. Construction soulignait que des difficultés graves devraient être envisagées si la convention collective lui était transférée alors qu'elle n'avait que deux employés. Lorsque, comme en l'espèce, des protections contractuelles ont été négociées en faveur des salariés, qui ne subissent aucun désavantage à la suite de la concession en sous-traitance, le commissaire peut examiner l'ensemble des difficultés entraînées par l'application de l'art. 45 et, s'il le juge approprié, il a le pouvoir de refuser le transfert de la convention collective.

Bien que le sort de la convention suivra généralement celui de l'accréditation, les art. 45 et 46 permettent de distinguer entre le transfert de l'accréditation et l'opportunité, qui s'apprécie par la suite, de transférer dans son intégralité la convention collective. Les dispositions contractuelles visant à protéger les salariés en cas de concession d'entreprise, ainsi que la situation concrète qui prévaut dans l'entreprise et dans l'industrie en général, constituent des facteurs pertinents que le commissaire pourra examiner au moment de décider du transfert de la convention collective. Cependant, il revient uniquement au commissaire et au Tribunal du travail, comme je l'indique dans l'affaire *Ivanhoe*, précitée, par. 114-117, d'examiner les facteurs en cause et de choisir la solution qu'ils considèrent la plus appropriée. En l'espèce, les instances spé-

opted for transfer of the collective agreement. That solution involves certain disadvantages, as did the opposite solution which was adopted in *Ivanhoe*, but those disadvantages are not sufficient to warrant judicial review in a situation where the standard of review to be applied is patent unreasonableness.

cialisées ont opté pour le transfert de la convention collective. Cette solution comporte certains inconvénients, comme c'était le cas pour la solution contraire, retenue dans l'affaire *Ivanhoe*, mais ceux-ci ne sauraient être suffisants pour justifier la révision judiciaire dans le cadre de l'application de la norme de contrôle de l'erreur manifestement déraisonnable.

Furthermore, under s. 1 *ASMPU*, no municipality may alienate any public utility service belonging to it, "except by a by-law which requires the approval of the qualified voters and of the Government". In this case, no by-law was submitted for the approval of the voters or the government before contracts were awarded to C.A. Construction and to Services sanitaires. In my view, the *ASMPU* is not relevant in determining whether s. 45 of the *Labour Code* applies. The fact that there are special mechanisms to enable a municipality to alienate certain public utilities does not affect the analysis of the consequences, in labour law, of the alienation or transfer of the operation of those services. Where the commissioner determines that there has been an alienation or transfer of the operation of an undertaking within the meaning of s. 45, the certification and, in most cases, the collective agreement will be transferred to the new employer. The *ASMPU* can be applied only to invalidate an alienation that is contrary to the provisions of that Act. As Zerbisias J. (*ad hoc*) stated in *Saint-Hubert* (C.A.), *supra*, at p. 82:

32 Par ailleurs, en vertu de l'art. 1 *LVSPM*, une municipalité ne peut aliéner un service d'utilité publique, « à moins que ce ne soit au moyen d'un règlement soumis à l'approbation des personnes habiles à voter et du gouvernement ». En l'espèce, aucun règlement n'a été soumis à l'approbation des électeurs ou du gouvernement avant l'octroi des contrats à C.A. Construction et à Services sanitaires. À mon avis, la *LVSPM* n'a aucune pertinence quant à l'application de l'art. 45 du *Code du travail*. L'existence de mécanismes particuliers permettant à une municipalité d'aliéner certains services à caractère public n'influence pas l'analyse portant sur les conséquences, en droit du travail, d'une aliénation ou d'une concession d'un tel service. Lorsque le commissaire jugera qu'une aliénation ou une concession d'entreprise au sens de l'art. 45 est intervenue, l'accréditation et, dans la plupart des cas, la convention collective, seront transférées au nouvel employeur. La *LVSPM* ne pourra intervenir que pour annuler une aliénation qui serait faite en violation de ses dispositions. Comme l'indique le juge Zerbisias (*ad hoc*) dans l'affaire *Saint-Hubert* (C.A.), précitée, p. 82 :

> [TRANSLATION] This contract between the City and the subcontractors is not subject to the *Act respecting sales of municipal public utilities*. However, that does not mean that application of s. 45 L.C. cannot be triggered. It is quite conceivable that an identifiable part of the municipal snow removal undertaking could be transferred to a new undertaking without liability to third parties, and the means of financing the activity sold, being transferred. [Emphasis added.]

> Ce contrat que la Ville a passé avec les sous-traitants ne se voit donc pas appliquer la *Loi sur la vente des services publics municipaux*. Toutefois, cela ne veut pas dire que l'application de l'article 45 C.tr. ne peut être déclenchée. Il est tout à fait concevable qu'une partie identifiable de l'entreprise municipale de déneigement puisse être transférée à une nouvelle entreprise sans transfert de la responsabilité face aux tiers et du moyen de financer l'activité vendue. [Je souligne.]

The argument that s. 45 cannot be applied because the City cannot rid itself of its obligation to collect garbage without complying with the requirements of the *ASMPU* must therefore be rejected in this case.

L'argument voulant que l'application de l'art. 45 soit impossible parce que la Ville ne peut se départir de son obligation de cueillir les ordures sans respecter les exigences de la *LVSPM* doit donc être écarté en l'espèce.

33 In conclusion, the decision that there was a transfer of the operation of part of an undertaking which triggered the application of s. 45 in this case is neither patently unreasonable nor in conflict with the decisions of this Court or the applicable legislation. There were therefore no grounds for the Superior Court to intervene and the decision of the Court of Appeal must be upheld.

VI. Disposition

34 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

35 BASTARACHE J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons prepared by my colleague Madam Justice Arbour for the majority in this case and in *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47, released concurrently, and must respectfully dissent here as I have done in *Ivanhoe* on the approach taken toward the successorship provision in s. 45 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27.

36 In *Ivanhoe*, my objections were essentially three: (i) the lack of connection between the party who was "[t]he new employer" under s. 45 (the four contractors) and "the former employer" (Moderne) meant that the nexus requirement in *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23, went unsatisfied; (ii) *Bibeault*'s (*U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048) prohibition of a purely functional definition of "undertaking" ("*entreprise*") in s. 45 could not be inverted by reliance on the argument that in a situation in which all there was to be transferred consisted merely of work, tasks or functions, this was a satisfaction of the "organic" definition of undertaking set out by Beetz J. in that case; and (iii) the "potential employer" or retrocession approach in which Ivanhoe is said to be "the former employer" for the purposes of s. 45 is nowhere

En somme, la décision concluant à la présence d'une concession partielle d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45 en l'espèce n'est ni manifestement déraisonnable, ni contraire à la jurisprudence de notre Cour ou aux dispositions législatives applicables. L'intervention de la Cour supérieure était donc injustifiée et la décision de la Cour d'appel doit être confirmée.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je rejetterais l'appel, avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs majoritaires que ma collègue madame le juge Arbour a rédigés dans le présent arrêt et dans l'arrêt *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47, rendus simultanément, et je dois, en toute déférence, exprimer ma dissidence en l'espèce comme je l'ai fait dans *Ivanhoe* au sujet de l'interprétation de la disposition relative à la succession d'entreprise contenue à l'art. 45 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27.

Dans *Ivanhoe*, j'étais essentiellement en désaccord sur trois points : (i) vu l'absence de lien entre la partie qui était « le nouvel employeur » au sens de l'art. 45 (les quatre entrepreneurs) et celle qui était « l'employeur précédent » (Moderne), l'exigence de lien établie dans l'arrêt *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23, n'était pas respectée; (ii) on ne pouvait pas renverser l'interdiction par l'arrêt *Bibeault* (*U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048) d'une définition purement fonctionnelle de la notion d'« entreprise » figurant à l'art. 45 en faisant valoir que la définition « organique » de la notion d' « entreprise », que donne le juge Beetz dans cet arrêt, est respectée dans le cas où seuls des travaux, des tâches ou des fonctions doivent être transférés; et (iii) la théorie de « l'employeur potentiel » ou de la rétrocession, selon laquelle Ivanhoe est considérée comme étant « l'employeur précédent » pour l'application de l'art. 45, n'est nullement appuyée par le texte de cette disposition

supported by the text of this provision and is a patently unreasonable interpretation of it.

et constitue une interprétation manifestement déraisonnable de cette dernière.

The present case, while intersecting with some of the issues raised in *Ivanhoe*, raises fewer of them. Of the three objections cited above, only the second one is engaged here. Both the "potential employer" or retrocession argument as well as the complete absence of a nexus between the new and former employer are not issues here simply because this is a case of single-layer subcontracting. The appellant, City of Sept-Îles (the "City") has contracted out its garbage collection service to two companies, C.A. Construction enr. and Services sanitaires du St-Laurent inc. (the "companies"). Hence, it is uncontroversial that "the former employer" is the City and "[t]he new employer" are the companies. There is no third link in the chain which is missing from the legal relation requirement, and no "potential employer" or retrocession argument is needed to artificially reconnect that party under s. 45. In other words, this is a simple case of contracting out, and what needs to be decided is whether the Labour Court's decision ([1995] T.T. 395) that the contracting out of the garbage collection was a partial operation by another of the City's undertaking sufficient to trigger s. 45 was patently unreasonable.

37 Malgré certains recoupements, les questions soulevées dans la présente affaire sont moins nombreuses que dans *Ivanhoe*. Des trois points sur lesquels j'étais en désaccord, seul le deuxième s'applique en l'espèce. La théorie de « l'employeur potentiel » ou de la rétrocession de même que l'absence totale de lien entre le nouvel employeur et l'employeur précédent ne sont pas en cause en l'espèce simplement parce qu'il s'agit ici de sous-traitance à un seul niveau. L'appelante, la Ville de Sept-Iles (la « Ville »), a confié son service de collecte des ordures à deux sous-traitants, les sociétés C.A. Construction enr. et Services sanitaires du St-Laurent inc. (les « sociétés »). Il n'est donc pas contesté que « l'employeur précédent » est la Ville et que les sociétés sont « le nouvel employeur ». Il ne manque aucun maillon à la chaîne en ce qui concerne l'exigence de lien de droit, et il n'est pas nécessaire de recourir à une théorie de « l'employeur potentiel » ou de la rétrocession pour relier artificiellement cette partie en application de l'art. 45. Autrement dit, il s'agit d'un simple cas de sous-traitance où il faut déterminer s'il était manifestement déraisonnable de la part du Tribunal du travail de décider ([1995] T.T. 395) que la sous-traitance de la collecte des ordures était une concession partielle de l'entreprise de la Ville qui suffisait pour entraîner l'application de l'art. 45.

My own view is that this is a patently unreasonable decision, and I base this on (i) substantially the same view of *Bibeault*, *supra*, that I explained in my dissenting reasons in *Ivanhoe*, namely, that this decision prohibited a purely functional definition of "undertaking" ("*entreprise*") in s. 45 that would be revived by a finding of successorship in a situation where all that was transferred was tasks or work; and (ii) this Court's decision in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, in which the tasks attached to the transferred

38 Je juge cette décision manifestement déraisonnable. Ce faisant, je me fonde (i) essentiellement sur la même interprétation de l'arrêt *Bibeault*, précité, que j'ai exposée dans mes motifs dissidents dans l'arrêt *Ivanhoe*, selon laquelle cet arrêt interdit une définition purement fonctionnelle de la notion d'« entreprise » contenue à l'art. 45, et on reviendrait à cette définition si on concluait qu'il y a succession d'entreprise dans le cas où seuls des tâches ou des travaux ont été transférés, et (ii) sur l'arrêt de notre Cour *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, où, dans le cadre de l'analyse relative à la succession d'entre-

undertaking were subjected to an autonomy requirement in a successorship analysis.

I. *Bibeault*

39 In *Bibeault*, Beetz J. placed the word "subcontractor" in quotation marks and in the terminology section of the decision, at p. 1080, comments on his decision to do this, suggesting that he would rather use the word "contractor" rather than "subcontractor" to describe a situation in which successorship may be triggered. In his discussion of the use of "subcontractor" by the courts below, he said, at p. 1080, that subcontracting in this context does not describe a situation in which a person assumes [TRANSLATION] "responsibility for certain parts of a project, supply contract or undertaking for which another has overall responsibility" but rather it means the [TRANSLATION] "[p]ractice by which an organization assigns the performance of certain work to an independent specialized contractor [where] [t]his contractor assumes complete responsibility for th[e] work, which he performs himself or has performed by his own employees" (p. 1080 (emphasis added)). In other words, he adopted a "total control" understanding of the type of subcontracting that could trigger s. 45.

40 This is not a situation in which the City has assigned total control over garbage collection to the companies. The City continues to play a management and supervisory role in the provision of garbage collection service. For example, the collection times are fixed by the City and can only be changed by the City; the City handles complaints regarding the service; the City meets with clients if they need more information about such things as the volume of garbage, etc. While it is true that the companies have responsibility over their personnel (e.g. working conditions and behaviour on the job), the companies could not be said to have anything close to complete control over the work.

41 This idea that s. 45 can only apply to subcontracting situations in which the former employer gives up overall responsibility for the work performed and the contractor assumes complete responsibility for that work is consistent with this

prise, les tâches liées à l'entreprise cédée sont assujetties à une condition d'autonomie.

I. L'arrêt *Bibeault*

Dans *Bibeault*, le juge Beetz a mis le mot « sous-traitant » entre guillemets et, dans la partie de l'arrêt portant sur la terminologie, à la p. 1080, il a expliqué ce choix en disant qu'il préférait employer le mot « entrepreneur » plutôt que le mot « sous-traitant » pour décrire le cas où il peut y avoir succession d'entreprise. Dans son analyse de l'emploi du mot « sous-traitant » par les cours d'instance inférieure, il a dit, à la p. 1080, que la sous-traitance dans ce contexte désigne non pas une situation où une personne « se charge de quelques parties d'un travail, d'une fourniture, d'une entreprise dont un autre a été chargé pour la totalité », mais plutôt la « [p]ratique par laquelle une organisation confie l'exécution de certains travaux à un entrepreneur spécialisé autonome [dans le cas où] [c]et entrepreneur assume l'entière responsabilité de ces travaux qu'il exécute lui-même ou par l'entremise de son propre personnel » (p. 1080 (je souligne)). En d'autres termes, selon son interprétation, il doit y avoir cession d'un « contrôle absolu » pour que la sous-traitance puisse entraîner l'application de l'art. 45.

En l'espèce, la Ville n'a pas cédé aux sociétés le contrôle absolu de la collecte des ordures. Elle continue de jouer un rôle de gestion et de surveillance de la prestation du service de collecte des ordures. Par exemple, elle établit l'horaire des collectes qu'elle seule peut modifier; elle s'occupe des plaintes relatives au service; elle rencontre les clients qui ont besoin de plus de renseignements, notamment sur la quantité de déchets. Certes, les sociétés sont responsables de leur personnel (par exemple, en ce qui concerne les conditions de travail et le comportement au travail), mais elles sont loin d'exercer un contrôle absolu sur les travaux.

L'idée que l'art. 45 ne peut s'appliquer qu'aux cas de sous-traitance où l'employeur précédent se décharge de toute responsabilité relative aux travaux effectués et où l'entrepreneur assume l'entière responsabilité de ces travaux est conforme au

case's rejection of the purely functional definition of an undertaking. As I stated in *Ivanhoe*, at para. 140, according to *Bibeault*, "an undertaking for the purposes of s. 45 cannot consist merely of work, tasks or functions performed by the employees under the former employer. Something more must be sold or operated by another in order for the successorship provision to be triggered." Using the language adopted by Beetz J. in *Bibeault*, what is sold or operated by another must be the undertaking understood as "a going concern"; it cannot solely be the work. However, what we have in this case is the type of subcontracting that is the work alone and the City remains responsible for the provision of the service. This is precisely the situation in which *Bibeault* held that s. 45 would not be triggered. Again, I cannot agree that work alone is sufficient to satisfy s. 45 where work alone is all that is available to be transferred.

rejet en l'espèce de la définition purement fonctionnelle d'une entreprise. Comme je l'ai affirmé au par. 140 de l'arrêt *Ivanhoe*, l'arrêt *Bibeault* établit que « pour l'application de l'art. 45, une entreprise ne saurait comprendre uniquement les travaux ou les tâches que les salariés exécutaient pour l'employeur précédent, ni les fonctions qu'ils exerçaient pour lui. Pour que la disposition relative à la succession d'entreprise s'applique, il faut que quelque chose de plus soit vendu ou concédé. » Pour reprendre les termes utilisés par le juge Beetz dans l'arrêt *Bibeault*, ce qui est vendu ou concédé doit être l'entreprise au sens de « *going concern* » (entreprise en exploitation); il ne peut s'agir uniquement des travaux. En l'espèce, toutefois, seuls les travaux sont confiés en sous-traitance et la Ville demeure responsable de la prestation du service. C'est précisément dans ce cas que l'art. 45 ne s'applique pas, selon l'arrêt *Bibeault*. Là encore, je ne puis convenir que des travaux suffisent en soi pour respecter l'art. 45 lorsque c'est tout ce qui peut être transféré.

II. *Lester*

Speaking of successorship provisions in *Lester*, McLachlin J. (as she then was), writing for the majority of the Court, said, at p. 676:

> Case law from jurisdictions across Canada is to the same effect. While there are slight variations from province to province in terms of scope (i.e., some Acts speak only of disposition of a business whereas other Acts provide for disposition of a part of a business) a common theme throughout the jurisdictions is that something must be relinquished from the first business and obtained by the second.

This idea of the one party "relinquishing" something that the other "obtains" is conjoined with the idea that this "something" must be what is variously called "a functioning entity that is viable in itself or sufficiently distinguishable to be severable from the whole" (p. 676) or "a functional economic vehicle" (p. 677). Moreover, McLachlin J. says, "in some way the first company no longer has the business or part of the business, which has

II. L'arrêt *Lester*

42 Abordant les dispositions relatives à la succession d'entreprise dans l'arrêt *Lester*, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a affirmé, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 676 :

> La jurisprudence de tous les ressorts au Canada va dans le même sens. Même s'il existe de légères différences d'une province à l'autre en ce qui a trait à la portée (certaines lois ne mentionnent que l'aliénation d'une entreprise tandis que d'autres prévoient l'aliénation d'une partie d'une entreprise), le principe commun à tous les ressorts est qu'il doit y avoir abandon de quelque chose de la première entreprise en faveur de la deuxième.

L'idée qu'une partie « abandonne » quelque chose « en faveur » de l'autre suppose que ce « quelque chose » doit être ce qui est désigné soit comme « une entité fonctionnelle qui est viable par elle-même ou qui peut suffisamment être distinguée pour pouvoir être retranchée de l'ensemble » (p. 676), soit comme « un instrument économique fonctionnel » (p. 677). Le juge McLachlin a ajouté que, « d'une façon quelconque, la première société

been conveyed to the second company" (pp. 675-76).

43 This, it seems to me, involves two important elements. First, there is the idea that what is transferred must be a viable functional economic vehicle or entity. Second, there is an element of finality to the transfer in the sense that the first business no longer has control over the part of the business that has been given over, i.e. relinquished it to be obtained by another. This echoes the total control understanding of subcontracting adopted by Beetz J. in *Bibeault*.

44 In the Court of Appeal decision in *Ivanhoe inc. v. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500*, [1999] R.J.Q. 32, and accepted here by the majority, LeBel J.A. (as he then was) said that what was being transferred did not need to be a [TRANSLATION] "full miniaturization of the undertaking" (p. 54) or the [TRANSLATION] "miniaturized original undertaking, containing all of the original elements" (p. 60). He said that it is enough that the part of the undertaking [TRANSLATION] "be potentially autonomous" but it need not be [TRANSLATION] "capable of being sold or be completely economically viable as an autonomous unit" (p. 60).

45 With great respect, I cannot agree. In my view, s. 45 requires whatever is sold or operated by another to be factually autonomous, not notionally, provisionally or possibly autonomous. This is not enough to satisfy *Lester*'s first requirement of being a viable functional economic vehicle or entity. Moreover, when what is being transferred is work alone, and the transferor maintains responsibility over the transferee, I do not see how the second requirement of finality has been satisfied.

III. Conclusion

46 While I agree with the majority that *Lester* discussed the specificity of the construction industry

ne possède plus l'entreprise ou la partie de l'entreprise visée, qui a été transmise à la deuxième société » (p. 675-676).

Cette notion comporte, à mon avis, deux éléments importants. Premièrement, il y a l'idée que ce qui est transféré doit être une entité ou un instrument économique fonctionnel viable. Deuxièmement, le transfert a un caractère définitif en ce sens que la première entreprise n'a plus le contrôle de la partie de l'entreprise qui a été cédée, c'est-à-dire, abandonnée en faveur d'un tiers. Cela correspond à l'exigence de contrôle absolu que le juge Beetz a adoptée relativement à la sous-traitance dans l'arrêt *Bibeault*.

Dans l'arrêt de la Cour d'appel *Ivanhoe inc. c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500*, [1999] R.J.Q. 32, auquel souscrivent les juges majoritaires de notre Cour, le juge LeBel (maintenant juge de notre Cour) affirme qu'il n'est pas nécessaire que ce qui est transféré soit une « miniaturisation intégrale de l'entreprise » (p. 54) ou l'« entreprise originale miniaturisée, dans laquelle on retrouverait tous les éléments d'origine » (p. 60). Il dit qu'il suffit que la partie de l'entreprise « détien[ne] une possibilité d'autonomie », mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit « susceptible de vente ou totalement viable économiquement, de façon autonome » (p. 60).

En toute déférence, je ne suis pas d'accord. J'estime que l'art. 45 exige que ce qui est vendu ou concédé détienne l'autonomie dans les faits et non pas théoriquement, provisoirement ou éventuellement. Il ne suffit pas de satisfaire à la première condition de l'arrêt *Lester*, selon laquelle il doit s'agir d'une entité ou d'un instrument économique fonctionnel viable. De plus, lorsque seuls les travaux sont cédés et que le « cédant » demeure responsable du « cessionnaire », je ne vois pas comment la deuxième condition, celle du caractère définitif, est respectée.

III. Conclusion

Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la spécificité de l'industrie de la construc-

(see *Ivanhoe*, *supra*, at para. 67) and a successorship evaluation may differ somewhat depending on the nature of the industry in question, I cannot accept that an industry-related classification such as "*entreprise de services*" ("service undertaking") means that what would otherwise be no more than a transfer of functions can be taken to satisfy *Bibeault*'s organic approach.

I agree with the majority that services such as janitorial services and garbage collection can legitimately trigger the successorship provision if enough of the business engaged in providing those services is transferred. I want to be clear that nothing here turns on "how important" or integral such a service may be taken to be to the original employer. However, when a new company takes on the provision of those services, I do not think that a mere industry designation can stand as substantive satisfaction of the "going concern" understanding of "undertaking" in *Bibeault*.

As I stated in my dissent in *Ivanhoe*, *Ajax* shows that this Court has moved somewhat away from its earlier attitude towards successorship provisions in *Bibeault* and *Lester*. However, *Ajax* did not touch on *Bibeault*'s prohibition of a purely functional definition of undertaking, nor did it affect the requirements in *Lester* that did not relate to the existence of related companies and their commercial history.

I would allow the appeal on the grounds of a patently unreasonable interpretation of this Court's decisions in *Bibeault* and *Lester*.

Appeal dismissed with costs, BASTARACHE J. *dissenting*.

Solicitor for the appellant: *Claude Bureau, Sept-Îles.*

tion a été analysée dans l'arrêt *Lester* (voir l'arrêt *Ivanhoe*, précité, par. 67) et que l'évaluation de la succession d'entreprise peut varier quelque peu selon la nature de l'industrie en cause, mais je ne saurais convenir qu'une classification liée à une industrie telle une « entreprise de services » signifie que l'on peut considérer que ce qui, par ailleurs, constituerait seulement un transfert de fonctions satisfait à la conception organique de l'arrêt *Bibeault*.

47 Je conviens avec les juges majoritaires que des services comme l'entretien ménager et la collecte des ordures peuvent légitimement entraîner l'application de la disposition relative à la succession d'entreprise si une partie suffisante de l'entreprise qui fournit ces services est transférée. Je tiens à préciser que rien en l'espèce ne dépend de la façon dont l'employeur initial perçoit l'importance ou l'intégralité de tels services. Cependant, je ne crois pas que, lorsqu'une nouvelle société assure ces services, le simple fait de la qualifier d'industrie puisse respecter quant au fond l'interprétation fondée sur le « *going concern* » (entreprise en exploitation) qui est donnée du mot « entreprise » dans l'arrêt *Bibeault*.

48 Comme je l'ai affirmé dans mes motifs dissidents dans l'arrêt *Ivanhoe*, l'arrêt *Ajax* démontre que notre Cour s'est quelque peu éloignée de la conception des dispositions relatives à la succession d'entreprise qu'elle avait adoptée auparavant dans les arrêts *Bibeault* et *Lester*. L'arrêt *Ajax* n'a cependant pas abordé l'interdiction par l'arrêt *Bibeault* d'une définition purement fonctionnelle du terme « entreprise » ni les conditions de l'arrêt *Lester* qui ne concernaient pas l'existence de sociétés apparentées et leurs antécédents commerciaux.

49 J'accueillerais le pourvoi en raison de l'interprétation manifestement déraisonnable qui a été donnée des arrêts de notre Cour *Bibeault* et *Lester*.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge BASTARACHE *est dissident.*

Procureur de l'appelante : Claude Bureau, Sept-Îles.

Solicitors for the respondent the Canadian Union of Public Employees, Local 2589: Trudel, Nadeau, Lesage, Larivière & Associés, Québec.

Solicitors for the respondent the Labour Court: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2589 : Trudel, Nadeau, Lesage, Larivière & Associés, Québec.

Procureurs de l'intimé le Tribunal du travail : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Monenco Limited and 67669 Alberta Inc. *Appellants*

v.

Commonwealth Insurance Company *Respondent*

INDEXED AS: MONENCO LTD. *v.* COMMONWEALTH INSURANCE CO.

Neutral citation: 2001 SCC 49.

File No.: 27258.

2001: March 13; 2001: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance — Insurer's duty to defend — Comprehensive general liability policy — Policy exclusions — Whether "turnkey exclusion" in policy excluded coverage for insured.

Insurance — Insurer's duty to defend — Evidence — Whether court entitled to go beyond pleadings and consider extrinsic evidence to determine substance and true nature of plaintiff's claims in order to appreciate scope of insurer's duty to defend.

Between 1978 and 1987, the appellant Monenco Ltd., through its subsidiary, the appellant 67669 Alberta Inc., participated in an expansion project of a tar sands plant in Alberta owned and operated by Suncor Inc. 67669's involvement occurred through a joint venture collectively referred to as "ABM Engineers". In 1981, Suncor entered into a contract with ABM Engineers and part of the services performed included the design and construction of the power and electrical system for the Suncor plant. To carry out this role, ABM Engineers purchased and used electrical cables, known as polyvinyl chloride jacketed cables ("PVC cables"). In 1987, a substantial portion of Suncor's tar sands plant was destroyed by fire. Suncor alleged that a significant factor in the extensiveness of the destruction was the way in which the fire travelled along the PVC cables from its

Monenco Limited et 67669 Alberta Inc. *Appelantes*

c.

Commonwealth Insurance Company *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MONENCO LTD. *c.* COMMONWEALTH INSURANCE CO.

Référence neutre : 2001 CSC 49.

N° du greffe : 27258.

2001 : 13 mars; 2001 : 13 septembre.

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

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

Assurance — Obligation de défendre de l'assureur — Police générale d'assurance de responsabilité civile — Exclusions prévues par la police — L'exclusion relative au projet clés en main contenue dans la police écartait-elle toute garantie pour l'assuré?

Assurance — Obligation de défendre de l'assureur — Preuve — Une cour peut-elle aller au-delà des actes de procédure et prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques pour déterminer le contenu et la nature véritable de la réclamation d'un demandeur et ainsi apprécier l'étendue de l'obligation de défendre d'un assureur?

Entre 1978 et 1987, l'appelante Monenco Ltd., par l'entremise de sa filiale, l'appelante 67669 Alberta Inc., a pris part en Alberta à un projet d'agrandissement d'une usine d'exploitation de sables bitumineux appartenant à Suncor Inc. et dirigée par celle-ci. La participation de 67669 a eu lieu dans le cadre d'une coentreprise désignée collectivement sous le nom de « ABM Engineers ». En 1981, Suncor a conclu un contrat avec ABM Engineers qui a fourni notamment des services de conception et d'installation du système électrique de l'usine de Suncor. En exécutant son mandat, ABM Engineers a acheté et utilisé des câbles électriques appelés câbles sous enveloppe de chlorure de polyvinyle (« câbles sous enveloppe de PVC »). En 1987, un incendie a détruit une grande partie de l'usine d'exploitation de sables bitumineux de Suncor. Suncor a allégué que l'ampleur

source to other parts of the plant, as these cables when laid in grouped configurations tended to spread fire, emit gases, and produce dense smoke during burning. In its Amended Statement of Claim, Suncor maintained that ABM Engineers breached its contract by constructing and delivering a plant with an undisclosed danger and that, in addition to all duties of care owed by engineers, the joint venture owed a general duty to warn Suncor of all undisclosed dangers and advise it of effective measures to protect the plant. Suncor alleged that Monenco was in a relationship of proximity with Suncor giving rise to a duty to warn of the dangers of the PVC cables as Monenco exercised effective control, supervision and management of 67669, such that it was the *alter ego* of 67669 and owed a duty of care to exercise proper supervision and control over its subsidiary. The appellants were covered under a comprehensive general liability (CGL) policy issued by the respondent. Monenco requested that the respondent provide a defence for the claims advanced against them in the Suncor action, but the respondent declined claiming it was exonerated from its duty to defend under the exclusions contained within the CGL policy. The appellants also had a professional liability policy with another insurer, which undertook the defence and paid the full settlement and defence costs in excess of a $1,000,000 deductible. The appellants then applied for an order that the respondent pay their costs of defending the Suncor action, in the amount of $1,000,000. The Supreme Court of British Columbia concluded that the "turnkey exclusion" in the CGL policy operated to relieve the respondent from the duty to defend both Monenco and 67669 in the Suncor action. The Court of Appeal affirmed the judgment.

Held: The appeal should be dismissed. The turnkey exclusion contained in the policy excluded coverage for both appellants.

The proper basis for determining whether a duty to defend exists in any given situation requires an assessment of the pleadings to ascertain the "substance" and the "true nature" of the claims. The factual allegations set out therein must be considered in their entirety to determine whether they could possibly support the

des dommages était due à un facteur important, soit la manière dont le feu s'était propagé le long des câbles sous enveloppe de PVC jusqu'aux autres secteurs de l'usine, en raison de la propension de ces câbles, lorsqu'ils sont configurés en groupes, à propager le feu, à émettre des gaz et à dégager une épaisse fumée en brûlant. Dans sa déclaration modifiée, Suncor a maintenu que ABM Engineers avait violé son contrat en construisant et en livrant une usine comportant un risque caché et que, en plus de toutes les obligations de diligence qui incombent aux ingénieurs, la coentreprise avait l'obligation générale de mettre en garde Suncor contre tout risque caché et de l'informer des mesures à prendre pour protéger l'usine. Suncor a prétendu qu'en raison de la relation étroite qui existait entre elle et Monenco cette dernière était tenue de mettre en garde contre les risques liés aux câbles sous enveloppe de PVC étant donné que, dans les faits, elle contrôlait, surveillait et gérait 67669 de sorte qu'elle était l'alter ego de 67669 et avait une obligation de diligence en vertu de laquelle elle devait exercer une surveillance et un contrôle appropriés sur sa filiale. Les appelantes étaient titulaires d'une police générale de responsabilité civile délivrée par l'intimée. Monenco a demandé à l'intimée d'opposer une défense aux réclamations formulées contre elle dans l'action de Suncor, mais l'intimée a refusé de le faire en prétendant qu'elle était dispensée de son obligation de défendre en raison des exclusions contenues dans la police générale de responsabilité civile. Les appelantes avaient également souscrit à une police de responsabilité civile professionnelle auprès d'un autre assureur, qui a entrepris d'opposer une défense et a acquitté au complet le montant accordé ainsi que les frais de défense excédant une franchise de 1 000 000 $. Les appelantes ont ensuite sollicité une ordonnance enjoignant à l'intimée de payer les frais de 1 000 000 $ qu'elles avaient engagés pour opposer une défense à l'action de Suncor. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a décidé que « l'exclusion relative au projet clés en main » figurant dans la police générale de responsabilité civile avait pour effet de soustraire l'intimée à l'obligation de défendre Monenco et 67669 dans l'action de Suncor. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'exclusion relative au projet clés en main contenue dans la police écartait toute garantie pour les deux appelantes.

Pour déterminer si une obligation de défendre existe dans une situation donnée, il faut évaluer les actes de procédure pour déterminer le « contenu » et la « nature véritable » des réclamations. Il faut examiner intégralement les allégations factuelles contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles peuvent étayer les

plaintiff's legal claims. Extrinsic evidence that has been explicitly referred to within the pleadings, the review of which does not require factual findings that would impact the underlying litigation, may be considered to determine the substance and true nature of the allegations, and thus, to appreciate the nature and scope of an insurer's duty to defend. The contract between Suncor and the joint venture, having been referred to in the Amended Statement of Claim, could be reviewed to determine the substance and the true nature of Suncor's claims and because Suncor had pleaded that the joint venture had carried on business under the name "ABM-1978", this enabled the court to review the joint venture agreement as well.

The claims alleged against 67669 in Suncor's Amended Statement of Claim, including the claim that 67669 performed both the design and construction services for the Suncor expansion project, triggered the application of the turnkey exclusion. While this conclusion can be reached on a reading of the pleadings alone, it is supported by the extrinsic documents that were explicitly referred to in the pleadings by Suncor, and which were considered by the Court of Appeal. Although 67669 was not the named insured under the policy, the exclusion explicitly extends to any legal entity owned in whole or in part by the insured party. Thus, it clearly applies to one of Monenco's wholly owned subsidiaries.

The difference between the analyses to be undertaken for assessing the application of the exclusion to Monenco and to 67669 is not substantial. Suncor's claims against 67669 were essentially repeated against Monenco on the basis that Monenco was the *alter ego* of 67669, or that 67669 entered into the contract as Monenco's agent. Therefore, based on what is advanced in the Amended Statement of Claim, Suncor's claims against Monenco also triggered the application of the turnkey exclusion.

Cases Cited

Referred to: *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Bacon v. McBride* (1984), 5 C.C.L.I. 146; *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801; *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 73 N.B.R. (2d) 389; *Association des hôpitaux du Québec v. Fondation*

prétentions juridiques du demandeur. Pour déterminer le contenu et la nature véritable des allégations et, ainsi, apprécier la nature et l'étendue de l'obligation de défendre d'un assureur, il est possible de tenir compte de la preuve extrinsèque qui est mentionnée explicitement dans les actes de procédure et dont l'examen ne requiert aucune conclusion de fait qui aurait une incidence sur le litige. Du fait que la déclaration modifiée en faisait état, le contrat entre Suncor et la coentreprise pouvait être examiné en vue de déterminer le contenu et la nature véritable des réclamations de Suncor, et la cour pouvait également examiner le contrat de coentreprise étant donné que Suncor avait soutenu que la coentreprise était exploitée sous le nom de « ABM-1978 ».

Les allégations formulées contre 67669 dans la déclaration modifiée de Suncor, y compris celle voulant que 67669 ait assuré les services de conception et de construction liés au projet d'agrandissement de Suncor, déclenchaient l'application de l'exclusion relative au projet clés en main. Même si cette conclusion peut être tirée à partir des actes de procédure seulement, elle est étayée par les documents extrinsèques auxquels renvoient explicitement les actes de procédure de Suncor et qui ont été examinés par la Cour d'appel. Bien que 67669 n'ait pas été l'assuré désigné nommément dans la police, l'exclusion s'applique explicitement à toute entité juridique appartenant en totalité ou en partie à l'assuré. Il est donc évident qu'elle s'applique à l'une des filiales en propriété exclusive de Monenco.

Les analyses qui doivent être effectuées pour décider si l'exclusion s'applique à Monenco et à 67669 respectivement ne diffèrent pas sensiblement. Toutes les réclamations de Suncor contre 67669 ont essentiellement été reprises contre Monenco pour le motif que cette dernière était l'alter ego de 67669 ou que 67669 avait conclu le contrat en tant que mandataire de Monenco. En conséquence, il ressort de la déclaration modifiée que les réclamations de Suncor contre Monenco déclenchaient également l'application de l'exclusion relative au projet clés en main.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Bacon c. McBride* (1984), 5 C.C.L.I. 146; *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801; *Opron Maritimes Construction Ltd. c. Canadian Indemnity Co.* (1986), 73 R.N.-B. (2e) 389; *Association des hôpitaux du Québec c. Fondation*

pour le cancer de la prostate, Centre hospitalier de l'Université Laval, [2000] R.R.A. 78; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24; *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (1997).

Statutes and Regulations Cited

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, rr. 18A [rep. & sub. B.C. Reg. 95/96, art. 7], 19(2), 26(8).

Authors Cited

Andal, Ramon V., and Thomas Donnelly. "Liability Insurance" in Craig Brown, *Insurance Law in Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 1).

Hilliker, Gordon. *Liability Insurance Law in Canada*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 2001.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 121 B.C.A.C. 99, 198 W.A.C. 99, 8 C.C.L.I. (3d) 1, [1999] B.C.J. No. 495 (QL), 1999 BCCA 129, dismissing the appellants' appeal from a decision of the Supreme Court of British Columbia (1997), 42 B.C.L.R. (3d) 280, 47 C.C.L.I. (2d) 12, [1997] B.C.J. No. 1971 (QL). Appeal dismissed.

John R. Singleton, Q.C., and *Catherine L. McLean*, for the appellants.

D. Barry Kirkham, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

1 This appeal raises the general issue of the scope of an insurer's duty to defend in the presence of two exclusionary provisions within the insured party's comprehensive general liability policy. The first exclusion at issue is a "turnkey exclusion", which applied to claims arising out of a project for which the insured performed professional architectural and/or engineering services, as well as construction or manufacturing services. The second

pour le cancer de la prostate, Centre hospitalier de l'Université Laval, [2000] R.R.A. 78; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24; *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. c. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (1997).

Lois et règlements cités

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, règles 18A [abr. & rempl. B.C. Reg. 95/96, art. 7], 19(2), 26(8).

Doctrine citée

Andal, Ramon V., and Thomas Donnelly. « Liability Insurance » in Craig Brown, *Insurance Law in Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 1).

Hilliker, Gordon. *Liability Insurance Law in Canada*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 121 B.C.A.C. 99, 198 W.A.C. 99, 8 C.C.L.I. (3d) 1, [1999] B.C.J. No. 495 (QL), 1999 BCCA 129, rejetant l'appel des appelantes contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 42 B.C.L.R. (3d) 280, 47 C.C.L.I. (2d) 12, [1997] B.C.J. No. 1971 (QL). Pourvoi rejeté.

John R. Singleton, c.r., et *Catherine L. McLean*, pour les appelantes.

D. Barry Kirkham, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question générale de l'étendue de l'obligation de défendre incombant à l'assureur dans le cas où la police générale d'assurance de responsabilité civile de l'assuré comporte deux clauses d'exclusion. La première exclusion en cause est l'« exclusion relative au projet clés en main » qui s'appliquait aux réclamations découlant d'un projet pour lequel l'assuré a fourni des services professionnels d'architecture ou d'in-

exclusion is a "professional services exclusion", which covered claims based on the insured's rendering or failure to render professional services. Pursuant to the terms of the policy involved in the present appeal, if a claim against the insured fell within either of these exceptions, the insurer's duty to defend would not be triggered.

For the reasons that follow, I am of the view that the claims alleged against the insured in the main liability action fell squarely within the terms of the turnkey exclusion. Consequently, I find that the courts below correctly held that the insurer was not obliged to defend the insured in this action. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Factual Background

Between 1978 and 1987, the appellant Monenco Limited ("Monenco"), through its subsidiary, the appellant 67669 Alberta Inc. ("67669"), participated in an expansion project of a tar sands plant in Alberta owned and operated by Suncor Inc. ("Suncor"). The involvement of 67669 in the expansion occurred through a joint venture involving 67669, Bechtel Canada Limited and Associated Engineers Services Ltd. (collectively the "ABM Engineers" or "the joint venture"). On October 7, 1981, Suncor entered into a contract with the ABM Engineers "for the management, engineering, procurement and construction of an expansion of the synthetic crude production capacity of Suncor's then existing plant and facilities". Part of the services performed by the ABM Engineers included the design and construction of the power and electrical system for the Suncor plant. To carry out this role, the ABM Engineers purchased and used electrical cables, known as polyvinyl chloride jacketed cables ("PVC cables").

génierie, ou les deux à la fois, ainsi que des services de construction ou de fabrication. La seconde exclusion est l'« exclusion relative aux services professionnels » qui s'appliquait aux réclamations fondées sur la prestation de services professionnels par l'assuré ou sur l'omission de ce dernier de fournir de tels services. Aux termes de la police en cause dans le présent pourvoi, l'assureur n'avait pas l'obligation de défendre si la réclamation contre l'assuré relevait de l'une de ces exclusions.

Pour les motifs qui suivent, j'estime que les réclamations formulées contre l'assuré dans l'action principale en responsabilité civile tombaient nettement sous le coup de l'exclusion relative au projet clés en main. Je conclus donc que les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison de statuer que l'assureur n'était pas tenu de défendre l'assuré dans cette action. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 2

II. Les faits

Entre 1978 et 1987, l'appelante Monenco Limited (« Monenco »), par l'entremise de sa filiale, l'appelante 67669 Alberta Inc. (« 67669 »), a pris part en Alberta à un projet d'agrandissement d'une usine d'exploitation de sables bitumineux appartenant à Suncor Inc. (« Suncor ») et dirigée par celle-ci. La participation de 67669 au projet d'agrandissement a eu lieu dans le cadre d'une coentreprise réunissant 67669, Bechtel Canada Limited et Associated Engineers Services Ltd. (désignées collectivement sous le nom de « ABM Engineers » ou de « la coentreprise »). Le 7 octobre 1981, Suncor a conclu avec ABM Engineers un contrat [TRADUCTION] « de gestion, d'ingénierie, d'approvisionnement et de construction en vue d'accroître la capacité de production de pétrole synthétique de l'usine et des installations alors existantes de Suncor ». ABM Engineers était responsable notamment de la conception et de l'installation du système électrique de l'usine de Suncor. En exécutant son mandat, ABM Engineers a acheté et utilisé des câbles électriques appelés câbles sous enveloppe de chlorure de polyvinyle (« câbles sous enveloppe de PVC »). 3

4 On October 11, 1987, a substantial portion of Suncor's tar sands plant was destroyed by fire. Suncor alleged that a significant factor in the extensiveness of the destruction was the way in which the fire travelled along the PVC cables from its source to other parts of the plant. It was this travelling of the fire, rather than its origin, that was the basis of the suit initiated by Suncor against the appellants and many other defendants. In its Amended Statement of Claim, Suncor alleged that the ABM Engineers breached its contract with Suncor by specifying the PVC cables, installing the cables and constructing and delivering a plant with an undisclosed danger, namely, the propensity of PVC cables when laid in grouped configurations to spread fire, to emit gases, and to produce dense smoke during burning. Suncor further maintained that the joint venture owed a duty of care to Suncor to design and construct a plant without concealed dangers and, in addition to all duties of care owed by engineers, the joint venture owed a general duty to warn Suncor of all undisclosed dangers and advise it of effective measures to protect the plant.

5 At the time of Suncor's suit ("the Suncor action"), Monenco was a substantial consulting engineering firm with about 40 subsidiaries and associated firms. 67669 was one such subsidiary, and had been formed for the purposes of Suncor's tar sands plant expansion project. By the time of the Suncor action, counsel for the appellants pointed out that 67669 was "long gone", as the purpose for its existence was completed. Suncor thus focussed upon the parent corporation, Monenco, and alleged that it was in a relationship of proximity with Suncor giving rise to a duty to warn of the dangers of the PVC cables. Suncor also claimed that Monenco exercised effective control, supervision and management of 67669, such that it was the *alter ego* of 67669. Suncor thus alleged that Monenco owed a duty of care to

Le 11 octobre 1987, un incendie a détruit une grande partie de l'usine d'exploitation de sables bitumineux de Suncor. Suncor a allégué que l'ampleur des dommages était due à un facteur important, soit la manière dont le feu s'était propagé le long des câbles sous enveloppe de PVC jusqu'aux autres secteurs de l'usine. C'est cette manière dont le feu s'est propagé, plutôt que l'origine même de l'incendie, que Suncor a invoquée pour poursuivre en justice les appelantes et de nombreux autres défendeurs. Dans sa déclaration modifiée, Suncor a allégué que ABM Engineers avait violé son contrat avec Suncor en prescrivant et en installant des câbles sous enveloppe de PVC, en construisant et en livrant une usine comportant un risque caché, à savoir la propension des câbles sous enveloppe de PVC configurés en groupes à propager le feu, à émettre des gaz et à dégager une épaisse fumée en brûlant. Suncor a ajouté que la coentreprise avait à son égard une obligation de diligence en vertu de laquelle elle était tenue de concevoir et de construire une usine exempte de tout risque caché et que, en plus de toutes les obligations de diligence qui incombent aux ingénieurs, la coentreprise avait l'obligation générale de mettre en garde Suncor contre tout risque caché et de l'informer des mesures à prendre pour protéger l'usine.

Au moment où Suncor a intenté son action (« l'action de Suncor »), Monenco était une importante société d'ingénieurs-conseils comptant une quarantaine de filiales et d'entreprises associées. 67669 était l'une de ces filiales et avait été constituée pour les fins du projet d'agrandissement de l'usine d'exploitation de sables bitumineux de Suncor. Lorsque l'action de Suncor a été intentée, l'avocat des appelantes a fait remarquer que 67669 [TRADUCTION] « n'existait plus depuis longtemps » étant donné que le but de sa création était réalisé. Suncor s'est donc tournée vers la société mère, Monenco, en alléguant qu'en raison de sa relation étroite avec Suncor elle était tenue de mettre en garde contre les risques liés aux câbles sous enveloppe de PVC. Suncor a fait également valoir que, dans les faits, Monenco contrôlait, surveillait et gérait 67669, ce qui en faisait l'alter ego de 67669. Suncor a donc soutenu que Monenco avait une obligation de diligence en vertu de laquelle elle

exercise proper supervision and control over its subsidiary.

The appellants were required to defend themselves in the Suncor action. They were insured by several different insurers, and in particular, they were covered under a comprehensive general liability (CGL) policy issued by the respondent. The appellants requested that the respondent provide a defence for the claims advanced against them in the Suncor action, but the respondent declined. The respondent claimed that it was exonerated from its duty to defend under the turnkey exclusion and/or the professional services exclusion contained within the CGL policy.

The appellants also had a professional liability policy with another insurer, Simcoe & Erie. This policy had a $1,000,000 self-insured retention fee or deductible. Simcoe & Erie accepted that the claims alleged by Suncor fell within its professional liability policy and undertook the defence of Suncor's action jointly with the appellants. Suncor's claim was settled for $2,973,750, and the defence costs incurred amounted to $1,059,000. Simcoe & Erie paid the full settlement and defence costs in excess of the $1,000,000 deductible. The appellants then applied for an order pursuant to rule 18A of the British Columbia *Supreme Court Rules*, Reg. 221/90, that the respondent pay their costs of defending the Suncor action, in the amount of $1,000,000.

III. Relevant Statutory Provisions

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90

RULE 19

. . .

(2) The effect of any document or the purport of any conversation referred to in a pleading, if material,

devait exercer une surveillance et un contrôle appropriés sur sa filiale.

6 Les appelantes devaient se défendre dans l'action de Suncor. Elles étaient assurées par plusieurs assureurs distincts et, en particulier, elles étaient titulaires d'une police générale de responsabilité civile délivrée par l'intimée. Les appelantes ont demandé à l'intimée d'opposer une défense aux réclamations formulées contre elles dans l'action de Suncor, mais l'intimée a refusé de le faire. Celle-ci prétendait qu'elle était dispensée de son obligation de défendre en raison de l'exclusion relative au projet clés en main ou de celle relative aux services professionnels, ou des deux à la fois, figurant dans la police générale de responsabilité civile.

7 Les appelantes avaient également souscrit à une police de responsabilité civile professionnelle auprès d'un autre assureur, Simcoe & Erie. Cette police comportait une franchise autoassurée de 1 000 000 $. Simcoe & Erie a convenu que les réclamations de Suncor relevaient de sa police de responsabilité civile professionnelle et a entrepris d'opposer, conjointement avec les appelantes, une défense à l'action de Suncor. Une somme de 2 973 750 $ a été accordée pour régler la réclamation de Suncor. Les frais engagés pour la défense s'élevaient à 1 059 000 $. Simcoe & Erie a acquitté au complet le montant accordé ainsi que les frais de défense excédant la franchise de 1 000 000 $. Les appelantes ont ensuite invoqué la règle 18A des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique, Reg. 221/90, afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée de payer les frais de 1 000 000 $ qu'elles avaient engagés pour opposer une défense à l'action de Suncor.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 8

[TRADUCTION]

RÈGLE 19

. . .

(2) L'effet de tout document ou le sens de toute conversation mentionnés dans un acte de procédure doit

shall be stated briefly and the precise words of the documents or conversation shall not be stated, except in so far as those words are themselves material.

RULE 26

. . .

(8) At any time a party may deliver a notice to any other party, in whose pleadings or affidavits reference is made to a document, requiring the other party to produce that document and, within 2 days, the other party shall deliver a notice stating a place where the document may be inspected and copied during normal business hours or stating that he or she objects to producing the document and the grounds of the objection.

être exposé brièvement s'il est pertinent, et les termes précis utilisés dans le document ou la conversation en cause ne doivent être repris que dans la mesure où ils sont pertinents en soi.

RÈGLE 26

. . .

(8) Une partie peut, en tout temps, donner à une autre partie, dont les actes de procédure ou les affidavits renvoient à un document, un avis lui enjoignant de produire ce document. L'autre partie doit alors, dans les 2 jours qui suivent, donner un avis faisant état de l'endroit où ce document peut être consulté et reproduit pendant les heures d'ouverture normales, ou encore de son opposition à la production du document, et des raisons pour lesquelles elle s'oppose à sa production.

IV. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia* (1997), 42 B.C.L.R. (3d) 280

9 Taylor J. first considered the law governing an insurer's duty to defend and found that this duty arises if the claim against the insured contains an allegation of fact which, if proven, would entitle the insured to an indemnity under the policy. Taylor J. noted that any doubt as to whether the pleadings bring an incident within the coverage of a policy should be resolved in favour of the insured.

10 Taylor J. went on to state that, in determining whether the respondent had a duty to defend the appellants in the Suncor action, the court must examine both the pleadings and the insurance policy at issue. It was agreed that the CGL policy was in effect at the time of the loss which was the subject of Suncor's claim, and that both Monenco and 67669 were insured under that policy. Pursuant to this policy, the respondent agreed to pay the appellants' legal defence costs with respect to insurance afforded by the policy. However, the policy also contained a number of exclusions, including a

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 42 B.C.L.R. (3d) 280

Le juge Taylor a d'abord examiné le droit régissant l'obligation de défendre de l'assureur et a conclu que cette obligation existe lorsque la réclamation contre l'assuré énonce un fait qui, s'il était prouvé, permettrait à l'assuré de toucher une indemnité en vertu de la police. Le juge Taylor a souligné que tout doute sur la question de savoir si, d'après les actes de procédure, un épisode est visé par la police d'assurance doit être dissipé en faveur de l'assuré.

Le juge Taylor a ajouté que, pour déterminer si l'intimée avait l'obligation de défendre les appelantes dans l'action de Suncor, le tribunal doit examiner les actes de procédure et la police d'assurance en cause. Il a été convenu que la police générale de responsabilité civile était en vigueur au moment du sinistre visé par la réclamation de Suncor, et que Monenco et 67669 étaient toutes deux protégées par cette police. Conformément à cette dernière, l'intimée a accepté d'acquitter les frais de défense en justice des appelantes en ce qui concernait l'assurance prévue par la police. Cependant, la police comportait également un certain nombre d'exclusions, notamment une exclusion relative

professional services exclusion and a turnkey exclusion.

Before analyzing these exclusions, Taylor J. reiterated three fundamental principles applicable to the interpretation of insurance contracts established by this Court's decision in *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, at p. 269: "(1) the *contra proferentem* rule; (2) the principle that coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly; and (3) the desirability, at least where the policy is ambiguous, of giving effect to the reasonable expectations of the parties".

Based on the third principle, Taylor J. held that evidence adduced by the respondent — which included submissions made by Monenco during the negotiation of the CGL policy, details of Monenco's insurance program, correspondence between the appellants and their professional liability insurer (Simcoe & Erie) regarding the Suncor action, and evidence regarding the involvement of Simcoe & Erie in the settlement of the Suncor action — could be considered. Although the appellants challenged the admission of this evidence, Taylor J. found he could consider it to determine the parties' reasonable expectations regarding the CGL policy, but only if this policy was ambiguous on its face. He thus reserved judgment on the admissibility of this evidence.

Taylor J. remarked that the CGL policy fit into a sophisticated program of insurance maintained by Monenco. This included a professional liability policy with Simcoe & Erie, pursuant to which the appellants agreed to self-insure a $1,000,000 retention for amounts insured under that policy. Taylor J. noted that, after the Suncor action was settled, Simcoe & Erie advised Monenco that it would

aux services professionnels et une exclusion relative au projet clés en main.

11 Avant de procéder à l'analyse de ces exclusions, le juge Taylor a réitéré les trois principes fondamentaux d'interprétation des contrats d'assurance que notre Cour a établis dans l'arrêt *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, p. 269 : « (1) la règle *contra proferentem*; (2) le principe que les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion une interprétation restrictive; (3) le fait qu'il est souhaitable, tout au moins dans les cas où la police est ambiguë, de donner effet aux attentes raisonnables des parties ».

12 Se fondant sur le troisième principe, le juge Taylor a décidé qu'il pouvait prendre en considération la preuve produite par l'intimée, qui comprenait les observations formulées par Monenco pendant la négociation de la police générale de responsabilité civile, les détails du régime d'assurance de Monenco, la correspondance entre les appelantes et leur compagnie d'assurance de responsabilité civile professionnelle (Simcoe & Erie) au sujet de l'action de Suncor, ainsi que la preuve concernant la participation de Simcoe & Erie au règlement de l'action de Suncor. Même si les appelantes ont contesté l'admission de cette preuve, le juge Taylor a conclu qu'il pouvait en tenir compte pour déterminer les attentes raisonnables des parties concernant la police générale de responsabilité civile, mais seulement si celle-ci était ambiguë à première vue. Il ne s'est donc pas prononcé immédiatement sur la question de l'admissibilité de cette preuve.

13 Le juge Taylor a constaté que la police générale de responsabilité civile s'inscrivait dans le régime d'assurance complexe de Monenco. Ce régime comportait une police de responsabilité civile professionnelle avec Simcoe & Erie, en vertu de laquelle les appelantes convenaient d'acquitter une franchise autoassurée de 1 000 000 $ à l'égard des montants garantis par cette police. Le juge Taylor a noté que, à la suite du règlement de l'action de Suncor, Simcoe & Erie avait informé Monenco qu'elle acquitterait au complet le montant accordé de 2 973 750 $ ainsi que les frais de défense,

fully fund the $2,973,750 settlement and defence costs, subject only to the $1,000,000 deductible.

14 Taylor J. found it clear from the correspondence between Monenco and its insurers that Monenco looked primarily to Simcoe & Erie for defence coverage and an indemnity with respect to the Suncor action. It was only after this that Monenco "cast its nets" to determine whether the CGL policy could provide a defence for the $1,000,000 deductible. The question to be determined was whether the claims for which the appellants were sued by Suncor were risks for which they had contracted with the respondent to be covered.

15 Taylor J. first considered the applicability of the professional services exclusion. When examined in the context of the whole of Suncor's pleadings, he found that the claims against 67669 arose out of an alleged rendering or failure to render a professional service, namely, the engineered configuration, design and specification of the PVC cables. In Taylor J.'s view, this could only be a matter of professional engineering, and thus the claims fell within the terms of the professional services exclusion. He further held that the allegations against 67669 in regard to a breach of a general duty to warn also fell within this exclusion. The facts alleged to support this argument were based on an alleged breach of a duty to formulate a professional opinion, and to give a professional warning as a result of that opinion.

16 Taylor J. was satisfied that, on a balance of probabilities, most of the allegations against Monenco also arose from professional engineering services. However, he found that Monenco's alleged failure to exercise proper supervision and control of 67669 did not necessarily arise out of a professional act or omission, since supervision and control of a subsidiary are not services that must be provided only by a professional engineer. The

à l'exception uniquement de la franchise de 1 000 000 $.

Selon le juge Taylor, il ressortait clairement de la correspondance entre Monenco et ses assureurs que, en ce qui concernait l'action de Suncor, Monenco s'en remettait principalement à Simcoe & Erie relativement au droit d'être défendu et au versement d'une indemnité. C'est seulement par la suite que Monenco a [TRADUCTION] « tendu ses filets » afin de déterminer si la police générale de responsabilité civile pouvait fournir un moyen de défense relativement à la franchise de 1 000 000 $. Il s'agissait de savoir si les réclamations pour lesquelles les appelantes étaient poursuivies par Suncor étaient des risques visés par l'assurance qu'elles avaient souscrite auprès de l'intimée.

Le juge Taylor a d'abord analysé l'applicabilité de l'exclusion relative aux services professionnels. Il a jugé que, prises dans le contexte de l'ensemble des actes de procédure de Suncor, les réclamations contre 67669 découlaient d'une allégation de prestation d'un service professionnel ou d'omission de fournir ce service, à savoir la configuration, la conception et le fait de prescrire des câbles sous enveloppe de PVC. Selon lui, il ne pouvait s'agir que d'une question d'ingénierie professionnelle et les réclamations relevaient donc de l'exclusion relative aux services professionnels. Il a en outre conclu que les allégations de manquement à l'obligation générale de faire une mise en garde, formulées contre 67669, tombaient également sous le coup de cette exclusion. D'après les faits allégués à l'appui de cet argument, il y aurait eu manquement à l'obligation de formuler un avis professionnel et de faire une mise en garde professionnelle à la suite de cet avis.

Le juge Taylor était convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, la plupart des allégations formulées contre Monenco découlaient également de la prestation de services professionnels d'ingénierie. Cependant, il a estimé que l'omission reprochée à Monenco d'exercer une surveillance et un contrôle appropriés sur 67669 n'était pas nécessairement le fruit d'un acte professionnel ou d'une omission professionnelle, étant donné que la sur-

duty was framed too broadly in the pleadings to permit such a finding.

As a result of this conclusion, Taylor J. proceeded to examine the respondent's second defence, namely, that its duty to defend was precluded by the turnkey exclusion. He held that, at para. 65, in order for this exclusion to apply, according to the terms set out in the CGL policy, the claim must:

(a) arise out of a project,

(b) for which the professional architectural and/or engineering services are performed by the Insured,

(c) *and* the actual construction, installation, erection, fabrication, assembly or manufacture thereof is performed by the Insured, *or* any legal entity wholly or partly owned by the Insured . . . . [Emphasis in original.]

A question arose as to whether the court should focus its inquiry only on allegations of services actually performed, or whether it also could consider allegations of services that the appellants had contracted or undertaken to perform. Taylor J. found that, based on the wording of the turnkey exclusion, only those parts of the Amended Statement of Claim which alleged services that were actually performed should be considered.

Taylor J. held that Suncor's allegations against 67669 fell clearly within the terms of the turnkey exclusion so as to bar coverage. He emphasized that the Amended Statement of Claim alleged that 67669 carried on the practice of professional engineering, including the design and construction of the Suncor project.

veillance et le contrôle d'une filiale ne sont pas des services qui doivent être fournis exclusivement par un ingénieur professionnel. Une telle conclusion ne pouvait pas être tirée en raison de la formulation trop générale de l'obligation dans les actes de procédure.

17 À la suite de cette conclusion, le juge Taylor a procédé à l'examen du deuxième moyen de défense invoqué par l'intimée, selon lequel son obligation de défendre était écartée par l'exclusion relative au projet clés en main. Au paragraphe 65, il a décidé que, pour que cette exclusion s'applique, selon les conditions énoncées dans la police générale de responsabilité civile, la réclamation doit :

[TRADUCTION]

a) découler d'un projet,

b) pour lequel des services professionnels d'architecture ou d'ingénierie, ou les deux à la fois, sont fournis par l'assuré,

c) *et* dont la construction, l'installation, l'érection, la fabrication, l'assemblage ou la production est réellement exécutée par l'assuré *ou* toute autre entité juridique lui appartenant en totalité ou en partie . . . [En italique dans l'original.]

Se posait la question de savoir si la cour devait limiter son examen aux allégations visant les services effectivement fournis ou si elle pouvait également tenir compte des allégations visant les services que les appelantes s'étaient engagées par contrat ou autrement à fournir. Le juge Taylor a estimé que, compte tenu du libellé de l'exclusion relative au projet clés en main, il n'y avait lieu de prendre en considération que les parties de la déclaration modifiée contenant des allégations visant les services effectivement fournis.

18 Le juge Taylor a conclu que les allégations de Suncor contre 67669 tombaient clairement sous le coup de l'exclusion relative au projet clés en main, de sorte que la garantie d'assurance ne s'appliquait pas. Il a souligné qu'il était allégué, dans la déclaration modifiée, que 67669 offrait des services professionnels d'ingénierie incluant la conception et la construction du projet de Suncor.

19 Taylor J. rejected the appellants' argument that Monenco in fact provided no services pursuant to the contract between Suncor and the joint venture. He agreed with the respondent that this argument missed the point, since a court must consider the allegations in the pleadings to determine the applicability of an exclusion, and not what actually occurred in fact. Based on the Amended Statement of Claim, Taylor J. found that Monenco was alleged to have performed both professional engineering and construction services on the Suncor project, so as to fall within the exclusion provision. Moreover, the same claims as those against 67669 were repeated against Monenco, claims which Taylor J. had already found to be allegations of the performance of both engineering and construction services for the Suncor project.

Le juge Taylor a rejeté l'argument des appelantes selon lequel Monenco n'avait, en fait, fourni aucun service aux termes du contrat conclu entre Suncor et la coentreprise. Il a convenu avec l'intimée que cet argument n'était pas pertinent étant donné qu'une cour doit prendre en considération les allégations contenues dans les actes de procédure, et non pas ce qui s'est réellement produit, pour décider si une exclusion est applicable. Le juge Taylor a conclu que, selon la déclaration modifiée, Monenco aurait fourni des services professionnels d'ingénierie et de construction dans le cadre du projet de Suncor, de sorte qu'elle tombait sous le coup de la clause d'exclusion. En outre, Monenco a fait l'objet des mêmes réclamations que celles déposées contre 67669, réclamations que le juge Taylor avait déjà estimées être fondées sur des allégations de prestation de services d'ingénierie et de construction pour le projet de Suncor.

20 Taylor J. thus concluded that the turnkey exclusion operated to relieve the respondent from the duty to defend both Monenco and 67669 in the Suncor action.

Le juge Taylor a donc décidé que l'exclusion relative au projet clés en main avait pour effet de soustraire l'intimée à l'obligation de défendre Monenco et 67669 dans l'action de Suncor.

21 Finally, Taylor J. revisited the challenged extrinsic evidence and reiterated that it was to be considered only if the policy was ambiguous in its wording. Based on his analysis of the coverage provided by the CGL policy and in particular, the relevant exclusions, he was of the view that this was not the case. As such, he stated that he did not consider the extrinsic evidence in reaching his conclusions.

Enfin, le juge Taylor a réexaminé la preuve extrinsèque contestée et a répété qu'elle ne devait être prise en considération que si le libellé de la police était ambigu. Après avoir analysé la garantie offerte par la police générale de responsabilité civile et, en particulier, les exclusions pertinentes, il a estimé que ce n'était pas le cas. En conséquence, il a affirmé qu'il n'avait pas tenu compte de la preuve extrinsèque en tirant ses conclusions.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1999), 121 B.C.A.C. 99, 1999 BCCA 129

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 121 B.C.A.C. 99, 1999 BCCA 129

22 Southin J.A. for the court first reviewed the relevant provisions of the appellant Monenco's CGL policy with the respondent. She then considered what materials, if any, in addition to Suncor's pleadings could be examined to determine whether the claims against the appellants were covered under the CGL policy. Southin J.A. was of the view that whether Suncor's claims "arose out of" a project of the sort described in the turnkey exclusion could only be determined by looking at the

Madame le juge Southin, s'exprimant au nom de la cour, a d'abord examiné les clauses pertinentes de la police générale de responsabilité civile que l'appelante Monenco avait souscrite auprès de l'intimée. Elle s'est ensuite demandé quels documents, outre les actes de procédure de Suncor, pouvaient être étudiés pour déterminer si les réclamations contre les appelantes étaient visées par la garantie prévue dans la police générale de responsabilité civile. Madame le juge Southin était d'avis que

contract that existed between Suncor and the joint venture. Because this contract had been pleaded in Suncor's Amended Statement of Claim, Southin J.A. found that it was "sufficiently incorporated by reference" into the pleadings. Moreover, she considered the fact that Suncor pleaded that the joint venture carried on business under the name "ABM-1978" to be sufficient to enable the court to look at the joint venture agreement as well.

seul un examen du contrat conclu entre Suncor et la coentreprise permettrait de déterminer si les réclamations de Suncor [TRADUCTION] « découlaient » d'un projet du genre décrit dans l'exclusion relative au projet clés en main. Elle a conclu que ce contrat était [TRADUCTION] « suffisamment incorporé par renvoi » aux actes de procédure du fait qu'il avait été invoqué dans la déclaration modifiée de Suncor. Elle a en outre jugé que le fait que Suncor ait soutenu que la coentreprise était exploitée sous le nom de « ABM-1978 » suffisait pour que la cour puisse également examiner le contrat de coentreprise.

Referring to various terms of the contract between the ABM Engineers and Suncor, as well as the joint venture agreement, Southin J.A. held that, under the contract with Suncor, the joint venturers were obliged to design and construct a "turnkey project". As such, what they undertook to do was, as the trial judge found, within the precise words of the turnkey exclusion within the CGL policy. She neatly stated, at para. 11:

Mentionnant diverses modalités du contrat intervenu entre ABM Engineers et Suncor ainsi que le contrat de coentreprise, madame le juge Southin a décidé qu'aux termes du contrat avec Suncor les coentrepreneurs étaient tenus de concevoir et de construire un [TRADUCTION] « projet clés en main ». Comme le juge de première instance l'a conclu, ce qu'ils s'étaient engagés à faire relevait donc du libellé précis de l'exclusion relative au projet clés en main contenue dans la police générale de responsabilité civile. Comme elle l'a clairement affirmé, au par. 11 : 23

> To put it another way, the claim in the underlying action is a claim "arising out of" this project .... Suffice it to say that if this project had not existed, there would have been no claim, ergo the claim arises out of it.

> [TRADUCTION] Autrement dit, la réclamation contenue dans l'action sous-jacente est une réclamation « découlant » de ce projet. [. . .] Il suffit de dire que si ce projet n'avait pas existé, il n'y aurait pas eu de réclamation; donc la réclamation découle du projet.

Southin J.A. then considered the appellants' argument that Suncor's allegations in regard to the duty to warn of the dangerous propensities of PVC cables did not fall within the turnkey exclusion. She found that these claims were based only partly on an allegation of fact. She stated that the facts at issue (which related to the dangerous nature of the PVC cables, and the appellants' knowledge of and failure to warn about this) did not, in and of themselves, create the proximity which lies at the heart of a duty to warn. Whether such a duty is owed is a question of law to be determined on the primary facts as found. Citing *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, Southin J.A. held that if there was any duty to warn after

Madame le juge Southin a ensuite examiné l'argument des appelantes selon lequel les allégations de Suncor touchant l'obligation de mettre en garde contre la dangereuse propension des câbles sous enveloppe de PVC ne relevaient pas de l'exclusion relative au projet clés en main. Elle a estimé que ces réclamations ne reposaient qu'en partie sur une allégation de fait. Elle a affirmé que les faits en cause (qui concernaient la nature dangereuse des câbles sous enveloppe de PVC, ainsi que la connaissance qu'en avait les appelantes et leur omission de faire une mise en garde à ce sujet) n'engendraient pas à eux seuls la relation étroite qui est au cœur de l'obligation de mettre en garde. La question de l'existence d'une telle obligation est une 24

the Suncor project was completed, it arose because the joint venture built the tar sands plant.

25 Finally, the appellants argued before the Court of Appeal that they might have had some other relationship at some point with Suncor that gave rise to a duty to warn. However, Southin J.A. noted that no such other relationship was pleaded by Suncor. In her view, an analysis of the Amended Statement of Claim as a whole, "put it beyond doubt" that every one of Suncor's claims against the appellants was for a loss "arising out of the project", as this phrase was used in the turnkey exclusion. As such, the claims could not fall within the insurance coverage extended under the CGL policy.

26 Having concluded that all of Suncor's claims fell within the turnkey exclusion, it was unnecessary for the Court of Appeal to address the professional services exclusion. Accordingly, the appeal was dismissed.

V. Issues

27 The parties submitted arguments on two issues:

A. Does the turnkey exclusion contained in the CGL policy exclude coverage for both 67669 and Monenco?

B. If the turnkey exclusion does not exclude coverage, do the allegations against 67669 and Monenco in the Amended Statement of Claim filed by Suncor in this action fall within the terms of the professional services exclusion contained in the CGL policy?

question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits primaires constatés. Citant l'arrêt *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, madame le juge Southin a conclu que, s'il existait une obligation de mise en garde une fois terminé le projet de Suncor, elle découlerait du fait que la coentreprise a construit l'usine d'exploitation de sables bitumineux.

Enfin, les appelantes ont fait valoir devant la Cour d'appel qu'elles pouvaient avoir eu, à un moment donné, un autre type de relation avec Suncor qui aurait donné lieu à une obligation de mettre en garde. Cependant, le juge Southin a noté que Suncor n'avait pas invoqué l'existence d'une autre relation de cette nature. À son avis, l'analyse de la déclaration modifiée dans son ensemble [TRADUCTION] « révélait sans équivoque » que chacune des réclamations de Suncor contre les appelantes concernait un sinistre [TRADUCTION] « découlant du projet », au sens dans lequel cette expression était utilisée dans l'exclusion relative au projet clés en main. En conséquence, la garantie prévue par la police générale de responsabilité civile ne pouvait pas s'appliquer à ces réclamations.

Après avoir conclu que toutes les réclamations de Suncor tombaient sous le coup de l'exclusion relative au projet clés en main, la Cour d'appel n'était pas tenue d'aborder l'exclusion relative aux services professionnels. L'appel a donc été rejeté.

V. Les questions en litige

Les parties ont avancé des arguments relativement à deux questions :

A. L'exclusion relative au projet clés en main contenue dans la police générale de responsabilité civile écarte-t-elle la garantie d'assurance autant pour 67669 que pour Monenco?

B. Si l'exclusion relative au projet clés en main n'écarte pas la garantie d'assurance, les allégations formulées contre 67669 et Monenco dans la déclaration modifiée que Suncor a déposée dans le cadre de la présente action tombent-elles sous le coup de l'exclusion relative aux services professionnels contenue dans la police générale de responsabilité civile?

VI. Analysis

A. *Turnkey Exclusion*

(1) Legal Principles Governing the Insurer's Duty to Defend

The starting premise for assessing whether an insurer's duty to defend has been triggered rests in the traditional "pleadings rule". Whether an insurer is bound to defend a particular claim has been conventionally addressed by relying on the allegations made in the pleadings filed against the insured, usually in the form of a statement of claim. If the pleadings allege facts which, if true, would require the insurer to indemnify the insured for the claim, then the insurer is obliged to provide a defence. This remains so even though the actual facts may differ from the allegations pleaded. The "pleadings rule" was articulated by the British Columbia Supreme Court in *Bacon v. McBride* (1984), 5 C.C.L.I. 146, where Wallace J. stated, at p. 151:

> The pleadings govern the duty to defend — not the insurer's view of the validity or nature of the claim or by the possible outcome of the litigation. If the claim alleges a state of facts which, if proven, would fall within the coverage of the policy the insurer is obliged to defend the suit regardless of the truth or falsity of such allegations. If the allegations do not come within the policy coverage the insurer has no such obligation . . . .

This reasoning was subsequently adopted by this Court in *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801, where McLachlin J. (as she then was) indicated that general principles regarding the construction of insurance contracts support the conclusion that the duty to defend arises where the pleadings raise claims which would be payable under the agreement to indemnify in the insurance contract. McLachlin J. also referred to the ruling in *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 73 N.B.R. (2d) 389 (C.A.), leave to appeal refused by this Court, [1987] 1 S.C.R. xi, for the proposi-

VI. Analyse

A. *L'exclusion relative au projet clés en main*

(1) Les principes juridiques régissant l'obligation de défendre de l'assureur

28 La « règle » traditionnelle « des actes de procédure » constitue le point de départ de l'analyse de la question de savoir si l'obligation de défendre de l'assureur s'applique. Normalement, c'est en examinant les allégations contenues dans les actes de procédure déposés, habituellement sous forme de déclaration, contre l'assuré que l'on détermine si un assureur est tenu d'opposer une défense à une réclamation particulière. L'assureur est tenu d'opposer une défense si les actes de procédure énoncent des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, exigeraient qu'il indemnise l'assuré relativement à la réclamation. Cela vaut même si la réalité ne correspond pas à ce qui est allégué. La « règle des actes de procédure » a été énoncée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Bacon c. McBride* (1984), 5 C.C.L.I. 146, dans lequel le juge Wallace a déclaré, à la p. 151 :

> [TRADUCTION] L'obligation de défendre dépend des actes de procédure et non du point de vue de l'assureur quant à la validité ou à la nature de la demande ni de l'issue possible de l'instance. Lorsque la demande énonce des faits qui, s'ils étaient prouvés, seraient visés par la garantie prévue dans la police, l'assureur est tenu d'opposer une défense à la poursuite, que ces allégations soient véridiques ou non. Si les allégations ne sont pas visées par la garantie prévue dans la police, aucune obligation de la sorte n'incombe à l'assureur . . .

29 Notre Cour a, par la suite, adopté ce raisonnement dans l'arrêt *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801, où le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a indiqué que lès principes généraux d'interprétation des contrats d'assurance étayent la conclusion qu'il y a obligation de défendre lorsque les actes de procédure portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d'indemnisation du contrat d'assurance. Le juge McLachlin a aussi mentionné l'arrêt *Opron Maritimes Construction Ltd. c. Canadian Indemnity Co.* (1986), 73 R.N.-B. (2e) 389 (C.A.), autorisation de pourvoi devant

tion that, where it is clear from the pleadings that a suit falls outside policy coverage by reason of an exclusion clause, the duty to defend does not arise. McLachlin J. further noted that it is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend. The mere possibility that a claim falling within the policy may succeed will suffice. In this sense, the insurer's duty to defend is broader than the duty to indemnify (*Nichols*, *supra*, at p. 810).

notre Cour refusée, [1987] 1 R.C.S. xi, à l'appui de la proposition selon laquelle l'obligation de défendre n'existe pas lorsqu'il ressort clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la portée de la police en raison d'une clause d'exclusion. Elle a également fait remarquer qu'il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y aura effectivement obligation d'indemniser pour déclencher l'obligation de défendre. La seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, l'obligation de défendre de l'assureur a une portée plus large que l'obligation d'indemniser (*Nichols*, précité, p. 810).

30 The principles set out in *Nichols* were recently applied by the Quebec Court of Appeal in *Association des hôpitaux du Québec v. Fondation pour le cancer de la prostate, Centre hospitalier de l'Université Laval*, [2000] R.R.A. 78. LeBel J.A., as he then was, wrote for the court, and held that the existence of the duty to defend must be assessed with reference to the pleadings. He affirmed that this duty may arise even when the duty to indemnify does not. LeBel J.A. went on to state that, while insurance contracts impose considerable responsibilities on insurers, notably the obligation to defend, a correlative duty is placed on the insured to collaborate with the insurer in conducting the defence (at para. 26).

La Cour d'appel du Québec a récemment appliqué les principes énoncés dans l'arrêt *Nichols* dans l'arrêt *Association des hôpitaux du Québec c. Fondation pour le cancer de la prostate, Centre hospitalier de l'Université Laval*, [2000] R.R.A. 78. Le juge LeBel, maintenant juge de notre Cour, y a statué, au nom de la cour, que l'existence de l'obligation de défense s'apprécie par rapport aux actes de procédure. Il a confirmé que cette obligation peut exister même en l'absence de l'obligation d'indemnisation. Le juge LeBel a ajouté que, bien que les contrats d'assurance attribuent d'importantes responsabilités à l'assureur, notamment l'obligation de défense, l'assuré se voit imposer l'obligation corrélative de collaborer à la défense avec l'assureur (par. 26).

31 Where pleadings are not framed with sufficient precision to determine whether the claims are covered by a policy, the insurer's obligation to defend will be triggered where, on a reasonable reading of the pleadings, a claim within coverage can be inferred. This principle is congruent with the broader tenets underlying the construction of insurance contracts, namely the *contra proferentem* rule, and the principle that coverage provisions should be construed broadly, while exclusion clauses should receive a narrow interpretation. In *Opron Maritimes*, *supra*, the New Brunswick Court of Appeal conveyed these principles by stating at para. 15 that, "[a]ny doubt as to whether the pleadings bring the incident within the coverage of the policy ought to be resolved in favour of the

Lorsque les actes de procédure ne sont pas assez précis pour que l'on puisse décider si les réclamations sont visées par une police, l'obligation de défendre de l'assureur s'applique si une interprétation raisonnable des actes de procédure permet de déduire l'existence d'une réclamation visée par la garantie. Ce principe est conforme aux préceptes plus généraux qui sous-tendent l'interprétation des contrats d'assurance, à savoir la règle *contra proferentem* et le principe selon lequel les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion une interprétation restrictive. Dans l'arrêt *Opron Maritimes*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a fait état de ces principes en déclarant, au par. 15, que [TRADUCTION] « [t]out doute sur la question de

insured". Moreover, in *Nichols*, McLachlin J. stated at p. 812:

> I conclude that considerations related to insurance law and practice, as well as the authorities, overwhelmingly support the view that the duty to defend should, unless the contract of insurance indicates otherwise, be confined to the defence of claims which may be argued to fall under the policy. That said, the widest latitude should be given to the allegations in the pleadings in determining whether they raise a claim within the policy.

As G. Hilliker writes in *Liability Insurance Law in Canada* (3rd ed. 2001), at p. 72, some courts have interpreted the foregoing passage as saying that if there is any possibility that the claim falls within liability coverage, the insurer must defend. However, Hilliker also maintains that courts must not engage in "a fanciful reading of the statement of claim merely for the purpose of requiring the insurer to defend". He notes that it is only where there is genuine ambiguity or doubt that the duty to defend must be resolved in favour of the insured party. This principle is articulated in a broader fashion by Andal and Donnelly, who state that "the widest latitude should be given to the allegations in the pleadings in determining whether they raise a claim within the policy". (See R. V. Andal and T. Donnelly, "Liability Insurance" in C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 18-13.)

The pleadings rule was further considered by this Court in *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24. In that case, the Court unanimously affirmed the principles set out in *Nichols*. The majority also endorsed the reasoning of the Colorado Court of Appeals in *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (1997), at p. 912, to the effect that the "duty to defend arises

savoir si, d'après les [actes de procédure], l'incident est couvert par la police d'assurance doit être dissipé en faveur de l'assuré ». De plus, dans l'arrêt *Nichols*, précité, p. 812, le juge McLachlin affirme :

> Je conclus que les considérations relatives au droit et à la pratique en matière d'assurance, ainsi que la doctrine et la jurisprudence, appuient en très grande majorité l'opinion que l'obligation de défendre ne devrait s'appliquer que lorsque l'on peut prétendre que les réclamations relèvent de la police, sous réserve de stipulations contraires dans le contrat d'assurance. Cela étant dit, il faut accorder la portée la plus large possible aux allégations contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles constituent une réclamation qui relève de la police.

32 Comme l'écrit G. Hilliker dans son ouvrage *Liability Insurance Law in Canada* (3e éd. 2001), p. 72, certains tribunaux ont considéré que le passage précédent signifie que l'assureur doit opposer une défense s'il y a la moindre possibilité que la réclamation relève de la garantie. Cependant, Hilliker prétend également que les tribunaux ne doivent pas se livrer à [TRADUCTION] « une interprétation fantaisiste de la déclaration dans le seul but d'obliger l'assureur à opposer une défense ». Il fait observer que ce n'est que lorsqu'il existe réellement une ambiguïté ou un doute que l'obligation de défendre doit être interprétée en faveur de l'assuré. Ce principe a été exposé dans des termes plus généraux par Andal et Donnelly, qui affirment qu'[TRADUCTION] « il faut accorder la portée la plus large possible aux allégations contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles constituent une réclamation qui relève de la police ». (Voir R. V. Andal et T. Donnelly, « Liability Insurance » dans C. Brown, *Insurance Law in Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 18-13.)

33 Notre Cour a examiné plus en détail la règle des actes de procédure dans l'arrêt *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé à l'unanimité les principes énoncés dans l'arrêt *Nichols*. Les juges majoritaires ont également adopté le raisonnement de la Court of Appeals du Colorado dans l'arrêt *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. c. Snow-*

when the underlying complaint alleges any facts that might fall within the coverage of the policy" (at para. 78 (emphasis added)).

34 At the same time, *Scalera*, held that the bare assertions advanced in a statement of claim are not necessarily determinative. If so, the parties to an insurance contract would always be at the mercy of a third-party pleader. As such, it was stated at para. 79 that "[w]hat really matters is not the labels used by the plaintiff, but the true nature of the claim" (emphasis added). Based on this, courts have been encouraged to look behind the literal terms of the pleadings in order to assess which of the legal claims put forward by the pleader could be supported by the factual allegations. This analysis is undertaken with a view to discerning the true "substance" of the allegations. Thus, the key question is not whether the claims are meritorious, but "whether, assuming the verity of all of the plaintiff's factual allegations, the pleadings could possibly support the plaintiff's legal allegations" (at para. 84).

35 Based on this line of authority, it follows that the proper basis for determining whether a duty to defend exists in any given situation requires an assessment of the pleadings to ascertain the "substance" and "true nature" of the claims. More specifically, the factual allegations set out therein must be considered in their entirety to determine whether they could possibly support the plaintiff's legal claims.

36 While these principles are instructive for the purposes of the present case, one important question arising in this appeal has been left open by the jurisprudence to date. That is, whether, in seeking to determine the "substance" and "true nature" of a claim, a court is entitled to go beyond the pleadings and consider extrinsic evidence. Without wishing to decide the extent to which extrinsic evidence can be considered, I am of the view that extrinsic evidence that has been explicitly referred

barger, 934 P.2d 909 (1997), p. 912, selon lequel [TRADUCTION] « l'obligation de défendre naît lorsque la plainte s'appuie sur des faits susceptibles d'emporter l'application de la garantie » (par. 78 (je souligne)).

Dans l'arrêt *Scalera*, la Cour a également statué que de simples assertions contenues dans une déclaration ne sont pas nécessairement déterminantes. Si c'était le cas, l'application du contrat d'assurance dépendrait toujours des allégations d'un tiers. À cet égard, elle affirme, au par. 79, que « [c]e qui compte vraiment, ce n'est pas la terminologie employée par le demandeur, mais la nature véritable de la demande » (je souligne). Pour cette raison, les tribunaux ont été encouragés à aller au-delà de la terminologie utilisée dans les actes de procédure pour déterminer quelles prétentions juridiques de la partie demanderesse peuvent être étayées par les allégations factuelles. Cette analyse a pour but de discerner le « contenu » véritable des allégations. La question fondamentale n'est donc pas de savoir si les allégations sont fondées, mais de « décider, en tenant pour acquis que toutes les allégations factuelles du demandeur sont véridiques, si les actes de procédures sont susceptibles d'étayer ses [prétentions juridiques] » (par. 84).

Compte tenu de ce courant jurisprudentiel, il s'ensuit que, pour déterminer si une obligation de défendre existe dans une situation donnée, il faut évaluer les actes de procédure pour déterminer le « contenu » et la « nature véritable » des réclamations. Plus particulièrement, il faut examiner intégralement les allégations factuelles contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles peuvent étayer les prétentions juridiques du demandeur.

Bien que ces principes soient utiles pour les fins de la présente affaire, la jurisprudence a jusqu'à maintenant laissé en suspens une question importante qui se pose en l'espèce, celle de savoir si une cour peut aller au-delà des actes de procédure et prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques pour déterminer le « contenu » et la « nature véritable » d'une réclamation. Sans vouloir décider de la mesure dans laquelle une preuve extrinsèque peut être prise en considération, j'es-

to within the pleadings may be considered to determine the substance and true nature of the allegations, and thus, to appreciate the nature and scope of an insurer's duty to defend. I now turn to that question.

(2) Application of Legal Principles to the Present Case

(a) *Reference to Extrinsic Evidence*

It should be recalled that the question whether an insurer is bound to provide defence coverage in an action taken against the insured arises as a preliminary matter. Of course, after trial, it may turn out that there is no liability on the insurer, and thus, no indemnity triggered. But that is not the issue when deciding the duty to defend. Consequently, we cannot advocate an approach that will cause the duty to defend application to become "a trial within a trial". In that connection, a court considering such an application may not look to "premature" evidence, that is, evidence which, if considered, would require findings to be made before trial that would affect the underlying litigation.

In the present case, I affirm Southin J.A.'s holding that the contract between Suncor and the joint venture, having been referred to in the Amended Statement of Claim, could be reviewed to determine the substance and true nature of Suncor's claims. In a similar vein, I agree with Southin J.A. that, because Suncor had pleaded that the joint venture had carried on business under the name "ABM-1978", this enabled the court to review the joint venture agreement as well.

In endorsing Southin J.A.'s rulings on this extrinsic evidence, I must emphasize that it was not considered for the purpose of examining the contentious points in issue in the underlying litigation between Suncor and the appellants. Reference

time qu'il est possible de tenir compte de la preuve extrinsèque mentionnée explicitement dans les actes de procédure pour déterminer le contenu et la nature véritable des allégations et, ainsi, apprécier la nature et l'étendue de l'obligation de défendre d'un assureur. J'examine maintenant cette question.

(2) Application des principes juridiques à la présente affaire

a) *Mention d'une preuve extrinsèque*

37 Il convient de se rappeler que la question de savoir si un assureur est tenu d'opposer une défense dans une action intentée contre l'assuré a été soulevée à titre préliminaire. Il est évident qu'il peut se révéler, au terme du procès, que la responsabilité de l'assureur n'est pas engagée et qu'il n'a, par conséquent, aucune indemnité à verser. Mais cette question ne se pose pas lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence de l'obligation de défendre. Nous ne pouvons donc pas préconiser une méthode qui fera de la demande relative à l'obligation de défendre « un procès à l'intérieur d'un procès ». À cet égard, la cour saisie d'une telle demande ne peut pas examiner une preuve « prématurée », c'est-à-dire une preuve qui, si elle était prise en considération, exigerait que des conclusions susceptibles d'influer sur le litige sous-jacent soient tirées avant le procès.

38 En l'espèce, je confirme la décision de madame le juge Southin que, du fait que la déclaration modifiée en faisait état, le contrat entre Suncor et la coentreprise pouvait être examiné en vue de déterminer le contenu et la nature véritable des réclamations de Suncor. Dans la même veine, je suis d'accord avec madame le juge Southin pour dire que la cour pouvait également examiner le contrat de coentreprise, du fait que Suncor avait soutenu que la coentreprise était exploitée sous le nom de « ABM-1978 ».

39 En souscrivant aux décisions de madame le juge Southin sur cette preuve extrinsèque, je dois souligner que cette preuve n'a pas été prise en considération pour examiner les points controversés dans le litige opposant Suncor aux appelantes. La men-

to these documents did not require factual findings to be made that would impact this litigation which, in this particular case, had been settled by the time the duty to defend application was brought before the courts. A review of the extrinsic evidence simply illuminates the substance of the pleadings and as such, is consistent with the reasoning in *Scalera*, *supra*.

40 Finally, I would also note that reference to the joint venture agreement and to the contract between the joint venture and Suncor appears consistent with the *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, which are applicable to this duty to defend application. Pursuant to rule 26(8), an opposing party may request to see a document referred to in a statement of claim presumably to understand the pleadings and the litigation involved. I agree with the respondent that a court should also be entitled to this benefit, and thus should be permitted to review for itself any document that has been explicitly referred to in a statement of claim. I reach this conclusion even though rule 19(2) states that the effect of any document referred to in a pleading, if material, must be summarized briefly in the pleadings, without the precise words of the document being stated. Although rule 19(2) might be used to provide the court with an overview of any extrinsic evidence, it also makes sense to allow a court to refer to the documents pleaded in a statement of claim when necessary to determine the true nature and substance of the pleadings, and thus, the scope of the insurer's duty to defend.

(b) *Applicability of the Turnkey Exclusion to 67669*

41 The turnkey exclusion, found in Endorsement S-2 of the CGL policy, states the following:

IT IS HEREBY UNDERSTOOD AND AGREED that: —

tion de ces documents ne requérait aucune conclusion de fait qui aurait une incidence sur ce litige qui, en l'espèce, était déjà réglé au moment où les tribunaux ont été saisis de la demande relative à l'obligation de défendre. L'examen de la preuve extrinsèque ne contribue qu'à clarifier le contenu des actes de procédure et est donc compatible avec le raisonnement adopté dans l'arrêt *Scalera*, précité.

Enfin, je noterais également que la mention du contrat de coentreprise et du contrat intervenu entre la coentreprise et Suncor paraît conforme aux *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, qui s'appliquent à cette demande relative à l'obligation de défendre. Selon la règle 26(8), une partie qui s'oppose peut demander de consulter un document mentionné dans une déclaration vraisemblablement dans le but de comprendre les actes de procédure et le litige en cause. Je suis d'accord avec l'intimée pour dire qu'une cour devrait également pouvoir le faire et qu'il devrait donc lui être loisible d'examiner elle-même tout document mentionné explicitement dans une déclaration. J'en viens à cette conclusion en dépit du fait que la règle 19(2) prévoit que l'effet de tout document mentionné dans un acte de procédure doit être exposé brièvement dans les actes de procédure s'il est pertinent, sans que les termes précis utilisés dans le document ne soient repris. Bien que la règle 19(2) puisse être invoquée pour donner à la cour un aperçu général d'une preuve extrinsèque, il est également logique de permettre à une cour de consulter les documents mentionnés dans une déclaration lorsque cela est nécessaire pour déterminer la nature véritable et le contenu des actes de procédure et, de ce fait, l'étendue de l'obligation de défendre de l'assureur.

b) *Applicabilité à 67669 de l'exclusion relative au projet clés en main*

L'exclusion relative au projet clés en main, que l'on trouve à l'avenant S-2 de la police générale de responsabilité civile, se lit ainsi :

[TRADUCTION]

IL EST ENTENDU ET CONVENU AUX PRÉSENTES que : —

The Insurer is not liable under this policy for claims arising out of projects for which the professional Architectural and/or Engineering services are performed by the Insured and the actual construction, installation, erection, fabrication, assembly or manufacture thereof is performed by the Insured, or any legal entity wholly or partly owned by the Insured, or any individual or firm acting in the capacity of a subcontractor of the Named Insured.

As such, the trial judge rightly recognized, at para. 65, that in order for this exclusion to operate so as to bar recovery, a claim must:

(a) arise out of a project,

(b) for which the professional architectural and/or engineering services are performed by the Insured,

(c) *and* the actual construction, installation, erection, fabrication, assembly or manufacture thereof is performed by the Insured, *or* any legal entity wholly or partly owned by the Insured . . . . [Emphasis in original.]

In my opinion, the lower courts correctly held that the turnkey provision was applicable to 67669. Although 67669 was not the named insured under the policy, the exclusion explicitly extends to any legal entity owned in whole or in part by the insured party. Thus, it clearly applies to one of Monenco's wholly owned subsidiaries.

As against 67669, Suncor alleged breach of contract, breach of a duty of care owed by professional employees, breach of a general duty to warn of the dangerous propensities of PVC cables and to advise of effective remedial measures to protect the plant from risk, and breach of duty to warn and advise of effective measures to protect the plant from a material change in risk. Each of these claims "arose out of the project" within the meaning of the turnkey exclusion. Although the appellants argued that 67669's duties to Suncor may have arisen in the context of a relationship other

L'assureur n'assume aucune responsabilité en vertu de la présente police en ce qui concerne les réclamations découlant des projets pour lesquels des services professionnels d'architecture ou d'ingénierie, ou les deux à la fois, sont fournis par l'assuré, et dont la construction, l'installation, l'érection, la fabrication, l'assemblage ou la production est réellement exécutée par l'assuré ou toute autre entité juridique lui appartenant en totalité ou en partie, ou par tout particulier ou toute société agissant en qualité de sous-traitant de l'assuré désigné nommément.

En conséquence, le juge de première instance a reconnu à juste titre, au par. 65, que pour que cette exclusion ait pour effet d'empêcher l'indemnisation, la réclamation doit :

[TRADUCTION]

a) découler d'un projet,

b) pour lequel des services professionnels d'architecture ou d'ingénierie, ou les deux à la fois, sont fournis par l'assuré,

c) *et* dont la construction, l'installation, l'érection, la fabrication, l'assemblage ou la production est réellement exécutée par l'assuré *ou* toute autre entité juridique lui appartenant en totalité ou en partie . . . [En italique dans l'original.]

42 À mon sens, les tribunaux d'instance inférieure ont statué à bon droit que la clause d'exclusion relative au projet clés en main s'appliquait à 67669. Bien que 67669 n'ait pas été l'assuré désigné nommément dans la police, l'exclusion s'applique explicitement à toute entité juridique appartenant en totalité ou en partie à l'assuré. Il est donc évident qu'elle s'applique à l'une des filiales en propriété exclusive de Monenco.

43 Suncor a allégué que 67669 était coupable de violation de contrat, de manquement à l'obligation de diligence qui incombe aux employés professionnels, de manquement à l'obligation générale de mettre en garde contre la dangereuse propension des câbles sous enveloppe de PVC et d'informer des mesures correctives qui empêcheraient l'usine d'être exposée à un risque, ainsi que de manquement à l'obligation de mettre en garde et d'informer des mesures qui permettraient de protéger l'usine contre tout changement important du risque auquel elle était exposée. Chacune de ces

than that created by 67669's participation in the Suncor project, Southin J.A. correctly noted that this was never alleged in the pleadings. I therefore agree with Southin J.A.'s conclusion that the project was the proximate cause of Suncor's claim.

réclamations [TRADUCTION] « découlait du projet », au sens de l'exclusion relative au projet clés en main. Bien que les appelantes aient soutenu que les obligations de 67669 envers Suncor pouvaient avoir pris naissance dans le cadre d'une autre relation que celle engendrée par la participation de 67669 au projet de Suncor, madame le juge Southin a eu raison de noter qu'une telle allégation n'avait jamais été formulée dans les actes de procédure. Je souscris donc à sa conclusion que le projet était la cause immédiate de la réclamation de Suncor.

44 Suncor also claimed that 67669 performed both the design and construction services for the tar sands plant expansion project. The pleadings make this clear. In particular, I would note para. 15, which makes allegations of the services 67669 actually performed on the Suncor project. It states:

Suncor a également prétendu que 67669 avait assuré les services de conception et de construction liés au projet d'agrandissement de l'usine d'exploitation de sables bitumineux. C'est ce qui ressort clairement des actes de procédure. Je signale, en particulier le par. 15, qui contient des allégations relatives aux services que 67669 aurait réellement fournis pour le projet de Suncor. On peut y lire :

[TRADUCTION]

> 15. The services performed by the ABM Engineers under the Contract for the expansion project included the design and construction of the power and electrical system for Suncor's expanded plant . . . . [Emphasis added.]

> 15. Les services fournis par ABM Engineers en vertu du contrat relatif au projet d'agrandissement comprenaient la conception et l'installation du système électrique de l'usine agrandie de Suncor . . . [Je souligne.]

Although para. 15 speaks to "the ABM Engineers" rather than 67669 specifically, the pleadings as a whole reveal that the claims advanced against the ABM Engineers "collectively" encompass claims against each individual member of the joint venture, all of whom were named as defendants in the Suncor action. This is clear from para. 7, which alleges that the joint venturers, including 67669, carried on general engineering and construction practices:

Bien que le par. 15 parle de « ABM Engineers » au lieu de 67669 en particulier, les actes de procédure révèlent dans l'ensemble que les réclamations formulées [TRADUCTION] « collectivement » contre ABM Engineers comprennent celles formulées contre chacun des coentrepreneurs qui sont tous désignés comme défendeurs dans l'action de Suncor. C'est ce qui ressort clairement du par. 7, dans lequel on allègue que les coentrepreneurs, y compris 67669, offraient des services généraux d'ingénierie et de construction :

[TRADUCTION]

> 7. At all times material to this action, . . . 67669 Alberta Inc. . . . through their employees carried on the practice of professional engineering, including the design and construction of plant and facilities for the production of synthetic crude oil. [Emphasis added.]

> 7. À tout moment pertinent pour la présente action, [. . .] 67669 Alberta Inc. [. . .] par l'entremise de ses employés offrai[t] des services professionnels d'ingénierie incluant la conception et la construction de l'usine et des installations destinées à la production de pétrole synthétique. [Je souligne.]

Further, para. 13 claims that 67669 and the other joint venturers, both individually and as members

Selon le par. 13, 67669 et les autres coentrepreneurs se seraient engagés, tant à titre individuel

of the joint venture, undertook to carry out such work on the Suncor project.

13. Bechtel Canada Limited . . . , 67669 Alberta Inc. . . . and 111467 Alberta Ltd. . . . , which entities are hereinafter sometimes collectively called "the ABM Engineers", . . . entered into a Contract in writing with Suncor, . . . for the management, engineering, procurement and construction of an expansion of the synthetic crude production capacity of Suncor's then existing plant and facilities . . . . [Emphasis added.]

While para. 13 makes allegations regarding what 67669 undertook to do rather than what it actually did, I believe this paragraph can and should be considered to determine the applicability of the turnkey exclusion. As stated earlier, it is clear in this case that Suncor alleged the actual performance and construction by 67669. Nonetheless, a court may, at this stage of the proceedings, consider the obligations that the insured party is alleged to have undertaken. As mentioned above, it may well be that at trial it could be established otherwise, such that the insurer is not liable to indemnify the insured.

An examination of the agreements referred to in Suncor's pleadings reveals that the appellants undertook to perform design and construction services for the Suncor project. The joint venture agreement makes clear that the work for which the joint venturers contracted included "the process design, detailed engineering, procurement, construction and expansion" of Suncor's tar sands plant. The agreement also stipulates that the joint venturers' obligations were to be "executed and performed in the name of each Joint Venturer", and that the transactions made on behalf of the joint venture were the joint and several obligations of each individual member. Thus, under the terms of the joint venture agreement, the situation was exactly as though each joint venturer, including 67669, had contracted individually and directly with Suncor.

qu'à titre de coentrepreneur, à exécuter ces travaux pour le projet de Suncor :

[TRADUCTION]

13. Bechtel Canada Limited [. . .], 67669 Alberta Inc. [. . .] et 111467 Alberta Ltd. [. . .], ci-après désignées collectivement sous le nom de « ABM Engineers », [. . .] ont conclu avec Suncor un contrat écrit, [. . .] de gestion, d'ingénierie, d'approvisionnement et de construction en vue d'accroître la capacité de production de pétrole synthétique de l'usine et des installations alors existantes de Suncor . . . [Je souligne.]

Quoique les allégations contenues au par. 13 traitent de ce que 67669 s'est engagée à accomplir plutôt que de ce qu'elle a vraiment accompli, je crois que ce paragraphe peut et devrait être pris en considération pour déterminer l'applicabilité de l'exclusion relative au projet clés en main. Comme nous l'avons vu, il est évident en l'espèce que Suncor a allégué qu'il y avait eu exécution et construction réelles par 67669. Néanmoins, une cour peut, à ce stade des procédures, prendre en considération les obligations que l'assuré aurait contractées. Il se peut bien, je le répète, que le contraire soit démontré au procès de sorte que l'assureur ne sera pas tenu d'indemniser l'assuré.

45 Il ressort d'un examen des contrats mentionnés dans les actes de procédure de Suncor que les appelantes se sont engagées à fournir des services de conception et de construction pour le projet de Suncor. Le contrat de coentreprise indique clairement que les travaux que les coentrepreneurs se sont engagés par contrat à exécuter comprenaient [TRADUCTION] « la conception de procédé, les études techniques détaillées, l'approvisionnement, la construction et l'agrandissement » de l'usine d'exploitation de sables bitumineux de Suncor. Le contrat précise également que les obligations des coentrepreneurs doivent être [TRADUCTION] « exécutées au nom de chaque coentrepreneur », et que chaque coentrepreneur est conjointement et solidairement responsable des opérations effectuées au nom de la coentreprise. En conséquence, selon le contrat de coentreprise, c'était exactement comme si chaque coentrepreneur, y compris 67669, avait conclu un contrat directement avec Suncor.

46 The contract between Suncor and the joint venture further reveals that the nature of the work undertaken by the joint venturers fell within the turnkey exclusion. The very title of this contract, "Contract for Engineering, Procurement, and Construction Services", suggests that a suit related to the actual work completed by the joint venturers on the Suncor project would fall within the ambit of this exclusion. Moreover, section 2.1 of the contract indicates that the work undertaken by the joint venture included the design and engineering of the Suncor project, as well as its construction. Although this contract speaks only to the obligations assumed by the joint venture, as discussed, these obligations were the joint and several responsibilities of each individual joint venturer. The contract thus can be read as describing the work undertaken by the particular joint venture members, including 67669.

47 For these reasons, I am satisfied that the claims alleged against 67669 in Suncor's Amended Statement of Claim triggered the application of the turnkey exclusion. While this conclusion can be reached on a reading of the pleadings alone, it is supported by the extrinsic documents that were explicitly referred to in the pleadings by Suncor, and which were considered by the Court of Appeal.

48 Having found that the turnkey exclusion applies to the claims advanced against 67669, I agree with the lower courts that, under the terms of the CGL policy, the respondent was not obliged to defend this appellant in the Suncor action.

(c) *Applicability of the Turnkey Exclusion to Monenco*

49 The difference between the analyses to be undertaken for assessing the application of the turnkey exclusion to Monenco and to 67669 is not substantial. This is primarily because all of Suncor's claims against 67669 were repeated against Monenco on the basis that Monenco was the *alter*

Le contrat entre Suncor et la coentreprise révèle en outre que la nature des travaux que les coentrepreneurs s'engageaient à exécuter relevait de l'exclusion relative au projet clés en main. Le titre même de ce contrat, [TRADUCTION] « Contrat pour la prestation de services d'ingénierie, d'approvisionnement et de construction », laisse entendre qu'une action liée aux travaux réellement exécutés par les coentrepreneurs dans le cadre du projet de Suncor tomberait sous le coup de cette exclusion. De plus, l'article 2.1 du contrat indique que les travaux que la coentreprise s'engage à exécuter comprennent la conception et l'ingénierie du projet de Suncor, ainsi que sa construction. Même si, comme nous l'avons vu, ce contrat ne mentionne que les obligations assumées par la coentreprise, la responsabilité conjointe et solidaire de chaque coentrepreneur est engagée à cet égard. Le contrat peut donc être interprété comme décrivant les travaux que les coentrepreneurs en cause, y compris 67669, s'engagent à exécuter.

Pour ces motifs, je suis convaincu que les réclamations formulées contre 67669 dans la déclaration modifiée de Suncor déclenchaient l'application de l'exclusion relative au projet clés en main. Même si cette conclusion peut être tirée à partir des actes de procédure seulement, elle est étayée par les documents extrinsèques auxquels renvoient explicitement les actes de procédure de Suncor et qui ont été examinés par la Cour d'appel.

Ayant conclu que l'exclusion relative au projet clés en main s'applique aux réclamations formulées contre 67669, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire que, aux termes de la police générale de responsabilité civile, l'intimée n'était pas tenue de défendre cette appelante dans l'action de Suncor.

c) *Applicabilité à Monenco de l'exclusion relative au projet clés en main*

Les analyses qui doivent être effectuées pour décider si l'exclusion relative au projet clés en main s'applique à Monenco et à 67669 respectivement ne diffèrent pas sensiblement. Cela s'explique surtout par le fait que toutes les réclamations de Suncor contre 67669 ont été reprises

ego of 67669, or that 67669 entered into the contract as Monenco's agent. Thus, for the same reasons as those set out above with respect to the application of the turnkey exclusion to 67669, Suncor's claims against Monenco "arose out of" the Suncor project. Based on what is advanced in the Amended Statement of Claim, it is clear that a distinct link exists between Monenco's alleged breaches and its role in this project. Further, the pleadings do not allege any relationship between Suncor and Monenco other than that which arose from their respective roles in the expansion of Suncor's Alberta tar sands plant.

contre Monenco pour le motif que cette dernière était l'alter ego de 67669 ou que 67669 avait conclu le contrat en tant que mandataire de Monenco. Par conséquent, pour les mêmes raisons que celles exposées précédemment au sujet de l'application à 67669 de l'exclusion relative au projet clés en main, les réclamations de Suncor contre Monenco [TRADUCTION] « découlaient » du projet de Suncor. Il ressort clairement de la déclaration modifiée qu'il existe un lien distinct entre les violations reprochées à Monenco et le rôle qu'elle a joué dans le projet. En outre, les actes de procédure n'allèguent l'existence d'aucune relation entre Suncor et Monenco autre que celle découlant du rôle qu'elles ont joué respectivement dans l'agrandissement de l'usine d'exploitation de sables bitumineux de Suncor en Alberta.

I am also of the view that Suncor's claims against Monenco satisfied the second and third criteria for the application of the turnkey exclusion. Suncor's Amended Statement of Claim alleged that, even though Monenco was not a party to the joint venture agreement, it was involved in professional engineering and construction services on the Suncor project. This occurred by virtue of the fact that Monenco exercised full control over the activities of 67669. These allegations are encompassed by paras. 9, 32 and 33 of Suncor's Amended Statement of Claim, which state the following:

Je suis également d'avis que les réclamations de Suncor contre Monenco respectaient les deuxième et troisième conditions d'application de l'exclusion relative au projet clés en main. Suncor a allégué, dans sa déclaration modifiée, que même si Monenco n'était pas partie au contrat de coentreprise, elle fournissait des services professionnels d'ingénierie et de construction dans le cadre du projet de Suncor. Cela était dû au fait que Monenco contrôlait totalement les activités de 67669. Ces allégations se trouvent aux par. 9, 32 et 33 de la déclaration modifiée de Suncor, dont voici le texte : 50

[TRADUCTION]

9. The Defendants Monenco Limited ("Monenco") and Associated Engineering Group Ltd. ("Associated") . . . respectively controlled and owned all of the shares of MHG International Ltd. (now known as 67669 Alberta Inc.) and of Associated Engineering Services Ltd. (now known as 111467 Alberta Ltd.).

9. Les défenderesses Monenco Limited (« Monenco ») et Associated Engineering Group Ltd. (« Associated ») [. . .] respectivement contrôlaient et possédaient toutes les actions de MHG International Ltd. (maintenant connue sous le nom de 67669 Alberta Inc.) et d'Associated Engineering Services Ltd. (maintenant connue sous le nom de 111467 Alberta Ltd.).

32. . . . Bechtel U.S., Monenco and Associated . . . at all material times, likewise had effective control, substantial involvement and participation in providing the services undertaken by the ABM Engineers for the expansion project. At all times material, Suncor . . . was invited by the parent Engineers to rely, and Suncor did rely, upon their reputations and experience, in the performance of the engineering services . . . . Suncor says that the duty to warn and also to advise of effective

32. . . . en tout temps pertinent, Bechtel U.S., Monenco et Associated [. . .] contrôlaient également, dans les faits, la prestation des services qu'ABM Engineers s'était engagée à fournir dans le cadre du projet d'agrandissement, et y participaient considérablement. En tout temps pertinent, Suncor [. . .] a été invitée par la société mère Engineers à se fier à sa réputation et à son expérience, ce que Suncor a fait, en ce qui concernait la prestation des services d'ingénierie [. . .]. Suncor affirme

remedial measures following installation of the PVC jacketed electrical cables existed down to the date of the fire . . . .

33. . . . Monenco and Associated at all materials [*sic*] times likewise exercised effective control, supervision and management of each of their wholly owned subsidiaries, . . . As such Canadian Bechtel and the ABM Engineers, and each of them, were the corporate instruments of each of Bechtel U.S., Monenco and Associated, who were the alter egos of the subsidiary companies. In the further alternative, at all material times, Canadian Bechtel and the ABM Engineers were the respective agents of each of Bechtel U.S., Monenco and Associated. [Emphasis added.]

51 The allegations contained in these paragraphs suggest that Monenco — as the parent, *alter ego*, and principal of its wholly owned subsidiary — performed the services in question through 67669. Since, as discussed above, Suncor claimed that 67669 engaged in both the engineering and construction of the Suncor project, the allegations against Monenco must be to the same effect. As such, I agree with the conclusion of Taylor J., who stated, at para. 77:

I am satisfied, based upon the allegations contained in paragraphs 32 and 33, that Monenco was alleged to have performed both professional engineering services and construction on the project, so as to fall squarely within the terms of the turnkey provision. I need only refer to the allegations in paragraph 33, which essentially repeat, as against Monenco, the allegations made against 67669, allegations which I have already found involved the performance of both professional engineering and construction services for the Suncor project.

52 Based on the foregoing, I find that the claims advanced by Suncor against Monenco, like those against 67669, triggered the application of the turnkey exclusion. Consequently, I am of the view that the lower courts correctly held that the respondent's duty to defend could not arise in the circumstances of the present case.

que l'obligation de mettre en garde et d'informer des mesures correctives efficaces à la suite de l'installation des câbles électriques sous enveloppe de PVC existait à la date de l'incendie . . .

33. . . . en tout temps pertinent, Monenco et Associated contrôlaient, surveillaient et géraient également, dans les faits, chacune de leurs filiales en propriété exclusive [. . .]. À cet égard, Canadian Bechtel et ABM Engineers, collectivement et individuellement, étaient les instruments de chacune des entreprises Bechtel U.S., Monenco et Associated, qui étaient elles-mêmes les alter ego des filiales. Subsidiairement, une fois de plus, Canadian Bechtel et ABM Engineers étaient, en tout temps pertinent, les mandataires respectifs de chacune des entreprises Bechtel U.S., Monenco et Associated. [Je souligne.]

Les allégations contenues dans ces paragraphes laissent entendre que Monenco — à titre de société mère, d'alter ego et de mandante de sa filiale en propriété exclusive — a fourni les services en question par l'entremise de 67669. Étant donné, comme nous l'avons vu, que Suncor a prétendu que 67669 exécutait des travaux d'ingénierie et de construction pour le projet de Suncor, les allégations contre Monenco doivent aller dans le même sens. Par conséquent, je souscris à la conclusion du juge Taylor (au par. 77) :

[TRADUCTION] Compte tenu des allégations contenues aux paragraphes 32 et 33, je suis convaincu qu'on prétendait que Monenco a fourni des services professionnels autant d'ingénierie que de construction dans le cadre du projet, de sorte que la clause d'exclusion relative au projet clés en main s'applique directement à elle. Il suffit de mentionner les allégations contenues au paragraphe 33, qui reprennent essentiellement contre Monenco les allégations formulées contre 67669 qui, je l'ai déjà conclu, ont trait à la prestation de services professionnels d'ingénierie et de construction pour le projet de Suncor.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis que les réclamations de Suncor contre Monenco, à l'instar de celles contre 67669, ont déclenché l'application de l'exclusion relative au projet clés en main. Je suis donc d'avis que les tribunaux d'instance inférieure ont conclu à juste titre que l'obligation de défendre de l'intimée ne pouvait pas prendre naissance dans les circonstances de la présente affaire.

B. *Professional Services Exclusion*

Having found that the turnkey exclusion contained in the CGL policy excluded coverage for both of the appellants, I find it unnecessary to deal with the second issue pertaining to the applicability of the professional services exclusion.

VII. Disposition

For the foregoing reasons, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Singleton Urquhart, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Owen Bird, Vancouver.

B. *L'exclusion relative aux services professionnels*

53 Ayant statué que l'exclusion relative au projet clés en main contenue dans la police générale de responsabilité civile écartait toute garantie pour les deux appelantes, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder la seconde question relative à l'applicabilité de l'exclusion relative aux services professionnels.

VII. Dispositif

54 Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Singleton Urquhart, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Owen Bird, Vancouver.

Murielle Marcoux *Appellant*

v.

Dr. Jean-Marie Bouchard and Dr Gérard Leblanc *Respondents*

INDEXED AS: MARCOUX *v.* BOUCHARD

Neutral citation: 2001 SCC 50.

File No.: 27554.

2001: May 25; 2001: September 13.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil responsibility — Physicians and surgeons — Purpose served by surgical operation — Consent to operation.

In 1977, the appellant underwent surgery in the hope of relieving pain which had continued since a surgical operation to the maxilla. The surgery did not solve the problem and caused anaesthesia dolorosa in her cheek in addition to the facial neuralgia from which she was already suffering. In 1982, the appellant's pain became more severe and Dr B recommended that she have further surgery to relieve the facial neuralgia. The appellant agreed but the surgery was unsuccessful. It also had serious sequelae. The operation having been a failure, the appellant brought an action for damages against Dr B and Dr L, contending that the operation had served no purpose and that there had been no consent. With respect to the second allegation, she asserted that art. 19 *C.C.L.C.*, which guarantees inviolability of the human person, had been infringed. She submitted that she learned of the participation of Dr L, who performed the most significant part of the surgery, only after the operation. She also said that she did not give enlightened consent to the operation because Dr B allegedly did not inform her of Dr M-N's report on his 1981 consultation, which advised against any further surgery. The Superior Court dismissed the action and the Court of Appeal affirmed that judgment.

Held: The appeal should be dismissed. The facts established do not support the appellant's arguments and

Murielle Marcoux *Appelante*

c.

Dr Jean-Marie Bouchard et Dr Gérard Leblanc *Intimés*

RÉPERTORIÉ : MARCOUX *c.* BOUCHARD

Référence neutre : 2001 CSC 50.

N° du greffe : 27554.

2001 : 25 mai; 2001 : 13 septembre.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Médecins et chirurgiens — Utilité d'une intervention chirurgicale — Consentement à l'intervention.

En 1977, l'appelante subit une intervention chirurgicale dans l'espoir de soulager des douleurs qui persistent depuis une opération au maxillaire. L'intervention ne règle pas le problème et cause un phénomène d'anesthésie douloureuse dans la joue qui s'ajoute à la névralgie faciale dont elle souffre déjà. En 1982, les douleurs de l'appelante s'aggravent encore et le Dr B recommande une intervention additionnelle pour soulager les douleurs névralgiques faciales. L'appelante acquiesce mais l'opération chirurgicale échoue. De plus, elle laisse des séquelles importantes. Devant l'échec de l'opération, l'appelante intente une action en dommages-intérêts contre les Drs B et L, allégant l'inutilité de l'intervention et l'absence de consentement. Relativement à la deuxième allégation, elle invoque la violation de l'art. 19 *C.c.B.C.* qui garantit l'inviolabilité de la personne humaine. Elle soutient qu'elle n'a appris la participation du Dr L, qui a exécuté la partie principale de l'intervention, qu'après l'opération. Elle indique également qu'elle n'a pas donné un consentement éclairé à l'opération puisque le Dr B ne l'aurait pas informée du rapport de consultation du Dr M-N, rédigé en 1981, qui déconseillait toute autre intervention chirurgicale. La Cour supérieure rejette l'action et la Cour d'appel confirme ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Les faits établis ne soutiennent pas les prétentions de l'appelante et aucune

this Court would not be justified in intervening with respect to the assessment of the evidence by the trial judge.

Although the operation intended to relieve the appellant's facial pain did not produce the intended result, it did not seem, before it was performed, to serve no purpose and recommending it to the appellant was not a professional fault in these circumstances. There were risks involved in the operation and it was uncertain whether it would serve any purpose. However, according to the evidence accepted by the Superior Court and the Court of Appeal, this option was a defensible surgical operation by medical practice standards. The assessments of the decision by Dr B and Dr L to recommend and perform this surgery in the judgments under appeal were consistent with the fundamental principles of medical liability.

On the question of absence of consent, the trial judge pointed to the credibility that he gave, generally, to Dr B's version, and Dr B's statements and explanations, which coincided to a very large extent with the notes found in the medical records. Although the trial judge did not specifically find that Dr B had informed the appellant that Dr L would be present at the surgery, that finding may be inferred from his analysis, and there is circumstantial evidence to support that finding. With respect to the information regarding Dr M-N's opinion, the trial judge found that the appellant had received complete and sufficient information concerning the nature and risks of the operation and that Dr M-N's report was part of the general information already in the appellant's possession about her own case. According to the evidence accepted by the judge, the appellant agreed to a risky operation to try to relieve some of the pain that was making her life unbearable. The physicians' obligation to provide her with information had been properly performed because it is conceded that all the risks of this surgery were explained to the appellant.

Cases Cited

Referred to: *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351.

Statutes and Regulations Cited

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 1.
Civil Code of Lower Canada, art. 19.

intervention de notre Cour à l'égard de l'appréciation de la preuve par le juge de première instance n'est justifiée.

Bien que l'intervention pratiquée pour soulager les douleurs névralgiques faciales de l'appelante n'ait pas donné les résultats voulus, médicalement, elle n'apparaissait pas inutile avant d'être exécutée et la recommander à l'appelante ne constituait pas une faute professionnelle dans le présent contexte. L'opération comportait des risques et son utilité était incertaine. Cependant, suivant la preuve retenue par la Cour supérieure et la Cour d'appel, ce choix constituait une intervention chirurgicale défendable selon les normes de la pratique médicale. Les jugements entrepris ont respecté les principes fondamentaux de la responsabilité médicale dans l'appréciation de la décision des Drs B et L de recommander et de pratiquer cette intervention.

Quant à l'absence de consentement, le juge de première instance a souligné la crédibilité qu'il attachait généralement à la version donnée par le Dr B et, en très grande partie, les affirmations et les explications du Dr B coïncident avec les notes inscrites dans les dossiers médicaux. Bien que le juge de première instance n'ait pas constaté spécifiquement que le Dr B avait informé l'appelante de la présence du Dr L à l'intervention, cette conclusion s'infère de l'ensemble de son analyse et est supportée par certains éléments de preuve circonstancielle. Quant à l'information relative à l'opinion du Dr M-N, le juge de première instance a conclu que l'appelante avait reçu une information complète et adéquate sur la nature et les risques de l'opération et que le rapport du Dr M-N faisait partie de l'information générale que possédait déjà l'appelante sur son propre cas. Selon la preuve retenue par le juge, l'appelante a accepté une opération risquée pour tenter de soulager une partie des douleurs qui lui rendaient la vie impossible. L'obligation d'information imposée aux médecins avait été correctement remplie à son égard puisqu'il est concédé que tous les risques de cette intervention ont été expliqués à l'appelante.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1.
Code civil du Bas Canada, art. 19.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 10.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Kouri, Robert P., et Suzanne Philips-Nootens. *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins*. Sherbrooke: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1999.

Potvin, Louise. *L'obligation de renseignement du médecin: Étude comparée du droit québécois, français et du common law canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1984.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.R.A. 447, [1999] Q.J. No. 3055 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [1995] Q.J. No. 2325 (QL). Appeal dismissed.

Gordon M. Kugler, *Martine L. Tremblay* and *Annette Lefebvre*, for the appellant.

Robert-Jean Chénier and *Chantal Léonard*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

1 The main issue in this appeal relates to consent to a complex and delicate surgical operation performed by the respondents in Québec in 1982 to relieve the severe and persistent pain suffered by the appellant, Murielle Marcoux. The appellant also questions whether any purpose was served by the operation.

2 The appellant asks that the appeal and action against the respondents for professional liability, which was dismissed by judgments from which she has appealed, be allowed. Although a case of this type is one that may raise important legal issues, such as protection of the inviolability of an individual's person and the requirements in respect of enlightened consent to surgery, the facts estab-

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 10.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Kouri, Robert P., et Suzanne Philips-Nootens. *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins*. Sherbrooke : Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1999.

Potvin, Louise. *L'obligation de renseignement du médecin: Étude comparée du droit québécois, français et du common law canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.R.A. 447, [1999] J.Q. nº 3055 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1995] A.Q. nº 2325 (QL). Pourvoi rejeté.

Gordon M. Kugler, *Martine L. Tremblay* et *Annette Lefebvre*, pour l'appelante.

Robert-Jean Chénier et *Chantal Léonard*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Ce pourvoi soulève principalement un problème de consentement à une intervention chirurgicale complexe et délicate exécutée en 1982, à Québec, par les intimés pour soulager les douleurs graves et persistantes dont souffrait l'appelante Murielle Marcoux. Celle-ci remet aussi en cause l'utilité de l'opération.

L'appelante demande d'accueillir le pourvoi et l'action en responsabilité professionnelle dirigée contre les intimés qu'ont rejetée les jugements entrepris. Bien qu'une affaire de ce type soit de nature à soulever des questions juridiques importantes, telles que la protection de l'intégrité de la personne et les conditions d'un consentement éclairé à une intervention chirurgicale, les faits éta-

lished in this appeal do not support the appellant's arguments and this Court would not be justified in intervening with respect to the assessment of the evidence by the trial judge. Accordingly, the appeal must be dismissed for the reasons that follow.

II. Origin of the Case

The appellant's medical problems have existed for many years. In 1977, the respondent, Dr Leblanc, a neurosurgeon practising in Québec, assisted by Dr Bouchard, who was then a neurosurgery resident, performed an operation at the Hôpital de l'Enfant-Jésus in Québec which consisted of sectioning the fibres of the trigeminal nerve, in the hope of relieving pain which had continued since a surgical operation to the maxilla. The purpose of this operation was to stop the pain radiating from the jaw. Unfortunately, the surgery did not solve the problem, but in fact caused Ms. Marcoux to experience analgesia dolorosa in her cheek, in addition to the facial neuralgia from which she was already suffering.

In the spring of 1980, the appellant became a patient of Dr Bouchard. For some years, the medical teams at the Hôpital de l'Enfant-Jésus tried a variety of treatments and medications to relieve the appellant's pain. Some of these were intended to treat her neurological problems, and others to treat the disorders of her maxillae and maxillary joints. Her hospital file confirms that she was there on many occasions for consultations and a variety of treatments.

In 1981, on the suggestion of some physicians at the Hôpital de l'Enfant-Jésus, the appellant consulted specialists in Montréal, and specifically Dr Molina-Negro. Like Dr Bouchard at that time, he advised her against any further surgery.

In 1982, the appellant's pain became more severe. Eventually, Dr Bouchard recommended to his patient that she undergo a second operation. The purpose of that operation was to section the nerves that had survived the 1977 operation, to relieve the facial neuralgia. However, he did not

blis dans cet appel ne soutiennent pas les prétentions de l'appelante et aucune intervention de notre Cour à l'égard de l'appréciation de la preuve par le juge du procès ne serait justifiée. En conséquence, l'appel doit être rejeté pour les motifs qui suivent.

II. L'origine de l'affaire

3 Les problèmes médicaux de l'appelante durent depuis de longues années. En 1977, à l'Hôpital de l'Enfant-Jésus, à Québec, dans l'espoir de soulager des douleurs qui persistaient depuis une intervention chirurgicale au maxillaire, l'intimé, le Dr Leblanc, neurochirurgien à Québec, assisté par le Dr Bouchard, alors résident en neurochirurgie, pratiqua une opération consistant à couper les fibres du nerf trijumeau. Cette opération visait à arrêter des douleurs qui irradiaient de la mâchoire. Malheureusement, l'intervention ne régla pas le problème et causa même un phénomène d'anesthésie douloureuse dans la joue qui s'ajouta à la névralgie faciale dont souffrait déjà Mme Marcoux.

4 Au printemps 1980, l'appelante passa sous les soins du Dr Bouchard. Pendant quelques années, les équipes médicales de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus essayèrent des traitements et des médications variés pour soulager l'appelante. On tenta de traiter tantôt ses problèmes neurologiques, tantôt les pathologies de ses maxillaires et de leurs articulations. Le dossier de l'hôpital confirme d'ailleurs des visites multiples pour des consultations et des traitements divers.

5 En 1981, à la suggestion de certains médecins de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus, l'appelante consulta à Montréal, notamment auprès du Dr Molina-Negro. Comme le Dr Bouchard à cette époque, ce dernier déconseilla toute autre intervention chirurgicale.

6 En 1982, les douleurs de l'appelante s'aggravèrent encore. Finalement, le Dr Bouchard recommanda à sa patiente une intervention additionnelle. Il s'agissait de sectionner des filaments nerveux qui auraient survécu à l'intervention de 1977, afin de soulager la névralgie faciale. Il n'espérait pas,

expect that he could relieve the anaesthesia dolorosa. Ms. Marcoux agreed. The consent form signed before the operation indicated that Dr Bouchard would be the surgeon. Nevertheless, Dr Leblanc participated in the operation and it was he who sectioned the nerves. The surgery was unsuccessful and did nothing to relieve the pain. It also had serious sequelae. The cerebellum was damaged, causing balance problems and tremors in Ms. Marcoux's right hand, which she is now unable to use. As a result, she was forced to give up her job as a teacher with the Commission des écoles catholiques de Québec, and most of the outside activities that she had continued despite her health problems.

cependant, soulager l'anesthésie douloureuse. Madame Marcoux acquiesça. Le formulaire de consentement signé avant l'opération indiquait que le Dr Bouchard serait le chirurgien. Toutefois, le Dr Leblanc participa à l'opération en effectuant la section des filaments nerveux. L'intervention échoua et n'apporta aucun soulagement aux douleurs. De plus, elle laissa des séquelles importantes. Une atteinte au cervelet provoqua des troubles d'équilibre et des tremblements à la main droite dont Mme Marcoux perdit alors l'usage. Elle dut, en conséquence, abandonner son emploi d'enseignante à la Commission des écoles catholiques de Québec et la plupart des activités extérieures, qu'elle avait conservées en dépit de ses problèmes de santé.

7 The operation having been a failure, she brought an action for damages against Dr Bouchard and Dr Leblanc. She contended first that the operation had served no purpose. In her opinion, Dr Bouchard should never have recommended the operation, which he should have known would serve absolutely no purpose. In addition to what was originally the main reason for the action, there were two arguments based on absence of consent.

Devant l'échec de l'opération, elle entama une poursuite en dommages-intérêts contre le Dr Bouchard et le Dr Leblanc. Elle invoqua d'abord l'inutilité de l'intervention. À son avis, le Dr Bouchard n'aurait jamais dû recommander cette opération qu'il devait savoir complètement inutile. S'ajoutèrent à ce qui était à l'origine le motif principal de la poursuite, deux moyens basés sur l'absence de consentement.

8 The appellant began by asserting that art. 19 *C.C.L.C.*, which guarantees the inviolability of the human person, had been infringed:

19. The human person is inviolable.

No one may cause harm to the person of another without his consent or without being authorized by law to do so.

L'appelante invoqua d'abord la violation de l'art. 19 *C.c.B.C.* qui garantit l'inviolabilité de la personne humaine :

19. La personne humaine est inviolable.

Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi.

9 The appellant submits that she learned of Dr Leblanc's participation only after the operation. She alleges that Dr Bouchard never informed her that his colleague would perform the most significant part of the surgery, sectioning the nerves, and that as a result Dr Leblanc performed the surgery without her knowledge or consent, which infringes her right to inviolability of the person, and should be held liable for all the consequences of an operation that served no purpose and even caused harm. It is conceded, however, that the surgical technique itself was beyond reproach.

L'appelante soutient qu'elle n'avait appris la participation du Dr Leblanc qu'après l'opération. Le Dr Bouchard ne l'aurait jamais informée que son confrère exécuterait la partie principale de l'intervention, soit la section des nerfs. Le Dr Leblanc aurait alors procédé à l'opération hors de sa connaissance et sans son consentement. Il aurait ainsi porté atteinte à l'intégrité de la personne de l'appelante et devrait répondre de toutes les conséquences de cette opération, inutile et même nuisible, bien qu'il ait été admis que la technique opératoire en tant que telle ait été impeccable.

Ms. Marcoux also argues that she did not give enlightened consent to the operation. Dr Bouchard allegedly did not inform her that Dr Molina-Negro, a Montréal neurologist, had sent him a report on the consultation which strongly advised against any further surgery. Had she been aware of that opinion, she would never have consented to the surgery. This is the second ground on which she claims that the respondents are liable for professional negligence.

Dr. Bouchard and Dr. Leblanc denied these allegations and strongly contested the claim. Their view is that the operation was medically justified, despite having been a failure. The statement of defence also submits that the plaintiff was informed both that Dr Leblanc would be present and of Dr Molina-Negro's conclusions, before the surgery, and alleges that she received all the information that she needed in order to give enlightened and valid consent and protect her right to inviolability of the person, and accordingly that there was no basis for the action in law.

III. Judicial History

A. *Superior Court*

The case was heard by Martin J. of the Superior Court who conducted a detailed review of the evidence and found that the appellant had not established that the surgery had served no purpose. The respondents had good reason to believe that there were some nerve fibres that were continuing to transmit the pain originating in the right side of the appellant's face. In all probability, if other competent surgeons had had to deal with the same clinical case they would have adopted a course of action similar to what was done by the respondents. He held that the respondents had committed no professional fault by proposing the surgery performed in December 1982.

Martin J. considered the parties' contradictory versions of the substance of their discussions before the surgery and found that Dr Bouchard was generally credible. He preferred his version of those events to the appellant's. The judge added that although it was Dr Leblanc who sectioned the

Madame Marcoux plaide également qu'elle n'avait pas donné de consentement éclairé à son opération. Le Dr Bouchard ne l'aurait pas informée que le Dr Molina-Negro, neurologue à Montréal, lui avait transmis un rapport de consultation qui déconseillait fermement toute autre intervention chirurgicale. Eût-elle connu cette opinion qu'elle n'aurait jamais consenti à l'intervention. Pour ce motif aussi, la responsabilité civile professionnelle des intimés se trouverait engagée. 10

Les docteurs Bouchard et Leblanc ont nié ces allégations et contesté fermement la demande. Selon eux, l'intervention se justifiait médicalement, malgré son échec. La défense soutient de plus que la demanderesse a été informée tant de la présence du Dr Leblanc que des conclusions du Dr Molina-Negro avant l'intervention. Elle aurait reçu toutes les informations nécessaires pour donner un consentement éclairé et valide et sauvegarder son droit à l'intégrité de sa personne. La poursuite ne serait donc pas fondée en droit. 11

III. Historique judiciaire

A. *La Cour supérieure*

Le juge Martin de la Cour supérieure entendit le procès. Après une revue détaillée de la preuve, il conclut que l'appelante n'avait pas établi l'inutilité de l'opération chirurgicale. Les intimés avaient de bonnes raisons de croire que certaines fibres nerveuses continuaient de transmettre la douleur provenant de l'hémiface droite de l'appelante. En toute probabilité, d'autres chirurgiens compétents, confrontés au même dossier clinique, auraient adopté un parti semblable à celui des intimés. Ceux-ci n'auraient pas alors commis de faute professionnelle en proposant l'opération pratiquée en décembre 1982. 12

Devant les versions contradictoires des parties quant à la teneur de leurs discussions avant l'intervention, le juge Martin reconnut que le Dr Bouchard était généralement crédible. Il préférait sa version des événements à celle de l'appelante. Le juge ajouta que même si le Dr Leblanc 13

nerves and the trigeminal at the time in question, Dr Bouchard had still been responsible for the operation, as the surgeon. It was he who proposed the surgery, made the incision and performed the preparatory work. As even the plaintiff acknowledged, the surgical technique seemed to meet the professional standards. The trial judge was also of the view that the appellant had in any case been adequately informed that Dr Leblanc would be present and what his role would be. In his opinion, she had consented to the surgery with full knowledge of the risks, the relatively poor chance of success and the reservations that Dr Bouchard had already expressed. Dr Bouchard had given his patient all the information a competent neurosurgeon was required to provide her with in the circumstances of the case. Accordingly, the Superior Court dismissed the action.

B. *Court of Appeal*, [1999] R.R.A. 447

14 The appellant raised three grounds of appeal, including two relating to consent to the operation. First, the chief surgeon, Dr Leblanc, had never personally obtained her consent to the operation. Dr Bouchard had never informed her that his colleague would be present or of what his role would be. Second, she had not given enlightened consent to the operation, Dr Bouchard not having provided her with adequate information, in that he failed to disclose that the neurologist she had consulted, Dr Molina-Negro, had advised against the operation. And third, she repeated her argument that because she was not informed that Dr Leblanc would be present and would participate, her right to inviolability of the person had been unlawfully infringed, contrary to art. 19 *C.C.L.C.*

15 For the reasons stated by Brossard J.A., the Court of Appeal did not accept these arguments and unanimously dismissed the appeal. On the question of whether any purpose had been served by the operation, the Court of Appeal relied on the assessment of the medical testimony and the expert evidence. Based on that assessment, the appellant had failed to establish that the operation had served no purpose, and the Court of Appeal had to defer to the trial judge's findings of fact. Thus, on the

avait procédé en temps principal à la section des nerfs et du trijumeau, le Dr Bouchard avait conservé la responsabilité de l'opération comme chirurgien. Il avait proposé l'intervention, pratiqué l'incision et procédé au travail préparatoire. Comme le reconnaît même la poursuite, la technique opératoire paraissait conforme aux normes professionnelles. Le premier juge a aussi estimé que, de toute façon, l'appelante avait été suffisamment informée de la présence et du rôle du Dr Leblanc. À son avis, elle aurait consenti à l'opération en pleine connaissance de ses risques, de la faiblesse relative des chances de succès et des réticences que le Dr Bouchard avait déjà exprimées. Ce dernier avait communiqué à sa patiente toutes les informations qu'un neurochirurgien compétent devait lui transmettre dans les circonstances de l'affaire. En conséquence, la Cour supérieure rejeta la poursuite.

B. *La Cour d'appel*, [1999] R.R.A. 447

L'appelante souleva trois moyens d'appel, dont deux portaient sur le consentement à l'intervention. D'abord, le principal chirurgien, le Dr Leblanc, n'avait jamais obtenu personnellement son consentement à l'intervention chirurgicale. Le Dr Bouchard ne l'avait informée ni de la présence ni du rôle de son collègue. En outre, elle n'aurait pas donné un consentement éclairé à l'intervention, faute d'information suffisante de la part du Dr Bouchard, qui ne lui avait pas révélé que le neurologue qu'elle avait consulté, le Dr Molina-Negro, avait déconseillé l'opération. Elle plaida aussi à nouveau que l'absence d'information sur la présence et la participation du Dr Leblanc avait entraîné une atteinte illégale à l'intégrité de sa personne, contrairement à l'art. 19 *C.c.B.C.*

Pour les motifs exprimés par le juge Brossard, la Cour d'appel ne retint pas ces moyens et rejeta le pourvoi à l'unanimité. Sur l'inutilité de l'opération, la Cour d'appel s'en rapporta à l'appréciation des témoignages médicaux et de la preuve d'expert. Sur la base de celle-ci, l'inutilité de l'intervention n'aurait pas été démontrée, et la Cour d'appel devait respecter les constatations de fait du premier juge. Ainsi, selon la preuve présentée par les parties, l'intervention chirurgicale se justifiait

evidence presented by the parties, although the operation may have proved to be completely ineffective, it was medically justified and could not be described as having served no purpose.

médicalement et ne saurait être qualifiée d'inutile, malgré son inefficacité.

In addition, Dr. Leblanc's participation in the surgery did not mean that there had been a breach of art. 19 *C.C.L.C.* In the opinion of Brossard J.A., Ms. Marcoux had given her consent to an operation performed by a team which, to her knowledge, included Dr Leblanc. 16

Par ailleurs, la participation du Dr Leblanc à l'intervention n'aurait entraîné aucune violation de l'art. 19 *C.c.B.C.* Selon le juge Brossard, Mme Marcoux aurait donné son consentement à une intervention chirurgicale par une équipe qui, à sa connaissance, comprenait le Dr Leblanc.

However, on the question of Dr Molina-Negro's report, Brossard J.A. stated the opinion that the appellant had not been informed of his recommendations. He found that the trial judge had committed a patent error by disregarding the appellant's assertions that she was unaware of Dr Molina-Negro's opinion when she consented to the surgery in December 1982. However, he concluded at p. 471 that this error was not fatal, since Ms. Marcoux would have consented to the operation in any case, regardless of the legal standard used to assess her consent: 17

Toutefois, en examinant la question du rapport du Dr Molina-Negro, le juge Brossard exprima l'avis que l'appelante n'avait pas été informée de ses recommandations. Il reprocha au premier juge d'avoir commis une erreur manifeste en écartant l'affirmation de l'appelante qu'elle ignorait l'opinion du Dr Molina-Negro lorsqu'elle avait consenti à l'opération de décembre 1982. Cependant, il conclut à la p. 471 que cette erreur n'était pas déterminante parce que Mme Marcoux aurait consenti à l'opération de toute façon, quelle que soit la norme juridique utilisée pour apprécier son consentement :

[TRANSLATION] I am of the opinion, on the record as a whole . . ., that there is no doubt that [the plaintiff] would have consented, even if she had been aware of the negative opinion of Dr Molina-Negro in September 1981. I am of the opinion that, both objectively and subjectively, the appellant would inevitably have consented to the surgery performed in December 1982.

Je suis d'avis que le dossier dans son ensemble [. . .] ne laisse aucun doute quant au consentement qui aurait été donné par [la demanderesse], même au courant de l'opinion négative émise par le Dr Molina-Negro en septembre 1981. Je suis d'avis que, tant sur le plan objectif que sur le plan subjectif, l'appelante aurait inévitablement consenti à la chirurgie de décembre 1982.

In objective terms, according to Brossard J.A., the evidence established that the appellant had been increasingly unable to tolerate her pain. Any reasonable person in her situation would therefore have opted for the destructive surgery, with its inherent risks and chances of success, of which she was aware and of which she had been adequately informed, rather than agree to continue living with that kind of pain. 18

Sur le plan objectif, selon le juge Brossard, la preuve établissait que l'appelante était de moins en moins capable d'endurer ses douleurs. En conséquence, toute personne raisonnable, dans sa situation, aurait opté pour la chirurgie destructive, avec des risques inhérents et des chances de succès qu'elle connaissait et dont elle avait été suffisamment informée, plutôt que d'accepter de continuer à vivre en supportant les mêmes douleurs.

In addition, in subjective terms, Brossard J.A. found that the appellant had consulted Dr Molina-Negro in 1983 on the question of whether she should have another operation that had been recommended by a dental surgeon to treat her maxillofacial problem. Despite the strong opinion ini- 19

De plus, sur le plan subjectif, le juge Brossard constata que l'appelante avait consulté le Dr Molina-Negro en 1983 sur l'opportunité d'une opération additionnelle, recommandée par un chirurgien dentaire, pour traiter son problème maxillo-facial. Malgré l'opinion ferme, à l'origine,

tially stated by Dr Molina-Negro, who advised against any type of surgery at that time, the appellant had another operation on her maxilla, which apparently provided her with partial relief.

IV. Relevant Legal Provisions

20 *Civil Code of Lower Canada*

19. The human person is inviolable.

No one may cause harm to the person of another without his consent or without being authorized by law to do so.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

10. Every person is inviolable and is entitled to the integrity of his person.

Except in cases provided for by law, no one may interfere with his person without his free and enlightened consent.

V. Analysis

A. *Argument of the Parties*

21 The appellant makes the same arguments against the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court as she had made unsuccessfully in the past. First, she raises the issue of whether any purpose had been served by the operation. In her view, it could not have relieved her pain and should not have been recommended to her. Second, she questioned the adequacy and validity of the consent she gave to the operation.

22 The arguments on which the appellant focused in this Court related to the issue of consent. The first was that the respondents violated art. 19 *C.C.L.C.* No one may be operated on without consent which must be given not only for the operation itself, but also in respect of who will perform it. The patient must be informed of who the main actors in an operation will be, thus consent with knowledge that they will be participating. In the case at bar, the appellant asserts that she was never informed that Dr Leblanc would be doing the nerve section, even though that was the most important and critical part of the operation. She therefore submits that Dr Leblanc's participation

du Dr Molina-Negro qui déconseillait alors toute forme de chirurgie, l'appelante subit une nouvelle chirurgie du maxillaire qui aurait d'ailleurs amélioré partiellement son état.

IV. Dispositions pertinentes

Code civil du Bas Canada

19. La personne humaine est inviolable.

Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

10. Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.

Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé.

V. Analyse

A. *Les moyens des parties*

L'appelante attaque les jugements de la Cour d'appel et de la Cour supérieure sur la base des mêmes moyens qu'elle a articulés sans succès jusqu'à présent. D'abord, elle soulève la question de l'inutilité de l'intervention. À son avis, cette intervention ne pouvait soulager ses douleurs et n'aurait pas dû lui être recommandée. Ensuite, elle met en cause la suffisance et la validité du consentement qu'elle a donné à l'opération.

Les moyens principaux développés devant notre Cour portent sur le consentement. Le premier moyen plaide une violation de l'art. 19 du *C.c.B.C.* Aucune intervention chirurgicale ne peut avoir lieu sans un consentement. Celui-ci porte, non seulement sur l'opération comme telle, mais aussi sur son auteur. Le patient doit être informé de l'identité des principaux acteurs d'une opération chirurgicale et ainsi consentir en connaissance de cause à leur participation. En l'espèce, l'appelante n'aurait jamais été informée que le Dr Leblanc exécuterait le travail de section des nerfs, même si celui-ci constituait la partie principale et critique de l'opération. La participation du Dr Leblanc représente-

was an unauthorized act that violated a fundamental obligation to protect the inviolability and autonomy of the person. The surgeon should therefore be liable for all the consequences of this unlawful operation, despite the fact that there was no fault in the surgical technique properly speaking.

The second argument on the issue of consent was that the Court of Appeal erred in its conclusion regarding the information that the appellant was given about Dr Molina-Negro's opinion, and in concluding that she would have given consent in any event if she had been aware of that opinion at the time. Dr Molina-Negro's opinion was a key factor in the decision she had to make. His strong negative recommendation would have dissuaded her from having the operation suggested by Dr Bouchard. Having failed to obtain the enlightened consent of his patient, he is liable, jointly and severally with his colleague Dr Leblanc, for the injury suffered by the appellant.

The quantum of damages is not in issue. On that point, the evidence clearly establishes that the operation caused the appellant significant harm, in that she became incapable of working and engaging in numerous activities.

The respondents took the same positions on the law as they had argued at trial. They also stressed the importance of the role of the trial judge in respect of findings of fact and in asserting that there was no valid reason to review those findings, particularly with respect to the credibility of the parties.

With all this in mind, I will begin by addressing the various arguments on the question of whether the operation served any purpose. I will then examine the problems raised by the appellant's consent.

B. *Purpose Served by the Operation*

In order to appreciate the argument relating to whether the operation should have been performed, we need to understand the nature of the operation and of the appellant's disorder. Since the operation was performed in 1977, the appellant

rait un acte non autorisé qui violerait une obligation fondamentale de préservation de l'intégrité et de l'autonomie de la personne. Ainsi, le chirurgien devrait répondre de toutes les conséquences de cette intervention illégale, malgré l'absence de faute dans la technique opératoire proprement dite.

23 Par ailleurs, le second moyen relatif au consentement remet en cause les conclusions de la Cour d'appel quant à l'information reçue par l'appelante au sujet de l'opinion du Dr Molina-Negro et quant au consentement qu'elle aurait présumément donné, de toute façon, si elle l'avait connue en temps utile. L'opinion du Dr Molina-Negro restait un élément-clé dans cette prise de décision. Sa forte recommandation négative l'aurait dissuadée de se soumettre à l'intervention suggérée par le Dr Bouchard. En l'absence d'un consentement éclairé de sa patiente, celui-ci répondrait des dommages subis par l'appelante, solidairement avec son confrère, le Dr Leblanc.

24 Le montant des dommages-intérêts ne fait pas l'objet de discussion. À cet égard, la preuve établit clairement que l'opération a causé un préjudice important à l'appelante qui est devenue inapte au travail et à de nombreuses activités.

25 Les intimés ont maintenu les mêmes positions de droit qu'en première instance. Ils insistent également sur l'importance du rôle du juge de première instance dans la détermination des faits et quant à l'absence de tout motif valable de réexamen, notamment quant à la crédibilité des parties.

26 Dans ce contexte, j'aborderai d'abord successivement les moyens relatifs à l'utilité de l'opération. Ensuite, je passerai à l'examen des problèmes relatifs au consentement de l'appelante.

B. *L'utilité de l'opération*

27 L'appréciation du moyen relatif à l'exécution de l'opération exige la compréhension de la nature de l'opération entreprise et de la pathologie de l'appelante. Depuis l'intervention de 1977, l'appelante était atteinte de douleurs intenses et constantes qui

had suffered from severe and continuing pain, arising from two sources. First, she experienced anaesthesia dolorosa, which first occurred after the 1977 surgery and originated in the brain itself. Moreover, facial neuralgic pain radiated from the maxilla. The operation recommended by Dr Bouchard in 1982 was not meant for the anaesthesia dolorosa type of phenomenon. It was clearly understood that sectioning the remaining nerves would have no impact on that pain. The operation was intended to relieve another type of pain: the respondents' hypothesis was that the pain was being transmitted by a number of nerves that the 1977 operation had not succeeded in sectioning. There were risks involved in that operation, and it was uncertain whether it would serve any purpose. However, according to the evidence accepted by the Superior Court and the Court of Appeal, this option was a defensible surgical operation by medical practice standards.

28 The assessments of the respondents' decision to recommend and perform this surgery in the judgments under appeal was consistent with the fundamental principles of medical liability. The courts must of course assess expert medical evidence, as they must assess any expert evidence. However, it is not their role to decide which of the therapeutic options presented is the right one; that determination falls within the parameters of good medical or surgical practice. (See, for example, J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5th ed. 1998), at pp. 851-52; *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567, at pp. 572-73, *per* Lajoie J.A.; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at pp. 361-64, *per* L'Heureux-Dubé J.)

29 The appellant's arguments in support of the contention that the operation served no purpose are based on confusion, particularly on the part of her expert witness, Dr Molina-Negro. When consulted several months after the failure of the operation, Dr Molina-Negro seems to have thought that Dr Bouchard and Dr Leblanc did the operation to relieve the anaesthesia dolorosa being experienced, and this would have served absolutely no purpose. However, the operation was done for a different

découlaient de deux sources. D'abord, un phénomène d'anesthésie douloureuse, constaté à la suite de l'intervention chirurgicale de 1977, trouvait son origine dans le cerveau lui-même. De plus, des douleurs névralgiques faciales irradiaient du maxillaire. L'opération recommandée par le Dr Bouchard en 1982 ne visait pas le type de phénomène d'anesthésie douloureuse. Il était bien compris que la section des filaments nerveux restants n'aurait aucun impact sur ces douleurs. L'opération entendait soulager une autre catégorie de douleurs, soit celles qui, selon l'hypothèse retenue par les intimés, se transmettaient par des fibres nerveuses que l'opération de 1977 n'avait pas réussi à couper. Cette opération comportait des risques. Son utilité était incertaine. Cependant, suivant la preuve retenue par la Cour supérieure et par la Cour d'appel, ce choix constituait une intervention chirurgicale défendable suivant les normes de la pratique médicale.

Les jugements entrepris ont respecté les principes fondamentaux de la responsabilité médicale dans l'appréciation de la décision des intimés de recommander et de pratiquer cette intervention. Les tribunaux doivent certes évaluer les expertises médicales comme toute preuve d'experts. Cependant, il ne leur appartient pas d'arbitrer des choix thérapeutiques qui demeurent à l'intérieur des paramètres d'une bonne pratique médicale ou chirurgicale (voir, par exemple, J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5e éd. 1998), p. 851-852; *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567, p. 572-573, le juge Lajoie; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, p. 361-364, le juge L'Heureux-Dubé).

Les arguments de l'appelante sur l'inutilité de l'opération reposent sur une confusion que l'on retrouve notamment chez son expert, le Dr Molina-Negro. Consulté quelques mois après l'échec de l'opération, celui-ci paraît avoir compris que le Dr Bouchard et le Dr Leblanc avaient pratiqué l'intervention pour soulager le phénomène d'anesthésie douloureuse, ce qui aurait été complètement inutile. Or, l'opération avait une autre fin, soit le soulagement des douleurs névralgiques. Au procès,

purpose: to relieve the neuralgia. At trial, Dr Molina-Negro admitted, on cross-examination, that he described the operation as ineffective rather than as having served no purpose.

le Dr Molina-Negro a d'ailleurs concédé, en contre-interrogatoire, qu'il qualifiait l'opération d'inefficace plutôt que d'inutile.

The operation did not produce the intended result. From the medical standpoint, it did not seem, before it was performed, to serve no purpose. Recommending it to a patient was not a professional fault in the circumstances of this case. The appellant's first argument therefore fails. 30

L'opération ne donna pas le résultat voulu. Médicalement, elle ne paraissait pas inutile avant d'être exécutée. La recommander à une patiente ne constituait pas une faute professionnelle dans le contexte de cette affaire. Le premier moyen de l'appelante doit donc échouer.

C. *Consent to the Surgery*

C. *Le consentement à l'intervention chirurgicale*

Both art. 19 *C.C.L.C.*, now art. 10 *C.C.Q.*, and s. 1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, guarantee the fundamental right of every individual to inviolability of the person. No matter how necessary a medical treatment may be, any medical treatment, and most especially surgery, is a breach of what is, as a rule, the inviolability of an individual's person. That is why there must be consent, which the courts required to be enlightened consent. (See R. P. Kouri and S. Philips-Nootens, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins* (1999), at pp. 71 *et seq.* and 213 *et seq.*; L. Potvin, *L'obligation de renseignement du médecin: Étude comparée du droit québécois, français et du common law canadien* (1984), at p. 10.) Surgery is also based on the principle that the relationship with a physician or surgeon is a deeply personal one. That fact is expressed in the traditional vocabulary of the law, which says that an agreement for medical care must be made *intuitu personae*, with a specific person in mind. A patient will often wish to see a particular physician or to be handled by a particular, clearly identified surgeon. In the case of surgery, the patient is entitled to know who the main actors in the operation will be. However, that obligation would not extend to the usual secondary players who are present during surgery, including anaesthetists, nurses, and physicians in training, such as residents and interns. 31

L'article 19 *C.c.B.C.*, que reprend maintenant l'art. 10 *C.c.Q.*, comme d'ailleurs l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, garantit le droit fondamental de toute personne au respect de son intégrité. Toute nécessaire qu'elle puisse être, une intervention médicale, et surtout chirurgicale, comporte une atteinte à l'intégrité d'une personne, en principe inviolable, d'où la nécessité d'un consentement que la jurisprudence veut éclairé. (Voir R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins* (1999), p. 71 et suiv., et p. 213 et suiv.; L. Potvin, *L'obligation de renseignement du médecin: Étude comparée du droit québécois, français et du common law canadien* (1984), p. 10.) L'intervention chirurgicale repose aussi sur le principe que la relation avec un médecin ou un chirurgien demeure profondément personnelle. Le vocabulaire traditionnel du droit exprime cette réalité en affirmant que le contrat de soins médicaux doit être conclu *intuitu personae*, en considération d'une personne spécifique. Souvent un patient veut voir tel médecin, se confier à tel chirurgien, bien identifié. Dans le cadre d'une intervention chirurgicale, il a le droit de connaître l'identité des acteurs principaux de l'intervention. Cette obligation ne s'étendrait pas toutefois aux auxiliaires coutumiers en chirurgie, tels que les anesthésistes, les infirmières ou les médecins en cours de formation, comme les résidents ou internes.

Emergency situations may occur, and team or group medical practices have developed, as we see in this case. However, the principle of enlightened 32

Des situations d'urgence peuvent se présenter, des pratiques de médecine en équipe ou de groupe se sont développées, comme on le voit dans le pré-

and full consent still applies. If necessary, the information given to patients should be adapted to reflect, where necessary, the specific manner in which health care services are organized in groups of physicians or in hospitals. The patient must still be given that information. According to the appellant, that was not done. Unfortunately for her arguments, an analysis of the evidence does not support that argument, either with respect to the presence of Dr Leblanc, the surgeon, during the operation or with respect to Dr Molina-Negro's report.

sent dossier. Cependant, le principe du consentement éclairé et complet subsiste. Si cela est nécessaire, l'information donnée aux patients devrait être adaptée pour refléter, le cas échéant, la structure particulière des services de soins dans les groupes de médecins ou les institutions hospitalières. Encore faut-il que le patient reçoive cette information. Selon l'appelante, cela n'avait pas été fait. Malheureusement pour ses prétentions, l'analyse de la preuve ne supporte pas cette prétention ni quant à la présence du chirurgien, le Dr Leblanc, durant l'opération ni quant au rapport du Dr Molina-Negro.

D. *Presence of Dr Leblanc*

D. *La présence du Dr Leblanc*

33 In his judgment, Martin J. analysed the evidence at length and made findings of fact, in particular with respect to the credibility of the parties. On that point, and with all possible tact in the circumstances, he pointed to the credibility that he gave, generally, to Dr Bouchard's version of his discussions with Ms. Marcoux before the operation. Dr Bouchard's statements and explanations coincided to a very large extent with the notes found in the medical records. That factor seems to have played an important role in the judge's assessment of the parties' credibility. Although in the latter part of his judgment, containing his specific findings of fact, he did not specifically find that Dr Bouchard had informed Ms. Marcoux that Dr Leblanc would be present, that finding may be inferred from his analysis as a whole. Dr Bouchard clearly stated during his testimony that he told Ms. Marcoux that Dr Leblanc, a specialist in this type of operation at the Hôpital de l'Enfant-Jésus, would participate in the operation and would section the nerves. According to Dr Bouchard, Ms. Marcoux consented to his colleague being present and participating. Given that Martin J. found that Dr Bouchard was credible overall, there is no reason to question, in this Court, whether that information was given. Indeed, there is circumstantial evidence to support that finding. The appellant had been operated on by Dr Leblanc in the past. She was familiar with the organization of the health care teams at the Hôpital de l'Enfant-Jésus, particularly in the neurosurgery department. She had been in ongoing contact, over several

Dans son jugement, le juge Martin a analysé longuement la preuve. Il a effectué certaines constatations de fait, notamment quant à la crédibilité des parties. À propos de celle-ci, avec toute la délicatesse possible dans les circonstances, il a souligné la crédibilité qu'il attachait généralement à la version donnée par le Dr Bouchard quant à ses discussions avec Mme Marcoux avant l'opération. En très grande partie, les affirmations et les explications du Dr Bouchard coïncident avec les notes inscrites dans les dossiers médicaux. Ce facteur paraît avoir joué un rôle important dans l'appréciation de la crédibilité des parties par le juge. Bien que, dans la dernière partie de son jugement où l'on retrouve ses constatations de fait particulières, il n'ait pas écrit spécifiquement que le Dr Bouchard avait informé Mme Marcoux de la présence du Dr Leblanc, cette conclusion s'infère de l'ensemble de son analyse. Le Dr Bouchard a affirmé clairement dans son témoignage qu'il avait indiqué à Mme Marcoux que le Dr Leblanc participerait à l'opération. Spécialiste de ce type d'opération à l'Hôpital de l'Enfant-Jésus, ce dernier effectuerait la section des nerfs. Selon le Dr Bouchard, Mme Marcoux avait consenti à la présence et à la participation de son collègue. Dans la mesure où le juge Martin a conclu à la crédibilité globale du Dr Bouchard, il n'existe aucune raison de mettre en doute devant cette Cour que cette information ait été donnée. Cette conclusion est d'ailleurs confortée par certains éléments de preuve circonstancielle. L'appelante avait déjà été opérée par le Dr Leblanc. Elle connaissait la structure des

years, with the specialists in maxillary surgery and the neurologists. She knew that Dr Bouchard would not be operating alone, and in fact would have an assistant. Unless the trial judge's assessments of credibility are to be questioned, that not being the normal role of this Court as the second level of appeal, we must conclude that there is no basis for this first aspect of the argument regarding the alleged failure to provide information.

équipes de soins à l'Hôpital de l'Enfant-Jésus, notamment en neurochirurgie. Elle avait eu des contacts constants pendant plusieurs années avec les spécialistes de la chirurgie du maxillaire et avec les neurologues. Elle savait que le Dr Bouchard ne procéderait pas seul, mais aurait un assistant. À moins de remettre en cause les constatations du premier juge sur la crédibilité, ce qui ne relèverait pas du rôle habituel de notre Cour comme second palier d'appel, il faut conclure que ce premier volet du moyen relatif à l'absence d'information n'a pas de fondement.

E. *Information Regarding Dr Molina-Negro's Opinion*

E. *L'information sur l'opinion du Dr Molina-Negro*

The second aspect of the argument concerning the lack of information is based on failure to provide information about the conclusions in the report by Dr Molina-Negro, a Montréal neurologist, who subsequently became the appellant's expert witness, on the question of whether any purpose would be served by the operation and what the risks were. As I indicated earlier, Ms. Marcoux says that if she had been aware of this expert's negative opinion before the operation she would never have consented to it.

34 Le second volet du moyen relatif à l'absence d'information concerne les conclusions d'un rapport du médecin qui devint par la suite l'expert de l'appelante, le Dr Molina-Negro, neurologue à Montréal, quant à l'inutilité et aux risques de l'opération. Tel qu'indiqué plus haut, Mme Marcoux affirme que si elle avait connu l'opinion négative de cet expert avant l'opération, elle n'y aurait jamais consenti.

A degree of confusion has made its way into the analysis of the facts concerning this consultation. When the events are put back into their proper sequence, it appears that there is no factual basis for the argument. As the trial judge found, the appellant received complete and sufficient information concerning the nature and risks of the operation.

35 Une certaine confusion s'est glissée dans l'analyse des faits relatifs à cette consultation. Lorsque la séquence des événements est établie correctement, il appert que le moyen n'a aucun fondement en fait. Comme l'a conclu le premier juge, l'appelante a reçu une information complète et adéquate sur la nature et les risques de l'opération.

First, it must be borne in mind that the operation took place in December 1982, following consultations and discussions that went on for several months, because Ms. Marcoux was continuing to experience pain and the pain had worsened. In 1981, at the suggestion of certain physicians at the Hôpital de l'Enfant-Jésus, she went to Montréal for a consultation. She had contacted Dr Molina-Negro directly. He then prepared a report, and we know that copies of the report were sent to Dr Bouchard and another physician at the Hôpital de l'Enfant-Jésus, Dr Goodyer. We still do not know where the

36 Tout d'abord, il faut se souvenir que l'opération a eu lieu en décembre 1982, à la suite de consultations et de discussions qui ont duré plusieurs mois, en raison de la persistance et de l'aggravation des douleurs de Mme Marcoux. En 1981, à la suggestion de certains médecins de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus, elle était allée consulter à Montréal. Elle avait contacté directement le Dr Molina-Negro. Celui-ci avait alors rédigé un rapport dont on sait que des copies ont été envoyées au Dr Bouchard et à un autre médecin de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus, le Dr Goodyer. On ignore toujours où l'original est

original went. Ms. Marcoux did not receive a copy of the report at her interview with Dr Molina-Negro. However, the trial judgment found that in the fall of 1981 Dr Bouchard had informed the appellant that like himself, Dr Molina-Negro did not recommend the operation. Based on that finding, we may say that at that point, Ms. Marcoux was already aware that Dr Molina-Negro was opposed to a further operation. Even if we were to assume that she had not been informed of the detailed content of the report, she was at least aware that it was negative in terms of the further surgery suggested.

37 In 1982, as we have seen, discussions regarding the possibility of a further operation resumed. It was clear that at that time, again according to the trial judgment, Dr. Bouchard did not specifically refer to Dr. Molina-Negro's opinion, which related to the previous condition, a disorder that was still unstable. Dr. Bouchard, did, however, remind Ms. Marcoux during that period, in different words, that his Montréal colleagues were still opposed to the operation. In addition, it is conceded that all the risks of this surgery were explained to her. The appellant in fact acknowledges that she was a very curious patient who asked a lot of questions. She further admitted that she was given answers to those questions. Dr. Molina-Negro's report, which the appellant had been informed of a year earlier, was part of the general information already in the appellant's possession about her own case.

38 In the fall of 1982, according to the evidence accepted by the judge, the appellant agreed to a risky operation to try to relieve some of the pain that was making her life unbearable. The physicians' obligation to provide her with information had been properly performed.

VI. Conclusion

39 None of the arguments submitted by the appellant in this appeal can succeed in law, there being no factual basis for them. The appeal must therefore be dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

allé. Lors de son entrevue avec le Dr Molina-Negro, Mme Marcoux n'avait pas reçu copie de ce rapport. Cependant, le jugement de première instance constate qu'à l'automne 1981, le Dr Bouchard avait informé l'appelante que, comme lui, le Dr Molina-Negro ne recommandait pas l'opération. Sur la base de ce constat, l'on peut retenir que Mme Marcoux savait déjà à ce moment que le Dr Molina-Negro était en désaccord avec une autre opération. Même dans l'hypothèse où elle n'aurait pas été informée du contenu détaillé du rapport, elle savait du moins qu'il déconseillait toute intervention additionnelle.

En 1982, comme on l'a vu, les discussions sur la possibilité d'une autre opération ont repris. Il est clair qu'à ce moment, toujours selon le jugement de première instance, le Dr Bouchard n'a pas mentionné spécifiquement l'avis du Dr Molina-Negro qui portait sur l'état antérieur d'une pathologie en évolution. Toutefois, dans des termes différents, le Dr Bouchard aurait rappelé à Mme Marcoux durant cette période que ses collègues de Montréal demeuraient en désaccord avec l'opération. Par ailleurs, il est concédé que tous les risques de cette intervention lui ont été expliqués. L'appelante reconnaît d'ailleurs qu'elle était une patiente très curieuse et qu'elle posait beaucoup de questions. De plus, elle a admis avoir obtenu des réponses. Le rapport Molina-Negro, dont l'appelante avait été informé un an plus tôt, faisait partie de l'information générale que possédait déjà l'appelante sur son propre cas.

Selon la preuve retenue par le juge, à l'automne 1982, l'appelante a accepté une opération risquée pour tenter de soulager une partie des douleurs qui lui rendaient la vie impossible. L'obligation d'information imposée aux médecins avait été correctement remplie à son égard.

VI. Conclusion

Dans cet appel, aucun des moyens de l'appelante ne peut être soutenu en droit, faute de base factuelle. Le pourvoi doit donc être rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Kugler Kandestin, Montréal.

Solicitors for the respondents: McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'appelante : Kugler Kandestin, Montréal.

Procureurs des intimés : McCarthy Tétrault, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 2001 Vol. 2

5e cahier, 2001 Vol. 2

Cited as [2001] 2 S.C.R. 743-941

Renvoi [2001] 2 R.C.S. 743-941

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

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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, 2001.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

CONTENTS

Berendsen *v.* Ontario **849**

Limitation of actions — Public authorities — Summary judgment — Action against provincial Crown alleging environmental damage caused by waste asphalt buried on farm — Waste asphalt resulting from highway reconstruction — Summary judgment holding that action statute-barred — Whether six-month limitation period in Public Authorities Protection Act applies — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1) — Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(g).

Lac d'Amiante du Québec Ltée *v.* 2858-0702 Québec Inc. **743**

Civil procedure — Examination on discovery — Confidentiality — Whether examination on discovery is sitting of courts within meaning of art. 13 C.C.P. — Whether there is implied rule of confidentiality applicable to content of examinations on discovery under Code of Civil Procedure — Extent of rule of confidentiality.

Courts — Quebec rules of civil procedure — Whether Quebec court may create positive rule of civil procedure.

Ocean Port Hotel Ltd. *v.* British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) **781**

Administrative law — Tribunals — Liquor Appeal Board — Institutional independence — Liquor Control and Licensing Act providing for appointment of Board members "at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council" — In practice, members are appointed for one-year term and serve on a part-time basis — Whether Board members sufficiently independent to render decisions on violations of Act and impose penalties provided — Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1996, c. 267, s. 30.

R. *v.* Arcuri **828**

Criminal law — Preliminary inquiry — Exculpatory evidence — Whether preliminary inquiry judge required to weigh Crown's evidence against exculpatory evidence called by accused.

R. *v.* Russell **804**

Criminal law — Preliminary inquiry — Certiorari — Whether preliminary inquiry judge's committal of accused to trial reviewable on certiorari where it is alleged that judge erred in setting out elements of offence.

Criminal law — Elements of offence — Constructive first degree murder — Whether s. 231(5) of Criminal Code requires that victim of murder and victim of enumerated offence be same person — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

Continued on next page

SOMMAIRE

Berendsen *c.* Ontario **849**

Prescription — Autorités publiques — Jugement sommaire — Action contre la Couronne provinciale pour dommages causés à l'environnement par des résidus d'asphalte enfouis dans des terres agricoles — Résidus produits par la reconstruction d'une route — Jugement sommaire déclarant l'action prescrite — Le délai de prescription de six mois de la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique-t-il? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7(1) — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(1)g).

Lac d'Amiante du Québec Ltée *c.* 2858-0702 Québec Inc. **743**

Procédure civile — Interrogatoire préalable — Confidentialité — L'interrogatoire préalable constitue-t-il une audience de tribunaux au sens de l'art. 13 C.p.c.? — Existe-t-il une règle implicite de confidentialité applicable au contenu des interrogatoires préalables tenus en vertu du Code de procédure civile? — Étendue de la règle de confidentialité.

Tribunaux — Règles de procédure civile québécoise — Un tribunal québécois peut-il créer une règle positive de procédure civile?

Ocean Port Hotel Ltd. *c.* Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) **781**

Droit administratif — Tribunaux administratifs — Commission d'appel — Indépendance institutionnelle — Liquor Control and Licensing Act prévoyant que les commissaires sont révocables à tout moment au gré du lieutenant-gouverneur en conseil — En pratique, les commissaires sont nommés pour un an et exercent leur charge à temps partiel — Les commissaires jouissent-ils d'une indépendance suffisante pour rendre des décisions sur des contraventions à la loi et prononcer les peines prévues? — Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1996, ch. 267, art. 30.

R. *c.* Arcuri **828**

Droit criminel — Enquête préliminaire — Preuve exculpatoire — Le juge présidant l'enquête préliminaire est-il tenu de soupeser la preuve présentée par le ministère public par rapport à la preuve exculpatoire déposée par l'accusé?

R. *c.* Russell **804**

Droit criminel — Enquête préliminaire — Certiorari — Le renvoi à procès d'un accusé par le juge de l'enquête préliminaire est-il susceptible de révision par voie de certiorari lorsqu'il est allégué que le juge a commis une erreur lorsqu'il a énoncé les éléments de l'infraction?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Ulybel Enterprises Ltd. **867**

Courts — Jurisdiction — Superior courts — Vessel sold under authority of Federal Court of Canada and proceeds held by court in exercise of its admiralty jurisdiction — Whether provincial superior court can order forfeiture of proceeds of sale of vessel pursuant to s. 72(1) of Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.

Fisheries — Forfeiture of proceeds of sale of fishing vessel — Scope of power to order forfeiture of proceeds — Whether continued detention of seized vessel pre-condition to order of forfeiture pursuant to s. 72(1) of Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.

Saint-Romuald (City) *v.* Olivier **898**

Municipal law — Zoning by-laws — Scope of acquired rights — Legal non-conforming use — Definition of purpose of a pre-existing use — Variation, extension or alteration of a use — Nightclub substituting nude dancers for western signers — Whether change in form of entertainment constitutes illegal replacement of original non-conforming use with other non-conforming use — Whether change in form of entertainment amounts to forfeiture of acquired right to operate nightclub.

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Meurtre au premier degré par imputation — L'article 231(5) du Code criminel exige-t-il que la victime du meurtre et la victime de l'infraction en question soient la même personne? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).

R. *c.* Ulybel Enterprises Ltd. **867**

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures — La Cour fédérale du Canada a ordonné la vente d'un navire et a détenu le produit de la vente dans l'exercice de sa compétence en matière d'amirauté — La cour supérieure d'une province peut-elle ordonner la confiscation du produit de la vente d'un navire en vertu de l'art. 72(1) de la Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14?

Pêche — Confiscation du produit de la vente d'un bateau de pêche — Étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente — La rétention continue d'un bateau saisi constitue-t-elle une condition préalable au prononcé d'une ordonnance de confiscation en vertu de l'art. 72(1) de la Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14?

Saint-Romuald (Ville) *c.* Olivier **898**

Droit municipal — Règlements de zonage — Portée des droits acquis — Usage dérogatoire légal — Définition de l'objet de l'usage préexistant — Changement, extension ou modification de l'usage — Remplacement par le cabaret des chanteurs de musique western par des danseuses nues — Le changement de la forme de divertissement offert constitue-t-il un remplacement illégal de l'usage dérogatoire original par un autre usage dérogatoire? — Le changement de la forme de divertissement offert équivaut-il à une renonciation au droit acquis d'exploiter le cabaret?

2858-0702 Québec Inc. and Lac d'Amiante du Canada Ltée *Appellants*

v.

Lac d'Amiante du Québec Ltée *Respondent*

and

Canadian Broadcasting Corporation, Southam Inc., Sun Media Corporation, La Presse Ltée and Fédération professionnelle des journalistes du Québec *Interveners*

INDEXED AS: LAC D'AMIANTE DU QUÉBEC LTÉE *v.* 2858-0702 QUÉBEC INC.

Neutral citation: 2001 SCC 51.

File No.: 27324.

2001: January 18; 2001: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Examination on discovery — Confidentiality — Whether examination on discovery is sitting of courts within meaning of art. 13 C.C.P. — Whether there is implied rule of confidentiality applicable to content of examinations on discovery under Code of Civil Procedure — Extent of rule of confidentiality.

Courts — Quebec rules of civil procedure — Whether Quebec court may create positive rule of civil procedure.

The respondent brought action against the appellants for reimbursement of expenses incurred in defending itself against claims by victims of asbestos exposure. One of the respondent's senior officials was examined on discovery and during the examination the appellants requested production of a large number of documents. The respondent objected but the Superior Court of Quebec dismissed the objections, the basis of which was that the information requested was not relevant. The respondent compiled the documentation requested and before giving it to the appellants informed them that it

2858-0702 Québec Inc. et Lac d'Amiante du Canada Ltée *Appelantes*

c.

Lac d'Amiante du Québec Ltée *Intimée*

et

Société Radio-Canada, Southam Inc., Corporation Sun Média, La Presse Ltée et Fédération professionnelle des journalistes du Québec *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : LAC D'AMIANTE DU QUÉBEC LTÉE *c.* 2858-0702 QUÉBEC INC.

Référence neutre : 2001 CSC 51.

N° du greffe : 27324.

2001 : 18 janvier; 2001 : 13 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Interrogatoire préalable — Confidentialité — L'interrogatoire préalable constitue-t-il une audience de tribunaux au sens de l'art. 13 C.p.c.? — Existe-t-il une règle implicite de confidentialité applicable au contenu des interrogatoires préalables tenus en vertu du Code de procédure civile? — Étendue de la règle de confidentialité.

Tribunaux — Règles de procédure civile québécoise — Un tribunal québécois peut-il créer une règle positive de procédure civile?

L'intimée poursuit les appelantes en vue d'obtenir le remboursement des dépenses engagées pour se défendre contre des réclamations de victimes de l'utilisation de l'amiante. Les appelantes interrogent au préalable un dirigeant de l'intimée et, au cours de cet interrogatoire, demandent la production d'un grand nombre de documents. L'intimée s'y objecte mais la Cour supérieure du Québec rejette ses objections fondées sur l'absence de pertinence des informations demandées. L'intimée collige la documentation demandée et, avant de la transmettre, informe les appelantes qu'elle désire conclure

wanted to enter into a confidentiality agreement to prevent them from being disclosed or given to third parties. The appellants refused and moved to dismiss the action. The respondent then filed a motion asking the Superior Court to require that anyone to whom the documents would be communicated maintain the confidentiality of the documents. The respondent submitted an inventory showing the documents it regarded as confidential. The Superior Court dismissed the respondent's motion because, in the view of the trial judge, the general principle that the sittings of the Court are public, absent a decision to the contrary by the court hearing the matter, had to prevail. The majority of the Court of Appeal reversed that judgment and concluded that there is a rule of confidentiality.

Held: The appeal should be dismissed. There is in Quebec an implied rule of confidentiality of the content of examinations for discovery held under the *Code of Civil Procedure*.

The *Code of Civil Procedure* contains the statutory organization of the law of trials. Although the rules of Quebec civil procedure originate from differing sources, they are nonetheless codified, written law, governed by a tradition of civil law interpretation. The law is created primarily by the legislature and, in the civil law tradition, the Quebec courts must find their latitude for interpreting and developing the law within the legal framework comprised by the Code and the general principles of procedure underlying it. That civil procedure is also subject to the general principles found in the *Civil Code of Québec* which comprises the *jus commune* of Quebec. It must also respect the values expressed in the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, as well as the fundamental constitutional principles in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where applicable in a private judicial proceeding.

Applying a civil law method of analysis, an implied rule of confidentiality may be based on the changes that have occurred in the legal framework of the examination on discovery in Quebec civil procedure and on the rules of civil law and the principles of the *Quebec Charter* concerning the protection of privacy. The changes that have been made to the rules governing examinations on discovery confirm that in Quebec civil procedure that examination has become essentially exploratory and, as a general rule, have made it private. The examination takes place under the control of the parties, outside the court and with no involvement on the part of the court, other than in exceptional cases. Accordingly,

une entente de confidentialité afin d'éviter leur divulgation ou leur remise à des tierces parties. Les appelantes refusent et présentent une requête en rejet de l'action. De son côté, l'intimée dépose une requête demandant à la Cour supérieure d'imposer une obligation de confidentialité à tous ceux auxquels seraient communiqués les documents. Un inventaire présenté par l'intimée indique les documents qu'elle considère confidentiels. La Cour supérieure rejette la requête de l'intimée puisque, selon le juge de première instance, le principe général de la publicité des procès devait prévaloir, sauf décision contraire du tribunal saisi du litige. La majorité de la Cour d'appel infirme ce jugement et conclut à l'existence d'une règle de confidentialité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Il existe au Québec une règle implicite de confidentialité du contenu des interrogatoires préalables tenus en vertu du *Code de procédure civile*.

Le *Code de procédure civile* contient l'ordonnancement législatif du droit processuel. Bien que d'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise demeurent un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste. La création des règles de droit appartient principalement au législateur et, suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent. Cette procédure civile se trouve également soumise aux principes généraux que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec* qui constitue le droit commun du Québec. Elle doit aussi respecter les valeurs exprimées par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, ainsi que les principes constitutionnels fondamentaux de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'ils sont applicables dans un débat judiciaire privé.

À l'intérieur d'une méthode d'analyse civiliste, une règle implicite de confidentialité peut se fonder à la fois sur l'évolution du cadre juridique de l'interrogatoire préalable dans la procédure civile québécoise et sur les règles du droit civil et les principes de la *Charte québécoise* quant à la protection de la vie privée. L'évolution des règles relatives à l'interrogatoire préalable confirme que cet interrogatoire en procédure civile québécoise est devenu essentiellement exploratoire et confère, en règle générale, à l'interrogatoire préalable un caractère privé. L'interrogatoire se déroule sous le contrôle des parties et hors de la présence et de l'intervention du tribunal, sauf exception. Ainsi, à l'exception de certaines situations

with the exception of certain procedural situations, an examination on discovery is not a sitting within the meaning of art. 13 *C.C.P.* or s. 23 of the *Quebec Charter*. It is therefore appropriate to recognize that the examination on discovery is subject to an obligation of confidentiality, since the information obtained at an examination remains private at that stage. It does not become a part of the court record and does not enter into the proceedings between the parties as long as the trial has not commenced and the adverse party has not entered it in evidence. The court ultimately still retains control over the proper application of the rule of confidentiality and any problems that arise as a result of such performance.

An implied rule of confidentiality at an examination on discovery may also be found based on the privacy principles recognized in s. 5 of the *Quebec Charter* and arts. 35 to 37 *C.C.Q.* The rule of confidentiality seeks to limit the invasion of privacy at the examination on discovery stage by restricting it to what is necessary for the conduct of the proceeding. The rule acknowledges that if the information is relevant and is not protected by some other privilege, it must be communicated to the adverse party. However, the rule prohibits that party from using it for purposes other than preparing for the trial and defending his or her interests at trial, or from disclosing it to third parties, without specific leave from the court. Moreover, using information and documents obtained at an examination on discovery for purposes unrelated to the case may amount to a breach of good faith. The doctrine of abuse of right which is codified in arts. 6 and 7 *C.C.Q.* would then provide an additional basis to justify recognizing the confidentiality rule in Quebec law.

Despite the fundamental importance of the media's right of access to information in a modern democracy, it must be consistent with the right to privacy. Because an examination on discovery is not a sitting of the courts, it is legitimate to give greater weight to the privacy interest, by imposing the obligation of confidentiality on information that is disclosed. At the examination on discovery stage, there is no imperative of transparency in the judicial system that would justify taking that information out of the private sphere and making it accessible to the public or the media.

The rule of confidentiality continues to apply, during and after the trial, to information obtained at the examination on discovery which is not used for the purposes

procédurales, l'interrogatoire préalable ne constitue pas une audience au sens de l'art. 13 *C.p.c.* ou de l'art. 23 de la *Charte québécoise*. Il est donc approprié de reconnaître que l'interrogatoire préalable est soumis à une obligation de confidentialité, puisque l'information obtenue lors de cet interrogatoire demeure en principe privé à cette étape. Elle ne fait pas partie du dossier du tribunal et ne devient pas un élément du débat entre les parties tant que le procès n'est pas engagé et que la partie adverse ne l'a pas déposée en preuve. La cour conserve ultimement un contrôle sur l'application correcte de la règle de confidentialité et sur les problèmes que sa mise en œuvre pourrait soulever.

La règle implicite de confidentialité au cours d'un interrogatoire préalable se dégage également des principes de protection de la vie privée reconnus à l'art. 5 de la *Charte québécoise* et aux art. 35 à 37 *C.c.Q.* La règle de confidentialité cherche à limiter l'atteinte à la vie privée à l'étape de l'examen préalable en la restreignant à la mesure nécessaire pour la conduite du débat. Elle reconnaît que l'information, lorsque pertinente ou lorsqu'elle n'est pas protégée par quelqu'autre privilège de confidentialité, doit être communiquée à la partie adverse. Elle interdit cependant à celle-ci d'en faire usage pour d'autres fins que la préparation du procès et la défense de ses intérêts dans le cadre de celui-ci, ou de la divulguer à des tiers, sans autorisation particulière du tribunal. Par ailleurs, l'usage d'informations et de documents obtenus lors d'un interrogatoire préalable, et cela à des fins étrangères à celles du litige, peut équivaloir à un manquement à la bonne foi. En ce sens, la doctrine de l'abus de droit codifiée aux art. 6 et 7 *C.c.Q.* constituerait alors une base supplémentaire sur laquelle la reconnaissance de la règle de la confidentialité en droit québécois serait justifiée.

Malgré son importance fondamentale dans une démocratie moderne, le droit d'accès des médias à l'information doit se concilier avec le droit au respect de la vie privée. Puisque l'interrogatoire préalable ne constitue pas une audience de tribunaux, il est légitime de privilégier l'intérêt de protection de la vie privée à travers l'obligation de confidentialité des renseignements divulgués. À l'étape de l'interrogatoire préalable, aucun impératif de transparence du système judiciaire ne justifie la sortie de cette information du domaine de la vie privée pour la rendre accessible au public ou aux médias.

La règle de confidentialité continue de s'appliquer, pendant et après le procès, à l'information obtenue lors de l'interrogatoire préalable qui ne sert pas pour les fins

of the trial. However, the court will retain the power to relieve the persons concerned of the obligation of confidentiality in cases where it is necessary to do so, in the interests of justice. The rule of confidentiality will apply only to information obtained solely from that examination, however, and not to information that is otherwise accessible to the public.

Cases Cited

Referred to: *Goodman v. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359; *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] A.C. 280; *Scotia McLeod Inc. v. Champagne*, J.E. 90-1439; *Bourse de Montréal v. Scotia McLeod Inc.*, [1991] R.D.J. 626; *General Instrument Corp. v. Tee-Comm Electronics Inc.*, [1993] R.D.J. 374; *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Charpentier v. Ville de Lemoyne*, [1975] C.A. 870; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Verdun (Municipalité de) v. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321, aff'd [1997] 2 S.C.R. 862; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Sezerman v. Youle* (1996), 135 D.L.R. (4th) 266; *Aubry v. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; *Robinson v. Films Cinar Inc.*, [2001] Q.J. No. 2515 (QL); *Mulroney v. Canada (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 1271; *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp.* (1991), 79 Alta. L.R. (2d) 345.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 23 [am. 1982, c. 17, s. 42; am. 1993, c. 30, s. 17], 24, 52, 53.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3, 6, 7, 35, 36, 37.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 13 [am. 1982, c. 17, s. 2; am. 1984, c. 26, s. 1; am. 1993, c. 30, s. 1], 20, 46 [am. 1992, c. 57, s. 422], 47, 50 [am. 1992, c. 57, s. 187], 75.1, 331.5, 331.8, 396, 397, 398 [am. 1983, c. 28, s. 13; am. 1984, c. 26, s. 14; am. 1992, c. 57, s. 420], 398.1 [am. 1983, c. 28, s. 14; am.

du procès. Le tribunal conserve toutefois le pouvoir de relever les intéressés de l'obligation de confidentialité dans des cas où cela s'avère nécessaire dans l'intérêt de la justice. Par ailleurs, la règle de confidentialité ne s'applique qu'à l'égard des informations obtenues seulement grâce à cet interrogatoire et qui ne sont pas autrement accessibles au public.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Goodman c. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359; *Harman c. Secretary of State for the Home Department*, [1983] A.C. 280; *Scotia McLeod Inc. c. Champagne*, J.E. 90-1439; *Bourse de Montréal c. Scotia McLeod Inc.*, [1991] R.D.J. 626; *General Instrument Corp. c. Tee-Comm Electronics Inc.*, [1993] R.D.J. 374; *Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Charpentier c. Ville de Lemoyne*, [1975] C.A. 870; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Verdun (Municipalité de) c. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321, conf. par [1997] 2 R.C.S. 862; *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Sezerman c. Youle* (1996), 135 D.L.R. (4th) 266; *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *Robinson c. Films Cinar Inc.*, [2001] J.Q. nº 2515 (QL); *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 1271; *Wirth Ltd. c. Acadia Pipe & Supply Corp.* (1991), 79 Alta. L.R. (2d) 345.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 23 [mod. 1982, ch. 17, art. 42; mod. 1993, ch. 30, art. 17], 24, 52, 53.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3, 6, 7, 35, 36, 37.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 13 [mod. 1982, ch. 17, art. 2; mod. 1984, ch. 26, art. 1; mod. 1993, ch. 30, art. 1], 20, 46 [mod. 1992, ch. 57, art. 422], 47, 50 [mod. 1992, ch. 57, art. 187], 75.1, 331.5, 331.8, 396, 397, 398 [mod. 1983, ch. 28, art. 13; mod. 1984, ch. 26, art. 14; mod. 1992, ch. 57,

1984, c. 26, s. 15; am. 1994, c. 28, s. 21], 399.1, 400, 401, 402, 403, 405.

Code of Civil Procedure, S.Q. 1897, c. 48, arts. 286, 286(*a*) [ad. 1926, c. 65, s. 1; am. 1958, c. 43, s. 1], 288 [am. 1899, c. 52, s. 3], 289 [*idem*].

Code of Civil Procedure of Lower Canada (1867), art. 251(*a*) [ad. R.S.Q. 1888, s. 5879].

Constitution Act, 1867, ss. 92(13), (14), (16), 96.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Edmond Montgomery, 1993.

Brisson, Jean-Maurice. *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*. Montréal: Thémis, 1986.

Brisson, Jean-Maurice. "La procédure civile au Québec avant la codification: un droit mixte, faute de mieux", dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*. Aix-Marseille, France: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 93.

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, rel. 1).

Dainow, Joseph. "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison" (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419.

Deleury, Edith, et Christine Tourigny. "L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements dans la province de Québec", dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993, 191.

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.

Ducharme, Léo. "La proclamation de l'existence en droit québécois de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité: Lac d'Amiante, une décision judiciaire erronée" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 435.

Ducharme, Léo. "Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit" (1983), 43 *R. du B.* 969.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Matthews, Paul, and Hodge M. Malek. *Discovery*. London: Sweet & Maxwell, 1992.

art. 420], 398.1 [mod. 1983, ch. 28, art. 14; mod. 1984, ch. 26, art. 15; mod. 1994, ch. 28, art. 21], 399.1, 400, 401, 402, 403, 405.

Code de procédure civile, S.Q. 1897, ch. 48, art. 286, 286*a*) [aj. 1926, ch. 65, art. 1; mod. 1958, ch. 43, art. 1], 288 [mod. 1899, ch. 52, art. 3], 289 [*idem*].

Code de procédure civile du Bas-Canada (1867), art. 251*a*) [aj. S.R.Q. 1888, art. 5879].

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13), (14), (16), 96.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto : Edmond Montgomery, 1993.

Brisson, Jean-Maurice. *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*. Montréal : Thémis, 1986.

Brisson, Jean-Maurice. « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*. Aix-Marseille, France : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 93.

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, rel. 1).

Dainow, Joseph. « The Civil Law and the Common Law : Some Points of Comparison » (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419.

Deleury, Edith, et Christine Tourigny. « L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements dans la province de Québec », dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993, 191.

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001.

Ducharme, Léo. « La proclamation de l'existence en droit québécois de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité : Lac d'Amiante, une décision judiciaire erronée » (2000), 79 *R. du B. can.* 435.

Ducharme, Léo. « Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit » (1983), 43 *R. du B.* 969.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997.

Matthews, Paul, and Hodge M. Malek. *Discovery*. London : Sweet & Maxwell, 1992.

Popovici, Adrian. "Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec?" (1973), 8 *R.J.T.* 189.
Sarna, Lazar. "Examination on Discovery: The Full Disclosure Rule" (1984), 44 *R. du B.* 179.
Stevenson, W. A., and J. E. Côté. *Civil Procedure Guide*. Edmonton: Juriliber, 1996.
Tancelin, Maurice. "How can a legal system be a mixed system", in Frederick Parker Walton, *The Scope and Interpretation of Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, 1980, 1.
Watson, G. D., et al. *Civil Litigation Cases and Materials*, 4th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1991.
Wright, Charles Alan, Arthur R. Miller and Richard L. Marcus. *Federal Practice and Procedure*, 2nd ed., vol. 8. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1994.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 970, [1999] Q.J. No. 1043 (QL), setting aside a judgment of the Superior Court, [1997] Q.J. No. 3593 (QL). Appeal dismissed.

Philippe Casgrain, Q.C., Gérard Dugré and *Catherine Pilon*, for the appellants.

James A. Woods, Christopher Richter and *Vikki Andrighetti*, for the respondent.

Marc-André Blanchard and *Judith Harvie*, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

1 The issue in this appeal is whether there is an implied rule of confidentiality concerning evidence or information obtained at examinations on discovery under the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"). This case, which arose out of a business dispute, raises the problems of the mixed nature of Quebec civil procedure, the sources of that procedure and the power of Quebec courts to create procedural rules. The Court must determine whether this obligation of confidentiality may be created by the courts themselves or be inferred from the structure of the Quebec civil

Popovici, Adrian. « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec? » (1973), 8 *R.J.T.* 189.
Sarna, Lazar. « Examination on Discovery : The Full Disclosure Rule » (1984), 44 *R. du B.* 179.
Stevenson, W. A., and J. E. Côté. *Civil Procedure Guide*. Edmonton : Juriliber, 1996.
Tancelin, Maurice. « Comment un droit peut-il être mixte? », dans Frederick Parker Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Toronto : Butterworths, 1980, 1.
Watson, G. D., et al. *Civil Litigation Cases and Materials*, 4th ed. Toronto : Edmond Montgomery, 1991.
Wright, Charles Alan, Arthur R. Miller and Richard L. Marcus. *Federal Practice and Procedure*, 2nd ed., vol. 8. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 970, [1999] J.Q. nº 1043 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1997] A.Q. nº 3593 (QL). Pourvoi rejeté.

Philippe Casgrain, c.r., Gérard Dugré et *Catherine Pilon*, pour les appelantes.

James A. Woods, Christopher Richter et *Vikki Andrighetti*, pour l'intimée.

Marc-André Blanchard et *Judith Harvie*, pour les intervenantes.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Ce pourvoi porte sur l'existence d'une règle implicite de confidentialité du contenu des interrogatoires préalables tenus en vertu du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »). Survenue à l'occasion d'un litige commercial, cette affaire soulève le problème de la mixité de la procédure civile québécoise, celui de l'identification de ses sources et celui du pouvoir du juge québécois de créer des règles de procédure jurisprudentielles. La Cour doit déterminer si cette obligation de confidentialité peut être créée par les tribunaux eux-mêmes ou s'inférer de la structure

trial, the procedural principles governing it and the rules of substantive law concerning privacy and the confidentiality of personal files.

II. The Origin of the Case: Procedural History

The parties were engaged in the production of asbestos in Quebec. Their contractual relationship led to a series of disputes concerning the performance of their obligations. In 1992, the respondent Lac d'Amiante du Québec Ltée brought an action against the two appellants, 2858-0702 Québec Inc. and Lac d'Amiante du Canada Ltée, solidarily. The respondent claimed the sum of $12,298,002, mainly as reimbursement for expenses incurred in defending itself against claims made by victims of asbestos exposure. In 1996, a second action demanded an additional $31,958,888.

On December 5, 1996, William Dowd, one of the respondent's senior officials, was examined on discovery by the appellants. During the examination, they requested production of a large number of documents. The respondent objected. The Superior Court of Quebec dismissed the objections, the basis of which was that the information requested was not relevant.

The respondent compiled the documentation requested. Before giving it to the appellants, counsel for the respondent informed counsel for the appellants that their client wanted to enter into a confidentiality agreement to prevent the documents from being disclosed or given to third parties. The appellants rejected that arrangement and on July 14, 1997, they moved to dismiss the action under arts. 75.1 and 398 *C.C.P.*, for failure to produce the documents requested at the examination on discovery. A change of solicitors occurred on July 22, 1997, and the lawyers then retained by the respondent filed a "Motion to Suspend Proceedings or Order Confidential Certain Documents and Information and to Declare that Documents and Information Cannot Be Used for any Other Purposes than the Present Action".

du procès civil au Québec, des principes procéduraux qui le gouvernent, ainsi que des règles de droit substantiel sur la vie privée et la confidentialité des dossiers personnels.

II. L'origine de l'affaire : l'historique procédural

Les parties étaient engagées dans la production d'amiante au Québec. Leurs rapports contractuels débouchèrent sur une série de litiges relatifs à l'exécution de leurs engagements. L'intimée, Lac d'Amiante du Québec Ltée poursuivit solidairement les deux appelantes, 2858-0702 Québec Inc. et Lac d'Amiante du Canada Ltée en 1992. Elle leur réclama 12 298 002 $, principalement en remboursement des dépenses engagées pour se défendre contre des réclamations de victimes de l'utilisation de l'amiante. En 1996, une seconde action exigea un montant additionnel de 31 958 888 $. 2

Le 5 décembre 1996, les appelantes interrogèrent au préalable William Dowd, un dirigeant de l'intimée. Au cours de cet interrogatoire, elles demandèrent la production d'un grand nombre de documents. L'intimée s'y opposa. La Cour supérieure du Québec rejeta ses objections, alors fondées sur l'absence de pertinence des informations demandées. 3

L'intimée colligea la documentation demandée. Avant de la transmettre, les avocats qui la représentaient alors informèrent les procureurs des appelantes que leur cliente désirait conclure une entente de confidentialité afin d'éviter leur divulgation ou leur remise à des tierces parties. Les appelantes refusèrent cet arrangement et présentèrent le 14 juillet 1997 une requête en rejet de l'action en vertu des art. 75.1 et 398 *C.p.c.* pour défaut de produire les documents réclamés au cours de l'interrogatoire préalable. Après substitution de procureurs, le 22 juillet 1997, les avocats désormais mandatés par l'intimée déposèrent une [TRADUCTION] « Requête en vue d'obtenir la suspension des procédures ou une ordonnance de confidentialité visant certains documents et renseignements, ainsi qu'un jugement déclarant que des documents et renseignements ne peuvent pas être utilisés à d'autres fins que la présente action ». 4

5 Based on arts. 13, 20, 46 and 331.5 *C.C.P.*, the motion asked the Superior Court to require that anyone to whom the documents would be communicated maintain the confidentiality of the documents. That obligation would prohibit any subsequent use of the information other than for the purposes of the action. Specifically, the motion stated:

> 20. Since the information and documents to be communicated on discovery will not necessarily be part of the evidence and in the interests of public order, it is appropriate in the circumstances that the Superior Court orders that all information and documents communicated at the discovery stage by Plaintiff be held by the Defendants and the Court subject to an order of confidentiality;
>
> . . .
>
> 22. Furthermore, Plaintiff requests, as part of its subsidiary conclusions, a declaration, in conformity with the law of discovery, that all information and documents received at the discovery stage shall not be used for any purpose other than this action;

6 The motion for an order of confidentiality dealt with four types of documents. The first category consisted of accounts submitted by the lawyers who had defended the respondent in its asbestos-related litigation and who had also brought actions against insurers who refused to take up its defence. The second and third categories concerned the settlements reached with the parties who had brought the actions against the respondent and with the insurers against whom it had brought action. The fourth category of documents consisted of various information about the respondent's employees. Altogether, the documentation filled 14 boxes. There was a lengthy inventory showing two separate lists of documents for each box: those that the respondent regarded as confidential and those it did not. The Superior Court of Quebec then had to rule on the confidentiality of those documents.

Fondée sur les art. 13, 20, 46 et 331.5 *C.p.c.*, la requête demandait à la Cour supérieure d'imposer une obligation de confidentialité à tous ceux auxquels seraient communiqués les documents. Celle-ci leur interdirait tout usage ultérieur de ces informations, en dehors du cadre du recours entamé. La requête indiquait notamment :

[TRADUCTION]

> 20. Vu que les renseignements et les documents qui seront communiqués au préalable ne feront pas nécessairement partie de la preuve, il convient, dans les circonstances et dans l'intérêt de l'ordre public, que la Cour supérieure ordonne que l'ensemble des renseignements et des documents communiqués par la demanderesse à l'étape de l'examen préalable, détenus par les défenderesses et la Cour, soient assujettis à une ordonnance de confidentialité;
>
> . . .
>
> 22. En outre, la demanderesse sollicite dans ses conclusions subsidiaires un jugement déclarant, conformément au droit régissant l'examen préalable, que tous les renseignements et les documents reçus à l'étape de l'examen préalable ne doivent pas être utilisés à d'autres fins que la présente action;

La requête en déclaration de confidentialité ciblait quatre types de documents. Elle portait premièrement sur les factures d'honoraires des avocats qui avaient défendu l'intimée dans des poursuites reliées à l'amiante et qui avaient également engagé des procédures contre des assureurs qui refusaient de prendre fait et cause pour l'intimée. Elle visait en second et troisième lieu les règlements conclus avec les parties qui l'avaient poursuivie, ainsi qu'avec les assureurs qu'elle recherchait en justice. La quatrième catégorie de documents comprenait des renseignements divers sur ses employés. L'ensemble de la documentation remplissait 14 boîtes. Un long inventaire présentait deux listes distinctes de documents pour chaque caisse, ceux que l'intimée considérait confidentiels et ceux qui ne l'étaient pas. La Cour supérieure dut alors statuer sur la confidentialité de ces documents.

A. *Superior Court of Quebec*, [1997] Q.J. No. 3593 (QL)

Barbeau J. dismissed the respondent's motion. In his view, the general principle that the sittings of the courts are public had to prevail, absent a decision to the contrary by the court hearing the matter. All the pleadings and exhibits in the record became public unless persuasive evidence was presented to establish the need to hold an *in camera* hearing or to restrict the principle of public sittings. He found that the respondent had not succeeded in discharging this burden (at paras. 9-10):

[TRANSLATION] There is nothing confidential about the documents in question here; they do not reveal any trade secret or manufacturing secret or anything of a similar nature; they do not raise any issue of public order or violate good morals. The argument that access to the documents would prejudice the plaintiff because its strategy to deal with the thousands of lawsuits against it would be disclosed to those plaintiffs cannot succeed: the plaintiff's witness (Lamontagne), who compiled all the documentation from the plaintiff's files over a six- or seven-week period, who is herself a lawyer, admitted that even she cannot identify that strategy, although she did add that she had not put her mind to it.

The evidence is that over 140,000 lawsuits have been commenced in the United States; if we add the lawyers in those cases, the witnesses and the experts, we come to the conclusion that a large number of people are already familiar with the documents in the plaintiff's possession; imposing the obligation of confidentiality sought here on the defendant (and its counsel) in these circumstances is unreasonable; the potential prejudice this could cause includes actions in civil liability arising out of the indiscretion of other persons over whom they have no control, with all the consequences that can readily be imagined.

The Superior Court was of the view that the respondent's fears about the disclosure of trade or personal information could not prevail over the principle that judicial proceedings must be public. Although the judgment does not specifically discuss the recognition of a principle of confidentiality relating to examinations on discovery in Quebec civil procedure, the tenor of the judgment

A. *Cour supérieure du Québec*, [1997] A.Q. nº 3593 (QL)

Le juge Barbeau rejeta la requête de l'intimée. Selon lui, le principe général de la publicité des procès devait prévaloir, sauf décision contraire du tribunal saisi du litige. Toutes les procédures et pièces du dossier devenaient publiques à moins que soit démontrée par une preuve convaincante la nécessité d'un huis clos ou d'une restriction au principe de publicité. À son avis, l'intimée n'avait pas réussi à se décharger de ce fardeau (aux par. 9-10) : 7

Les documents dont il est ici question n'ont aucun caractère confidentiel : ils ne dévoilent aucun secret de commerce, de fabrication ou d'autre nature similaire : ils ne soulèvent aucun caractère d'ordre public ou d'atteinte aux bonnes mœurs. L'argument proposé que l'accès à ceux-ci nuirait à la demanderesse au motif que sa stratégie face aux milliers de poursuites dont elle est l'objet serait dévoilée à ses poursuivants ne résiste pas; le témoin de la demanderesse (Lamontagne) qui a compilé et recueilli toute cette documentation à même les dossiers de la demanderesse sur une période de six ou sept semaines, elle-même avocate, admet qu'elle ne peut même pas identifier cette stratégie, ajoutant toutefois qu'elle ne s'est pas préoccupée de le faire.

D'après la preuve au-delà de cent quarante mille poursuites ont été logées aux États-Unis : ajoutons les procureurs dans ces dossiers, les témoins, les experts, on arrive alors à la conclusion que les pièces détenues par la demanderesse sont déjà connues par un grand nombre de personnes; le fait d'obliger la défenderesse (et ses procureurs) à assumer l'obligation de confidentialité sollicitée en pareilles circonstances est déraisonnable; ils pourraient, entre autres préjudices, être recherchés en responsabilité suite à l'indiscrétion de d'autres personnes sur lesquelles ils n'exercent aucun contrôle, et ce avec toutes les conséquences que l'on peut facilement imaginer.

D'après la Cour supérieure, les craintes de l'intimée sur la diffusion d'informations commerciales ou privées ne sauraient primer sur le principe de la publicité des débats judiciaires. Bien qu'il ne traite pas précisément de la reconnaissance d'un principe de confidentialité des interrogatoires préalables en procédure civile québécoise, la teneur du jugement confirme cependant que le premier juge estimait 8

nonetheless confirms that the trial judge believed that the examination on discovery was part of the proceedings. As a general rule, the proceedings remain public unless the need for total or partial confidentiality can be conclusively established.

que l'interrogatoire préalable faisait partie de l'instance. Celle-ci demeure publique en règle générale, à moins de démonstration probante de la nécessité d'une confidentialité totale ou partielle.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 970

B. *Cour d'appel du Québec*, [1999] R.J.Q. 970

9 Despite a strong dissent by Biron J.A., the majority of the Court of Appeal allowed the appeal, concluded that there is a rule of confidentiality and required that the parties to the case comply with that rule. The three judges of the court wrote separate opinions. Mailhot and Fish JJ.A. agreed that the appeal should be allowed. Biron J.A. would have dismissed it.

Malgré une forte dissidence du juge Biron, la majorité de la Cour d'appel fait droit au pourvoi, conclut à l'existence d'une règle de confidentialité et l'impose aux plaideurs dans le dossier. Les trois juges de la cour ont rédigé des opinions distinctes. La juge Mailhot et le juge Fish s'entendent pour accueillir l'appel. Le juge Biron propose de le rejeter.

10 Mailhot J.A. recognized an implied undertaking rule in respect of pre-trial examinations. That implied undertaking rule would automatically classify all the documents that one party is required to disclose to the other prior to the hearing on the merits as confidential, without a request having to be made to the court (at p. 976):

La juge Mailhot reconnait l'existence d'une règle d'engagement implicite de confidentialité applicable aux interrogatoires avant procès. Cette règle de l'engagement de confidentialité classifierait automatiquement comme confidentiels tous les documents qu'une partie est contrainte de divulguer à l'autre avant l'enquête au fond, sans nécessité d'une demande au tribunal (à la p. 976) :

[TRANSLATION] Under that rule, all the documents that one party is *compelled* to disclose to the other prior to the hearing on the merits are automatically confidential, at least until trial. It is not necessary for a party to request this of the court. This rule applies only to documents that would ordinarily have remained confidential if the party had not been compelled to produce them. [Emphasis in original.]

En vertu de cette règle, tous les documents qu'une partie est *contrainte* de divulguer à l'autre avant l'enquête au fond sont automatiquement confidentiels, du moins jusqu'au procès. Une partie n'a pas à en faire la demande au tribunal. Cette règle ne vise que des documents qui seraient normalement demeurés confidentiels si la partie n'avait pas été contrainte de les produire au préalable. [En italique dans l'original.]

11 Mailhot J.A. relied, *inter alia*, on *Goodman v. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359, in which the Ontario Court of Appeal held that the implied undertaking rule was part of the law in Ontario. She also cited the judgment of the House of Lords in *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] A.C. 280.

La juge Mailhot s'appuie notamment sur l'arrêt *Goodman c. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359, où la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la règle de l'engagement implicite de confidentialité faisait partie du droit de l'Ontario. Elle invoque aussi le jugement de la Chambre des lords dans *Harman c. Secretary of State for the Home Department*, [1983] A.C. 280.

12 Mailhot J.A. was of the view that the rule of confidentiality should be part of Quebec procedural law as it is at common law. She wrote that it has been accepted in English and Canadian common law for some time, and is nothing but beneficial. It would appear to be more economical, in the

Selon la juge Mailhot, la règle de confidentialité devrait faire partie du droit procédural québécois comme de la common law. Reçue dans la common law anglaise et canadienne depuis quelque temps, elle ne présenterait que des avantages. Il apparaîtrait plus économique, sur le plan judiciaire,

context of a proceeding, to require that a party that wants to use a document obtained from the adverse party in another case apply to do so, rather than to compel the party making the disclosure to obtain an order prohibiting the use of the document. Mailhot J.A. saw the mixed nature of the sources of civil procedure and the status of the Quebec superior courts as common law courts as allowing her to look to the common law for recognition of the rule of confidentiality in Quebec law (at p. 978):

[TRANSLATION] According to the appellant, application of the implied undertaking rule in our law is a matter of judicial interpretation and may be inferred from our written law and from case law. Given that the source of the articles in our *Code of Civil Procedure* concerning examination on discovery is the common law, we should look to the decisions of the common-law courts . . . .

In the opinion of Mailhot J.A., that rule does not violate the principle that trials are held in public. It affects only a step prior to the trial: the examinations before and after defence under arts. 398 and 398.1 *C.C.P.* Moreover, at that point, the evidence or information obtained at the examination is not yet part of the court record, in the case of a civil action (at p. 980):

[TRANSLATION] In my view, the rule should not be automatic in a civil trial. When a party places documents in support of its arguments in the court file, those documents will be available to anyone who examines the file. But when a party is compelled by the other, at an examination on discovery, to disclose or communicate prior to trial certain private information or documents that are not already public, the rule of an implied undertaking of confidentiality should apply until the information or documents are communicated or introduced at trial.

This approach rejects the argument based on trials and proceedings being held in public. Mailhot J.A. also stated that the case may be distinguished, on its facts, from *Scotia McLeod Inc. v. Champagne*, J.E. 90-1439; *Bourse de Montréal v. Scotia McLeod Inc.*, [1991] R.D.J. 626, and *General Instrument Corp. v. Tee-Comm Electronics Inc.*, [1993] R.D.J. 374, in which the Court of Appeal had concluded that an examination on discovery

d'obliger une partie qui veut employer, dans un autre litige, un document obtenu de la partie adverse à en faire la demande, plutôt que de contraindre l'auteur de la communication à obtenir une ordonnance interdisant son utilisation. La juge Mailhot estime que la mixité des sources de la procédure civile ainsi que le statut des cours supérieures québécoises comme tribunaux de common law lui permettent de s'inspirer de la common law pour reconnaître l'existence de la règle de confidentialité en droit québécois (à la p. 978) :

Pour l'appelante, l'application de la règle de l'engagement implicite dans notre droit est une question d'interprétation judiciaire, et on peut la déduire de notre loi écrite et de la jurisprudence. Étant donné que la source des articles de notre *Code de procédure civile* sur l'interrogatoire préalable est la common law, il y a lieu de s'inspirer des décisions rendues par les tribunaux de common law . . .

13 De l'avis de la juge Mailhot, cette règle ne viole pas le principe de la publicité des procès. Elle n'affecte qu'une étape préalable à ceux-ci, c'est-à-dire les interrogatoires avant et après défense en vertu des art. 398 et 398.1 *C.p.c.* De plus, à ce moment, le contenu de l'interrogatoire ne fait pas encore partie du dossier du tribunal dans le cas d'une cause civile (à la p. 980) :

En matière de procès civil, la règle ne devrait pas, à mon avis, être automatique. Qu'une partie dépose au dossier de la Cour des documents à l'appui de ses prétentions, ces documents seront accessibles à qui veut examiner le dossier. Mais lorsqu'une partie est forcée par l'autre, au cours d'un examen préalable, de dévoiler ou de communiquer avant le procès certains renseignements privés ou documents qui ne sont pas déjà publics, la règle de l'engagement implicite de confidentialité devrait être acceptée jusqu'à ce qu'ils soient communiqués ou produits au procès.

14 Cette approche écarte l'argumentation fondée sur la publicité du procès et de l'instance. La juge Mailhot affirme aussi que le contexte factuel de cette affaire la distingue des arrêts *Scotia McLeod Inc. c. Champagne*, J.E. 90-1439, *Bourse de Montréal c. Scotia McLeod Inc.*, [1991] R.D.J. 626, et *General Instrument Corp. c. Tee-Comm Electronics Inc.*, [1993] R.D.J. 374, où la Cour d'appel a conclu que l'interrogatoire préalable faisait partie

was part of the proceedings and therefore was, like a trial, public. Since there was no provision in the *Code of Civil Procedure* to prevent the rule of confidentiality being applied, it could therefore be recognized by the courts and thus become part of the judge-made law governing that preliminary step in the process. Mailhot J.A. would have allowed the appellant's appeal on that basis, except in respect of the settlements reached in class actions in the United States, given that that information was already public.

15 Fish J.A. wrote a separate opinion that was concurred in by Mailhot J.A. That opinion described the development of civil procedure and the introduction of rules of substantive law concerning protection of privacy. Fish J.A. was of the view that the recognition of a rule of confidentiality was consistent with changes in the procedural framework examination on discovery since 1983. Prior to 1983, depositions taken on discovery were part of the court record. Since that time, only depositions that have been communicated and filed in accordance with the procedure set out in art. 398.1 *C.C.P.* form part of the record. Since 1983, the examination on discovery has become an exploratory tool. Despite the rule providing that the hearings of the courts are public, there is no provision in the *Code of Civil Procedure* requiring that the examination and the evidence or information obtained therein become public.

16 Moreover, Fish J.A. was of the view that making the information obtained at examinations on discovery public would be inconsistent with the principles of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), as set out in ss. 5 and 24, and with the provisions of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"), concerning the protection of privacy and the confidentiality of personal files: the applicable principles of substantive law do not allow for general access to private information about other people. That rule is less rigid in the context of a trial because of the requirement for openness of the process. In addition, at the pre-trial stage, arts. 397 and 398 *C.C.P.* provide that a party may compel the adverse party to testify or to provide any rele-

de l'instance et partageait ainsi le caractère public du procès. Puisqu'aucune disposition du *Code de procédure civile* ne s'opposait à l'application de la règle de confidentialité, celle-ci pouvait être alors reconnue judiciairement et devenir ainsi partie du droit prétorien gouvernant cette étape préliminaire du processus. Sur cette base, la juge Mailhot propose d'accueillir la requête de l'appelante, sauf quant aux transactions conclues dans le cadre de recours collectifs aux États-Unis, en raison du caractère déjà public de cette information.

Le juge Fish a rédigé une opinion distincte à laquelle la juge Mailhot a déclaré souscrire. Cette opinion invoque l'évolution de la procédure civile puis l'introduction de règles de droit substantiel sur la protection de la vie privée. Selon le juge Fish, la reconnaissance d'une règle de confidentialité s'harmonise avec l'évolution du cadre procédural de l'interrogatoire préalable depuis 1983. Avant cette date, ces interrogatoires étaient versés au dossier du tribunal. Désormais, seules les dépositions communiquées et produites selon la procédure prévue à l'art. 398.1 *C.p.c.* font partie du dossier. En effet, depuis 1983, l'interrogatoire préalable est devenu exploratoire. Malgré la règle de la publicité des débats, aucune disposition du *Code de procédure civile* n'exige que cet interrogatoire et son contenu deviennent publics.

De plus, toujours selon le juge Fish, la publicité de l'information obtenue au cours des interrogatoires préalables contredirait les principes de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), ainsi que les expriment ses art. 5 et 24, de même que les dispositions du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), sur la protection de la vie privée et la confidentialité des dossiers personnels. En effet, les principes de droit substantiel applicables ne donnent pas accès général aux renseignements privés sur autrui. Cette règle reçoit une atténuation dans le cadre d'un procès pour des motifs de transparence du processus. Par ailleurs, au stade préalable, les art. 397 et 398 *C.p.c.* permettent à une partie de contraindre l'adversaire à

vant documents. However, public disclosure of private information at this stage of the proceedings would not assist in achieving the objectives of the examination on discovery. Such disclosure would even be a disincentive to candid disclosure and to the possibility of out-of-court settlements.

Fish J.A. was of the view that, in any event, examinations on discovery are not sittings of the courts within the meaning of art. 13 *C.C.P.* and are not part of the proceeding. Therefore the rule that a civil trial is public does not apply (at pp. 994-95):

> To begin with, it rests entirely on the literal interpretation of a phrase that was never intended by the legislator to be applied literally, except as a last resort, and in practice never is. Apart from the rarest of exceptions, examinations on discovery in Quebec are not held before a judge or clerk. They instead take place in law offices, in some other private venue, or in Courthouse facilities made available for the purpose.
>
> Examinations on discovery in fact proceed before a judge or clerk only in the sense that they remain subject to judicial intervention in the event of objections or disagreements as to where or how they should proceed. This does not make them "sittings of the courts" within the meaning of article 13 C.C.P., and the entire profession would be utterly astonished to discover that any member of the public can attend any examination on discovery in any law office or boardroom — though the parties have agreed to proceed in private.
>
> Moreover, if examinations on discovery, wherever held, were indeed sittings of the court, their public character would be a matter of public order. The parties could then *never* proceed in private, in a law office or elsewhere, by consent. Nor could a judge permit them to proceed in private, except on the sole ground contemplated by article 13: "[In] the interests of good morals and public order." [Emphasis in original.]

Fish J.A. then discussed the advantages of recognizing the rule of confidentiality in Quebec civil procedure, which he thought it wise and opportune to do. In his view, the experience of the other

témoigner ou à fournir tout document pertinent. Cependant, à ce stade des procédures, la divulgation publique de renseignements privés ne contribuerait pas à atteindre les objectifs de l'interrogatoire préalable. Cette divulgation nuirait même à leur franchise et à d'éventuels règlements hors cour.

17 Selon le juge Fish, de toute façon, les interrogatoires préalables ne constituent pas des audiences de tribunaux au sens de l'art. 13 *C.p.c.* et ne font pas partie de l'instance. La règle de la publicité du procès civil ne s'applique donc pas (aux p. 994-995) :

> [TRADUCTION] Pour commencer, cela dépend entièrement de l'interprétation littérale d'une expression à laquelle le législateur n'a jamais voulu qu'il soit donné une interprétation littérale, sauf en dernier recours, et, en pratique, cela n'arrive jamais. À part de très rares exceptions, les interrogatoires préalables au Québec n'ont pas lieu devant un juge ou un greffier. Ils se font plutôt dans les bureaux d'avocats, dans un autre lieu privé ou dans des locaux du palais de justice mis à la disposition des parties à cette fin.
>
> Les interrogatoires préalables, en fait, se déroulent devant un juge ou un greffier uniquement dans le sens qu'ils demeurent assujettis à une intervention judiciaire en cas d'objections ou de désaccords quant à savoir où et comment procéder. Cela n'en fait pas des « audiences » au sens de l'art. 13 C.p.c., et la communauté juridique dans son ensemble serait bien étonnée d'apprendre que n'importe qui peut assister à un interrogatoire préalable dans un bureau d'avocats ou dans une salle de conférence — même si les parties ont convenu de procéder en privé.
>
> De plus, si les interrogatoires préalables, peu importe l'endroit où ils ont lieu, étaient réellement des audiences de tribunaux, leur caractère public serait une question d'ordre public. Les parties ne pourraient alors *jamais* convenir de procéder en privé, dans un bureau d'avocats ou ailleurs. Un juge ne pourrait pas non plus leur permettre de procéder à huis clos, sauf pour le seul motif prévu à l'art. 13, à savoir « dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public ». [En italique dans l'original.]

18 Discutant ensuite l'intérêt d'une reconnaissance de la règle de confidentialité en procédure civile québécoise, le juge Fish la considère comme sage et opportune. À son avis, l'expérience des autres

Canadian provinces that have adopted a similar rule confirms that it has not caused any major problems. He therefore held that a relaxed rule of confidentiality should be applied. It would bind the parties and their counsel to undertake to not use information otherwise than for the purposes of the proceedings in relation to which the examinations were conducted. It would permit broader use of the information for any purpose, with leave of the court, if it were shown to be otherwise accessible to the public. With leave of the court, again, information acquired could be used in other proceedings raising substantially the same issues between the same parties. In a case where the interests of justice outweighed any prejudice that would result from disclosure, the court could order disclosure subject to any conditions it deemed appropriate and accordingly the implied undertaking of confidentiality would not apply.

19 Accordingly, the approach adopted by Fish J.A. would create a rule of partial confidentiality, the rigidity of which could be relaxed on a case-by-case basis by the courts. However, confidentiality would still be the first principle.

20 In his dissenting opinion, Biron J.A. first questioned the advisability of introducing such a rule. He stated that he shared the reservations regarding the rule expressed by McLachlin J.A. of the British Columbia Court of Appeal (as she then was) in *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1. However, Biron J.A. did not base his opinion primarily on that ground. Rather, he relied on the nature of Quebec civil procedure and the role of the courts in that procedure.

21 Biron J.A. pointed out that under Quebec law, civil procedure is codified and is found primarily in the *Code of Civil Procedure*. The Code governs both the conduct of trials and the rules of practice, which may be made by a majority of the judges of each court, under art. 47 *C.C.P.* Article 20 *C.C.P.* also provides for additional rules to be made to govern the exercise of a right where the Code contains no provision for exercising the right. The court therefore fills the gap in the law by permit-

provinces canadiennes qui ont adopté une semblable règle confirme qu'elle n'a pas causé de problème important. Il conclut ainsi à l'imposition d'une règle de confidentialité mitigée. Celle-ci lierait les parties et leurs avocats, qui ne devraient utiliser l'information que pour les procédures en rapport avec lesquelles les interrogatoires avaient été tenus. Elle en permettrait une utilisation plus large, pour toutes fins, avec l'autorisation du tribunal, si l'on démontrait que cette information est de toute autre façon accessible au public. Toujours avec une autorisation judiciaire, l'utilisation des informations serait possible pour les procédures qui soulèveraient des questions substantiellement identiques entre les mêmes parties. Dans le cas où l'intérêt de la justice prédominerait sur le préjudice que causerait la divulgation, le tribunal pourrait autoriser celle-ci aux conditions qu'il fixerait et alors, écarter l'application de la règle de confidentialité.

Donc, l'approche adoptée par le juge Fish créerait une règle de confidentialité partielle susceptible d'être mitigée par des décisions ponctuelles des tribunaux. La confidentialité demeurerait cependant le principe premier.

Dissident, le juge Biron remet d'abord en cause l'opportunité de l'introduction d'une telle règle. Il déclare partager les réserves exprimées à son sujet par la juge McLachlin, alors de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1. Cependant, l'opinion du juge Biron ne se fonde pas principalement sur ce motif. Il invoque plutôt la nature de la procédure civile québécoise et le rôle des tribunaux à l'intérieur de celle-ci.

Le juge Biron rappelle qu'en droit québécois la procédure civile est codifiée et relève principalement du *Code de procédure civile*. Celui-ci régit le déroulement des procès ainsi que les règles de pratique, dont l'art. 47 *C.p.c.* qui autorise l'adoption par la majorité des juges de chaque cour. Enfin, l'art. 20 *C.p.c.* admet la possibilité de création de règles supplétives pour encadrer l'exercice d'un droit dont le mode d'exercice n'a pas été prévu dans le Code. Le tribunal supplée alors au silence

ting any procedure that is consistent with the rules in the Code or with any other statutory provision. That being the case, there is no authority to create judge-made rules of procedure that, if breached, might lead to a finding of contempt of court, as would be the case with the obligation of confidentiality.

Biron J.A. also pointed out that both the *Code of Civil Procedure* and the *Quebec Charter* adopted the principle that judicial proceedings are public. In his view, the examination on discovery forms part of those public hearings. It was his opinion that there was no support in the *Code of Civil Procedure* for the implied obligation of confidentiality, which is a rule of the common law, and that obligation was inconsistent with the previous decisions of the Quebec Court of Appeal that had defined the examination on discovery as a sitting for purposes of trials being public. Therefore, in the opinion of Biron J.A., the Quebec courts may not import or adopt rules of procedure on their own initiative as is done in the common law jurisdictions, outside the framework defined by the *Code of Civil Procedure*.

The appellants were given leave to appeal the judgment of the Court of Appeal. A group of media organizations then intervened in the case, primarily on the problems associated with the rule that civil trials are public under the procedural law of Quebec.

III. Relevant Statutory Provisions

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

13. The sittings of the courts are public wherever they may be held, but the court may order that they be held *in camera* in the interests of good morals or public order.

However, in family matters, sittings in first instance are held *in camera*, unless the court, upon application, orders that, in the interests of justice a sitting be public. Any journalist who proves his capacity is admitted to sittings held *in camera*, without further formality, unless the court considers his presence detrimental to a person whose interests may be affected by the proceedings. This paragraph applies notwithstanding section 23 of the Charter of human rights and freedoms (R.S.Q., chapter C-12).

de la loi par toute procédure compatible avec les règles du Code ou avec toute autre disposition législative. Dans ce cadre, les juges ne peuvent créer des règles de procédure prétoriennes dont la violation pourrait éventuellement rendre coupable d'outrage au tribunal, comme ce serait le cas pour l'obligation de confidentialité.

22 Enfin, le juge Biron souligne que le *Code de procédure civile*, de même que la *Charte québécoise*, retient le principe de la publicité des débats judiciaires. L'interrogatoire préalable ferait partie de ces audiences à caractère public. Règle de common law, l'obligation implicite de confidentialité ne trouverait pas appui dans le *Code de procédure civile* et contredirait les décisions antérieures de la Cour d'appel du Québec qui avaient défini l'interrogatoire préalable comme une audience pour les fins de la publicité du procès. Ainsi, selon le juge Biron, les cours québécoises ne sauraient importer ou adopter de leur propre chef des règles de procédure comme dans les juridictions de common law, hors du cadre défini par le *Code de procédure civile*.

23 Les appelantes ont obtenu une autorisation de pourvoi de l'arrêt de la Cour d'appel. Un groupe d'entreprises médiatiques est alors intervenu dans le débat, principalement au sujet du problème du caractère public du procès civil en droit processuel québécois.

III. Dispositions pertinentes

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25 24

13. Les audiences des tribunaux sont publiques, où qu'elles soient tenues, mais le tribunal peut ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

Cependant, en matière familiale, les audiences de première instance se tiennent à huis clos, à moins que, sur demande, le tribunal n'ordonne dans l'intérêt de la justice, une audience publique. Tout journaliste qui prouve sa qualité est admis, sans autre formalité, aux audiences à huis clos, à moins que le tribunal ne juge que sa présence cause un préjudice à une personne dont les intérêts peuvent être touchés par l'instance. Le présent alinéa s'applique malgré l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., chapitre C-12).

The rules of practice may determine the conditions and modalities relating to sittings *in camera* in respect of advocates and articled students within the meaning of the Act respecting the Barreau du Québec (R.S.Q., chapter B-1).

Les règles de pratique peuvent déterminer les conditions et les modalités relatives à l'application du huis clos à l'égard des avocats et des stagiaires au sens de la Loi sur le Barreau (L.R.Q., chapitre B-1).

20. Whenever this Code contains no provision for exercising any right, any proceeding may be adopted which is not inconsistent with this Code or with some other provision of law.

20. Si le moyen d'exercer un droit n'a pas été prévu par ce code, on peut y suppléer par toute procédure non incompatible avec les règles qu'il contient ou avec quelque autre disposition de la loi.

46. The courts and the judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction. They may, in the cases brought before them, even of their own motion, pronounce orders or reprimands, suppress writings or declare them libellous, and make such orders as are appropriate to cover cases where no specific remedy is provided by law.

46. Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. Ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances qu'il appartiendra pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.

50. Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

50. Est coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

In particular, any officer of justice who fails to do his duty, and any sheriff or bailiff who does not execute a writ forthwith or does not make a return thereof or, in executing it, infringes any rule the violation whereof renders him liable to a penalty, is guilty of contempt of court.

En particulier, est coupable d'outrage au tribunal l'officier de justice qui manque à son devoir, y compris le shérif ou huissier qui n'exécute pas un bref sans retard ou n'en fait pas rapport ou enfreint, en l'exécutant, une règle dont la violation le rend passible de sanction.

398. After defence filed, any party may, after one clear day's notice to the attorneys of the other parties, summon to be examined before the judge or clerk upon all facts relating to the issues between the parties or to give communication and allow copy to be made of any document relating to the issue:

398. Après production de la défense, une partie peut, après avis d'un jour franc aux procureurs des autres parties, assigner à comparaître devant le juge ou le greffier, pour y être interrogé sur tous les faits se rapportant au litige ou pour donner communication et laisser prendre copie de tout écrit se rapportant au litige :

(1) any other party, agent, employee or officer;

1. toute autre partie, son agent, employé ou officier;

(2) any person mentioned in paragraphs 2 and 3 of article 397;

2. toute personne mentionnée aux paragraphes 2 et 3 de l'article 397;

(3) with the permission of the court and on such conditions as it may determine, any other person.

3. avec la permission du tribunal et aux conditions qu'il détermine, toute autre personne.

The defendant cannot, however, without permission of the judge or, in the case referred to in subparagraph 3 of the first paragraph, the court, examine under this article any person whom he has already examined under article 397.

Le défendeur ne peut cependant, sans l'autorisation du juge ou, dans le cas visé au paragraphe 3 du premier alinéa, du tribunal, interroger en vertu du présent article une personne qu'il a déjà interrogée en vertu de l'article 397.

398.1. A party having examined witnesses under article 397 or 398 may introduce as evidence the whole or

398.1. La partie qui a procédé à un interrogatoire en vertu des articles 397 ou 398 peut introduire en preuve

abstracts only of the depositions taken, provided they have been communicated and filed in the record in accordance with the provisions of Sections I and II of Chapter I.1 of this Title.

However, on the motion of any other party, the court may order any abstract of the deposition which, in its opinion, cannot be dissociated from the abstracts already filed, to be added to the record.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

3. Every person is the holder of personality rights, such as the right to life, the right to the inviolability and integrity of the person, and the right to the respect of his name, reputation and privacy.

These rights are inalienable.

6. Every person is bound to exercise his civil rights in good faith.

7. No right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner which is contrary to the requirements of good faith.

35. Every person has a right to the respect of his reputation and privacy.

No one may invade the privacy of a person without the consent of the person or his heirs unless authorized by law.

36. The following acts, in particular, may be considered as invasions of the privacy of a person:

(1) entering or taking anything in his dwelling;

(2) intentionally intercepting or using his private communications;

(3) appropriating or using his image or voice while he is in private premises;

(4) keeping his private life under observation by any means;

(5) using his name, image, likeness or voice for a purpose other than the legitimate information of the public;

(6) using his correspondence, manuscripts or other personal documents

37. Every person who establishes a file on another person shall have a serious and legitimate reason for doing so. He may gather only information which is relevant to the stated objective of the file, and may not,

l'ensemble ou des extraits seulement des dépositions ainsi recueillies, pourvu qu'ils aient été communiqués et produits au dossier conformément aux dispositions des sections I et II du chapitre I.1 du présent titre.

Cependant, à la demande de toute autre partie, la Cour peut ordonner que soit ajouté au dossier tout extrait de la déposition qui, à son avis, ne peut être dissocié des extraits déjà déposés.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

Ces droits sont incessibles.

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'autorise.

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants :

1° Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;

2° Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;

3° Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés;

4° Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;

5° Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public;

6° Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.

37. Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements pertinents à l'objet déclaré du dossier et elle ne peut,

without the consent of the person concerned or authorization by law, communicate such information to third persons or use it for purposes that are inconsistent with the purposes for which the file was established. In addition, he may not, when establishing or using the file, otherwise invade the privacy or damage the reputation of the person concerned.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

5. Every person has a right to respect for his private life.

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

The tribunal may decide to sit *in camera*, however, in the interests of morality or public order.

24. No one may be deprived of his liberty or of his rights except on grounds provided by law and in accordance with prescribed procedure.

IV. Analysis

A. *The Positions of the Parties*

25 The appellants submit that the judgment of the Court of Appeal is inconsistent with both the letter and the spirit of the enactments governing Quebec civil procedure. The rule of confidentiality is not based on any enactment, whereas civil procedure in Quebec is codified. Absent some statutory authority, the Quebec courts may not introduce a new procedural rule by judicial fiat. Moreover, the rule violates the principle that judicial proceedings are public, which is established in the *Code of Civil Procedure* and the *Quebec Charter*. The appellants' final point is that it is not appropriate to introduce a new rule which is difficult to define and to implement.

26 The appellants' position is supported, in part, by a group of print and electronic media organizations. In challenging the validity of a rule of confidentiality, these interveners rely on the principle that trials and court files are public in Quebec civil law, and on society's interest in the transparency of judicial proceedings, as guaranteed by the *Quebec Charter* and the *Canadian Charter of*

sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec celles de sa constitution; elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter autrement atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

24. Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.

IV. Analyse

A. *Les positions des parties*

D'après les appelantes, le jugement de la Cour d'appel ne respecte ni la lettre ni l'esprit des textes législatifs régissant la procédure civile québécoise. La règle de confidentialité ne repose sur aucun texte législatif alors que la procédure civile au Québec est codifiée. En l'absence de fondement législatif, les tribunaux québécois ne peuvent introduire une nouvelle règle procédurale par décision judiciaire. Par surcroît, cette règle contredit le principe de la publicité des débats judiciaires consacré tant par le *Code de procédure civile* que la *Charte québécoise*. Enfin, l'introduction de cette nouvelle règle, difficile à définir et à mettre en vigueur, reste inopportune.

Un groupe d'entreprises de la presse écrite et électronique appuie en partie les appelantes. Pour contester la validité d'une règle de confidentialité, ces intervenantes invoquent le principe de la publicité des procès et des dossiers judiciaires en droit civil québécois et l'intérêt de la société à la transparence des débats judiciaires que garantissent la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne des*

Rights and Freedoms. These interveners therefore strongly oppose the recognition or introduction of a rule of confidentiality.

The respondent replies that the implied rule of confidentiality is accepted in common law jurisdictions throughout Canada, and that introducing that rule in Quebec civil law would be useful to facilitate the conduct of examinations. In addition, it says that support for the rule is found in the changes that have occurred in civil procedure and in principles of substantive law. The respondent asserts that because legislative framework governing examinations on discovery has been altered, they are no longer part of the sitting within the meaning of art. 13 *C.C.P.* and therefore, as such, are no longer subject to the general rule that civil trials are public. The respondent's final point is that this rule protects the privacy and confidentiality interests already recognized by the *Quebec Charter* and the *Civil Code of Québec.*

B. *The Sources of Quebec Civil Procedure*

The conflict between the arguments put forward by the parties derives from the problem of the sources and the nature of Quebec civil procedure. This is a complex subject. Certain aspects of the problem fall within established principles of Quebec law. Constitutionally, civil procedure in the Quebec courts is a provincial matter because of the province's jurisdiction over property and civil rights, the administration of justice and matters of a merely local or private nature. (See ss. 92(13), 92(14) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867.*)

In addition, the organization of the courts has historically derived from British tradition, and it reflects Canadian constitutional values and arrangements. (See J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at pp. 49-54; E. Deleury and C. Tourigny, "L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements dans la province de Québec", in H. P. Glenn, ed., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance* (1993), 191.) The existence of that tradition and of the values it

droits et libertés. Ces intervenantes s'opposent donc fermement à la reconnaissance ou à l'introduction d'un principe de confidentialité.

27 L'intimée rétorque que la règle implicite de confidentialité est acceptée en common law au Canada. Son introduction dans le droit civil du Québec s'avérerait utile pour faciliter la conduite des interrogatoires. De plus, elle pourrait se fonder sur l'évolution de la procédure civile et sur des principes de droit substantiel. En raison de la modification de leur cadre législatif, les interrogatoires préalables ne feraient plus partie de l'audience au sens de l'art. 13 *C.p.c.* et donc, comme tels, ne seraient plus assujettis à la règle générale de la publicité des procès civils. Enfin, cette règle protégerait des intérêts de vie privée et de confidentialité déjà reconnus par la *Charte québécoise* et par le *Code civil du Québec.*

B. *Les sources de la procédure civile québécoise*

28 Le conflit entre les thèses défendues par les parties se rattache au problème des sources et de la nature de la procédure civile québécoise. Le sujet demeure complexe. Certaines données du problème appartiennent aux lieux communs du droit québécois. Constitutionnellement, la procédure civile devant les tribunaux du Québec relève de la province en raison de sa compétence sur la propriété et les droits civils, l'administration de la justice et les matières d'une nature purement locale et privée. (Voir les par. 92(13), (14) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867.*)

29 Par ailleurs, l'organisation judiciaire relève depuis longtemps de la tradition britannique et son organisation reflète les valeurs et l'aménagement de l'ordre constitutionnel canadien. (Voir J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 49-54; E. Deleury et C. Tourigny, « L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements dans la province de Québec », dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance* (1993), 191.) L'existence de cette tradition et de ses

reflects therefore limits the legislative initiatives that may be taken in respect of the organization of the courts and procedure.

30 The Superior Court is therefore the court of original general jurisdiction in Quebec. Moreover, constitutional principles prohibit the provinces from taking certain essential powers away from the courts established under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. (See, for example, *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at p. 740.) The structure of the courts and a number of the fundamental rules in the *Code of Civil Procedure* reflect this constitutional requirement.

31 There are other restrictions on the powers of Parliament and of the legislatures with respect to courts, to safeguard the independance of the judiciary. (See *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.) In addition, a number of federal statutes establish procedural rules, such as the legislation respecting bankruptcy and divorce. Accordingly, the form of organization of the Quebec courts that apply the trial law of Quebec has been profoundly influenced by British court structure and its constitutional and legal traditions.

32 The rules of Quebec civil procedure themselves reveal the mixed nature of their sources. As Professor Tancelin points out, part of that civil procedure derives from the former French law. Prior to 1867, the codifiers given the task of preparing the *Civil Code of Lower Canada* and *Code of Civil Procedure of Lower Canada* had in fact been instructed to base their work on the contemporary French codes. (See the introduction of M. Tancelin, "How can a legal system be a mixed system?", in F. P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1980), 1, at pp. 1, 9 and 10; also J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867* (1986), at pp. 32-33.)

valeurs impose alors des contraintes aux initiatives législatives sur l'organisation des tribunaux et la procédure.

Ainsi, la Cour supérieure constitue le tribunal de droit commun au Québec. Des principes constitutionnels interdisent d'ailleurs aux provinces de priver de certains pouvoirs essentiels les tribunaux nommés sous l'autorité de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. (Voir, par exemple, *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, p. 740.) La structure judiciaire et plusieurs des règles fondamentales du *Code de procédure civile* reflètent cette exigence constitutionnelle.

D'autres restrictions affectent les pouvoirs du Parlement et des législatures à l'égard des tribunaux pour sauvegarder le statut d'indépendance de la magistrature. (Voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.) De plus, de nombreuses règles procédurales émanent de diverses lois fédérales comme c'est le cas en matière de faillite et de divorce. Ainsi, les tribunaux québécois dont le mode d'organisation a été profondément influencé par l'organisation judiciaire britannique et ses traditions constitutionnelles et juridiques appliquent le droit processuel du Québec.

Les règles de la procédure civile québécoise expriment elles-mêmes la mixité de leurs sources. Comme le soulignait le professeur Tancelin, une partie de la procédure civile provient de l'ancien droit français. Avant 1867, les codificateurs chargés de la préparation du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code de procédure civile du Bas-Canada* avaient d'ailleurs reçu le mandat de s'inspirer des codes français contemporains. (Voir l'introduction de M. Tancelin, « Comment un droit peut-il être mixte? », dans F. P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada* (1980), 1, p. 1, 9 et 10; aussi J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867* (1986), p. 32-33.)

In addition, civil trials in Quebec are conducted within a framework that has been influenced by the common law courts. Characteristics such as the adversarial nature of the proceeding, the roles assigned to lawyers and judges, the direct examination of witnesses before the court and, now, the use of examinations on discovery, all demonstrate how significant this contribution to the civil procedure of Quebec has been. (See Brierley and Macdonald, *supra*, at pp. 52-53; also *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065, at pp. 1080-82, *per* Gonthier J.)

Thus the form that the civil trial has now taken in Quebec makes it markedly different from the continental European model. In this way, the *Code of Civil Procedure*, reflects the diversity and complexity of the society for which it provides the structure within which judicial proceedings are conducted.

C. *The Effect of Codifying Procedure*

The rules of Quebec civil procedure, which originate from widely differing sources, make up a Code of Civil Procedure. As such, they are part of a legal tradition that is different from the common law. The fundamental law concerning civil procedure is the law enacted by the National Assembly. The rules of that law are found in a code that is expressed in general terms. The law is therefore created primarily by the legislature.

The *Code of Civil Procedure* contains the statutory organization of the law of trials. First, it lays down all of the main rules of civil procedure governing the jurisdiction of the courts, the institution of judicial proceedings, readiness for trial, the conduct of the hearing, judgment and execution of the judgment. That framework allows for the regulatory power provided in art. 47 *C.C.P.* to be exercised by the courts, which allows the judges of the different courts to adopt rules of practice, provided that they fit within the general framework defined by the statute. (See *Charpentier v. Ville de Lemoyne*, [1975] C.A. 870; also D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (3rd ed. 1997), vol. 1, at p. 68.)

33 Par ailleurs, les procès civils au Québec se déroulent dans un cadre marqué par l'influence des tribunaux de common law. Des traits tels le caractère contradictoire de la procédure, le rôle imparti respectivement aux avocats et aux juges, l'interrogatoire direct des témoins devant le tribunal et, aujourd'hui, l'utilisation des procédures d'examen préalable, soulignent l'importance de cet apport dans la procédure civile du Québec. (Voir Brierley et Macdonald, *op. cit.*, p. 52-53; aussi *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, p. 1080-1082, le juge Gonthier.)

34 Au Québec, le procès civil a ainsi pris une forme qui le différencie profondément du modèle continental européen. Le *Code de procédure civile* reflète de cette façon la diversité et la complexité du milieu social dont il encadre la vie judiciaire.

C. *L'effet de la codification de la procédure*

35 D'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise font partie d'un Code de procédure. À ce titre, elles s'inscrivent dans une tradition juridique différente de la common law. Le droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale. Ses règles se retrouvent dans un code rédigé en termes généraux. La création des règles de droit appartient ainsi principalement au législateur.

36 Le *Code de procédure civile* contient l'ordonnancement législatif du droit processuel. D'abord, il édicte l'ensemble des principales règles de procédure civile quant à la compétence des tribunaux, à l'institution des actions judiciaires, à leur mise en état, à la conduite de l'audience, au jugement et à son exécution. Ce cadre laisse place à un pouvoir réglementaire des tribunaux prévu par l'art. 47 *C.p.c.* Celui-ci permet aux juges des différentes cours d'adopter des règles de pratique, qui s'insèrent cependant dans le cadre général défini par la loi. (Voir *Charpentier c. Ville de Lemoyne*, [1975] C.A. 870; aussi D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (3e éd. 1997), vol. 1, p. 68.)

37 Moreover, the procedural law recognizes the courts' inherent powers to deal with situations not provided for in the law or the rules of practice. (See *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618.) In addition, decisions may have to be made on a case-by-case basis to deal with unusual situations that arise. However, these inherent or ancillary powers, that were established by arts. 20 and 46 *C.C.P.*, only give the courts a secondary or interstitial function in defining procedure in Quebec. The codified law is paramount. The courts must base their decisions on it. Without denying the importance of the case law, this system does not give it the status of a formal source of the law, legitimate as a creative interpretation in determining the intention of the legislature, as expressed or implied in the statutes, may be. (See J. Dainow, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison" (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419, at pp. 424 and 426; A. Popovici, "Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec?" (1973), 8 *R.J.T.* 189, at pp. 193 and 199.)

De plus, le droit procédural reconnaît des pouvoirs inhérents aux tribunaux pour régler des situations non prévues par la loi ou les règles de pratique. (Voir *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618.) Des décisions de gestion ponctuelles peuvent également être rendues nécessaires par les particularités de certains dossiers. Cependant, ces pouvoirs inhérents ou accessoires, que consacrent d'ailleurs les art. 20 et 46 *C.p.c.*, n'accordent aux tribunaux qu'une fonction subsidiaire ou interstitielle dans la définition du contenu de la procédure québécoise. La loi prime. Les tribunaux doivent baser leurs décisions sur celle-ci. Sans nier l'importance de la jurisprudence, ce système ne lui reconnaît pas le statut de source formelle du droit, malgré la légitimité d'une interprétation créatrice et ouverte sur la recherche de l'intention du législateur telle que l'expriment ou l'impliquent les textes de loi. (Voir J. Dainow, « The Civil Law and the Common Law : Some Points of Comparison » (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419, p. 424 et 426; A. Popovici, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec? » (1973), 8 *R.J.T.* 189, p. 193 et 199.)

38 Accordingly, the Quebec legislature has not given the courts the same latitude as the legislatures in the other provinces. Civil procedure is found primarily in the Code. Although the scope of the rules of practice has been gradually broadened, they are nonetheless made under the authority of the Code and within the general framework defined by it.

Ainsi, la législature québécoise n'a pas laissé aux tribunaux la même marge de liberté que les législatures des autres provinces. La procédure civile se retrouve principalement dans le Code. Même si les règles de pratique ont pris graduellement de l'ampleur, il demeure qu'elles sont adoptées sous l'autorité de ce Code et dans le cadre général défini par celui-ci.

39 A Quebec court may not create a positive rule of civil procedure simply because it considers it appropriate to do so. In this respect, a Quebec court does not have the same creative power in relation to civil procedure as a common law court, although intelligent and creative judicial interpretation is often able to ensure that procedure remains flexible and adaptable. Although Quebec civil procedure is mixed, it is nonetheless codified, written law, governed by a tradition of civil law interpretation. (See J.-M. Brisson, "La procédure civile au Québec avant la codification: un droit mixte, faute de mieux", in *La formation du droit*

Un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. À cet égard, dans le domaine de la procédure civile, le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu'une cour de common law, quoique l'intelligence et la créativité de l'interprétation judiciaire puissent souvent assurer la flexibilité et l'adaptabilité de la procédure. Bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste. (Voir J.-M. Brisson, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute

national dans les pays de droit mixte (1989), 93, at pp. 93 to 95; also by the same author: *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, *supra*, at pp. 32-33.) In the civil law tradition, the Quebec courts must find their latitude for interpreting and developing the law within the legal framework comprised by the Code and the general principles of procedure underlying it. The dissenting opinion written by Biron J.A. quite correctly reminds us of these characteristics of a codified legal system and accurately identifies the nature of the method of analysis and examination that applies in this case.

de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte* (1989), 93, p. 93-95; aussi du même auteur : *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, *op. cit.*, p. 32-33.) Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent. La dissidence du juge Biron rappelle à juste titre ces caractéristiques d'un régime de droit codifié et souligne pertinemment la nature de la méthode d'analyse et d'examen applicable en l'espèce.

However, this cursory review would be incomplete if we did not point out the links between civil procedure and Quebec law as a whole. That civil procedure is subject to the general principles found in the *Civil Code of Québec*. The preliminary provision of the Code, the significance of which has been pointed out by the courts in the past (see *Verdun (Municipalité de) v. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.), affirmed by this Court at [1997] 2 S.C.R. 862), states that the *Civil Code* comprises the *jus commune* of Quebec. Civil procedure must therefore take these principles into account. Even apart from the *Civil Code*, it must also respect the values expressed in the *Quebec Charter*, s. 52 of which provides that it will prevail in respect of matters within the legislative authority of the National Assembly of Quebec. In addition, s. 53 sets out a principle of interpretation that favours application of the Charter in the event of doubt. The final point is that in an area such as the public nature of trials, the fundamental constitutional principles in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* also come into play where applicable in a private judicial proceeding.

40 Cependant, cette étude cursive resterait incomplète si l'on omettait de souligner les liens de la procédure civile avec l'ensemble du droit québécois. Cette procédure civile est soumise aux principes généraux que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec*. Sa disposition préliminaire, dont la jurisprudence a déjà eu l'occasion de souligner l'importance (voir *Verdun (Municipalité de) c. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.), confirmé par notre Cour à [1997] 2 R.C.S. 862), déclare que le *Code civil* constitue le droit commun du Québec. La procédure civile doit donc tenir compte de ces principes. Au-delà même du *Code civil*, elle doit aussi respecter les valeurs exprimées par la *Charte québécoise* dont l'art. 52 exprime la primauté dans les matières relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec. Son article 53 établit d'ailleurs un principe d'interprétation favorable à son application en cas de doute. Enfin, dans un domaine comme la publicité des procès, restent présents les principes constitutionnels fondamentaux de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'ils sont applicables dans un débat judiciaire privé.

D. *The Basis for a Rule of Confidentiality*

Applying a civil law method of analysis, that rule of confidentiality may be based on the changes that have occurred in the legal framework of the examination on discovery in Quebec civil procedure and on the rules of civil law and the principles of the *Quebec Charter* concerning the protection of privacy.

D. *Les fondements d'une règle de confidentialité*

41 À l'intérieur d'une méthode d'analyse civiliste, cette règle de confidentialité peut se fonder à la fois sur l'évolution du cadre juridique de l'interrogatoire préalable dans la procédure civile québécoise, et sur les règles du droit civil et les principes de la *Charte québécoise* quant à la protection de la vie privée.

42 Initially, however, there needs to be agreement as to what the nature of a rule of confidentiality with respect to information obtained at an examination on discovery would be. Even if files or information are confidential or private, a party who institutes a legal proceeding waives his or her right to privacy, at least in part. This may be true even of matters as sensitive as the contents of medical and hospital records. (See *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; art. 399.1 and art. 400 *C.C.P.*) When legal proceedings are instituted, they necessarily set in motion the process for verifying allegations and information presented unilaterally by one party. The rule of confidentiality, however, seeks to limit the invasion of privacy at the examination on discovery stage by restricting the scope of the examination to what is necessary for the conduct of the proceeding. The rule acknowledges that if the information is relevant and is not protected by some other privilege, it must be communicated to the adverse party. However, the rule prohibits that party from using it for purposes other than preparing for the trial and defending his or her interests at trial, or from disclosing it to third parties, without specific leave from the court.

43 When the case reaches the trial stage, the effectiveness of the application of this rule is no doubt limited and temporary; examination on discovery is of course only one step in the conduct of a civil trial. If the adverse party chooses to use the evidence or information obtained on discovery at the hearing on the merits and files it in the court record for that purpose, any expectation of confidentiality disappears. Only exceptional grounds such as, for example, the interest of one party in protecting trade secrets or specially privileged information, such as professional privilege or *in camera* hearings concerning individuals' conditions, will result in the court maintaining the partial or complete secrecy of certain information, during the trial and in the court records. Therefore, the obligation of confidentiality will sometimes be no more than just one phase in the gradual disclosure of information that was originally private. We

Au départ, toutefois, il importe de s'entendre sur la nature d'une règle de confidentialité des informations obtenues au cours d'un interrogatoire préalable. Même si des dossiers ou des informations sont confidentiels ou relèvent de la vie privée, la partie qui engage un débat judiciaire renonce, à tout le moins en partie, à la protection de sa vie privée. Cela peut être vrai même relativement à des sujets aussi délicats que le contenu de ses dossiers médicaux et hospitaliers. (Voir *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; art. 399.1 et 400 *C.p.c.*) L'enclenchement d'un mécanisme de vérification des allégations et des informations présentées unilatéralement par une partie résulte nécessairement de l'ouverture du débat judiciaire. Cependant, la règle de confidentialité cherche à limiter l'atteinte à la vie privée à l'étape de l'examen préalable en la restreignant à la mesure nécessaire pour la conduite du débat. Elle reconnaît que l'information, lorsqu'elle est pertinente ou qu'elle n'est pas protégée par quelqu'autre privilège de confidentialité, doit être communiquée à la partie adverse. Elle interdit cependant à celle-ci d'en faire usage pour d'autres fins que la préparation du procès et la défense de ses intérêts dans le cadre de celui-ci, ou de la divulguer à des tiers, sans autorisation particulière du tribunal.

Lorsque l'affaire se rend à l'étape du procès, l'efficacité de l'application de cette règle demeure sans doute limitée et temporaire. En effet, l'interrogatoire préalable ne constitue qu'une étape dans le développement du procès civil. Si la partie adverse choisit d'utiliser le contenu de l'interrogatoire dans le débat au fond et pour cette fin, le verse dans le dossier du tribunal, toute espérance de confidentialité disparaît. Seuls des motifs qui resteront d'exception, comme par exemple l'intérêt d'une partie à la protection de secrets commerciaux ou des privilèges de confidentialité particuliers comme le secret professionnel ou le huis clos attaché à certains débats relatifs à l'état des personnes, conduiront le tribunal à maintenir un secret partiel ou complet sur certaines informations, pendant le procès et dans les dossiers judiciaires. Donc, l'obligation de confidentialité ne représentera parfois qu'une simple transition dans le dévoi-

now need to examine how the procedural framework of the examination on discovery has changed, and what impact it has on the recognition of am implied obligation of confidentiality.

E. *Changes in the Procedural Framework of the Examination on Discovery*

The 1867 *Code of Civil Procedure of Lower Canada* made no mention of examinations on discovery. This practice was introduced in Quebec law by amendments enacted in 1888. Article 251(*a*) was then added to the *Code of Civil Procedure of Lower Canada* by art. 5879 of the *Revised Statutes of Quebec* of 1888. The parties could be examined as witnesses once the pleas were filed, upon the facts in issue as then joined. That provision did not permit a third party to be examined, nor did it provide for the depositions to be entered in the court record. As a result, the procedure was entirely exploratory in nature.

With the enactment of the *Code of Civil Procedure* of 1897, art. 251(*a*) became art. 286, which continued to restrict the examination to the adverse party or his or her representative:

286. At any time before trial but after defence filed, any party may summon any of the following persons to answer as a witness, before the judge or the prothonotary, upon all facts relating to the action or the defence:

1. The opposite party;

2. When the opposite party is a corporation, the president, manager, treasurer, or secretary of such corporation;

3. When the opposite party is a foreign firm or corporation doing business in this Province, the agent of such firm or corporation.

For the first time, art. 288, which was a new law, permitted the use of depositions in the cause on the merits. However, it required that the witness be examined in court if he or she were still available in the province at the time of the trial:

lement graduel d'une information à l'origine privée. Il faut maintenant examiner l'évolution du cadre procédural de l'interrogatoire et son impact sur la reconnaissance d'une telle obligation implicite de confidentialité.

E. *L'évolution du cadre procédural de l'interrogatoire préalable*

Le *Code de procédure civile du Bas-Canada* de 1867 ignorait l'interrogatoire préalable. Des modifications adoptées en 1888 ont introduit cette procédure dans le droit québécois. L'article 5879 des *Statuts refondus du Québec* de 1888 a alors ajouté l'art. 251*a*) au *Code de procédure civile du Bas-Canada*. Les parties pouvaient être interrogées comme témoins dès la production du plaidoyer, sur la contestation telle qu'alors engagée. Cette disposition ne permettait pas l'interrogatoire d'un tiers. Elle ne prévoyait pas non plus le dépôt des interrogatoires en preuve au dossier du tribunal, ce qui laissait un caractère purement exploratoire à la procédure. 44

Lors de l'adoption du *Code de procédure civile* de 1897, l'art. 251*a*), devenu l'art. 286, limitait toujours l'interrogatoire à la partie adverse ou à son représentant : 45

286. En tout temps avant l'instruction, mais après la production de la défense, une partie peut assigner à comparaître devant le juge ou le protonotaire pour être interrogée comme témoin sur tous faits se rapportant à la demande ou à la défense :

1. La partie adverse;

2. Si la partie adverse est une corporation, le président, le gérant, le trésorier ou le secrétaire de cette corporation;

3. Si la partie adverse est une société étrangère ou une corporation étrangère faisant affaires en cette province, l'agent de cette société ou corporation.

Pour la première fois, l'art. 288, de droit nouveau, autorisait l'utilisation des dépositions dans la cause au fond. Cependant, il imposait l'interrogatoire devant le tribunal du témoin qui se trouvait toujours disponible dans la province lors de l'instruction du procès : 46

288. The deposition taken by virtue of the preceding Articles may be used as evidence in the cause; but if the party examined as a witness is still in the Province, and can be produced at the trial, he must be examined again, and the deposition taken before the trial can no longer be used as evidence.

47 The 1897 codification also added art. 289 concerning the production of documents. This provision allowed a party to obtain documents in the control of the adverse party, with leave of the court:

289. Upon the application of any party, the judge may, at any time after defence filed and before trial, order the opposite party to exhibit any object, or to give communication or furnish a copy or allow a copy to be made of, any book or document in his control, relating to the action or the defence, at such times and places, under such conditions and in such manner as are deemed proper.

48 Article 288 was substantially amended in 1899 (S.Q. 1899, c. 52, s. 3). The testimony and depositions obtained at the examination on discovery were now automatically entered in the court record and could be used as evidence at trial:

288. The deposition taken by virtue of the preceding Articles shall be used as evidence in the case; but if the party examined as a witness is still in the Province and can be produced at the trial, he may be examined again.

The deposition taken before the trial shall, in any case, form part of the record, and the cost thereof shall enter into taxation.

49 In 1926, the legislature also permitted the examination on discovery of the plaintiff before defence filed, with leave of the court (new art. 286(*a*), enacted by S.Q. 1926, c. 65, s. 1). The questions asked were limited to the facts relating to the action. In 1958, a further amendment abolished the requirement for leave of the court (S.Q. 1958, c. 43, s. 1). However, as in the case of examination after defence filed, the transcript of the examination became part of the court record.

288. La déposition prise en vertu des articles précédents peut servir de preuve dans la cause; mais si la partie interrogée comme témoin est encore dans la province et peut être produite lors de l'instruction, elle doit y être examinée de nouveau et la déposition prise avant l'instruction ne peut plus servir de preuve.

La codification de 1897 ajouta également l'art. 289 relativement à la production de documents. Sur autorisation judiciaire, cette disposition permettait d'obtenir la communication de documents sous le contrôle de la partie adverse :

289. Sur demande d'une partie, le juge peut, en tout temps après la production de la défense et avant l'instruction, ordonner à la partie adverse d'exhiber tout objet, ou de donner communication ou copie, ou de laisser prendre copie de tout livre ou document, dont elle a le contrôle et qui se rapporte à la demande ou à la défense, aux conditions, temps et lieu, et en la manière qu'il juge à propos.

En 1899, un amendement (S.Q. 1899, ch. 52, art. 3) modifia l'art. 288 de façon importante. Désormais, les témoignages et les dépositions obtenus au préalable étaient automatiquement versés au dossier du tribunal et servaient de preuve au procès :

288. La déposition prise en vertu des articles précédents doit servir de preuve dans la cause; mais si la partie interrogée comme témoin est encore dans la province et peut être produite lors de l'instruction, elle peut y être examinée de nouveau.

La déposition prise avant l'instruction doit, dans tous les cas, former partie du dossier, et ce qu'elle a coûté entre en taxe.

En 1926, la législature permit aussi l'interrogatoire préalable de la demanderesse, avant la production de la défense, sur autorisation judiciaire (nouvel art. 286*a*), édicté par S.Q. 1926, ch. 65, art. 1). Les questions posées se limitaient aux faits relatifs à la demande. En 1958, une autre modification supprima l'exigence de l'autorisation judiciaire (S.Q. 1958, ch. 43, art. 1). Cependant, comme dans le cas de l'examen après la défense, la transcription de l'interrogatoire faisait partie du dossier de la cour.

The 1965 *Code of Civil Procedure*, S.Q. 1965, c. 80, made minor amendments to reorganize the rules concerning examination on discovery. First, arts. 396, 397 and 398 *C.C.P.* carried the rules concerning examination on discovery forward from the 1897 Code. Under art. 396, the examination continued to form part of the court record:

396. The depositions taken by virtue of this chapter form part of the record; but if the witness is in the province and can be produced at the trial, he may be examined again, if any party so requires.

Articles 401 and 402 made changes to the provisions concerning the communication of documents. Article 402 now permitted a third party to be summoned to produce a document. Article 401 abolished the requirement for leave of the court to compel the production of a document by the adverse party.

Major amendments to the rules governing examinations on discovery occurred in 1983 (S.Q. 1983, c. 28, s. 14), when art. 398.1 was added, making it optional now to file information obtained at an examination on discovery in the court record. That article now reads as follows:

398.1 A party having examined witnesses under article 397 or 398 may introduce as evidence the whole or abstracts only of the depositions taken, provided they have been communicated and filed in the record in accordance with the provisions of Sections I and II of Chapter I.1 of this Title.

However, on the motion of any other party, the court may order any abstract of the deposition which, in its opinion, cannot be dissociated from the abstracts already filed, to be added to the record.

The party who conducts the examination thus decides whether it will be filed in the record, in whole or in part. If only part of it is filed, the adverse party, with leave of a judge, is entitled to add to the record any abstract that cannot be dissociated from what has already been filed. As well, art. 401 concerning the communication of documents was repealed. The rules governing examina-

Le *Code de procédure civile* de 1965, S.Q. 1965, ch. 80, remania les règles relatives à l'interrogatoire en y apportant des modifications mineures. Tout d'abord, le *Code de procédure civile* reprit aux art. 396, 397 et 398 les règles du Code de 1897 sur l'interrogatoire préalable. Celui-ci continuait à faire partie du dossier de la cour en vertu de l'art. 396 : 50

396. Les dépositions recueillies en vertu des dispositions du présent chapitre font partie du dossier; mais si le témoin est dans la province au moment du procès et peut être entendu, il pourra être interrogé de nouveau, sur demande de l'une ou l'autre des parties.

Les articles 401 et 402 modifiaient les dispositions relatives à la communication de documents. Désormais, l'art. 402 autorisait l'assignation d'un tiers pour produire un document. L'article 401 supprimait la nécessité de l'autorisation judiciaire pour exiger la production d'un document par la partie adverse. 51

Des modifications majeures au régime de l'interrogatoire préalable intervinrent en 1983, L.Q. 1983, ch. 28, art. 14. On ajouta alors un art. 398.1 qui désormais rend facultative la production au dossier de la cour des informations obtenues au cours d'un interrogatoire. À ce jour, cet article est formulé comme suit : 52

398.1 La partie qui a procédé à un interrogatoire en vertu des articles 397 ou 398 peut introduire en preuve l'ensemble ou des extraits seulement des dépositions ainsi recueillies, pourvu qu'ils aient été communiqués et produits au dossier conformément aux dispositions des sections I et II du chapitre I.1 du présent titre.

Cependant, à la demande de toute autre partie, la Cour peut ordonner que soit ajouté au dossier tout extrait de la déposition qui, à son avis, ne peut être dissocié des extraits déjà déposés.

Ainsi, la partie qui interroge décide si l'interrogatoire sera versé au dossier en totalité ou non. Si la production est partielle, la partie adverse, avec la permission d'un juge, a droit d'ajouter au dossier tout extrait indissociable de ce qui est déjà versé par l'adversaire. Enfin, l'art. 401 relatif à la communication de documents était abrogé. Le régime de l'interrogatoire préalable comprend tant l'inter- 53

tions on discovery include both the examination of witnesses and the production of documents. Communication of documents is now to take place in the course of the examinations held before or after defence filed. Before defence filed, the information demanded must relate to what is set out in the claim. After defence filed, the information must relate to the issue between the parties as a whole. (See, on these amendments, L. Ducharme, "Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit" (1983), 43 *R. du B.* 969; L. Sarna, "Examination on Discovery: The Full Disclosure Rule" (1984), 44 *R. du B.* 179.) A further amendment in 1984 permitted a party to examine any other person on discovery and to obtain documents from that person, in addition to the parties or their representatives, with leave of the court. (See L. Ducharme, *L'administration de la preuve* (3rd ed. 2001), at pp. 271 *et seq.*)

54 Strictly speaking, under art. 397 *C.C.P.*, the examination on discovery is held under the direction of the judge or an officer of the court. As Fish J.A. pointed out in his opinion, however, it is common knowledge that in practice these examinations usually take place in private, not in the presence of a judge or a court official. The only time when the court must be involved is to dispose of objections raised at the examination.

55 For proceedings commenced after October 1, 1995, the procedure for filing exhibits must also be taken into account. Technically, they are filed only at the hearing, after a disclosure notice to that effect has been sent within the time prescribed by art. 331.8 *C.C.P.* Under those rules, even if a party intends to file the deposition, it will not become part of the record until the hearing. (See Ducharme, *L'administration de la preuve*, *supra*, at pp. 296-98.)

F. *The Exploratory Nature of the Examination on Discovery*

56 The changes that have been made to these rules confirm that in Quebec civil procedure, the examination on discovery has become essentially exploratory, despite some opinions to the contrary. (See

rogatoire de témoins que l'obtention de documents. La communication de ceux-ci s'effectue désormais dans le cadre des interrogatoires tenus avant ou après la production de la défense. Avant la défense, les informations exigées doivent avoir un lien avec la demande telle que rédigée. Après la défense, elles peuvent se rapporter à l'ensemble de la contestation. (Voir sur ces modifications, L. Ducharme, « Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit » (1983), 43 *R. du B.* 969; L. Sarna, « Examination on Discovery : The Full Disclosure Rule » (1984), 44 *R. du B.* 179.) En 1984, une modification additionnelle permit d'interroger toute autre personne, en plus des parties ou de leurs représentants, et d'en obtenir des documents, avec l'autorisation du tribunal (voir L. Ducharme, *L'administration de la preuve* (3e éd. 2001), p. 271 et suiv.).

Selon la lettre de l'art. 397 *C.p.c.*, l'interrogatoire préalable se tient sous la direction du juge ou d'un officier de la cour. En pratique, il est bien connu, comme le rappelle l'opinion du juge Fish, que la plupart de ces interrogatoires se déroulent en privé, hors de la présence d'un juge ou d'un fonctionnaire du tribunal. L'intervention judiciaire ne devient alors nécessaire que pour trancher les objections survenues en cours d'interrogatoire.

Pour les instances introduites depuis le 1er octobre 1995, il faut aussi tenir compte de la procédure de dépôt des pièces. Celle-ci n'a lieu techniquement qu'à l'audience, après un avis de dénonciation à ce sujet dans les délais prescrits par l'art. 331.8 *C.p.c.* Suivant ces règles, même lorsqu'une partie entend produire l'interrogatoire, il ne fera partie du dossier qu'à partir de l'audience. (Voir Ducharme, *L'administration de la preuve*, *op. cit.*, p. 296-298.)

F. *Le caractère exploratoire de l'interrogatoire préalable*

L'évolution de ces règles confirme que l'interrogatoire préalable en procédure civile québécoise est devenu essentiellement exploratoire, malgré certaines opinions contraires. (Voir notamment

in particular L. Ducharme, "La proclamation de l'existence en droit québécois de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité: Lac d'Amiante, une décision judiciaire erronée" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 435.) Examination on discovery in Quebec civil law has thus become very similar to the common law "discovery".

Common law discovery, like the Quebec procedure, allows the adverse party to obtain information about the case so that he or she can take a position regarding the claim that has been filed. The parties may also try to obtain admissions from their opponents regarding certain aspects of the case.

There are procedural rules regarding discovery in every Canadian province, as well as in the Federal Court. The content of the rules is equivalent, with minor variations.

First there is what is called the "examination for discovery" that takes place after the exchange of pleadings. This procedure is widespread, particularly in the United States and in the Canadian common law provinces. Elsewhere in the Commonwealth, it is available only with a court order. (See G. D. Watson et al., *Civil Litigation Cases and Materials* (4th ed. 1991), at pp. 793-95.) A second form of discovery relates to documents. Each party must prepare a sworn statement listing all documents relevant to the proceedings which the party has in its control or possession. Any adverse party may demand full access to those documents. With the exception of objections based on certain privileges prohibiting disclosure, it appears that a broad range of information may be demanded. (See Watson et al., *supra*, at p. 829.)

On the whole, this procedure does not differ substantially from what now exists in Quebec law. It appears that the preferred approach is a far-reaching and liberal exploration that allows the parties to obtain as complete a picture of the case as possible. In return for this freedom to investigate, an implied obligation of confidentiality has

L. Ducharme, « La proclamation de l'existence en droit québécois de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité : Lac d'Amiante, une décision judiciaire erronée » (2000), 79 *R. du B. can.* 435.) L'examen préalable en droit civil québécois s'est ainsi fortement rapproché de l'examen préalable ou *discovery* en common law.

57 Comme en procédure québécoise, l'examen préalable en common law permet à la partie adverse d'obtenir de l'information sur le dossier pour prendre position à l'égard de la demande introduite. Les parties peuvent aussi tenter d'obtenir des admissions de leurs adversaires sur certains éléments du dossier.

58 Dans chaque province canadienne, ainsi qu'à la Cour fédérale, on trouve des règles de procédure relatives à l'examen préalable. Leur contenu s'équivaut, à l'exception de variations mineures.

59 L'on connaît d'abord l'interrogatoire préalable appelé *examination on discovery* en anglais, qui a lieu après l'échange des procédures écrites. Cette procédure est répandue surtout aux États-Unis et dans les provinces canadiennes de common law. Ailleurs dans le Commonwealth, elle n'intervient que sur ordonnance. (Voir G. D. Watson et autres, *Civil Litigation Cases and Materials* (4e éd. 1991), p. 793-795.) Une deuxième forme de l'examen préalable vise les documents. Chaque partie doit préparer une déclaration assermentée dans laquelle elle énumère les documents — sous son contrôle ou en sa possession — ayant rapport avec le litige. Toute partie adverse peut exiger un accès complet à ces documents. Sauf objection fondée sur certains privilèges interdisant la communication, il semble que l'étendue des informations exigibles soit par ailleurs large (voir Watson et autres, *op. cit.*, p. 829).

60 Dans l'ensemble, cette procédure ne diffère pas substantiellement de celle que l'on retrouve maintenant en droit québécois. On semble privilégier une exploration étendue et libérale pour permettre aux parties d'obtenir une vue aussi complète que possible du litige. En contrepartie de cette liberté d'investigation est apparue en jurisprudence une

emerged in the case law, even in cases where the communication is not the subject of a specific privilege. (See in particular W. A. Stevenson and J. E. Côté, *Civil Procedure Guide* (1996), at p. 816.) The aim is to avoid a situation where a party is reluctant to disclose information out of fear that it will be used for other purposes. The aim of this procedure is also to preserve the individual's right to privacy. (See P. Matthews and H. M. Malek, *Discovery* (1992), at p. 252; *Goodman v. Rossi*, *supra*; see also *Sezerman v. Youle* (1996), 135 D.L.R. (4th) 266 (N.S.C.A.), at p. 275; see also, generally, G. D. Cudmore, *Choate on Discovery* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 3-16 to 3-16.8.)

61 It should be noted that this implied obligation of confidentiality does not seem to exist in the United States. Consequently, under American law, the use of documents obtained on discovery is not limited to the proceeding in which the examination was held. A party has a right to disclose them or use them for other purposes, unless the party who communicated them has obtained a court order specially prohibiting such use. (See C. A. Wright, A. R. Miller and R. L. Marcus, *Federal Practice and Procedure* (2nd ed. 1994), vol. 8, at pp. 542-56.)

G. *The Concept of a Sitting and the Development of Quebec Civil Procedure*

62 From the review of the changes that have occurred in the examination on discovery, we get a better idea of the nature of the first objection to recognizing an implied rule of the confidentiality of evidence or information obtained on examinations in Quebec civil procedure. That objection is based on the principle that trials are public. The *Code of Civil Procedure* provides that the sittings of the courts are public unless the court orders that they be held *in camera* in the interests of good morals or public order (art. 13). Moreover, s. 23 of the *Quebec Charter* recognizes the right of every person to a public hearing of his or her case. The principle that the proceedings of the courts are public is unquestionably one of the fundamental values of Canadian procedural law. This case does not question that fundamental principle of procedural law and civil liberties. The problem here is to

obligation implicite de confidentialité, même dans les cas où la communication ne fait pas l'objet d'un privilège spécifique (voir notamment W. A. Stevenson et J. E. Côté, *Civil Procedure Guide* (1996), p. 816). On veut éviter qu'une partie hésite à dévoiler une information par crainte de l'usage accessoire qui en serait fait. Par cette procédure, on entend également préserver le droit des individus à la vie privée. (Voir P. Matthews et H. M. Malek, *Discovery* (1992), p. 252; *Goodman c. Rossi*, précité; voir également *Sezerman c. Youle* (1996), 135 D.L.R. (4th) 266 (C.A.N.-É.), p. 275; voir aussi de façon générale G. D. Cudmore, *Choate on Discovery* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 3-16 à 3-16.8.)

Notons que cette obligation implicite de confidentialité ne semble pas exister aux États-Unis. Par conséquent, en droit américain, l'utilisation des documents obtenus lors de l'examen préalable n'est pas limitée au litige au cours duquel l'examen a eu lieu. Une partie jouit du droit de les divulguer ou de les utiliser à d'autres fins, à moins que la partie qui les a communiqués n'ait obtenu un ordre spécifique du tribunal qui interdit une telle utilisation de ces pièces. (Voir C. A. Wright, A. R. Miller et R. L. Marcus, *Federal Practice and Procedure* (2e éd. 1994), vol. 8, p. 542-556.)

G. *La notion d'audience et l'évolution de la procédure civile québécoise*

L'évolution de la procédure d'interrogatoire préalable permet de mieux cerner la première objection à la reconnaissance d'une règle implicite de confidentialité du contenu des interrogatoires en procédure civile québécoise. Cette objection est fondée sur le principe de la publicité des procès. Le *Code de procédure civile* dispose que les audiences des tribunaux sont publiques, sauf lorsque le tribunal ordonne le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public (art. 13). De plus, l'art. 23 de la *Charte québécoise* reconnaît le droit de toute personne à une audition publique de sa cause. Ce principe de la publicité des débats judiciaires relève incontestablement des valeurs fondamentales du droit procédural canadien. Cette affaire ne remet pas en cause ce principe fondamental du droit judiciaire et des libertés civiles. Le problème consiste à déterminer si l'interrogatoire

determine whether an examination on discovery is always a sitting of the court.

In concluding that an examination on discovery is part of a sitting within the meaning of art. 13 *C.C.P.* and must therefore continue to be public, the appellants rely on a group of decisions from the Quebec Court of Appeal. (See *Scotia McLeod v. Champagne*, *supra*; *Bourse de Montréal v. Scotia McLeod*, *supra*; *General Instrument Corp. v. Tee-Comm Electronics Inc.*, *supra*.) While there certainly are judgments of the Court of Appeal to that effect, the need for a different solution is apparent from the changes that have occurred in civil procedure, which have expanded the exploratory nature of the examination on discovery procedure and, as a general rule, have made it private. The examination takes place under the control of the parties, outside the court and with no involvement on the part of the court, other than in exceptional cases. The rule providing for an implied undertaking of confidentiality recognizes that the examination on discovery corresponds to a period when there is limited disclosure of information, which remains private at that stage.

When an examination on discovery is held, confidentiality is weakened. The information becomes accessible to the adverse party. However, it does not become a part of the court record and does not enter into the proceedings between the parties as long as the trial has not commenced and the adverse party has not entered it in evidence. It is therefore appropriate to recognize that the examination is subject to an obligation of confidentiality, which is binding on the party who obtains the information, for the protection of the opposing party. That confidentiality governs the stage prior to the court record being created, in respect of both the opposing party and the court, which in this context must be able to rely on the proper application of the rule of confidentiality (*Robinson v. Films Cinar Inc.*, [2001] Q.J. No. 2515 (C.A.) (QL)). The court ultimately still retains control over the performance of the undertaking and any problems that arise as a result of such performance. In extreme cases, breach of this obligation may lead to a penalty being imposed for contempt

préalable constitue toujours une audience des tribunaux.

63 Pour conclure que l'interrogatoire préalable fait partie d'une audience au sens de l'art. 13 *C.p.c.* et doit ainsi rester public, les appelantes s'appuient sur un groupe d'arrêts de la Cour d'appel du Québec. (Voir *Scotia McLeod c. Champagne*, précité; *Bourse de Montréal c. Scotia McLeod*, précité; *General Instrument Corp. c. Tee-Comm Electronics Inc.*, précité.) S'il est certain que l'on trouve des arrêts de la Cour d'appel dans ce sens, la nécessité d'une autre solution se dégage de l'évolution de la procédure civile. Celle-ci a renforcé le caractère exploratoire du régime de l'interrogatoire préalable, et lui a conféré un caractère privé en règle générale. L'interrogatoire se déroule sous le contrôle des parties et hors de la présence et de l'intervention du tribunal, sauf exception. La règle de l'engagement implicite de confidentialité reconnaît que l'interrogatoire préalable correspond à une période de divulgation limitée d'une information qui demeure en principe privée à cette étape.

64 Par la tenue de l'interrogatoire, la confidentialité se trouve fragilisée. L'information devient accessible à la partie adverse. Cependant, elle ne fait pas partie du dossier du tribunal et ne devient pas un élément du débat entre les parties tant que le procès n'est pas engagé et que la partie adverse ne l'a pas déposée en preuve. Il est ainsi approprié de reconnaître que l'interrogatoire est soumis à une obligation de confidentialité. Celle-ci lie la partie qui obtient les informations, pour la protection de son adversaire. Cette confidentialité gouverne l'étape préalable de la constitution de l'éventuel dossier judiciaire, à l'égard de cet adversaire et du tribunal qui, dans ce contexte, doit pouvoir compter sur l'application correcte de la règle de confidentialité (*Robinson c. Films Cinar Inc.*, [2001] J.Q. nº 2515 (C.A.) (QL)). La cour conserve ultimement le contrôle de l'exécution de cet engagement et des problèmes que sa mise en œuvre soulèvera. À la limite, une violation de cette obligation pourra conduire à une sanction pour outrage au tribunal, après l'institution des procédures néces-

of court, after the necessary proceedings are instituted to establish that a breach of the confidentiality rule has occurred or to prevent or stop such a breach.

65 Adopting this rule means that although confidentiality is compromised to some extent at the stage of examination on discovery, there is still a degree of protection of privacy. If the trial never takes place, the information remains confidential. Moreover, when the party who has conducted an examination decides not to use the evidence or information obtained for the purposes of the trial, a right to complete confidentiality remains, except for what may be the practical consequences of communicating the information. Because Quebec civil procedure provides for this phase to take place outside the public sphere, the principle of limited confidentiality is consistent with the nature and the purpose of the transmission of information that takes place at the examination.

66 Although the examination is no longer a sitting within the meaning of art. 13 *C.C.P.* or s. 23 of the *Quebec Charter*, it may occasionally take on that nature in certain procedural situations. First, it must always be acknowledged that an examination may take place under the direct control of a judge, as permitted by art. 397 *C.C.P.* (For an example of this kind of situation, see: *Mulroney v. Canada (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 1271.) Second, information obtained at an examination may become part of the court record if objections are made and are then argued before the court. In those cases, the portion of the examination on discovery in question is part of the sitting. Information that is revealed when this happens is therefore not subject to the obligation of confidentiality.

67 Similarly, information obtained in the course of the proceedings provided for in art. 403 *C.C.P.* (admissions of genuineness or correctness of an exhibit) or art. 405 *C.C.P.* (interrogatories upon articulated facts) is not subject to the obligation of confidentiality, because it is part of the sitting. The purpose of those proceedings is to obtain evidence to be used at trial, and they are held under the direct control of the court and its officers. (For

saires pour faire constater, prévenir ou arrêter une atteinte à la règle de confidentialité.

En retenant cette règle, même si la confidentialité est compromise en partie dès l'étape de l'interrogatoire préalable, une certaine protection de la vie privée subsiste. Si le procès n'a jamais lieu, l'information demeure en principe confidentielle. Par ailleurs, lorsque la partie qui procède à un interrogatoire décide de ne pas se servir du contenu de celui-ci pour les fins du procès, le droit à une pleine confidentialité subsiste, sous réserve des conséquences pratiques de la communication de l'information. Puisque la procédure civile québécoise situe cette phase hors de la sphère publique, le principe d'une confidentialité restreinte correspond à la nature et à la finalité de la transmission d'information réalisée au cours de l'interrogatoire.

Si l'interrogatoire ne constitue plus une audience au sens de l'art. 13 *C.p.c.* ou de l'art. 23 de la *Charte québécoise*, certaines situations procédurales peuvent lui donner, à l'occasion, ce caractère. D'abord, il faut toujours retenir la possibilité qu'un interrogatoire se déroule sous le contrôle direct d'un juge, comme le permet l'art. 397 *C.p.c.* (Pour un exemple d'une telle situation, voir : *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 1271.) Ensuite, des éléments d'un tel interrogatoire peuvent être incorporés dans le dossier judiciaire si des objections sont présentées et si un débat s'engage devant le tribunal à leur sujet. Dans ce type de cas, la portion concernée de l'interrogatoire préalable fait partie de l'audience. Les informations révélées à cette occasion ne sont donc pas soumises à l'obligation de confidentialité.

De la même façon, des informations obtenues dans le cadre des procédures prévues aux art. 403 (admissions de la véracité ou de l'exactitude d'une pièce) ou 405 *C.p.c.* (interrogatoires sur faits et articles) ne sont pas soumises à l'obligation de confidentialité car elles font partie de l'audience. Elles visent en effet à obtenir des preuves en vue du procès et se déroulent sous le contrôle direct de la cour et de ses officiers (pour plus de détails sur

more information on these proceedings, see Ferland and Emery, *supra*, at pp. 512-15 and 517-19.) On the other hand, documents obtained from a third party under art. 402 *C.C.P.* are subject to the rule of confidentiality because they are not disclosed at a sitting, like documents communicated under arts. 397 and 398 *C.C.P.*

ces procédures, voir Ferland et Emery, *op. cit.*, p. 512-515 et 517-519). Par contre, les documents obtenus de tiers en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* sont soumis à la règle de confidentialité car ils ne sont pas communiqués au cours d'une audience, tout comme les documents transmis sous l'autorité des art. 397 et 398 *C.p.c.*

H. *The Substantive Authority for the Rule of Confidentiality*

In addition to the authority for the obligation of confidentiality provided by the structure of the *Code of Civil Procedure*, recognition of that obligation is justified by the substantive legal rules set out in the *Quebec Charter* and the *Civil Code of Québec*. Section 5 of the *Quebec Charter* expresses a general recognition of the right to the protection of privacy interest; the importance of that right was affirmed by this Court in *Aubry v. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591. In addition, art. 35 *C.C.Q.* states this principle when it recognizes that every person has a right to the respect of his privacy. Article 36 *C.C.Q.* protects the privacy of a person against the unauthorized use of his or her correspondence and manuscripts by other persons. And art. 37 *C.C.Q.* governs the establishment of files on any person. That article requires that there be a serious reason for establishing a file on another person and that the person establishing the file have the consent of the person concerned or authorization by law:

37. Every person who establishes a file on another person shall have a serious and legitimate reason for doing so. He may gather only information which is relevant to the stated objective of the file, and may not, without the consent of the person concerned or authorization by law, communicate such information to third persons or use it for purposes that are inconsistent with the purposes for which the file was established. In addition, he may not, when establishing or using the file, otherwise invade the privacy or damage the reputation of the person concerned.

Examination on discovery is a procedure by which a file is established on a person. It allows for information and documents that are still private at that point to be obtained from a party. There is a reason for doing this. The reason arises from the

H. *Les fondements substantiels de la règle de confidentialité*

68 En plus des fondements que la structure du *Code de procédure civile* donne à l'obligation de confidentialité, des règles de droit substantiel prévues par la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* en justifient la reconnaissance. L'article 5 de la *Charte québécoise* reconnaît de façon générale le droit à la protection des intérêts de vie privée, dont notre Cour a confirmé l'importance dans l'arrêt *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591. Par ailleurs, l'art. 35 *C.c.Q.* précise ce principe en reconnaissant que toute personne a droit au respect de sa vie privée. L'article 36 *C.c.Q.* protège des atteintes à la vie privée d'une personne par l'utilisation non autorisée de sa correspondance et de ses manuscrits par d'autres personnes. Enfin, l'art. 37 *C.c.Q.* encadre la constitution de dossiers sur le compte d'une personne. Ce dernier article exige l'identification d'un intérêt sérieux pour constituer un dossier sur une personne, ainsi que l'obtention du consentement de l'intéressé ou d'une autorisation législative :

37. Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements pertinents à l'objet déclaré du dossier et elle ne peut, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec celles de sa constitution; elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter autrement atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation.

69 L'interrogatoire préalable constitue une procédure de constitution d'un dossier sur une personne. Il permet d'obtenir des informations et des documents qui, pour une partie, se situent encore dans la sphère privée. L'intérêt à ce faire existe. Il est

commencement of the legal proceeding, in which a litigant has a right to defend himself or herself effectively, in accordance with the applicable legal rules. At the same time, both art. 37 and the other relevant provisions of the *Civil Code of Québec* and the *Quebec Charter* emphasize that the fact that a party may have a valid reason for establishing a file does not mean that the right to protection of the privacy or confidentiality of documents completely disappears. It continues to exist to the extent possible, subject to communication of the information needed for the conduct of the judicial proceeding. The examination on discovery is therefore subject to privacy principles and to an implied obligation of confidentiality.

70 Of course, the right to confidentiality will end if the adverse party decides to actually use the evidence or information obtained on discovery, when that party chooses to use all or part of it in his or her own case. The legislative intent that information be communicated in a civil trial will then prevail, to ensure that the system is transparent. On the other hand, at the examination on discovery stage, concern for transparency is not an issue because the examination is not a sitting of the courts. It is therefore legitimate in that case to give greater weight to the privacy interest, by imposing the obligation of confidentiality on information that is disclosed.

71 Privacy may also be set up against the argument made by the appellants and the interveners representing the media regarding freedom of information. In their view, imposing a rule of confidentiality on examinations on discovery would violate freedom of the press and of information, as guaranteed by the Constitution. However, their argument does not challenge the statutory rules governing examinations on discovery on any constitutional grounds, and relates only to the interpretation of the enactments and the definition of the legal principles governing examinations on discovery.

72 Despite the fundamental importance of the media's right of access to information in a modern democracy, it must be consistent with the principle

créé par l'institution de la procédure judiciaire, au cours de laquelle le plaideur a le droit de se défendre efficacement, conformément aux règles juridiques pertinentes. En même temps, l'art. 37, ainsi que les autres dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* et de la *Charte québécoise*, soulignent que l'intérêt d'une partie à constituer un dossier ne fait pas disparaître en totalité le droit à la protection du caractère privé ou confidentiel des documents. Celui-ci subsiste pour autant que possible, sous réserve de la communication de l'information nécessaire à la conduite de la procédure judiciaire. L'interrogatoire préalable est donc soumis aux principes de la protection de la vie privée et à une obligation implicite de confidentialité.

Certes, ce droit à la confidentialité cédera devant la décision de l'adversaire d'utiliser effectivement le contenu de l'interrogatoire, lorsqu'il choisira d'en faire en tout ou en partie un élément du dossier de sa propre contestation judiciaire. S'imposera alors la volonté législative de communication de l'information au cours du procès civil, à des fins de transparence du système. Par contre, à l'étape d'un interrogatoire préalable, la préoccupation de transparence du système n'entre pas en ligne de compte puisqu'il ne s'agit pas d'une audience des tribunaux. Dans ce cas, il est donc légitime de privilégier l'intérêt de protection de la vie privée à travers l'obligation de confidentialité des renseignements divulgués.

La notion de vie privée est également opposable à l'argument soulevé par les appelantes et par les intervenantes qui représentent les médias, au sujet de la liberté d'information. À leur avis, l'imposition d'une règle de confidentialité des examens préalables violerait la liberté de la presse et de l'information garantie par la Constitution. Leur argumentation ne comporte toutefois aucune contestation constitutionnelle du régime législatif de l'interrogatoire préalable. Elle ne vise que l'interprétation des textes législatifs et la définition des principes juridiques qui encadrent l'interrogatoire préalable.

Malgré son importance fondamentale dans une démocratie moderne, le droit d'accès des médias à l'information doit se concilier avec le principe de

of respect for privacy. As we have seen, an examination on discovery is not part of either the court record or a trial. The content of the examination is therefore not accessible to the public, because it is still, as a general rule, in the private sphere. At that stage, there is no imperative of transparency in the judicial system that would justify taking that information out of the private sphere and making it accessible to the public or the media. It will also be recalled that once the trial begins, and except for the limited number of cases held *in camera* or subject to a publication ban, the media will have broad access to the court records, exhibits and documents filed by the parties, as well as to the court sittings. They have a firm guarantee of access, to protect the public's right to information about the civil or criminal justice systems and freedom of the press and freedom of expression.

respect de la vie privée. Comme nous l'avons vu, l'interrogatoire préalable ne fait partie ni du dossier judiciaire ni d'un procès. Son contenu n'est donc pas accessible au public puisqu'il demeure en principe dans la sphère privée. À cette étape, aucun impératif de transparence du système judiciaire ne justifierait la sortie de cette information du domaine de la vie privée, pour la rendre accessible au public ou aux médias. De plus, on se rappellera qu'une fois le procès amorcé, et sauf les cas limités de huis clos ou d'ordonnance de non publication, les médias jouissent d'un accès étendu aux dossiers des tribunaux, aux pièces et aux documents produits par les parties et aux audiences. Cet accès leur est fermement garanti, pour sauvegarder le droit du public à l'information sur la justice civile ou criminelle et la liberté de la presse et d'expression.

There is an additional statutory foundation that may be cited as authority for the implied obligation of confidentiality in Quebec law. As the respondent in this case argued, using information and documents obtained at an examination on discovery for purposes unrelated to the case may amount to a breach of good faith. The doctrine of abuse of right which is codified in arts. 6 and 7 *C.C.Q.* would then provide an additional basis to justify recognizing the confidentiality rule in Quebec law. (On the doctrine of abuse of right, see J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5th ed. 1998), at p. 127.)

73 Par ailleurs, un point d'ancrage législatif supplémentaire peut être invoqué pour fonder l'obligation implicite de confidentialité en droit québécois. Comme l'a plaidé l'intimée dans la présente cause, l'usage d'informations et de documents obtenus lors d'un interrogatoire préalable, et cela à des fins étrangères à celles du litige, peut équivaloir à un manquement à la bonne foi. En ce sens, la doctrine de l'abus de droit codifiée aux art. 6 et 7 *C.c.Q.* constituerait alors une base supplémentaire sur laquelle la reconnaissance de la règle de la confidentialité en droit québécois serait justifiée (sur la doctrine de l'abus de droit, voir J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5e éd. 1998), p. 127).

There are other judicial policy reasons why it is legitimate to recognize the confidentiality rule. As we have seen, examination on discovery is an exploratory proceeding. As Fish J.A. pointed out in his reasons, the purpose of the examination is to encourage the most complete disclosure of the information available, despite the privacy imperative. On the other hand, if a party is afraid that information will be made public as a result of an examination, that may be a disincentive to disclose documents or answer certain questions candidly, which would be contrary to the proper administration of justice and the objective of full disclosure

74 D'autres motifs de politique judiciaire rendent légitime la reconnaissance de la règle de confidentialité. Le régime de l'interrogatoire préalable, comme nous l'avons vu, revêt un caractère exploratoire. Comme le juge Fish l'a souligné dans son opinion, malgré l'impératif de protection de la vie privée, à cette occasion, cette finalité de l'interrogatoire favorise le dévoilement le plus complet des informations disponibles. Par contre, lorsqu'une partie redoute que des informations soient rendues publiques à la suite d'un tel interrogatoire, cette situation peut l'inciter à ne pas dévoiler des documents ou à ne pas répondre franchement à cer-

of the evidence. Recognizing the implied obligation of confidentiality will reduce that risk, by protecting the party concerned against disclosure of information that would otherwise not have been used in the case in which the examination was held and the information was disclosed.

75 In addition, it is sometimes difficult for a party, at the examination on discover stage, to assess whether information is useful or relevant to the outcome of the case. This creates a problem for the people who are compelled to disclose personal information that is potentially damaging to their interests. It would therefore be surprising if damaging personal information that was communicated at an examination could be used for purposes unrelated to the case, without being used in that case. This is of even greater concern with respect to third parties who are compelled to reveal information at examinations held under art. 398, para. 3 *C.C.P.* when they are not even directly involved in the trial. The rule of confidentiality minimizes those risks and problems.

I. *The Scope of the Rule of Confidentiality*

76 Before concluding, it would seem to be in order to comment on the scope of the rule of confidentiality. The rule applies during the case to both a party and the party's representatives, and it remains applicable after the trial ends. However, there must be some limits on the rule. For instance, the court will retain the power to relieve the persons concerned of the obligation of confidentiality in cases where it is necessary to do so, in the interests of justice. However, the courts will avoid exercising that power too routinely, as to do so would compromise the usefulness of the rule, if not its very existence. For example, the exceptions to the rule of confidentiality must not be used, where a party has obtained information at an examination to enable the party to use that information virtually automatically in other court pro-

taines questions, au détriment de la bonne administration de la justice et de l'objectif de communication complète de la preuve. La reconnaissance de l'obligation implicite de confidentialité réduit ce risque, en protégeant l'intéressé contre la divulgation d'informations qui resteraient par ailleurs inutilisées pour les fins du litige qui a donné lieu à l'interrogatoire, et au cours duquel les informations ont été divulguées.

Par ailleurs, à l'étape de l'interrogatoire préalable, un plaideur évalue parfois difficilement la pertinence et l'utilité des informations pour la résolution du litige. Cela pose un problème à l'égard des personnes qui se voient contraintes de dévoiler des informations personnelles potentiellement préjudiciables à leurs intérêts. On s'étonnerait alors qu'une information personnelle et préjudiciable communiquée au cours d'un interrogatoire serve à des fins externes au litige, sans toutefois être utilisée pour celui-ci. Cette préoccupation s'accroît encore à l'égard des tiers forcés de dévoiler des informations, dans des interrogatoires tenus sous l'autorité de l'art. 398, par. 3 *C.p.c.*, alors qu'ils ne sont pas directement parties au procès. La règle de la confidentialité atténue ces risques et ces problèmes.

I. *L'étendue de la règle de confidentialité*

Avant de conclure, quelques remarques sur l'étendue de la règle de confidentialité paraissent opportunes. Celle-ci s'applique durant le litige à la partie et à ceux qui la représentaient. Elle subsiste, après la fin du procès. Cette règle cependant, doit comporter certaines limites. Ainsi, le tribunal conservera le pouvoir de relever les intéressés de l'obligation de confidentialité dans des cas où cela s'avérera nécessaire dans l'intérêt de la justice. Les tribunaux éviteront cependant d'exercer ce pouvoir de façon trop routinière, ce qui compromettrait l'utilité, sinon l'existence même de la règle. Par exemple, il faudrait éviter que les exceptions à la règle de confidentialité permettent presqu'automatiquement à la partie qui a procédé à l'interrogatoire d'utiliser les informations reçues pour d'autres actions en justice. Cette dernière pratique

ceedings. That practice would be contrary to the public interest and would amount to an abuse of process.

irait à l'encontre de l'intérêt public et constituerait un abus de procédure.

The courts must therefore assess the severity of the harm to the parties involved if the rule of confidentiality were to be suspended, as well as the benefits of doing so. In cases where the harm suffered by the party who disclosed the information seems insignificant, and the benefit to the opposing party seems considerable, the court will be justified in granting leave to use the information. Before using information, however, the party in question will have to apply for leave, specifying the purposes of using the information and the reasons why it is justified, and both sides will have to be heard on the application. The court will determine whether the interests of justice in the information being used in the relations between the parties and, where applicable, in respect of other persons, outweigh the right to keep the information confidential. A number of factors, which cannot be listed exhaustively, will be taken into consideration. Disclosure of all or part of an examination, or of exhibits produced during an examination, may then be approved, in cases where there is an interest at stake that is important to the justice system or the parties. This might be the case, for example, where a party wishes to establish in another trial that a witness has given inconsistent versions of the same fact. (For comparison, see *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp.* (1991), 79 Alta. L.R. (2d) 345 (Q.B.).)

77 Ainsi, les tribunaux devront mesurer la gravité du préjudice pour les parties visées dans l'éventualité d'une suspension de la règle de confidentialité, ainsi que les avantages découlant de celle-ci. Dans les cas où le préjudice subi par la partie qui a communiqué l'information paraît peu significatif et où l'avantage qu'en retirera la partie adverse semble important, le tribunal sera justifié d'accorder l'autorisation d'utiliser l'information. Avant d'employer l'information, la partie concernée devra cependant présenter une demande à cette fin. Cette dernière précisera les buts de l'utilisation et les motifs qui la justifient et sera ensuite débattue contradictoirement. Le tribunal pèsera l'intérêt supérieur de la justice à l'utilisation de l'information dans les relations entre les parties, et le cas échéant, à l'égard des tiers, par rapport au droit de tenir l'information confidentielle. Des facteurs multiples qu'on ne saurait énumérer exhaustivement, seront alors pris en compte. La communication de parties ou de la totalité d'un interrogatoire ou des pièces produites à l'occasion de celui-ci pourra ainsi être acceptée, dans des cas où un intérêt important pour la justice ou les parties sera en jeu. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'il s'agirait de démontrer dans un autre procès qu'un témoin a donné des versions contradictoires d'un même fait. (À titre comparatif, voir *Wirth Ltd. c. Acadia Pipe & Supply Corp.* (1991), 79 Alta. L.R. (2d) 345 (B.R.).)

The rule of confidentiality will apply only to information obtained solely from that examination, however, and not to information that is otherwise accessible to the public. If the information is available to the public from other sources, a party should not be given the burden of applying to the court for leave before using it merely because it was also communicated at an examination on discovery. The obligation of confidentiality applies only to information that would have remained confidential if the examination on discovery had not taken place.

78 Par ailleurs, la règle de confidentialité ne s'appliquera qu'à l'égard des informations obtenues uniquement par cet interrogatoire et qui ne sont pas autrement accessibles au public. Si elles sont disponibles au public par d'autres sources, on ne peut imposer à une partie le fardeau d'une demande d'autorisation au tribunal avant de les utiliser, parce qu'elles ont aussi été communiquées au cours d'un interrogatoire préalable. L'obligation de confidentialité ne s'applique qu'aux informations qui seraient demeurées confidentielles, en l'absence de l'interrogatoire préalable.

V. Conclusion

79 An implied rule of confidentiality at an examination on discovery may therefore be found in Quebec procedural law, based on the changes that have taken place in the institutions of the civil procedure and on privacy principles. The rule of confidentiality, the effects of which are analogous to the principles developed by the common law, may be recognized in Quebec in accordance with the techniques of civil law analysis, based on the fundamental principles around which the civil law and judicial procedure are organized. I would therefore dismiss the appeal and affirm the decision of the Court of Appeal, with costs to the respondent.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Fraser, Milner, Casgrain, Montréal.

Solicitors for the respondent: Woods & Partners, Montréal.

Solicitors for the interveners: Gowling, Lafleur, Henderson, Montréal.

V. Conclusion

Ainsi, une règle implicite de confidentialité au cours d'un interrogatoire préalable se dégage en droit processuel québécois de l'évolution des institutions de la procédure civile et des principes de protection de la vie privée. Cette règle de confidentialité, analogue dans ses effets aux mécanismes juridiques créés par la common law, peut être reconnue au Québec, conformément aux techniques d'une analyse civiliste, à partir des principes fondamentaux qui structurent le droit civil et la procédure judiciaire. Je rejette donc l'appel et confirme l'arrêt de la Cour d'appel, avec dépens en faveur de l'intimée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Fraser, Milner, Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Woods & Partners, Montréal.

Procureurs des intervenantes : Gowling, Lafleur, Henderson, Montréal.

General Manager, Liquor Control and Licensing Branch *Appellant*

v.

Ocean Port Hotel Limited *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba, Her Majesty the Queen in right of Alberta and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: OCEAN PORT HOTEL LTD. *v.* BRITISH COLUMBIA (GENERAL MANAGER, LIQUOR CONTROL AND LICENSING BRANCH)

Neutral citation: 2001 SCC 52.

File No.: 27371.

Hearing and judgment: March 22, 2001.

Reasons delivered: September 14, 2001.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Tribunals — Liquor Appeal Board — Institutional independence — Liquor Control and Licensing Act providing for appointment of Board members "at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council" — In practice, members are appointed for one-year term and serve on a part-time basis — Whether Board members sufficiently independent to render decisions on violations of Act and impose penalties provided — Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1996, c. 267, s. 30.

An initial police investigation and a subsequent investigation by a Senior Inspector with the Liquor Control and Licensing Branch led to allegations that the respondent, which operates a hotel and pub, had committed five infractions of the *Liquor Control and Licensing Act* and Regulations. Following a hearing, another

General Manager, Liquor Control and Licensing Branch *Appelant*

c.

Ocean Port Hotel Limited *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : OCEAN PORT HOTEL LTD. *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (GENERAL MANAGER, LIQUOR CONTROL AND LICENSING BRANCH)

Référence neutre : 2001 CSC 52.

N° du greffe : 27371.

Audition et jugement : 22 mars 2001.

Motifs déposés : 14 septembre 2001.

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

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

Droit administratif — Tribunaux administratifs — Commission d'appel — Indépendance institutionnelle — Liquor Control and Licensing Act prévoyant que les commissaires sont révocables à tout moment au gré du lieutenant-gouverneur en conseil — En pratique, les commissaires sont nommés pour un an et exercent leur charge à temps partiel — Les commissaires jouissent-ils d'une indépendance suffisante pour rendre des décisions sur des contraventions à la loi et prononcer les peines prévues? — Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1996, ch. 267, art. 30.

À la suite d'une enquête de police puis d'une enquête d'un inspecteur principal de la Liquor Control and Licensing Branch, il est allégué que l'intimée, qui exploite un hôtel et un pub, a commis cinq infractions à la *Liquor Control and Licensing Act* et aux règlements. Au terme d'une audience, un autre inspecteur principal

Senior Inspector with the Branch concluded that the allegations had been substantiated and imposed a penalty that included a two-day suspension of the respondent's liquor licence. The respondent appealed to the Liquor Appeal Board by way of a hearing *de novo*. The findings on four of the five allegations were upheld, and the penalty was confirmed. Pursuant to s. 30(2)(a) of the Act, the chair and members of the Board "serve at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council". In practice, members are appointed for a one-year term and serve on a part-time basis. All members but the chair are paid on a *per diem* basis. The chair establishes panels of one or three members to hear matters before the Board "as the chair considers advisable". The Court of Appeal concluded that members of the Board lacked the necessary guarantees of independence required of administrative decision makers imposing penalties and set aside the Board's decision.

Held: The appeal should be allowed and the matter remitted to the British Columbia Court of Appeal to decide the issues which it did not address.

It is well established that, absent constitutional constraints, the degree of independence required of a particular government decision maker or tribunal is determined by its enabling statute. The statute must be construed as a whole to determine the degree of independence the legislature intended. Confronted with silent or ambiguous legislation, courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with principles of natural justice. However, like all principles of natural justice, the degree of independence required of tribunal members may be ousted by express statutory language or necessary implication.

There is a fundamental distinction between administrative tribunals and courts. Superior courts, by virtue of their role as courts of inherent jurisdiction, are constitutionally required to possess objective guarantees of both individual and institutional independence. The same constitutional imperative applies to the provincial courts. Administrative tribunals, by contrast, lack this constitutional distinction from the executive. They are, in fact, created precisely for the purpose of implementing government policy. Implementation of that policy may require them to make quasi-judicial decisions. Given their primary policy-making function, however, it is properly the role and responsibility of Parliament and the legislatures to determine the composition and struc-

de la même direction conclut que les allégations ont été prouvées et impose une suspension de deux jours du permis d'alcool de l'intimée. L'intimée interjette appel *de novo* devant la commission d'appel, la Liquor Appeal Board. Les conclusions sont maintenues à l'égard de quatre des cinq allégations, et la peine est confirmée. En vertu de l'al. 30(2)a) de la Loi, le président et les commissaires « sont révocables à tout moment au gré du lieutenant-gouverneur en conseil ». En pratique, les commissaires sont nommés pour un an et ils exercent leur charge à temps partiel. Tous les commissaires sauf le président touchent une rétribution quotidienne. Le président établit des formations d'un ou trois commissaires, « selon ce qu'il considère indiqué », qui entendent les affaires soumises à la commission. La Cour d'appel conclut que les commissaires n'avaient pas les garanties d'indépendance requises pour des décideurs habilités à prononcer des peines, et annule la décision de la commission.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle statue sur les questions qu'elle n'a pas examinées.

Il est de jurisprudence constante que, en l'absence de contraintes constitutionnelles, le degré d'indépendance requis d'un décideur ou d'un tribunal administratif est déterminé par sa loi habilitante. Il faut interpréter la loi dans son ensemble pour déterminer le degré d'indépendance qu'a voulu assurer le législateur. Confrontés à des lois muettes ou ambiguës, les tribunaux infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle. Toutefois, comme pour tous les principes de justice naturelle, le degré d'indépendance requis des membres du tribunal administratif peut être écarté par les termes exprès de la loi ou par déduction nécessaire.

Il existe une distinction fondamentale entre tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires. Du fait de leur compétence inhérente, les cours supérieures sont constitutionnellement tenues d'offrir des garanties objectives d'indépendance institutionnelle et individuelle. Le même impératif constitutionnel s'applique aux tribunaux provinciaux. Par contre, les tribunaux administratifs ne sont pas constitutionnellement séparés de l'exécutif. Ils sont en fait créés précisément en vue de la mise en œuvre de la politique gouvernementale. Pour remplir cette fonction, ils peuvent être appelés à rendre des décisions quasi judiciaires. Toutefois, vu que leur fonction première est d'appliquer des politiques, il appartient à bon droit au Parlement et aux législatures de déterminer

ture required by a tribunal to discharge the responsibilities bestowed upon it. While tribunals may sometimes attract *Charter* requirements of independence, as a general rule they do not.

The legislature's intention that Board members should serve at pleasure is unequivocal. As such, it does not permit the argument that the statute is ambiguous and hence should be read as imposing a higher degree of independence to meet the requirements of natural justice, if indeed a higher standard is required. Where the intention of the legislature, as here, is unequivocal, there is no room to import common law doctrines of independence. Nor is a constitutional guarantee of independence implicated here. There is no basis upon which to extend the constitutional guarantee of judicial independence that animated the *Provincial Court Judges Reference* to the Liquor Appeal Board. The Board is not a court, nor does it approach the constitutional role of the courts. It is first and foremost a licensing body. The suspension complained of was an incident of the Board's licensing function. Licences are granted on condition of compliance with the Act, and can be suspended for non-compliance. The exercise of power here at issue falls squarely within the executive power of the provincial government.

This Court's conclusion affirming the independence of the Board makes it necessary to remit the case to the Court of Appeal for consideration of the issues it expressly refrained from addressing. Many of these issues directly relate to the validity of the decision at first instance. Since the Court of Appeal will have the benefit of full argument on the nature of the initial hearing and the relevant provisions of the Act, the Court also remits for its consideration the issue of whether this hearing gave rise to a reasonable apprehension of bias and, if so, whether this apprehension was cured by the *de novo* proceedings before the Board.

Cases Cited

Distinguished: *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; **referred to:** *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R.

la composition et l'organisation qui permettront aux tribunaux administratifs de s'acquitter des attributions qui leur sont dévolues. Même si certains tribunaux administratifs peuvent parfois être assujettis aux exigences de la *Charte* relatives à l'indépendance, ce n'est généralement pas le cas.

Le législateur a exprimé sans équivoque l'intention que les commissaires soient nommés à titre amovible. On ne peut donc pas soutenir que la loi est ambiguë et qu'il faut par conséquent l'interpréter comme imposant un degré d'indépendance plus élevé afin de satisfaire aux exigences de la justice naturelle, si tant est qu'une norme plus élevée s'impose. Lorsque, comme en l'espèce, l'intention du législateur est sans équivoque, il n'y a pas lieu d'importer les théories de common law en matière d'indépendance. La présente espèce ne fait pas jouer non plus quelque garantie constitutionnelle d'indépendance. Il n'y a rien dans ce qui sous-tend le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* qui permet d'étendre la garantie constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature à la commission. La commission n'est pas un tribunal judiciaire, et elle est loin de posséder les attributs constitutionnels des tribunaux judiciaires. Sa fonction première est l'octroi de permis. La suspension qui a fait l'objet de la plainte se rattachait à l'exercice de cette fonction. Les permis sont accordés sous réserve du respect de la Loi et peuvent être suspendus en cas d'inobservation. L'exercice du pouvoir en cause procède carrément du pouvoir exécutif du gouvernement provincial.

Vu la conclusion relative à l'indépendance de la commission, il est nécessaire de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle examine les questions qu'elle s'est expressément abstenue d'analyser. Plusieurs de ces questions touchent directement la validité de la décision initiale. Comme la Cour d'appel pourra bénéficier des plaidoiries sur la nature de l'audition initiale et des dispositions applicables de la Loi, la Cour renvoie également à son examen la question de savoir si cette audition créait une crainte raisonnable de partialité et, dans l'affirmative, si les procédures *de novo* devant la commission y ont remédié.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; **arrêts mentionnés :** *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Law Society of Upper Canada c. French*,

767; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; *Innisfil (Corporation of the Township of) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Preston v. British Columbia* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 298; *Re W. D. Latimer Co. and Bray* (1974), 6 O.R. (2d) 129; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*d*).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 23.
Constitution Act, 1867, preamble.
Evidence Act, R.S.B.C. 1996, c. 124, s. 10(3).
Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1979, c. 237 [now R.S.B.C. 1996, c. 267], ss. 2, 3, 20, 30, 37, 38(1)(a) [am. 1986, c. 5, s. 11], 45(2) [am. 1988, c. 43, s. 21], 48.
Liquor Control and Licensing Regulations, B.C. Reg. 608/76, s. 11(3).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 82, 174 D.L.R. (4th) 498, 15 Admin. L.R. (3d) 13, 125 B.C.A.C. 82, 204 W.A.C. 82, [1999] B.C.J. No. 1112 (QL), 1999 BCCA 317, allowing the respondent's appeal from a decision of the Liquor Appeal Board upholding a two-day suspension of the respondent's liquor licence. Appeal allowed.

George H. Copley, Q.C., and *Neena Sharma*, for the appellant.

Howard Rubin and *Peter L. Rubin*, for the respondent.

Donald J. Rennie and *Anne M. Turley*, for the intervener the Attorney General of Canada.

[1975] 2 R.C.S. 767; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; *Innisfil (Municipalité du canton d') c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Ringrose c. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 R.C.S. 814; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Preston c. British Columbia* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 298; *Re W. D. Latimer Co. and Bray* (1974), 6 O.R. (2d) 129; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*d*).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23.
Evidence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 124, art. 10(3).
Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1979, ch. 237 [maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 267], art. 2, 3, 20, 30, 37, 38(1)a) [mod. 1986, ch. 5, art. 11], 45(2) [mod. 1988, ch. 43, art. 21], 48.
Liquor Control and Licensing Regulations, B.C. Reg. 608/76, art. 11(3).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 82, 174 D.L.R. (4th) 498, 15 Admin. L.R. (3d) 13, 125 B.C.A.C. 82, 204 W.A.C. 82, [1999] B.C.J. No. 1112 (QL), 1999 BCCA 317, qui a accueilli l'appel de l'intimée contre une décision de la Liquor Appeal Board qui avait confirmé la suspension de deux jours du permis d'alcool de l'intimée. Pourvoi accueilli.

George H. Copley, c.r., et *Neena Sharma*, pour l'appelant.

Howard Rubin et *Peter L. Rubin*, pour l'intimée.

Donald J. Rennie et *Anne M. Turley*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Dennis W. Brown, Q.C., and *Lucy McSweeney*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Shawn Greenberg and *Rodney G. Garson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Timothy Hurlburt and *Sean McDonough*, for the interveners Her Majesty the Queen in right of Alberta and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This appeal raises a critical but largely unexplored issue of administrative law: the degree of independence required of members sitting on administrative tribunals empowered to impose penalties. As the intervening Attorneys General emphasize, this is an issue that implicates the structures of administrative bodies across the nation.

The Court allowed the appeal at the conclusion of the hearing, with reasons to follow. These are the reasons for judgment.

I. The Background

Ocean Port Hotel Ltd. operates a hotel and pub in Squamish, British Columbia. The RCMP investigated a number of incidents in and around the Ocean Port Hotel and reported that the establishment had not been operating in compliance with the *Liquor Control and Licensing Act*, R.S.B.C. 1979, c. 237 (now R.S.B.C. 1996, c. 267) (the "Act"), the Regulations, and the terms of its liquor licence. Mel Tait, a Senior Inspector with the Liquor Control and Licensing Branch, conducted an investigation into these incidents. This investigation culminated in a hearing, pursuant to s. 20 of the Act, before Peter Jones, another Senior Inspector with the Branch.

Dennis W. Brown, c.r., et *Lucy McSweeney*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Shawn Greenberg et *Rodney G. Garson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Timothy Hurlburt et *Sean McDonough*, pour les intervenants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi soulève une question de droit administratif cruciale mais largement inexplorée : le degré d'indépendance requis des membres siégeant à des tribunaux administratifs habilités à prononcer des peines. Comme l'ont souligné les procureurs généraux intervenants, cette question met en cause la structure d'organismes administratifs dans l'ensemble du pays. 1

La Cour a accueilli le pourvoi à la fin de l'audience, avec motifs à suivre. Voici les motifs de ce jugement. 2

I. Le contexte

Ocean Port Hotel Ltd. exploite un hôtel et un pub à Squamish, en Colombie-Britannique. Dans un rapport d'enquête sur plusieurs incidents survenus à l'hôtel Ocean Port ou à proximité, la GRC a conclu que l'établissement n'avait pas été exploité en conformité avec la *Liquor Control and Licensing Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 237 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 267) (la « Loi »), les règlements et les conditions attachées à son permis d'alcool. Mel Tait, inspecteur principal à la Liquor Control and Licensing Branch (la « direction générale »), a mené une enquête sur ces incidents, laquelle a abouti à la tenue, en vertu de l'art. 20 de la Loi, d'une audience présidée par Peter Jones, autre inspecteur principal à la direction générale. 3

4 At this hearing, Senior Inspector Tait presented information to support the following five allegations of non-compliance:

1. May 12, 1996: An intoxicated person was found within Ocean Port contrary to s. 45(2)(a) and (b) of the Act.
2. May 12, 1996: The intoxicated patron attempted to start a fight contrary to s. 38(1)(a) of the Act.
3. October 4, 1996: Ocean Port failed to comply with s. 37 of the Act by permitting minors to enter and remain within the establishment.
4. October 26, 1996: Ocean Port permitted a patron to become intoxicated contrary to s. 45(2)(a) of the Act.
5. October 26, 1996: Two patrons were observed carrying liquor from Ocean Port contrary to s. 11(3) of the *Liquor Control and Licensing Regulations*, B.C. Reg. 608/76.

5 Senior Inspector Jones concluded that the allegations had been substantiated on a balance of probabilities and imposed a two-day suspension of Ocean Port's liquor licence to be served on a prescribed Friday and Saturday. He also ordered that a sign notifying the public of the suspension be posted in a prominent location. He advised Ocean Port of his decision by letter.

6 Ocean Port appealed this decision to the Liquor Appeal Board by way of a hearing *de novo*. At this hearing, the Board heard evidence on the charges from three RCMP officers and two witnesses for Ocean Port. The Board accepted the evidence of the police officers over that of Ocean Port's witnesses where the evidence differed, finding the officers' evidence more credible and consistent. The Board issued written reasons affirming Senior Inspector Jones' decision with regard to the first, second, third and fifth allegations. It held that the actions of the doorman relied on by Ocean Port did not constitute due diligence. It confirmed the two-day, Friday and Saturday suspension as an appropriate penalty. The panel acknowledged that control of the premises had improved since the appointment of a new general manager, but noted

À l'audience, l'inspecteur principal Tait a produit des informations pour étayer les cinq allégations suivantes de non-conformité :

1. 12 mai 1996 : Une personne en état d'ivresse a été trouvée à l'intérieur de l'hôtel Ocean Port, en contravention des al. 45(2)a) et b) de la Loi.
2. 12 mai 1996 : Le client en état d'ivresse a cherché la bagarre, en contravention de l'al. 38(1)a) de la Loi.
3. 4 octobre 1996 : Ocean Port a omis de se conformer à l'art. 37 de la Loi en permettant que des mineurs entrent dans l'établissement et y demeurent.
4. 26 octobre 1996 : Ocean Port a permis qu'un client s'enivre, en contravention de l'al. 45(2)a) de la Loi.
5. 26 octobre 1996 : Deux clients ont été vus emportant de l'alcool de l'hôtel Ocean Port, en contravention du par. 11(3) des *Liquor Control and Licensing Regulations*, B.C. Reg. 608/76.

L'inspecteur principal Jones a conclu que les allégations avaient été prouvées suivant la prépondérance des probabilités. Il a imposé une suspension de deux jours du permis d'alcool de l'intimé, à appliquer un vendredi et un samedi, et a ordonné l'affichage bien en vue d'un avis public de la suspension. Il a avisé Ocean Port de sa décision par lettre.

Ocean Port a interjeté appel de cette décision devant la Liquor Appeal Board (la « commission ») par voie d'appel *de novo*. À l'audience, la commission a entendu le témoignage de trois agents de la GRC et de deux témoins d'Ocean Port. Elle a retenu le témoignage des agents plutôt que celui des témoins d'Ocean Port sur les points où il y avait divergences, estimant qu'il était plus crédible et cohérent. Dans une décision motivée, la commission a confirmé la décision de l'inspecteur principal Jones sur les première, deuxième, troisième et cinquième allégations. Elle a conclu que les mesures qu'Ocean Port disait avoir été prises par le portier ne constituaient pas une preuve de diligence raisonnable. Elle a confirmé la suspension de deux jours, à appliquer un vendredi et un samedi, qu'elle estimait appropriée. La formation a

that two of the infractions occurred after his appointment.

Ocean Port sought and obtained leave to appeal to the British Columbia Court of Appeal under s. 30(9) of the Act. The Chief Justice of British Columbia stayed the licence suspension pending the resolution of this appeal.

Before the Court of Appeal ((1999), 68 B.C.L.R. (3d) 82, 1999 BCCA 317), Ocean Port argued for the first time that the Board lacked sufficient independence to make the ruling and impose the penalty it had, and that as a result the decision must be set aside. It also objected to the order on the grounds that: (1) the Board relied on hearsay, irrelevant evidence and insufficient evidence to support the allegations against Ocean Port, in contravention of the principles of natural justice and its duty of fairness; (2) the Board erred in law in its application of s. 10(3) of the *Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 124, and (3) the jurisdiction of the General Manager under the Act was limited to matters of compliance and could not ground a decision on an "offence", a power reserved to the courts.

The Court of Appeal, *per* Huddart J.A., held that appointees to the Board lacked the security of tenure necessary to ensure their independence. Huddart J.A. started her analysis by noting the agreement of the parties that the court must be guided by the relevant principles articulated by Gonthier J. in *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919. Although Gonthier J. articulated these principles in relation to s. 23 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, he looked to the common law rules of natural justice and fairness to guide his interpretation of this provision's guarantees of independence and impartiality. Huddart J.A. identified two principles affirmed in *Régie*: (1) governmental decision makers imposing penalties must comply with the requirements of

reconnu que la surveillance des lieux s'était améliorée depuis qu'un nouveau gérant avait été nommé, mais elle a fait observer que deux des infractions étaient postérieures à sa nomination.

7 Ocean Port a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en vertu du par. 30(9) de la Loi. Le Juge en chef de la Colombie-Britannique a sursis à la suspension du permis jusqu'à l'issue de l'appel.

8 Devant la Cour d'appel ((1999), 68 B.C.L.R. (3d) 82, 1999 BCCA 317), Ocean Port a, pour la première fois, allégué que la commission n'avait pas l'indépendance suffisante pour rendre la décision et infliger la peine et, qu'en conséquence, la décision devait être annulée. Ocean Port s'est également opposée à l'ordonnance pour les motifs que : (1) pour étayer les allégations faites contre elle, la commission s'est fondée sur du ouï-dire et sur une preuve non pertinente et insuffisante, en contravention des principes de justice naturelle et de son obligation d'équité; (2) la commission a commis une erreur de droit dans son application du par. 10(3) de l'*Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 124, et (3) la compétence du directeur général en vertu de la Loi se limitait aux questions liées à la conformité et ne pouvait pas fonder une décision sur une « infraction », pouvoir qui est réservé aux tribunaux judiciaires.

9 La Cour d'appel, par la voix du juge Huddart, a conclu que les personnes nommées à la commission n'avaient pas l'inamovibilité nécessaire pour assurer leur indépendance. Le juge Huddart a commencé son analyse en soulignant que les parties convenaient que la cour devait se guider sur les principes dégagés par le juge Gonthier dans *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919. Bien qu'il ait énoncé ces principes en relation avec l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, le juge Gonthier s'est inspiré des règles de justice naturelle et d'équité en common law pour interpréter les garanties d'indépendance et d'impartialité établies dans cette disposition. Le juge Huddart a retenu deux principes exposés dans *Régie* : (1) les décideurs gouverne-

impartiality and independence; and (2) the content of these requirements depends on all of the circumstances, "in particular on the language of the statute under which the agency acts, the nature of the task it performs and the type of decision it is required to make" (*Régie*, at para. 39).

10 Huddart J.A. concluded that the decision to suspend a licence for violation of the Act closely resembles a judicial decision. It is a penalty with serious, albeit purely economic, consequences. In these circumstances, she concluded, the content of the procedural fairness rules, including the requirement of independence, must approach the standards required of a court at common law.

11 Huddart J.A. summarized Ocean Port's complaint about fairness as involving two key issues: the fusion of the General Manager's prosecutorial and adjudicative roles in the senior inspectors and the reliance at both hearings on hearsay evidence. She noted that, had the alleged infractions been prosecuted as criminal offences under s. 48 of the Act, the procedural safeguards available in the Provincial Court may well have resulted in different findings of fact. Further, the maximum fine of $10 000 for conviction of an offence under s. 48 might be less costly than the two-day suspension imposed by the Board. She also noted that this Court, in *Régie*, held that the overlapping duties of senior inspectors gave rise to a reasonable apprehension of bias. However, she concluded that it was unnecessary to resolve the arguments surrounding the decision of Senior Inspector Jones to suspend the licence, since the General Manager had conceded that this initial decision could stand only if the appeal process was valid.

12 This brought her to the focal point of the appeal: Ocean Port's concerns relating to the independence of the Board. Relying on *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, Huddart J.A. noted that institutional independence consists of three core components: security of ten-

mentaux prononçant des peines doivent respecter les exigences d'impartialité et d'indépendance; (2) le contenu de ces exigences dépend de l'ensemble des circonstances « et notamment des termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme agit, de la nature de la tâche qu'il accomplit et du type de décision qu'il est appelé à rendre » (*Régie*, par. 39).

Le juge Huddart a conclu que la décision de suspendre un permis pour violation de la Loi ressemblait beaucoup à une décision judiciaire. Cette sanction a des conséquences graves, bien que purement financières. Dans les circonstances, a-t-elle conclu, le contenu des règles d'équité procédurale, dont l'exigence d'indépendance, est proche des normes requises des cours de common law.

Pour le juge Huddart, la plainte d'Ocean Port touchant l'équité se ramenait à deux questions centrales : la fusion, dans la personne des inspecteurs principaux, des rôles de juge et de poursuivant du directeur général, et l'admission, aux deux audiences, de la preuve par ouï-dire. Elle a fait remarquer que si les contraventions alléguées avaient été poursuivies à titre d'infractions criminelles en vertu de l'art. 48 de la Loi, les garanties procédurales applicables devant la Cour provinciale auraient bien pu mener à des conclusions de fait différentes. De plus, l'amende maximale de 10 000 $ pour une infraction prévue à l'art. 48 pourrait être moins coûteuse que la suspension de deux jours décrétée par la commission. Elle a également noté que notre Cour, dans *Régie*, a conclu que le cumul des fonctions des inspecteurs principaux créait une crainte raisonnable de partialité. Elle a toutefois conclu qu'il n'était pas nécessaire de traiter de la décision de l'inspecteur principal Jones de suspendre le permis, étant donné que le directeur général avait convenu que cette décision initiale ne pouvait être maintenue que si le processus d'appel était valide.

Ceci menait au cœur de l'appel, soit les préoccupations d'Ocean Port touchant l'indépendance de la commission. Se fondant sur *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, le juge Huddart a souligné les trois principales composantes de l'indépendance institu-

ure, financial security and administrative control. Only the first component, security of tenure, was at issue in the present case. She found, upon reviewing the Act and the evidence, that the Board functioned through part-time, fixed-term appointments. Members of the Board could be removed at pleasure, but were entitled to payment for the term of their appointment. The essential question was whether such appointments provided sufficient security of tenure.

Reviewing this Court's decision in *Régie*, Huddart J.A. reasoned that "at pleasure" appointments to administrative agencies such as the Quebec Régie des permis d'alcool and the Liquor Appeal Board, which impose sanctions for violations of statutes, cannot satisfy the requirement of security of tenure. She concluded that the part-time, fixed-term appointments to the Board were indistinguishable from full-time appointments "at pleasure", since a member can in effect be removed (or not assigned to hearings) at the will of the government. As a result, the Board lacked the necessary degree of independence, and its decision was set aside. Since the validity of the decision at first instance hinged on a fair hearing before the Board, that decision was set aside as well. In view of this conclusion, Huddart J.A. did not consider Ocean Port's other grounds of appeal.

The Court of Appeal, *per* Ryan J.A., subsequently granted an order staying the execution of the judgment until this Court refused to grant leave to appeal or, alternatively, granted leave and rendered a decision on the appeal: (1999), 128 B.C.A.C. 130. Leave to appeal was granted by this Court ([2000] 1 S.C.R. xii), and the stay remained in force until the appeal was allowed on March 22, 2001.

II. Legislation

The relevant provisions of the *Liquor Control and Licensing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 267, provide as follows:

tionnelle : l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif. En l'occurrence, seule la première, l'inamovibilité, était en cause. Après examen de la Loi et de la preuve, elle a constaté que la commission procédait par nominations à temps partiel et à durée déterminée. Les commissaires étaient révocables en tout temps mais avaient droit à leur rémunération pour la durée de leur mandat. La question essentielle était de savoir si ces nominations assuraient une inamovibilité suffisante.

13 Considérant la décision de notre Cour dans *Régie*, le juge Huddart estimait que les nominations à titre amovible à des organismes administratifs tels la Régie des permis d'alcools du Québec et la commission d'appel en l'espèce, qui appliquent des sanctions en cas de violation de la loi, ne peuvent satisfaire à l'exigence d'inamovibilité. Elle a conclu qu'il n'y avait pas de différence entre les nominations à la commission pour des mandats à temps partiel et à durée déterminée, et les nominations à temps plein à titre amovible, étant donné qu'un commissaire peut être démis de ses fonctions (ou ne pas être appelé à siéger) au gré du gouvernement. La commission n'avait donc pas le degré d'indépendance nécessaire, et sa décision a été annulée. Étant donné que la validité de la décision en premier ressort dépendait d'une audition équitable devant la commission, cette décision a également été annulée. Vu cette conclusion, le juge Huddart n'a pas examiné les autres moyens d'appel d'Ocean Port.

14 Dans une ordonnance ultérieure, le juge Ryan de la Cour d'appel a sursis à l'exécution du jugement jusqu'à la décision de notre Cour sur l'autorisation de pourvoi ou, si elle était accordée, sur le pourvoi (1999), 128 B.C.A.C. 130. Notre Cour a accordé l'autorisation ([2000] 1 R.C.S. xii) et le sursis est demeuré en vigueur jusqu'au jugement accueillant le pourvoi, prononcé le 22 mars 2001.

II. La loi

15 Les dispositions applicables de la *Liquor Control and Licensing Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 267, sont les suivantes :

2 (1) The Liquor Control and Licensing Branch, as established in the ministry of the minister, is continued.

(2) The branch may grant licences and permits to purchase liquor from the Liquor Distribution Branch for resale and reuse in accordance with this Act and the *Liquor Distribution Act*.

3 (1) The minister, under the *Public Service Act*, must appoint a general manager of the branch and set his or her remuneration.

(2) The general manager must, subject to orders and direction of the minister on matters of general policy,

(a) administer this Act, and

(b) supervise all licensed establishments and manufacturers of liquor.

20 (1) In addition to any other powers the general manager has under this Act, the general manager may, on the general manager's own motion or on receiving a complaint, take action against a licensee for any of the following reasons:

(a) the licensee's failure to comply with a requirement of this Act, the regulations or a term or condition of a licence;

(b) the conviction of the licensee of an offence under the laws of Canada or British Columbia or under the bylaws of a municipality or regional district, if the offence relates to the licensed establishment or the conduct of it;

(c) the persistent failure to keep the licensed establishment in a clean and orderly fashion;

(d) the existence of a circumstance that, under section 16, would prevent the issue of a licence;

(e) the suspension or cancellation of a municipally, regionally, provincially or federally granted licence, permit or certificate that the licensee is required to hold in order to operate the licensed establishment.

(2) If the general manager has the right under subsection (1) to take action against a licensee, the gen-

[TRADUCTION]

2 (1) La Direction générale des permis d'alcool, établie au sein du ministère, est maintenue.

(2) La Direction générale peut délivrer des licences et des permis d'achat d'alcool auprès de la Direction générale de la distribution des boissons alcooliques, pour revente et usage en conformité avec la présente loi et la *Liquor Distribution Act*.

3 (1) Conformément à la *Public Service Act*, le ministre nomme le directeur général et fixe sa rémunération.

(2) Sous réserve des décrets et des directives du ministre touchant des questions d'intérêt général, le directeur général doit

a) appliquer la présente loi;

b) surveiller tous les établissements et les fabricants d'alcool titulaires d'un permis.

20 (1) En plus des autres pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi, le directeur général peut, de sa propre initiative ou à la suite d'une plainte, prendre des mesures contre un titulaire de permis pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

a) le titulaire du permis contrevient à une exigence de la présente loi, des règlements et d'une condition attachée à son permis;

b) le titulaire du permis est déclaré coupable d'une infraction aux lois du Canada ou de la Colombie-Britannique ou aux règlements d'une municipalité et d'un district régional, si l'infraction se rapporte à l'établissement ou à sa gestion;

c) le titulaire du permis omet, de façon répétée, de garder son établissement en bon état de propreté et d'y maintenir l'ordre;

d) une circonstance prévue à l'article 16, empêche la délivrance d'un permis;

e) une licence, un permis ou un certificat, délivré par une autorité municipale, régionale, provinciale ou fédérale et requis pour exploiter l'établissement, a été suspendu ou révoqué.

(2) Dans le cas où le directeur général peut, en vertu du paragraphe (1), prendre une mesure contre le

eral manager may do any one or more of the following, with or without a hearing:

(a) issue a warning to the licensee;

(b) impose terms and conditions on the licensee's licence or rescind or amend existing terms and conditions on the licence;

(c) impose a fine on the licensee within the limits prescribed;

(d) suspend or cancel the licensee's licence, in whole or in part.

(3) Despite subsection (2)(d), the general manager must suspend or cancel a licence held by a person who

(a) has been convicted of an offence against prescribed laws of Canada or British Columbia, or

(b) has been convicted of an offence against this Act, if the person committed the offence within 3 years after being convicted of a previous offence against this Act.

30 (1) The Liquor Appeal Board is continued consisting of a chair and other members the Lieutenant Governor in Council may appoint.

(2) The chair and the members of the appeal board

(a) serve at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council, and

(b) are entitled to

(i) receive the remuneration set by the Lieutenant Governor in Council, and

(ii) be paid reasonable expenses incurred in carrying out their duties as members of the appeal board.

(3) The chair of the appeal board may designate one member as vice chair.

(4) Subject to section 31(6) and (8), the appeal board must hear and determine any matter appealed under section 31.

(5) The chair of the appeal board may establish one or more panels of the appeal board, each consisting of one or 3 members of the appeal board, as

titulaire de permis, il peut, après avoir tenu ou non une audience, appliquer l'une ou plusieurs des sanctions suivantes à l'encontre du titulaire du permis :

a) émettre un avertissement;

b) assujettir son permis à des conditions ou révoquer ou modifier les conditions existantes du permis;

c) lui infliger une amende, dans les limites permises;

d) suspendre ou révoquer, totalement ou partiellement, son permis.

(3) Nonobstant l'alinéa (2)d), le directeur général doit suspendre ou révoquer le permis du titulaire qui a été déclaré coupable

a) d'une infraction aux lois mentionnées du Canada ou de la Colombie-Britannique,

b) d'une infraction à la présente loi, si la personne a commis cette infraction dans les trois années suivant sa déclaration de culpabilité pour une infraction à la présente loi.

30 (1) Est maintenue la Commission d'appel des permis d'alcool, composée d'un président et des commissaires que peut nommer le lieutenant-gouverneur en conseil.

(2) Le président et les commissaires

a) sont révocables à tout moment au gré du lieutenant-gouverneur en conseil et

b) ont droit

(i) de recevoir la rémunération que fixe le lieutenant-gouverneur en conseil,

(ii) d'être remboursés des dépenses raisonnables qu'ils engagent dans l'exécution de leurs fonctions de commissaires.

(3) Le président peut désigner un vice-président.

(4) Sous réserve des paragraphes 31(6) et (8), la commission d'appel connaît de toute question faisant l'objet d'un appel en vertu de l'article 31.

(5) Le président peut établir une ou plusieurs formations, chacune étant composée de un ou de trois commissaires, selon ce qu'il considère indiqué,

the chair considers advisable, to hear any matter that is before the appeal board, and when a panel is established,

(a) the chair must appoint one of the members of the panel to preside at meetings of the panel, and

(b) the panel has the jurisdiction of the appeal board with respect to matters under this Act that come before the appeal board. . . .

pour connaître de toute affaire soumise à la commission d'appel, et lorsqu'une formation est établie,

a) le président doit désigner un des membres de la formation pour en présider les réunions,

b) la formation a la compétence de la commission d'appel à l'égard de toutes les questions soumises à la commission sous le régime de la présente loi. . .

16 The preamble to the *Constitution Act, 1867* provides, in part:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom . . . .

Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* dispose notamment :

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de s'unir en fédération pour former un seul et même dominion sous la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni. . .

III. Issue

17 The issue is whether members of the Liquor Appeal Board are sufficiently independent to render decisions on violations of the Act and impose the penalties it provides. The other grounds raised by the respondent against the validity of the Senior Inspector's initial decision to impose a penalty are not before the Court.

III. Question en litige

La question est de savoir si les commissaires jouissent d'une indépendance suffisante pour rendre des décisions sur des contraventions à la Loi et prononcer les peines qu'elle prévoit. Notre Cour n'est pas saisie des autres moyens que fait valoir l'intimée contre la décision initiale de l'inspecteur principal d'infliger une peine.

IV. Discussion

18 This appeal concerns the independence of the Liquor Appeal Board. The Court of Appeal concluded that members of the Board lacked the necessary guarantees of independence required of administrative decision makers imposing penalties. More specifically, it held that the tenure enjoyed by Board members — appointed "at the pleasure" of the executive to serve on a part-time basis — was insufficiently secure to preserve the appearance of their independence. As a consequence, it set aside the Board's decision in the present case.

IV. Analyse

Le présent pourvoi concerne l'indépendance de la commission. La Cour d'appel a conclu que les commissaires n'avaient pas les garanties d'indépendance requises pour des décideurs habilités à prononcer des peines. Plus précisément, la Cour estimait que les commissaires — nommés « au gré » de l'exécutif pour exercer un mandat à temps partiel — n'avaient pas l'inamovibilité requise pour préserver une apparence d'indépendance. Elle a donc annulé la décision de la commission.

19 The appellant, with the support of the intervening Attorneys General, argues that this reasoning disregards a fundamental principle of law: absent

L'appelant, avec l'appui des procureurs généraux intervenants, fait valoir que ce raisonnement ne tient pas compte d'un principe de droit fonda-

a constitutional challenge, a statutory regime prevails over common law principles of natural justice. The Act expressly provides for the appointment of Board members at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council. The decision of the Court of Appeal, the appellant contends, effectively struck down this validly enacted provision without reference to constitutional principle or authority. In essence, the Court of Appeal elevated a principle of natural justice to constitutional status. In so doing, it committed a clear error of law.

mental : en l'absence de contestation constitutionnelle, le régime prévu par la loi prime sur les principes de justice naturelle de la common law. La Loi prévoit expressément que les commissaires sont nommés à titre amovible par le lieutenant-gouverneur en conseil. Selon l'appelant, la Cour d'appel a invalidé cette disposition validement édictée sans se reporter à un principe ou à une autorité constitutionnels. Essentiellement, la Cour d'appel a érigé un principe de justice naturelle au rang de principe constitutionnel. Ce faisant, elle a commis une erreur de droit manifeste.

This conclusion, in my view, is inescapable. It is well established that, absent constitutional constraints, the degree of independence required of a particular government decision maker or tribunal is determined by its enabling statute. It is the legislature or Parliament that determines the degree of independence required of tribunal members. The statute must be construed as a whole to determine the degree of independence the legislature intended.

20 Cette conclusion est, à mon avis, inéluctable. Il est de jurisprudence constante que, en l'absence de contraintes constitutionnelles, le degré d'indépendance requis d'un décideur ou d'un tribunal administratif est déterminé par sa loi habilitante. C'est la législature ou le Parlement qui détermine le degré d'indépendance requis des membres d'un tribunal administratif. Il faut interpréter la loi dans son ensemble pour déterminer le degré d'indépendance qu'a voulu assurer le législateur.

Confronted with silent or ambiguous legislation, courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with principles of natural justice: *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at p. 503; *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R. 767, at pp. 783-84. In such circumstances, administrative tribunals may be bound by the requirement of an independent and impartial decision maker, one of the fundamental principles of natural justice: *Matsqui*, *supra* (*per* Lamer C.J. and Sopinka J.); *Régie*, *supra*, at para. 39; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405. Indeed, courts will not lightly assume that legislators intended to enact procedures that run contrary to this principle, although the precise standard of independence required will depend "on all the circumstances, and in particular on the language of the statute under which the agency acts, the nature of the task it performs and the type of decision it is required to make": *Régie*, at para. 39.

21 Confrontés à des lois muettes ou ambiguës, les tribunaux judiciaires infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle : *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, p. 503; *Law Society of Upper Canada c. French*, [1975] 2 R.C.S. 767, p. 783-784. En pareilles circonstances, les tribunaux administratifs peuvent être liés par l'exigence d'un décideur indépendant et impartial, un des principes fondamentaux de la justice naturelle : *Matsqui*, précité (le juge en chef Lamer et le juge Sopinka); *Régie*, précité, par. 39; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405. De fait, les tribunaux hésiteront à présumer que les législateurs avaient l'intention d'édicter des procédures contraires à ce principe, bien que le degré précis d'indépendance requis dépendra « de l'ensemble des circonstances, et notamment des termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme agit, de la nature de la tâche qu'il accomplit et du type de décision qu'il est appelé à rendre » : *Régie*, par. 39.

22 However, like all principles of natural justice, the degree of independence required of tribunal members may be ousted by express statutory language or necessary implication. See generally: *Innisfil (Corporation of the Township of) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105. Ultimately, it is Parliament or the legislature that determines the nature of a tribunal's relationship to the executive. It is not open to a court to apply a common law rule in the face of clear statutory direction. Courts engaged in judicial review of administrative decisions must defer to the legislator's intention in assessing the degree of independence required of the tribunal in question.

Toutefois, comme pour tous les principes de justice naturelle, le degré d'indépendance requis des membres du tribunal administratif peut être écarté par les termes exprès de la loi ou par déduction nécessaire. Voir de façon générale : *Innisfil (Municipalité du canton d') c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Ringrose c. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 R.C.S. 814; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105. En dernier ressort, c'est le Parlement ou la législature qui détermine la nature des relations entre le tribunal administratif et l'exécutif. Il n'est pas loisible à un tribunal judiciaire d'appliquer une règle de common law alors qu'il est en présence d'une directive législative claire. Les tribunaux judiciaires siégeant en révision de décisions administratives doivent se reporter à l'intention du législateur pour apprécier le degré d'indépendance requis du tribunal administratif en cause.

23 This principle reflects the fundamental distinction between administrative tribunals and courts. Superior courts, by virtue of their role as courts of inherent jurisdiction, are constitutionally required to possess objective guarantees of both individual and institutional independence. The same constitutional imperative applies to the provincial courts: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (the "*Provincial Court Judges Reference*"). Historically, the requirement of judicial independence developed to demarcate the fundamental division between the judiciary and the executive. It protected, and continues to protect, the impartiality of judges — both in fact and perception — by insulating them from external influence, most notably the influence of the executive: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 69; *Régie*, at para. 61.

Ce principe traduit la distinction fondamentale entre tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires. Du fait de leur compétence inhérente, les cours supérieures sont constitutionnellement tenues d'offrir des garanties objectives d'indépendance institutionnelle et individuelle. Le même impératif constitutionnel s'applique aux tribunaux provinciaux : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »). À l'origine, l'exigence de l'indépendance de la magistrature reposait sur la nécessité de marquer la séparation fondamentale entre les pouvoirs judiciaire et exécutif. Elle protégeait et protège toujours l'impartialité et l'image d'impartialité des juges en les gardant contre toute influence de l'extérieur, plus particulièrement celle de l'exécutif : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 69; *Régie*, par. 61.

24 Administrative tribunals, by contrast, lack this constitutional distinction from the executive. They are, in fact, created precisely for the purpose of implementing government policy. Implementation of that policy may require them to make quasi-

Par contre, les tribunaux administratifs ne sont pas constitutionnellement séparés de l'exécutif. Ils sont en fait créés précisément en vue de la mise en œuvre de la politique gouvernementale. Pour remplir cette fonction, ils peuvent être appelés à rendre

judicial decisions. They thus may be seen as spanning the constitutional divide between the executive and judicial branches of government. However, given their primary policy-making function, it is properly the role and responsibility of Parliament and the legislatures to determine the composition and structure required by a tribunal to discharge the responsibilities bestowed upon it. While tribunals may sometimes attract *Charter* requirements of independence, as a general rule they do not. Thus, the degree of independence required of a particular tribunal is a matter of discerning the intention of Parliament or the legislature and, absent constitutional constraints, this choice must be respected.

des décisions quasi judiciaires. On peut considérer en ce sens qu'ils chevauchent la ligne de partage constitutionnelle entre l'exécutif et le judiciaire. Toutefois, vu que leur fonction première est d'appliquer des politiques, il appartient à bon droit au Parlement et aux législatures de déterminer la composition et l'organisation qui permettront aux tribunaux administratifs de s'acquitter des attributions qui leur sont dévolues. Même si certains tribunaux administratifs peuvent parfois être assujettis aux exigences de la *Charte* relatives à l'indépendance, ce n'est généralement pas le cas. Ainsi le degré d'indépendance exigé d'un tribunal administratif donné est fonction de l'intention du législateur et, en l'absence de contraintes constitutionnelles, il convient de respecter ce choix.

In the present case, the legislature of British Columbia spoke directly to the nature of appointments to the Liquor Appeal Board. Pursuant to s. 30(2)(a) of the Act, the chair and members of the Board "serve at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council". In practice, members are appointed for a one-year term (pursuant to an Order-in-Council), and serve on a part-time basis. All members but the chair are paid on a *per diem* basis. The chair establishes panels of one or three members to hear matters before the Board "as the chair considers advisable": s. 30(5).

25 En l'espèce, la législature de la Colombie-Britannique a traité explicitement de la nature des nominations à la commission. En vertu de l'al. 30(2)a) de la Loi, le président et les commissaires « sont révocables à tout moment au gré du lieutenant-gouverneur en conseil ». En pratique, les commissaires sont nommés pour un an (par décret), et ils exercent leur charge à temps partiel. Tous les commissaires sauf le président touchent une rétribution quotidienne. Le président établit des formations d'un ou trois commissaires qui entendent les affaires soumises à la commission, « selon ce qu'il considère indiqué » : par. 30(5).

The Court of Appeal, *per* Huddart J.A. concluded that this appointment scheme effectively deprived Board members of security of tenure, an essential safeguard of their independence. Relying on *Preston v. British Columbia* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 298, she held that Board members could be removed at pleasure, although they would be entitled to payment for the fixed term of their appointment. In her view, however, the additional protection offered by the fixed term of employment was illusory. Since the chair has an absolute discretion over the composition of hearing panels, it is possible that members might not be assigned to any cases, thus depriving them of work and remuneration. Thus part-time, fixed term appointments to the Board are indistinguishable from appointments "at pleasure". Both raise a reasona-

26 Au nom de la Cour d'appel, le juge Huddart a conclu que ce mode de nomination privait en fait les commissaires de l'inamovibilité, élément essentiel de la garantie d'indépendance. S'appuyant sur *Preston c. British Columbia* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 298, elle a jugé que, même s'ils avaient le droit d'être rétribués pour toute la durée de leur mandat les commissaires étaient révocables à tout moment. À son avis, la protection supplémentaire offerte par la durée fixe de leur mandat était illusoire. Comme le président a le pouvoir discrétionnaire de choisir les formations d'appel, il est possible que des commissaires ne soient choisis pour aucune et soient donc privés de travail et de rémunération. En conséquence, la nomination pour une durée déterminée, à temps partiel, ne se distingue pas d'une nomination à titre amovible. L'une

ble apprehension that Board members may be unduly influenced by the threat of removal should they render unsatisfactory decisions in the eyes of the executive.

27 In my view, the legislature's intention that Board members should serve at pleasure, as expressed through s. 30(2)(a) of the Act, is unequivocal. As such, it does not permit the argument that the statute is ambiguous and hence should be read as imposing a higher degree of independence to meet the requirements of natural justice, if indeed a higher standard is required. It is easy to imagine more exacting safeguards of independence — longer, fixed-term appointments; full-time appointments; a panel selection process for appointing members to panels instead of the Chair's discretion. However, in each case one must face the question: "Is this what the legislature intended?" Given the legislature's willingness to countenance "at pleasure" appointments with full knowledge of the processes and penalties involved, it is impossible to answer this question in the affirmative. Huddart J.A. concluded that the tenure enjoyed by Board members was "no better than an appointment at pleasure" (para. 27). However, this is precisely the standard of independence required by the Act. Where the intention of the legislature, as here, is unequivocal, there is no room to import common law doctrines of independence, "however inviting it may be for a Court to do so": *Re W. D. Latimer Co. and Bray* (1974), 6 O.R. (2d) 129 (C.A.), at p. 137.

28 Part of the problem in this case may be attributable to the Board's apparent concession before the Court of Appeal (at para. 9) that "the court must be guided in its consideration of this appeal by the discussion of the applicable principles" in *Régie*. The Court of Appeal, on this basis, appears to have treated the standards of independence articulated in *Régie* as binding. This overlooks the fact that the requirements of independence in *Régie* emanated from the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, a quasi-constitutional statute. Section 23 of the Quebec *Charter* entrenches the right

et l'autre font naître une crainte raisonnable que les commissaires puissent être indûment influencés par la menace de révocation au cas où ils rendraient des décisions que le pouvoir exécutif juge insatisfaisantes.

À mon avis, le législateur a exprimé sans équivoque à l'al. 30(2)a) de la Loi l'intention que les commissaires soient nommés à titre amovible. On ne peut donc pas soutenir que la loi est ambiguë et qu'il faut par conséquent l'interpréter comme imposant un degré d'indépendance plus élevé afin de satisfaire aux exigences de la justice naturelle, si tant est qu'une norme plus élevée s'impose. On peut facilement imaginer des garanties d'indépendance plus rigoureuses : nominations à durée déterminée de plus longue durée; nominations à temps plein; processus de sélection des commissaires pour les auditions autre que selon le gré du président. Toutefois, la même question se pose toujours : « Est-ce là l'intention du législateur? ». Étant donné que le législateur a permis les nominations à titre amovible en pleine connaissance des processus et des pénalités en cause, il est impossible de répondre par l'affirmative. Le juge Huddart conclut que la nomination des commissaires [TRADUCTION] « ne vaut pas plus qu'une nomination à titre amovible » (par. 27). C'est pourtant précisément la norme d'indépendance que fixe la Loi. Lorsque, comme en l'espèce, l'intention du législateur est sans équivoque, il n'y a pas lieu d'importer les théories de common law en matière d'indépendance [TRADUCTION] « si tentant cela soit-il pour la cour » : *Re W. D. Latimer Co. and Bray* (1974), 6 O.R. (2d) 129 (C.A.), p. 137.

Le problème en l'espèce est en partie attribuable au fait que la commission a apparemment admis devant la Cour d'appel (au par. 9) que [TRADUCTION] « la cour doit, dans le présent appel, se guider sur l'examen des principes applicables » que fait l'arrêt *Régie*. Sur ce point, la Cour d'appel semble s'être estimée liée par les normes d'indépendance exposées dans *Régie*, sans tenir compte du fait que les exigences d'indépendance dans *Régie* résultaient de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, une loi à caractère quasi constitutionnel. L'article 23 de la *Charte*

to a "full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal" (emphasis added). No equivalent guarantee of independence constrains the legislature of British Columbia. The Court of Appeal consequently erred in treating the standard articulated in *Régie* — rather than the will of the legislature — as determinative of the degree of independence required of Board members.

Nor is a constitutional guarantee of independence implicated in the present case. The respondent does not argue that the proceedings before the Board engage a right to an independent tribunal under ss. 7 or 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Instead, it contends that the preamble to the *Constitution Act, 1867* mandates a minimum degree of independence for at least some administrative tribunals. In support, the respondent invokes Lamer C.J.'s discussion of judicial independence in the *Provincial Court Judges Reference*. In that case, Lamer C.J., writing for the majority, concluded that "judicial independence is at root an unwritten constitutional principle . . . recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*" (para. 83 (emphasis in original)). The respondent argues that the same principle binds administrative tribunals exercising adjudicative functions.

With respect, I find no support for this proposition in the *Provincial Court Judges Reference*. The language and reasoning of the decision are confined to the superior and provincial courts. Lamer C.J. addressed the issue of judicial independence; that is, the independence of the courts of law comprising the judicial branch of government. Nowhere in his reasons does he extend his comments to tribunals other than courts of law.

Nor does the rationale for locating a constitutional guarantee of independence in the preamble to the *Constitution Act, 1867* extend, as a matter of principle, to administrative tribunals. Lamer C.J.'s reasoning rests on the preamble's reference to a constitutional system "similar in Principle to that

québécoise consacre le droit de toute personne, « en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé » (je souligne). Aucune garantie d'indépendance équivalente ne limite l'action de la législature de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel a donc jugé à tort que la norme énoncée dans *Régie* — plutôt que la volonté du législateur — déterminait le degré d'indépendance exigé dans le cas des commissaires.

29 Le présent pourvoi ne fait pas jouer non plus quelque garantie constitutionnelle d'indépendance. L'intimée ne soutient pas que l'instance devant la commission fait intervenir le droit à un tribunal indépendant garanti par l'art. 7 ou l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle prétend plutôt que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige un degré minimum d'indépendance pour au moins certains tribunaux administratifs. Elle invoque au soutien de sa thèse l'examen que faisait le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, de l'indépendance de la magistrature dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* : « l'indépendance de la magistrature est à l'origine un principe constitutionnel non écrit, [. . .] [dont l'existence] est reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (par. 83 (souligné dans l'original)). L'intimée affirme que le même principe lie les tribunaux administratifs exerçant des fonctions décisionnelles.

30 Je ne vois malheureusement pas en quoi le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* permet d'affirmer cela. Les termes et le raisonnement de cette décision ne concernent que les cours supérieures et provinciales. Le juge en chef Lamer y étudie la question de l'indépendance de la magistrature, c'est-à-dire des cours de justice formant le pouvoir judiciaire. Ses motifs ne traitent aucunement des tribunaux autres que judiciaires.

31 La raison de fonder la garantie constitutionnelle d'indépendance sur le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas, en principe, aux tribunaux administratifs. Le raisonnement du juge en chef Lamer repose sur la référence dans le préambule à une constitution « semblable dans son

of the United Kingdom". Applied to the modern Canadian context, this guarantee extends to provincial courts (at para. 106):

> The historical origins of the protection of judicial independence in the United Kingdom, and thus in the Canadian Constitution, can be traced to the *Act of Settlement* of 1701. As we said in *Valente*, *supra*, at p. 693, that Act was the "historical inspiration" for the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*. Admittedly, the Act only extends protection to judges of the English superior courts. However . . . judicial independence [has] grown into a principle that now extends to all courts, not just the superior courts of this country.

These comments circumscribe the requirement of independence, as a constitutional imperative emanating from the preamble, to the provincial and superior courts.

32 Lamer C.J. also supported his conclusion with reference to the traditional division between the executive, the legislature and the judiciary. The preservation of this tripartite constitutional structure, he argued, requires a constitutional guarantee of an independent judiciary. The classical division between court and state does not, however, compel the same conclusion in relation to the independence of administrative tribunals. As discussed, such tribunals span the constitutional divide between the judiciary and the executive. While they may possess adjudicative functions, they ultimately operate as part of the executive branch of government, under the mandate of the legislature. They are not courts, and do not occupy the same constitutional role as courts.

33 The Constitution is an organic instrument, and must be interpreted flexibly to reflect changing circumstances: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (P.C.). Indeed, in the *Provincial Court Judges Reference*, Lamer C.J. relied on this principle to extend the tradition of independent superior courts (derived from the constitution of the United Kingdom) to all courts, stating that "our Constitu-

principe à celle du Royaume-Uni ». Dans le contexte de la société canadienne d'aujourd'hui, cette garantie s'étend aux cours provinciales (au par. 106) :

> Les origines historiques de la protection de l'indépendance de la magistrature au Royaume-Uni et, partant, dans la Constitution du Canada, remontent à l'*Act of Settlement* de 1701. Comme nous l'avons dit dans *Valente*, précité, à la p. 693, c'est de cette loi que «s'inspirent historiquement» les dispositions relatives à la magistrature de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut reconnaître que la loi britannique ne protège que les juges des cours supérieures anglaises. Toutefois, [. . .] l'indépendance de la magistrature est devenue un principe qui vise maintenant tous les tribunaux, et non seulement les cours supérieures du pays.

Ces remarques limitent l'exigence d'indépendance, en tant qu'impératif constitutionnel résultant du préambule, aux cours provinciales et supérieures.

Le juge en chef Lamer appuie aussi sa conclusion sur la séparation classique des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. La préservation de cette structure constitutionnelle tripartite, affirme-t-il, commande une garantie constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature. La séparation classique entre le judiciaire et l'exécutif ne mène cependant pas à la même conclusion pour les tribunaux administratifs. Nous avons vu que ces tribunaux chevauchent la ligne de démarcation entre le judiciaire et l'exécutif. Quoiqu'ils exercent une fonction décisionnelle, ils fonctionnent en fin de compte dans le cadre du pouvoir exécutif de l'État, conformément au mandat confié par la législature. Ce ne sont pas des tribunaux judiciaires et ils ne remplissent pas la même fonction constitutionnelle que ceux-ci.

La Constitution est un instrument organique et elle doit être interprétée avec souplesse afin de tenir compte des changements de circonstances : *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (C.P.). En fait, dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, le juge en chef Lamer se fonde sur ce principe pour étendre la tradition des cours supérieures indépendantes (dérivée de la constitution du Royaume-

tion has evolved over time" (para. 106). However, I can find no basis upon which to extend the constitutional guarantee of judicial independence that animated the *Provincial Court Judges Reference* to the Liquor Appeal Board. The Board is not a court, nor does it approach the constitutional role of the courts. It is first and foremost a licensing body. The suspension complained of was an incident of the Board's licensing function. Licences are granted on condition of compliance with the Act, and can be suspended for non-compliance. The exercise of power here at issue falls squarely within the executive power of the provincial government.

Uni) à tous les tribunaux judiciaires, disant que « notre Constitution a évolué avec le temps » (par. 106). Toutefois, je ne vois rien dans ce qui sous-tend le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* qui nous autorise à étendre à la commission la garantie constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature. La commission n'est pas un tribunal judiciaire, et elle est loin de posséder les attributs constitutionnels des tribunaux judiciaires. Sa fonction première est l'octroi de permis. La suspension qui a fait l'objet de la plainte se rattachait à l'exercice de cette fonction. Les permis sont accordés sous réserve du respect de la Loi et peuvent être suspendus en cas d'inobservation. L'exercice du pouvoir en cause procède carrément du pouvoir exécutif du gouvernement provincial.

The respondent argues in the alternative that the Court of Appeal correctly found a reasonable apprehension of bias arising from the initial hearing before Senior Inspector Jones. The real issue before the Court of Appeal, in its view, was whether the appeal proceedings were sufficiently fair to "cure" this defect in the initial hearing. In order to "cure" the apprehension of bias arising from the initial stage, it contends, the Board must be sufficiently independent to provide a fair hearing. In the respondent's submission, a fair hearing can only occur if it comports with the principles of natural justice, even if the tribunal's enabling statute contemplates less stringent guarantees of independence.

34 L'intimée soutient subsidiairement que la Cour d'appel a conclu à bon droit à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité quant à l'audience initiale tenue par l'inspecteur principal Jones. Selon elle, la véritable question soumise à la Cour d'appel était de savoir si la procédure d'appel était suffisamment équitable pour « remédier » à ce vice de la procédure initiale. Pour « remédier » à la crainte de partialité suscitée par cette première procédure, à ce qu'elle affirme, la commission doit être suffisamment indépendante pour assurer une audition équitable. Selon l'intimée, une audition équitable n'est possible que si les principes de justice naturelle sont respectés, même si la loi constitutive du tribunal administratif prévoit des garanties d'indépendance moins strictes.

The complaint against the initial hearing before Senior Inspector Jones was framed as follows by the Court of Appeal (at para. 15):

35 La plainte déposée à l'égard de la procédure initiale devant l'inspecteur principal Jones a été formulée en ces termes par la Cour d'appel (au para. 15) :

> The appellant [Ocean Port Hotel Ltd.] sees in the delegation of some of the functions of the general manager to senior inspectors a breach of the principle of natural justice requiring impartiality of the decision maker. The overlap in their functions as investigator, prosecutor, and decision maker, offends the rule that no one should be the judge in his own cause.

> [TRADUCTION] L'appelante [Ocean Port Hotel Ltd.] estime que la délégation de certaines fonctions du directeur général aux inspecteurs principaux constitue un manquement au principe de justice naturelle qui exige l'impartialité du décideur. Le cumul de leurs fonctions d'enquêteur, de poursuivant et de décideur viole la règle qui interdit d'être à la fois juge et partie.

The respondent contends that the last sentence of this paragraph amounts to a finding of bias by the Court of Appeal. Read in context, however,

36 L'intimée prétend que, par la dernière phrase de ce paragraphe, la Cour d'appel a conclu à la partialité. Or, il ressort du contexte que celle-ci ne con-

this statement was not a finding of bias, but merely a summary of the respondent's argument. In fact, the Court of Appeal declined to decide this issue. Huddart J.A. stated (at para. 18):

> Because the respondent [the General Manager, Liquor Control and Licensing Branch] conceded the decision at first instance could only be upheld if the appeal process was valid, I do not find it necessary to analyse the arguments surrounding the initial decision to suspend. This brings me to the focal point of this appeal, namely the institutional independence of the Liquor Appeal Board. [Emphasis added.]

37 Upon determining that the Board lacked the necessary guarantees of independence, Huddart J.A. concluded as follows (at para. 38):

> The consequence of the absence of independence in the Board is that its decision must be set aside. Because the validity of the decision of Senior Inspector Jones was dependent on a fair hearing review before the Board, that decision too must be set aside. Having reached this conclusion, I need not consider whether the hearings before the Senior Inspector and the Board were unfair because of the lack of evidence to support their findings of fact or their inappropriate reliance on hearsay evidence. Nor need I consider the two discrete issues on which leave was also granted.

38 The Court of Appeal clearly declined to address any of the issues before it except the issue of the Board's independence. Although it set aside the decision of the Senior Inspector, it did so on the strength of a concession attributed to the appellant, rather than a determination that the initial hearing in fact contravened the rule against bias. This concession, as framed by Huddart J.A., was to the effect that "the decision at first instance could only be upheld if the appeal process was valid" (para. 18). It was on this basis, rather than an analysis of the applicable facts and law, that the initial decision was set aside.

39 The appellant does not make the same concession before this Court. Instead, he contends that no reasonable apprehension of bias arose from the initial hearing. Even assuming the initial hearing

cluait pas à la partialité, mais résumait simplement l'argument de l'intimée. En fait, la Cour d'appel s'est abstenue de trancher la question. Le juge Huddart dit ceci (au para. 18) :

> [TRADUCTION] Comme l'intimé [directeur général de la commission] a reconnu que la décision initiale ne pouvait être confirmée que si le processus d'appel était valide, je n'estime pas nécessaire d'analyser les arguments touchant la décision initiale de suspendre. Ce qui m'amène au cœur de l'appel, savoir l'indépendance institutionnelle de la commission d'appel. [Je souligne.]

Ayant déterminé que la commission ne jouissait pas de garanties suffisantes d'indépendance, le juge Huddart conclut en ces termes (au para. 38) :

> [TRADUCTION] La conséquence de l'absence d'indépendance de la commission est que sa décision doit être annulée. Étant donné que la validité de la décision de l'inspecteur principal Jones dépendait d'une révision équitable devant la commission, cette décision doit également être annulée. Ayant ainsi conclu, je n'ai pas à considérer si les auditions qu'ont tenues l'inspecteur principal et la commission étaient inéquitables en raison de l'insuffisance de la preuve étayant leurs conclusions de fait ou de l'inadmissibilité de la preuve par ouï-dire. Je n'ai pas davantage à considérer les deux questions distinctes pour lesquelles l'autorisation d'appel a aussi été accordée.

La Cour d'appel a clairement refusé d'examiner les questions autres que celle de l'indépendance de la commission. Bien qu'elle ait annulé la décision de l'inspecteur principal, elle l'a fait sur la foi d'une admission attribuée à l'appelant, et non parce qu'elle a conclu que l'audition initiale avait dans les faits contrevenu à la règle de l'impartialité. Cette admission, selon la description du juge Huddart, consistait à reconnaître que [TRADUCTION] « la décision initiale ne pouvait être confirmée que si le processus d'appel était valide » (para. 18). C'est sur ce fondement, plutôt que sur une analyse des faits et du droit applicables, que la décision initiale a été annulée.

L'appelant ne fait pas la même admission devant notre Cour. Il soutient au contraire que l'audition initiale n'a donné naissance à aucune crainte raisonnable de partialité. Selon lui, à sup-

might otherwise have offended the rule against bias, he argues, the overlapping of duties performed by senior inspectors was authorized by statute, and consequently cannot be attacked on this basis. Finally, he contends that a finding of bias in the initial hearing would not be fatal in any event, since it was cured by the subsequent *de novo* hearing before the Board.

In my view, there is considerable merit to the appellant's submissions. The mere fact that senior inspectors functioned both as investigators and as decision makers does not automatically establish a reasonable apprehension of bias. The respondent relies on *Régie*, where the Court held that an apprehension of bias arose from the plurality of functions performed by the Régie's lawyers and directors. *Régie*, however, is clearly distinguishable from the case at bar. The apprehension of bias in *Régie* resulted from the possibility of a single officer participating at each stage of the process, from the investigation of a complaint through to the decision ultimately rendered. The central concern in *Régie*, succinctly stated by Gonthier J., was that "prosecuting counsel must in no circumstances be in a position to participate in the adjudication process" (para. 56; see also paras. 54 and 60).

The respondent makes no similar allegations in the present case. Its concern hinges solely on the fact that the Branch's hearing officers were employed by the same authority as its prosecuting officers. However, as Gonthier J. cautioned in *Régie*, "a plurality of functions in a single administrative agency is not necessarily problematic" (para. 47). The overlapping of investigative, prosecutorial and adjudicative functions in a single agency is frequently necessary for a tribunal to effectively perform its intended role: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623. Without deciding the issue, I would note that such flexibility may be appropriate

poser même que l'audition initiale ait pu par ailleurs contrevenir à la règle de l'impartialité, le cumul des fonctions des inspecteurs principaux est autorisé par la loi, et ne peut donc pas être contesté sur cette base. Enfin, soutient-il, conclure qu'il y a eu partialité lors de l'audition initiale ne serait en aucun cas fatal, étant donné que l'audience ultérieure *de novo* devant la commission a remédié à ce vice.

40 À mon avis, les arguments de l'appelant ont beaucoup de force. Le simple fait que les inspecteurs principaux aient exercé des fonctions d'enquêteurs et de décideurs n'établit pas automatiquement une crainte raisonnable de partialité. L'intimée invoque l'arrêt *Régie*, dans lequel la Cour a décidé que le cumul de fonctions des avocats et des régisseurs soulevait une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, une distinction peut de toute évidence être faite entre l'arrêt *Régie* et la présente espèce. La crainte de partialité dans l'affaire *Régie* résultait de la possibilité qu'un seul et même fonctionnaire participe à chaque étape du processus, de l'enquête sur une plainte à la prise de la décision. La préoccupation centrale dans cette affaire, énoncée succinctement par le juge Gonthier, était que « l'avocat poursuivant ne doit sous aucune condition être en mesure de participer au processus d'adjudication » (par. 56; voir aussi les par. 54 et 60).

41 Les allégations de l'intimée en l'espèce sont tout autres. Elle s'inquiète seulement de ce que, à la direction générale, les fonctionnaires chargés des auditions étaient employés par le même organisme comme poursuivants. Toutefois, le juge Gonthier précise bien dans *Régie* que « le cumul de plusieurs fonctions au sein d'un même organisme administratif ne pose pas nécessairement problème » (par. 47). Le cumul de fonctions d'enquête, de poursuite et de décision au sein d'un organisme est souvent nécessaire pour permettre à un tribunal administratif de remplir efficacement son rôle : *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623. Sans trancher la question, je ferais observer qu'une telle flexibilité peut être appropriée dans le cas d'un système d'octroi

in a licensing scheme involving purely economic interests.

42 Further, absent constitutional constraints, it is always open to the legislature to authorize an overlapping of functions that would otherwise contravene the rule against bias. Gonthier J. alluded to this possibility in *Régie*, at para. 47, quoting from the opinion of L'Heureux-Dubé J. in *Brosseau*, *supra*, at pp. 309-10:

> As with most principles, there are exceptions. One exception to the "*nemo judex*" principle is where the overlap of functions which occurs has been authorized by statute, assuming the constitutionality of the statute is not in issue.
>
> . . .
>
> In some cases, the legislator will determine that it is desirable, in achieving the ends of the statute, to allow for an overlap of functions which in normal judicial proceedings would be kept separate. . . . If a certain degree of overlapping of functions is authorized by statute, then, to the extent that it is authorized, it will not generally be subject to the doctrine of "reasonable apprehension of bias" *per se*.

43 Thus, even assuming the plurality of functions performed by senior inspectors would otherwise offend the rule against bias, it may well be that this structure was authorized by the Act at the relevant time.

44 Given the apparent merit of the appellant's submissions, I am reluctant to find the initial decision invalid solely on the basis of a concession that is now denied by the appellant, or at least recanted. This Court, of course, is not bound by concessions on questions of law: *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. However, in the circumstances, I have concluded that it is best to refrain from embarking on an extensive inquiry into the validity of the initial decision, especially in the absence of a considered decision on this issue in the court below. This Court's conclusion affirming the independence of the Board makes it necessary to remit the case to the Court of Appeal for consideration of the issues it expressly refrained from addressing. Many of these issues

de permis mettant en cause des intérêts purement économiques.

En outre, en l'absence de contrainte constitutionnelle, il est toujours loisible au législateur d'autoriser un cumul de fonctions qui contrevient par ailleurs à la règle de l'impartialité. Le juge Gonthier fait allusion à cette possibilité dans l'arrêt *Régie*, au par. 47, en citant les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans *Brosseau*, précité, p. 309-310 :

> Comme la plupart des principes, celui-ci a ses exceptions. Il y a exception au principe «*nemo judex*» lorsque le chevauchement de fonctions est autorisé par la loi, dans l'hypothèse où la constitutionnalité de la loi n'est pas attaquée.
>
> . . .
>
> Dans certains cas, [le législateur] estimera souhaitable, pour atteindre les objectifs de la loi, de permettre un chevauchement de fonctions qui, dans des procédures judiciaires normales, seraient séparées [. . .] Si la loi autorise un certain degré de chevauchement de fonctions, ce chevauchement, dans la mesure où il est autorisé, n'est généralement pas assujetti *per se* à la doctrine de la «crainte raisonnable de partialité».

Ainsi, à supposer même que le cumul des fonctions des inspecteurs principaux contrevienne par ailleurs à la règle de l'impartialité, il est fort possible que cette structure ait été autorisée par la Loi, à l'époque pertinente.

Vu la valeur apparente des arguments de l'appelant, j'hésite à conclure à l'invalidité de la décision initiale uniquement sur la base d'une admission qu'il nie maintenant, ou du moins qu'il désavoue. À l'évidence, notre Cour n'est pas liée par les admissions de droit : *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Dans les circonstances toutefois, j'estime préférable de ne pas entrer dans une analyse approfondie de la validité de la décision initiale, surtout en l'absence de décision étayée sur cette question en Cour d'appel. Vu la conclusion relative à l'indépendance de la commission, il est nécessaire de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle examine les questions qu'elle s'est expressément abstenue d'analyser. Plusieurs de ces questions touchent directement la

directly relate to the validity of the decision at first instance. Since the Court of Appeal will have the benefit of full argument on the nature of the initial hearing and the relevant provisions of the Act, I would also remit for its consideration the issue of whether this hearing gave rise to a reasonable apprehension of bias and, if so, whether this apprehension was cured by the *de novo* proceedings before the Board.

V. Conclusion

The appeal is allowed with costs, the order of the British Columbia Court of Appeal is set aside, and the matter is remitted to the British Columbia Court of Appeal to decide the issues which it did not address.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Howard Rubin, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, 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 Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the interveners Her Majesty the Queen in right of Alberta and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

validité de la décision initiale. Comme la Cour d'appel bénéficiera des plaidoiries sur la nature de l'audition initiale et des dispositions applicables de la Loi, je renverrais également à son examen la question de savoir si cette audition créait une crainte raisonnable de partialité et, dans l'affirmative, si les procédures *de novo* devant la commission y ont remédié.

V. Conclusion

Le pourvoi est accueilli avec dépens, l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulée et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur les questions qu'elle n'a pas examinées. 45

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Howard Rubin, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur des intervenants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Donald Bruce Russell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* RUSSELL

Neutral citation: 2001 SCC 53.

File No.: 27732.

2001: April 19; 2001: September 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Preliminary inquiry — Certiorari — Whether preliminary inquiry judge's committal of accused to trial reviewable on certiorari where it is alleged that judge erred in setting out elements of offence.

Criminal law — Elements of offence — Constructive first degree murder — Whether s. 231(5) of Criminal Code requires that victim of murder and victim of enumerated offence be same person — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

The accused was committed to stand trial for several offences, including forcible confinement and first degree murder. The events took place at the home of S with whom the accused was romantically involved. The accused threatened her with a knife, allegedly sexually assaulted her and tied her up in the bedroom. He then left S and went to the basement where, a few minutes later, he stabbed S's tenant to death. The preliminary inquiry judge held that the accused could be committed to trial for first degree murder, rather than second degree murder, on the basis of s. 231(5) of the *Criminal Code*, which states that murder is first degree if the accused caused the death of another person while committing an offence enumerated under that provision — in this case, forcible confinement. The committal was quashed on *certiorari*, and a committal for second degree murder was substituted on the theory that s. 231(5) requires the victim of the murder and the victim of the enumerated offence to be the same person. The Court of Appeal restored the preliminary inquiry judge's order commit-

Donald Bruce Russell *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* RUSSELL

Référence neutre : 2001 CSC 53.

N° du greffe : 27732.

2001 : 19 avril; 2001 : 14 septembre.

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

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

Droit criminel — Enquête préliminaire — Certiorari — Le renvoi à procès d'un accusé par le juge de l'enquête préliminaire est-il susceptible de révision par voie de certiorari lorsqu'il est allégué que le juge a commis une erreur lorsqu'il a énoncé les éléments de l'infraction?

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Meurtre au premier degré par imputation — L'article 231(5) du Code criminel exige-t-il que la victime du meurtre et la victime de l'infraction en question soient la même personne? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).

L'accusé a été renvoyé pour subir son procès relativement à plusieurs infractions, notamment de séquestration et de meurtre au premier degré. Les événements se sont déroulés dans la maison de S avec qui il avait une liaison amoureuse. L'accusé l'a menacée avec un couteau, l'aurait agressée sexuellement et l'a ligotée dans la chambre à coucher. Il a ensuite laissé S et s'est rendu au sous-sol, où quelques minutes plus tard il a poignardé mortellement le locataire de S. Le juge présidant l'enquête préliminaire a conclu que l'accusé pouvait être renvoyé à procès pour meurtre au premier degré, plutôt que pour meurtre au deuxième degré, en vertu du par. 231(5) du *Code criminel*, selon lequel le meurtre que commet l'accusé est assimilé au meurtre au premier degré si celui-ci a causé la mort d'une autre personne en commettant une infraction mentionnée dans la disposition — en l'espèce, la séquestration. Le renvoi à procès a été annulé dans le cadre d'une demande de *certiorari* et un renvoi à procès pour meurtre au deuxième degré y a été substitué en s'appuyant sur la théorie selon

ting the accused to trial for first degree murder. The court held that, even if the preliminary inquiry judge had erred in his interpretation of s. 231(5), the error constituted an error within his jurisdiction and accordingly was not reviewable on *certiorari*.

Held: The appeal should be dismissed.

If the preliminary inquiry judge erred in holding that s. 231(5) of the *Criminal Code* may apply even where the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same person, such an error is reviewable on *certiorari*. The scope of *certiorari* is very limited, permitting review only where it is alleged that the tribunal has acted in excess of its assigned statutory jurisdiction. It is jurisdictional error for a preliminary inquiry judge to commit an accused to trial where there is no evidence on an essential element of the offence or, as here, in the absence of evidence as to an essential condition of a sentence-classification provision like s. 231. The "while committing" requirement is an essential condition to the application of s. 231(5).

The preliminary inquiry judge did not err in finding that s. 231(5) may apply even where the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same. If the ordinary meaning of the words is consistent with the context in which the words are used and with the object of the Act, then that is the interpretation that should govern. The language of s. 231(5) is clear. The provision does not state that the victim of the murder and the victim of the enumerated offence must be one and the same. It requires only that the accused have killed while committing or attempting to commit one of the enumerated offences. If Parliament had intended to restrict the scope of s. 231(5), it could have done so explicitly. Judgments from this Court dealing with s. 231(5) never intended to foreclose its application to multiple-victim scenarios. None of those previous cases involved multiple-victim scenarios, and the issue was simply not addressed by the Court. Section 231(5) reflects Parliament's determination that murders committed in connection with crimes of domination are particularly blameworthy and deserving of more severe punishment. The expression "while committing or

laquelle le par. 231(5) exige que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée soient la même personne. La Cour d'appel a rétabli l'ordonnance de renvoi de l'accusé à procès pour meurtre au premier degré qu'a délivré le juge de l'enquête préliminaire. La cour a conclu que, même si le juge de l'enquête préliminaire avait commis une erreur d'interprétation du par. 231(5), celle-ci constitue une erreur commise dans l'exercice de sa compétence, qui n'est donc pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Si le juge présidant l'enquête préliminaire a commis une erreur en concluant que le par. 231(5) du *Code criminel* peut s'appliquer même lorsque la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne, une telle erreur est susceptible de révision par voie de *certiorari*. La portée du *certiorari* est très limitée; il permet la révision seulement lorsqu'on reproche à un tribunal d'avoir outrepassé la compétence qui lui a été attribuée par la loi. Commet une erreur de compétence le juge présidant l'enquête préliminaire qui renvoie l'accusé à procès quand il n'y a aucun élément de preuve à l'égard d'un élément essentiel de l'infraction ou, comme en l'espèce, en l'absence d'éléments de preuve sur une condition essentielle d'une disposition classifiant des peines comme l'art. 231. L'exigence de concomitance (« en commettant ») constitue une condition essentielle de l'application du par. 231(5).

Le juge de l'enquête préliminaire n'a pas commis d'erreur en déterminant que le par. 231(5) peut s'appliquer même quand la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne. Si l'acception courante des mots est compatible avec le contexte dans lequel ils sont utilisés et avec l'objet de la loi, c'est cette interprétation qui devrait être appliquée. Le libellé du par. 231(5) est clair. Cette disposition n'énonce pas que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée doivent être la même personne. Elle ne fait qu'exiger que l'accusé ait tué en commettant ou tentant de commettre l'une des infractions énumérées. Si le législateur avait voulu restreindre la portée du par. 231(5), il aurait pu l'indiquer expressément. Les arrêts de notre Cour traitant du par. 231(5) n'ont jamais eu l'intention d'empêcher l'application de celui-ci dans les cas où il y a plus d'une victime. Aucune de ces affaires précédentes ne mettait en cause plus d'une victime, et notre Cour n'a tout simplement pas abordé la question. Le paragraphe 231(5) indique que, de l'avis du législateur, les meurtres commis à l'occasion de crimes de domination sont particulièrement

attempting to commit" requires the killing to be closely connected, temporally and causally, with an enumerated offence. As long as that connection exists, it is immaterial that the victim of the killing and the victim of the enumerated offence are not the same.

In this case, there was sufficient evidence to warrant committing the accused to trial for first degree murder. The existence of a temporal link was conceded, and the preliminary inquiry judge found that the Crown had adduced sufficient evidence to allow a jury to find the requisite causal connection. A preliminary inquiry judge's determination of sufficiency is entitled to the greatest deference; only if there is no evidence on an element of the offence, or on an essential condition of s. 231(5), can a reviewing court vacate the committal. While the jury would be entitled to find that the accused's intention in confronting the tenant was entirely independent of the forcible confinement of S, it would also be entitled to conclude that the accused murdered the tenant to facilitate his forcible confinement of S, or that he forcibly confined S to facilitate his murder of the tenant.

Cases Cited

Applied: *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Quebec (Attorney General) v. Girouard*, [1988] 2 S.C.R. 254; **referred to:** *R. v. Green* (1987), 36 C.C.C. (3d) 137; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *Hawkshaw v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 668; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 81, 81(1)(*c*), 231(2), (5) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 40(2) (Sch. I, item 3)], (6) [ad. 1997, c. 16, s. 3], (6.1) [ad. 1997, c. 23, s. 8], 279, 548(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 101(1)], 577.

répréhensibles et méritent une peine plus sévère. L'expression « en commettant ou tentant de commettre » exige l'existence d'un lien temporel et causal étroit entre le meurtre et une infraction énumérée. Dans la mesure où ce lien existe, il est sans importance que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée soient deux personnes différentes.

En l'espèce, il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le renvoi de l'accusé à procès pour meurtre au premier degré. L'existence d'un lien temporel a été admise, et le juge présidant à l'enquête préliminaire a conclu que le ministère public avait présenté suffisamment d'éléments de preuve pour permettre au jury de conclure à l'existence du lien de causalité requis. Il faut montrer la plus grande retenue à l'égard de la conclusion du juge de l'enquête préliminaire selon laquelle il existe une preuve suffisante; c'est seulement s'il n'y a aucun élément de preuve quant à un élément de l'infraction ou à une condition essentielle du par. 231(5) qu'une cour de révision peut annuler le renvoi. Même si le jury avait le droit de conclure que l'intention qu'avait l'accusé en affrontant le locataire était entièrement indépendante de la séquestration de S, il serait également autorisé à conclure que l'accusé a assassiné le locataire en vue de faciliter la séquestration de S, ou que l'accusé a séquestré S en vue de faciliter la perpétration du meurtre du locataire.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Québec (Procureur général) c. Girouard*, [1988] 2 R.C.S. 254; **arrêts mentionnés :** *R. c. Green* (1987), 36 C.C.C. (3d) 137; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *Hawkshaw c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 668; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 81, 81(1)(*c*), 231(2) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 185 (ann. III (no 7))], (5) [mod. *idem*, art. 40(2) (ann. I (no 3)); mod. ch. 1 (4e suppl.), art. 18 (ann. I (no 5))], (6) [aj. 1997, ch. 16, art. 3], (6.1) [aj. 1997, ch. 23, art. 8], 279, 548(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 101(1)], 577.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 141 C.C.C. (3d) 556, [1999] O.J. No. 4862 (QL), setting aside an order of the Superior Court of Justice (1999), 138 C.C.C. (3d) 533, [1999] O.J. No. 3248 (QL), and restoring an order of the Ontario Court (Provincial Division) committing the accused to stand trial for first degree murder. Appeal dismissed.

P. Andras Schreck and *Mara B. Greene*, for the appellant.

David Finley, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This case raises two important issues, one jurisdictional and the other substantive. The jurisdictional question, stated broadly, is whether a preliminary inquiry judge's committal of an accused to trial is reviewable on *certiorari* where it is alleged that the judge erred in setting out the elements of the offence. The substantive question is whether s. 231(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which states that murder is first degree if the accused caused the death of another person "while committing or attempting to commit" an offence enumerated under that provision, requires that the victim of the murder and the victim of the enumerated offence be the same person. For the following reasons, I conclude that the kind of error alleged by the appellant here is reviewable on *certiorari*, but that the preliminary inquiry judge did not err in finding that s. 231(5) may apply even where the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same.

I. Facts

The appellant was charged with the first degree murder of John Whittaker. He was also charged with the sexual assault, sexual assault with a weapon, forcible confinement, and robbery of the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 141 C.C.C. (3d) 556, [1999] O.J. No. 4862 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (1999), 138 C.C.C. (3d) 533, [1999] O.J. No. 3248 (QL), et rétabli un jugement de la Cour de l'Ontario (Division provinciale) renvoyant l'accusé à procès pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

P. Andras Schreck et *Mara B. Greene*, pour l'appelant.

David Finley, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Deux questions importantes sont soulevées en l'espèce, l'une ayant trait à la compétence et l'autre au fond. Formulée en termes généraux, la question relative à la compétence est de savoir si le renvoi à procès d'un accusé par le juge de l'enquête préliminaire est susceptible de révision par voie de *certiorari* lorsqu'il est allégué que le juge a commis une erreur lorsqu'il a exposé les éléments de l'infraction. La question de fond est de savoir si le par. 231(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, selon lequel le meurtre que commet l'accusé est assimilé au meurtre au premier degré si celui-ci a causé la mort d'une autre personne « en commettant ou tentant de commettre » une infraction mentionnée dans la disposition, exige que la victime du meurtre et la victime de l'infraction en question soient la même personne. Pour les motifs suivants, je conclus que le genre d'erreur alléguée par l'appelant en l'espèce est susceptible de révision par voie de *certiorari*, mais que le juge de l'enquête préliminaire n'a pas commis d'erreur en déterminant que le par. 231(5) peut s'appliquer même quand la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne. 1

I. Les faits

L'appelant a été inculpé du meurtre au premier degré de John Whittaker. Il a également été accusé d'agression sexuelle, d'agression sexuelle armée, de séquestration et de vol qualifié à l'égard de la 2

complainant, Janet Seccombe. The appellant did not contest his committal to trial for all charges listed in the information except for the charge of first degree murder. The only issue at the preliminary inquiry was whether he could be committed to trial for first degree murder rather than second.

3 Seccombe's testimony at the preliminary inquiry was to the following effect. Seccombe met the appellant in 1992, while he was serving a jail term, and began a romantic relationship with him that continued after his release from jail in March of 1997. When Seccombe first met the appellant, Whittaker had been a tenant in her home for approximately 18 years and was "like a brother" to her. Whittaker and the appellant did not get along and were openly hostile toward one another. Whenever the appellant visited Seccombe, Whittaker avoided him by going downstairs to the basement to work on his computer. Whittaker indicated to Seccombe that he would move out if the appellant moved in. Accordingly, the appellant did not move in with Seccombe after his release from jail. Seccombe attributed the hostility between the appellant and Whittaker to the fact that the appellant is black and Whittaker was racist.

4 The relationship between Seccombe and the appellant deteriorated, apparently because the appellant refused to make payments on a car that Seccombe had purchased on his behalf. They had a disagreement on December 24, 1997. On December 28, the appellant called Seccombe and she agreed to go to dinner and exchange Christmas gifts.

5 The appellant arrived at Seccombe's home at around 4:30 p.m. on December 28. Whittaker was at home and in the basement. There is no evidence that the appellant knew Whittaker was in the house. After sharing a bottle of beer with Seccombe, drinking a shot of rum, and giving Seccombe two Christmas gifts, the appellant told Seccombe that he had also purchased a dress for her. He asked her to go upstairs and put it on to wear to

plaignante, Janet Seccombe. L'appelant n'a pas contesté son renvoi à procès quant à l'ensemble des accusations énumérées dans la dénonciation sauf en ce qui concerne l'accusation de meurtre au premier degré. La seule question en litige à l'enquête préliminaire consistait à savoir s'il pouvait être renvoyé à procès pour meurtre au premier degré plutôt que pour meurtre au deuxième degré.

À l'enquête préliminaire, Seccombe a produit le témoignage suivant. Seccombe a rencontré l'appelant en 1992, alors que celui-ci purgeait une peine d'emprisonnement, et a noué une liaison amoureuse avec lui, qui s'est poursuivie après sa libération en mars 1997. Quand Seccombe a rencontré l'appelant pour la première fois, Whittaker était locataire chez elle depuis environ 18 ans et était « comme un frère » pour elle. Whittaker et l'appelant ne s'entendaient pas bien et étaient ouvertement hostiles l'un envers l'autre. Chaque fois que l'appelant rendait visite à Seccombe, Whittaker l'évitait en allant au sous-sol pour travailler sur son ordinateur. Whittaker a averti Seccombe qu'il déménagerait si l'appelant emménageait. Par conséquent, l'appelant n'est pas allé vivre avec Seccombe après sa libération. Seccombe attribuait l'hostilité existant entre l'appelant et Whittaker au racisme de Whittaker envers l'appelant, qui est noir.

La relation entre Seccombe et l'appelant s'est dégradée, apparemment parce que l'appelant refusait d'effectuer les paiements sur une automobile que Seccombe avait achetée en son nom. Ils se sont disputés le 24 décembre 1997. Le 28 décembre, l'appelant a téléphoné à Seccombe et celle-ci a accepté d'aller souper et d'échanger des cadeaux de Noël.

L'appelant est arrivé à la maison de Seccombe vers 16 h 30 le 28 décembre. Whittaker se trouvait au sous-sol. Rien ne prouve que l'appelant savait que Whittaker se trouvait dans la maison. Après avoir partagé une bouteille de bière avec Seccombe, bu une gorgée de rhum et donné deux cadeaux de Noël à Seccombe, l'appelant a dit à Seccombe qu'il lui avait aussi acheté une robe. Il lui a demandé de monter à l'étage et de la mettre

dinner. Seccombe went upstairs, sat on her bed and started to undress.

The appellant followed her into the bedroom, put his arm around her neck, and threatened her with a knife. The appellant told her that he was in an "awful lot of trouble" and needed her car keys, credit card, and personal identification number (PIN). The appellant tied her up on the bed with an extension cord and shoelaces and gagged her. He then went downstairs, returned with a bottle of rum, undressed, untied Seccombe's feet, and allegedly sexually assaulted her. Afterward, he released Seccombe so that she could go to the bathroom. The appellant then tied her up again, this time using a telephone cord. He drank more rum, brought her a beer (removing the gag but threatening Seccombe with the knife), inserted a pornographic movie into the VCR, masturbated, and then again asked for Seccombe's PIN and her daily withdrawal limit. After Seccombe gave him the information, the appellant left the room.

For five to ten minutes the house seemed "really quiet" before Seccombe suddenly heard Whittaker screaming "Oh, my God, oh, no, oh no". After ten to fifteen minutes, the appellant returned to the bedroom, out of breath, with water or sweat pouring down his face. He wiped his knife on Seccombe's night dress, which was on the bed. The doorbell then began to ring continuously. The appellant asked Seccombe if the neighbours were home; she indicated that she did not know. The appellant left the bedroom. Three to four minutes later, a female police officer entered Seccombe's room and untied her.

Seccombe's neighbours testified that they heard a violent struggle taking place in the basement of Seccombe's home. After hearing Whittaker saying, "Stop, you're going to kill me" or "You're going to kill me", they called the police, and an officer was dispatched at 7:14 p.m. Officers arrived at 7:18 p.m.

pour le souper. Seccombe est montée, s'est assise sur son lit et a commencé à se déshabiller.

6 L'appelant l'a suivie dans la chambre, lui a mis le bras autour du cou et l'a menacée avec un couteau. L'appelant lui a dit qu'il avait [TRADUCTION] « énormément de problèmes » et qu'il avait besoin de ses clés d'auto, de sa carte de crédit et de son numéro d'identification personnel (NIP). L'appelant l'a ligotée sur le lit à l'aide d'une rallonge et de lacets de souliers, et il l'a bâillonnée. Ensuite, il est descendu; il est revenu avec une bouteille de rhum, s'est déshabillé, a délié les pieds de Seccombe et l'aurait agressée sexuellement. Après, il a libéré Seccombe pour qu'elle puisse se rendre à la salle de bain. Puis, l'appelant l'a de nouveau ligotée en se servant cette fois d'un fil téléphonique. Il a bu d'autre rhum, a amené une bière à Seccombe (lui retirant le bâillon mais la menaçant avec le couteau), a inséré un film pornographique dans l'appareil à vidéo-cassettes, s'est masturbé et a de nouveau demandé le NIP de Seccombe ainsi que sa limite de retrait quotidienne. Après que Seccombe lui eut fourni ces renseignements, l'appelant a quitté la pièce.

7 Pendant cinq à dix minutes, la maison a semblé [TRADUCTION] « très tranquille » avant que Seccombe n'entende soudainement Whittaker crier [TRADUCTION] « Ô, mon Dieu, oh, non, oh non ». Dix à quinze minutes plus tard, l'appelant est retourné à la chambre, hors d'haleine; de l'eau ou de la sueur lui coulait au visage. Il a essuyé son couteau sur la robe de nuit de Seccombe, se trouvant sur le lit. La sonnette a alors commencé à retentir sans arrêt. L'appelant a demandé à Seccombe si les voisins étaient chez eux, ce à quoi elle a répondu qu'elle ne savait pas. L'appelant a quitté la chambre. Trois à quatre minutes plus tard, une policière est entrée dans la chambre de Seccombe et l'a déliée.

8 Les voisins de Seccombe ont témoigné avoir entendu une violente bagarre se déroulant dans le sous-sol de la maison de Seccombe. Après que Whittaker eut dit [TRADUCTION] « arrête, tu vas me tuer » ou « tu vas me tuer », ils ont appelé la police et un agent a été envoyé à 19 h 14. Les agents sont arrivés à 19 h 18.

9 The appellant met police at the door with a large bump on his forehead. Police found Whittaker in the basement beaten and stabbed to death. He had approximately forty stab wounds from the chest upward on the front and back and had been beaten with a blunt instrument. A wooden mallet was found on the floor near Whittaker's body. The knife was found upstairs in the hall. Seccombe was found tied to the bed. Upon his arrest at the scene, the appellant told the officers, "You guys better call an ambulance . . . because I stabbed him . . . he hit me with a hammer, so I stabbed him."

L'appelant a rencontré les policiers à la porte avec une grosse bosse sur le front. Les policiers ont trouvé Whittaker au sous-sol; celui-ci avait été battu et poignardé mortellement. Il avait environ quarante marques de coups de couteau de la poitrine au haut du corps, à l'avant et à l'arrière et avait été battu à l'aide d'un instrument contondant. Un maillet de bois a été trouvé sur le plancher près du corps de Whittaker. Le couteau a été découvert à l'étage dans le corridor. Seccombe a été trouvée ligotée au lit. Lors de son arrestation sur les lieux du crime, l'appelant a dit aux agents : [TRADUCTION] « Vous devriez appeler une ambulance [. . .] parce que je l'ai poignardé [. . .] il m'a frappé avec un marteau, donc je l'ai poignardé. »

II. Judgments

1. *Ontario Court (Provincial Division)*

10 The only issue at the preliminary inquiry was whether the accused could be committed to trial for first, rather than second, degree murder. The Crown advanced two arguments. First, it argued that the appellant could be committed on the basis of s. 231(5)(*e*) of the *Criminal Code*, which provides that murder is first degree if the accused murdered "while committing" an offence under s. 279 of the *Criminal Code*. Section 279 covers offences of kidnapping and forcible confinement. Second, the Crown argued that the appellant could be committed on the basis of s. 231(2), which states that murder is first degree "when it is planned and deliberate".

11 With regard to the s. 231(5)(*e*) argument, the central question was whether the application of that provision requires that the victim of the murder and the victim of the enumerated offence — in this case, forcible confinement — be the same person. Following the decision of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Green* (1987), 36 C.C.C. (3d) 137, Wake Prov. J., answered the question in the negative. Wake Prov. J. conceded that certain language in this Court's decision in *R. v. Paré*, [1987] 2

II. Les jugements

1. *Cour de l'Ontario (Division provinciale)*

La seule question en litige soulevée à l'enquête préliminaire était de savoir si l'accusé pouvait être renvoyé à procès pour meurtre au premier degré plutôt que pour meurtre au deuxième degré. Le ministère public a avancé deux arguments. Il a prétendu en premier lieu que l'appelant pouvait être renvoyé à procès par application de l'al. 231(5)*e*) du *Code criminel*; en vertu de cette disposition, le meurtre que commet l'accusé est assimilé au meurtre au premier degré si ce dernier l'a perpétré « en commettant » une infraction prévue à l'art. 279 du *Code criminel*. L'article 279 vise les infractions d'enlèvement et de séquestration. Le ministère public a prétendu en deuxième lieu que l'appelant pouvait être renvoyé à procès en vertu du par. 231(2), qui prévoit que le meurtre au premier degré est le meurtre « commis avec préméditation et de propos délibéré ».

Relativement à l'argument fondé sur l'al. 231(5)*e*), il s'agissait avant tout de déterminer si l'application de cette disposition exige que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée — en l'espèce, la séquestration — soient la même personne. Suivant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. c. Green* (1987), 36 C.C.C. (3d) 137, le juge Wake a répondu à cette question par la négative. Le juge Wake a reconnu que certains passages de l'arrêt qu'a rendu notre

S.C.R. 618, suggests that the victim of the murder and the victim of the enumerated offence must be the same. He reasoned, however, that *Paré*'s language merely reflects that in *Paré* itself the victim of the murder and the victim of the enumerated crime were the same. In Wake Prov. J.'s view, "the essence of both *Paré* and *Green* is that [in order to warrant application of s. 231(5)] the underlying offence and the killing must be entwined sufficiently close[ly] in a temporal and causative way". He noted that in this case the accused had conceded that the forcible confinement and the killing had taken place contemporaneously, and he reasoned that a jury could reasonably infer a causal link between the murder and the forcible confinement.

Applying *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, Wake Prov. J. held that there was sufficient evidence to commit the appellant on first degree murder, and that "the question of whether or not there is a rational explanation for that evidence, other than the guilt of the accused, is a question for the jury". Having found that the accused could be committed to trial for first degree murder on the basis of s. 231(5)(*e*), he found it unnecessary to address the Crown's argument under s. 231(2).

2. *Ontario Superior Court of Justice* (1999), 138 C.C.C. (3d) 533

On *certiorari* to the Ontario Superior Court of Justice, Durno J. quashed the committal for first degree murder and substituted a committal for second degree murder, on the theory that s. 231(5) requires the victim of the murder and the victim of the enumerated offence to be the same person. Durno J. noted that in each of the cases in which this Court has examined s. 231(5) since the Alberta Court of Appeal's judgment in *Green*, *supra*, it has employed a "single transaction" concept to determine whether the "while committing" requirement has been satisfied. Durno J. understood *Paré*, *supra*, to stand for the proposition that a murder and another offence could be part of a single transaction only if the murder constitutes the "continuing illegal domination of the victim and the

Cour dans *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, laissaient entendre que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée devaient être la même personne. Toutefois, selon lui, la formulation de l'arrêt *Paré* indiquait tout simplement que, dans cette affaire, la victime du meurtre et la victime du crime énuméré étaient la même personne. D'après le juge Wake, [TRADUCTION] « les arrêts *Paré* et *Green* indiquent essentiellement que, [pour entraîner l'application du par. 231(5)], il doit exister un lien temporel et causal suffisamment étroit entre l'infraction sous-jacente et le meurtre ». Il a souligné qu'en l'espèce l'accusé avait admis la contemporanéité entre la séquestration et le meurtre et il a jugé que le jury pouvait raisonnablement inférer l'existence d'un lien de causalité entre le meurtre et la séquestration.

12 Appliquant l'arrêt *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, le juge Wake a estimé qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour renvoyer l'appelant à procès pour meurtre au premier degré et [TRADUCTION] « qu'il appartient au jury de déterminer si une explication logique autre que la culpabilité de l'accusé a été fournie relativement à cette preuve ». Ayant conclu que l'accusé pouvait être renvoyé à procès pour meurtre au premier degré en vertu de l'al. 231(5)*e*), il a jugé inutile d'aborder l'argument du ministère public fondé sur le par. 231(2).

2. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (1999), 138 C.C.C. (3d) 533

13 Dans le cadre d'une demande de *certiorari* présentée à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, le juge Durno a annulé le renvoi à procès pour meurtre au premier degré et y a substitué un renvoi à procès pour meurtre au deuxième degré en s'appuyant sur la théorie selon laquelle le par. 231(5) exige que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée soient la même personne. Le juge Durno a souligné que dans chaque affaire où notre Cour avait traité le par. 231(5) depuis l'arrêt qu'a rendu la Cour d'appel de l'Alberta dans *Green*, précité, elle avait utilisé la notion d'« une seule affaire » pour déterminer si l'exigence de concomitance (« en commettant ») avait été respectée. Le juge Durno a interprété l'arrêt *Paré*, précité, comme appuyant la proposition selon

exploitation of the position of power created by the underlying offence" (p. 545 (emphasis added)). He reasoned that the "single transaction" concept "requires the continuing domination of the victim with the murder representing the ultimate exploitation of the position of power created by the underlying offence" (p. 546). He concluded that s. 231(5) requires that the victim of the murder and the enumerated offence be the same person.

14 Durno J. then considered whether the committal could be upheld if, on review, it was found that s. 231(5) did not require the victim of the murder and the victim of the enumerated offence to be the same person. He found that, if s. 231(5) could in fact be applied to two-victim scenarios, there was circumstantial evidence which could support an inference of a close causal connection between the murder and the forcible confinement. Citing *Charemski*, *supra*, he noted that "whether there is another rational explanation is a factual determination arising from an evaluation of the evidence which is properly left to the jury" (p. 549). He concluded that, if s. 231(5) could in fact be applied to two-victim scenarios, the preliminary inquiry judge had not erred in committing the accused to trial for first degree murder.

3. *Court of Appeal for Ontario* (1999), 141 C.C.C. (3d) 556

15 Before the Court of Appeal for Ontario, the Crown argued that, even if the preliminary inquiry judge had erred in finding that s. 231(5) could apply where the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same, the error constituted an error within jurisdiction and accordingly was not reviewable on *certiorari*. Finlayson J.A., writing for a unanimous panel, agreed. In his view, the question was answered by this Court's decision in *Quebec (Attorney General) v. Girouard*, [1988] 2 S.C.R. 254 (hereinafter

laquelle un meurtre et une autre infraction peuvent faire partie d'une seule affaire seulement si le meurtre constitue la [TRADUCTION] « domination illégale continue exercée sur la victime et l'exploitation de la position de force créée par l'infraction sous-jacente » (p. 545 (je souligne)). Selon lui, la notion d'« une seule affaire » [TRADUCTION] « exige la domination continue exercée sur la victime, le meurtre constituant l'exploitation ultime de la position de force créée par l'infraction sous-jacente » (p. 546). Il a conclu que le par. 231(5) exigeait que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée soient la même personne.

Le juge Durno a ensuite déterminé si le renvoi pouvait être confirmé s'il était conclu en révision que le par. 231(5) n'exigeait pas que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée soient la même personne. Il a estimé que, si le par. 231(5) pouvait en fait être appliqué aux cas où il y a deux victimes, il existait des éléments de preuve circonstancielle qui permettaient de déduire l'existence d'un lien de causalité étroit entre le meurtre et la séquestration. Citant l'arrêt *Charemski*, précité, il a souligné que [TRADUCTION] « la question de savoir s'il y a une autre explication logique constitue une conclusion de fait découlant de l'appréciation de la preuve qu'il convient de laisser au jury » (p. 549). Il a conclu que, si le par. 231(5) pouvait en fait être appliqué aux cas où il y a deux victimes, le juge de l'enquête préliminaire n'avait pas commis d'erreur en renvoyant l'accusé à procès pour meurtre au premier degré.

3. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 141 C.C.C. (3d) 556

Devant la Cour d'appel de l'Ontario, le ministère public a prétendu que, même si le juge de l'enquête préliminaire avait commis une erreur en concluant que le par. 231(5) pouvait s'appliquer lorsque la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne, cette erreur avait été commise dans l'exercice de sa compétence et n'était donc pas susceptible de révision par voie de *certiorari*. S'exprimant au nom d'une formation unanime, le juge Finlayson était d'accord. Selon lui, notre Cour a tranché cette

"*Tremblay*"), which he took to stand for the proposition that a preliminary inquiry judge's error in interpreting the *Criminal Code* is an error within jurisdiction and therefore unreviewable on *certiorari*. Applying *Tremblay*, *supra*, Finlayson J.A. restored the order of Wake Prov. J. committing the accused to trial for first degree murder.

question dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Girouard*, [1988] 2 R.C.S. 254 (ci-après « *Tremblay* »), qui, à son avis, appuie la proposition qu'une erreur d'interprétation du *Code criminel* de la part du juge de l'enquête préliminaire constitue une erreur commise dans l'exercice de sa compétence, qui n'est donc pas susceptible de révision par voie de *certiorari*. Appliquant l'arrêt *Tremblay*, précité, le juge Finlayson a rétabli l'ordonnance de renvoi de l'accusé à procès pour meurtre au premier degré qu'a délivrée le juge Wake.

III. Legislation

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

231. (1) . . .

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

. . .

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

(*a*) section 76 (hijacking an aircraft);

(*b*) section 271 (sexual assault);

(*c*) section 272 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);

(*d*) section 273 (aggravated sexual assault);

(*e*) section 279 (kidnapping and forcible confinement); or

(*f*) section 279.1 (hostage taking).

548. (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

(*a*) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(*b*) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

III. Les dispositions législatives

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 16

231. (1) . . .

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré.

. . .

(5) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée par cette personne, en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants :

a) l'article 76 (détournement d'aéronef);

b) l'article 271 (agression sexuelle);

c) l'article 272 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles);

d) l'article 273 (agression sexuelle grave);

e) l'article 279 (enlèvement et séquestration);

f) l'article 279.1 (prise d'otage).

548. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit :

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

IV. Issues

17 1. If the preliminary inquiry judge erred in holding that s. 231(5) of the *Criminal Code* may apply even where the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same person, was the error subject to review on *certiorari*?

2. Does s. 231(5) require that the victim of the murder and the victim of the enumerated offence be the same person?

V. Analysis

1. *Jurisdiction*

18 The appellant contends that the preliminary inquiry judge erred in holding that s. 231(5) of the *Criminal Code* may apply even where the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same person. A threshold question on this appeal is whether such an error, if committed, is reviewable on *certiorari*.

19 The scope of review on *certiorari* is very limited. While at certain times in its history the writ of *certiorari* afforded more extensive review, today *certiorari* "runs largely to jurisdictional review or surveillance by a superior court of statutory tribunals, the term 'jurisdiction' being given its narrow or technical sense": *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 99. Thus, review on *certiorari* does not permit a reviewing court to overturn a decision of the statutory tribunal merely because that tribunal committed an error of law or reached a conclusion different from that which the reviewing court would have reached. Rather *certiorari* permits review "only where it is alleged that the tribunal has acted in excess of its assigned statutory jurisdiction or has acted in breach of the principles of natural justice which, by the authorities, is taken to be an excess of jurisdiction": *Skogman*,

IV. Les questions en litige

1. Si le juge de l'enquête préliminaire a commis une erreur en concluant que le par. 231(5) du *Code criminel* peut s'appliquer même lorsque la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne, cette erreur était-elle susceptible de révision par voie de *certiorari*?

2. Le paragraphe 231(5) exige-t-il que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée soient la même personne?

V. Analyse

1. *La compétence*

L'appelant soutient que le juge de l'enquête préliminaire a commis une erreur en concluant que le par. 231(5) du *Code criminel* peut s'appliquer même lorsque la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne. Dans le présent pourvoi, la question préliminaire consiste à savoir si une telle erreur (s'il y a erreur) est susceptible de révision par voie de *certiorari*.

La portée de la révision par voie de *certiorari* est très limitée. Même si à certains moments de son histoire, le bref de *certiorari* permettait une révision plus poussée, le *certiorari* d'aujourd'hui « permet dans une large mesure d'obtenir qu'une cour supérieure contrôle la façon dont les tribunaux établis en vertu d'une loi exercent leur compétence; dans ce contexte, il s'agit de "compétence" au sens restreint ou strict » : *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 99. Par conséquent, la révision par voie de *certiorari* n'autorise pas une cour de révision à annuler la décision du tribunal constitué par la loi simplement parce que ce tribunal a commis une erreur de droit ou a tiré une conclusion différente de celle que la cour de révision aurait tirée. Au contraire, le *certiorari* permet la révision « seulement lorsqu'on reproche à ce tribunal d'avoir outrepassé la compétence qui lui a été attribuée par la loi ou d'avoir violé les principes de justice naturelle, ce qui, d'après la jurisprudence, équivaut à un abus de compétence » : *Skogman*,

supra, at p. 100 (citing *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268).

With respect to preliminary inquiries held under s. 548 of the *Criminal Code*, the reasons for limiting the scope of supervisory remedies is clear. While the preliminary inquiry also affords defence counsel the opportunity to assess the nature and strength of the case against his or her client, its primary purpose is to ascertain whether there is sufficient evidence to warrant committing the accused to trial: *Skogman*, *supra*, at p. 106 (citing G. Arthur Martin, Q.C.: "Preliminary Hearings", Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1955), p. 1); *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, at pp. 373-74. Critically, the preliminary inquiry is not meant to determine the accused's guilt or innocence. That determination is made at trial. The preliminary inquiry serves a screening purpose, and it is not meant to provide a forum for litigating the merits of the case against the accused. The limited scope of supervisory remedies reflects the limited purpose of the preliminary inquiry.

In my view, the appellant here alleges a jurisdictional error reviewable on *certiorari*. The result follows directly from our decision in *Skogman*, *supra*, which raised the question of whether it is jurisdictional error for a preliminary inquiry judge to commit an accused to trial where there is no evidence on an essential element of the offence. Estey J. answered that question in the affirmative. "'No evidence' on an essential element of the charge", he held, "cannot amount to 'sufficient evidence'", and s. 548 of the *Criminal Code* authorizes the committal of an accused to trial only if there is "sufficient evidence": *Skogman*, at p. 104. Thus, "[w]here the record . . . does not include evidence relating to each essential element of the charge brought against the accused, a committal of the accused to stand trial can be brought forward by

précité, p. 100 (citant l'arrêt *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268).

20 Pour ce qui est des enquêtes préliminaires tenues en vertu de l'art. 548 du *Code criminel*, les motifs de restriction de la portée des moyens de contrôle sont clairs. Bien que l'enquête préliminaire fournisse aussi à l'avocat de la défense l'occasion de déterminer à la fois la nature et le poids des éléments de preuve recueillis contre son client, son objet principal consiste à déterminer s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le renvoi de l'accusé à son procès : *Skogman*, précité, p. 106 (citant G. Arthur Martin, c.r. : « Preliminary Hearings », Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1955), p. 1); *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, p. 373-374. Fait très important à souligner, l'enquête préliminaire ne vise pas à déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Cette détermination a lieu au procès. L'enquête préliminaire a pour objet la vérification préalable et n'est pas censée fournir une tribune où se plaide le bien-fondé de la preuve recueillie contre l'accusé. La portée restreinte des moyens de contrôle reflète l'objet limité de l'enquête préliminaire.

21 J'estime que, en l'espèce, l'appelant allègue l'existence d'une erreur de compétence susceptible de révision par voie de *certiorari*. Cette conclusion découle directement de l'arrêt qu'a rendu notre Cour dans *Skogman*, précité. L'arrêt *Skogman* a soulevé la question de savoir si le juge de l'enquête préliminaire commet une erreur de compétence lorsqu'il renvoie l'accusé à procès quand il n'y a aucun élément de preuve à l'égard d'un élément essentiel de l'infraction. Le juge Estey a répondu à cette question par l'affirmative. Il a conclu que « "[l]'absence d'éléments de preuve" concernant un élément essentiel de l'accusation [. . .] ne peut équivaloir à une "preuve suffisante" » et que l'art. 548 du *Code criminel* permet le renvoi d'un accusé à son procès seulement s'il y a une « preuve suffisante » : *Skogman*, p. 104. En conséquence, « [l]orsque le dossier [. . .] ne contient pas d'éléments de preuve concernant chaque élément essentiel de l'accusation portée contre l'accusé, le renvoi d'un accusé à son procès peut être soumis

way of a writ of *certiorari* to a superior court and can be quashed": *Skogman*, at p. 106.

22 The appellant argues that, contrary to the holding of the preliminary inquiry judge, s. 231(5) requires that the victim of the murder and the victim of the enumerated offence be the same person. In this case the victim of the murder and the victim of the forcible confinement were not the same. If the appellant's interpretation of s. 231(5) is correct, he has been committed to trial for first degree murder even though there is "no evidence on an essential element" of s. 231(5). Accordingly, if the appellant is correct that the preliminary inquiry judge misinterpreted s. 231(5), the error was jurisdictional and is reviewable on *certiorari*.

23 This was essentially the reasoning of this Court in *Hawkshaw v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 668. In that case the accused had been committed to trial for unlawfully making an obscene publication even though no evidence had been introduced suggesting that the accused had published or had intended to publish the photograph. McIntyre J. held that the committal must be quashed, writing: "[o]n the indictment as framed, evidence was required of publication or an intent to publish. The committal without such evidence cannot be sustained on the basis of the majority decision of this Court in *Skogman*": *Hawkshaw*, *supra*, at p. 676.

24 One difference between this case and *Hawkshaw* is that, whereas *Hawkshaw* involved the absence of evidence on an essential element of the offence, the allegation here is of an absence of evidence as to an essential condition of s. 231(5), which is not an offence-creating provision but a sentence-classification provision: see *Paré*, *supra*, at p. 625; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 720. However, the logic that applies to the absence of evidence on an element of the offence also applies to the absence of evidence as to an essential condition of a sentence-classification provision like s. 231. The "while committing" requirement is an essential condition to the application of s. 231(5). If the

par voie de *certiorari* à une cour supérieure qui peut alors l'annuler » : *Skogman*, p. 106.

L'appelant prétend que, contrairement à la conclusion du juge de l'enquête préliminaire, le par. 231(5) exige que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée soient la même personne. Dans la présente affaire, la victime du meurtre et la victime de la séquestration n'étaient pas la même personne. Si son interprétation du par. 231(5) est juste, l'appelant a été renvoyé à procès pour meurtre au premier degré en « l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel » du par. 231(5). Par conséquent, si l'appelant a raison de dire que le juge de l'enquête préliminaire a mal interprété le par. 231(5), il s'agissait d'une erreur de compétence susceptible de révision par voie de *certiorari*.

C'est essentiellement le raisonnement que notre Cour a suivi dans l'arrêt *Hawkshaw c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 668. Dans cette affaire, l'accusé avait été renvoyé à procès pour avoir illégalement produit une publication obscène en l'absence d'éléments de preuve indiquant qu'il avait publié ou avait l'intention de publier la photographie. Le juge McIntyre a conclu que le renvoi devait être annulé, écrivant que : « [c]ompte tenu du texte de l'acte d'accusation, il était nécessaire de faire la preuve de la publication ou de l'intention de publier. Le renvoi au procès sans une telle preuve ne peut être maintenu en fonction des motifs de cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Skogman* » : *Hawkshaw*, précité, p. 676.

Il existe une différence entre l'espèce et l'affaire *Hawkshaw*. En effet, cette dernière porte sur l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel de l'infraction alors que la présente affaire a trait à l'absence d'éléments de preuve sur une condition essentielle du par. 231(5), qui n'est pas une disposition créant une infraction mais une disposition classifiant des peines : voir *Paré*, précité, p. 625; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, p. 720. Toutefois, la logique qui s'applique à l'absence d'éléments de preuve concernant un élément de l'infraction s'applique aussi à l'absence d'éléments de preuve sur une condition essentielle d'une disposition de classification de peines

central purpose of the preliminary inquiry here was to ensure that there was sufficient evidence to warrant a trial for first degree murder, the absence of evidence that the accused murdered "while committing" an enumerated offence would be as determinative as would be an absence of evidence on an essential element of the offence.

comme l'art. 231. L'exigence de concomitance (« en commettant ») constitue une condition essentielle de l'application du par. 231(5). Si l'enquête préliminaire en l'espèce visait principalement à assurer qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier un procès pour meurtre au premier degré, l'absence de preuve que l'accusé a commis un meurtre « en commettant » une infraction énumérée serait aussi déterminante que l'absence d'éléments de preuve sur un élément essentiel de l'infraction.

In disputing that the alleged error was jurisdictional, the Crown relies principally on this Court's two-paragraph judgment in *Tremblay*, *supra*. In that case the accused was alleged to have disguised himself as a guard in order to deceive a bank employee into giving him money. The accused was charged with robbery, and he conceded that he had been armed. However, the preliminary inquiry justice reasoned that the mere fact that the accused had been armed, without evidence that he had threatened the victim or that the victim was intimidated, was not sufficient to warrant a committal for robbery. The magistrate therefore committed the accused to trial on charges of theft and conspiracy to commit theft, rather than robbery and conspiracy to commit robbery. The Crown's application for judicial review was allowed, and that decision was upheld by the Quebec Court of Appeal. This Court, however, restored the order of the magistrate, stating: "[a]ssuming, without deciding the point, that the magistrate erred in the manner suggested, the error was made within the scope of his jurisdiction and as such cannot be a basis for the remedy of *certiorari*": *Tremblay*, at p. 254.

25 Pour contrer l'argument selon lequel il s'agissait d'une erreur de compétence, le ministère public invoque principalement notre arrêt de deux paragraphes dans *Tremblay*, précité. Dans cette affaire, l'accusé se serait déguisé en gardien pour amener un employé de banque à lui donner de l'argent. L'accusé a été inculpé de vol qualifié et il a admis avoir été armé. Toutefois, selon le juge de l'enquête préliminaire, le simple fait que l'accusé ait été armé n'était pas suffisant pour justifier un renvoi à procès pour vol qualifié, en l'absence de preuve qu'il avait menacé la victime ou que la victime avait été intimidée. Le juge a donc renvoyé l'accusé à procès relativement à des accusations de vol et de complot en vue de commettre un vol plutôt qu'à des accusations de vol qualifié et de complot en vue de commettre un vol qualifié. La demande de révision judiciaire du ministère public a été accueillie et la Cour d'appel du Québec a confirmé cette décision. Notre Cour a toutefois rétabli l'ordonnance du juge en disant : « Tenant pour acquis sans pour autant en décider que le juge a erré ainsi qu'on le lui reproche, cette erreur en était une commise dans l'exercice de sa compétence et ne donne pas comme tel ouverture à un recours par voie de *certiorari* » : *Tremblay*, p. 254.

In my view, the Crown's reliance on *Tremblay* is misplaced. In *Tremblay*, there was no danger that the accused had been committed to trial on the basis of no evidence. On the contrary, the allegation in *Tremblay* was that there was sufficient evidence to commit the accused to trial for a more serious offence than the one for which he had been committed. It is well-settled law that errors as to the sufficiency of the evidence are within the juris-

26 Selon moi, le ministère public invoque à tort l'arrêt *Tremblay*. Dans *Tremblay*, il n'y avait aucun risque que l'accusé ait été renvoyé à procès en l'absence de preuve. Au contraire, il a été allégué dans cet arrêt qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour renvoyer l'accusé à procès relativement à une infraction plus grave que celle pour laquelle il avait été renvoyé à procès. Il est bien établi en droit que le juge de l'enquête préli-

diction of the preliminary inquiry judge, as long as there is some evidence supporting the committal: *Dubois*, *supra*. Thus, *Tremblay* did not engage the jurisdictional concerns that were engaged in *Skogman*, *supra*. In this case, however, the challenge to the preliminary inquiry judge's determination raises the possibility that the committal may have been made though there was no evidence on an essential condition of s. 231(5), on the authority of which provision stands the charge of first degree murder. In these circumstances, it is *Skogman*, not *Tremblay*, that governs.

minaire n'outrepasse pas sa compétence lorsqu'il commet des erreurs liées au caractère suffisant de la preuve, dans la mesure où certains éléments de preuve appuient le renvoi à procès : *Dubois*, précité. Par conséquent, les questions de compétence en cause dans *Skogman*, précité, ne se posaient pas dans *Tremblay*. Dans la présente affaire, toutefois, la contestation de la décision du juge de l'enquête préliminaire soulève la possibilité que l'accusé ait été renvoyé à procès en l'absence de preuve à l'égard d'une condition essentielle du par. 231(5), disposition sur laquelle repose l'accusation de meurtre au premier degré. Dans ces circonstances, c'est l'arrêt *Skogman*, et non pas l'arrêt *Tremblay*, qui s'applique.

27 Contrary to the Crown's assertions, there is nothing in *Dubois* to suggest a different result. In *Dubois* all agreed that, on an accused's challenge of a committal order, *certiorari* is available only to correct jurisdictional errors. The question was whether the same rule applies to the Crown's challenge of a discharge. Estey J. held that the restriction on supervisory remedies applies to the Crown as to the accused. "The questioning of errors of law", he wrote, "is . . . as inappropriate in proceedings to quash a discharge as it is in proceedings to quash a committal": *Dubois*, at p. 374.

Contrairement aux affirmations du ministère public, rien dans l'arrêt *Dubois* n'indique une conclusion différente. Dans *Dubois*, tous ont convenu que lorsque l'accusé conteste une ordonnance de renvoi, on peut utiliser le *certiorari* seulement pour corriger les erreurs de compétence. La question en litige était de savoir si la même règle s'applique quand le ministère public conteste une libération. Selon le juge Estey, la restriction applicable aux moyens de contrôle s'applique tant au ministère public qu'à l'accusé. Il a écrit que « [l]a remise en question d'erreurs de droit est [. . .] aussi inappropriée dans des procédures visant à annuler une libération qu'elle l'est dans des procédures visant à annuler un renvoi à procès » : *Dubois*, p. 374.

28 The Crown's argument here is that under the "parity" principle of *Dubois*, if a preliminary judge's error as to the elements of a crime is unreviewable when challenged by the Crown (as the Crown contends is the law under *Tremblay*), that kind of error must also be unreviewable when challenged by the accused. The Crown argues that "the availability of *certiorari* does not turn on the identity of the party seeking that relief, but rather on the nature of the alleged error". I find nothing objectionable in that assertion, but I cannot see how it warrants the conclusion that the alleged error in this case is unreviewable on *certiorari*. The fault lies in the Crown's characterization of the error as "an alleged misinterpretation of the

L'argument du ministère public en l'espèce veut qu'en vertu du principe de la « parité » de l'arrêt *Dubois*, si l'erreur du juge de l'enquête préliminaire quant aux éléments d'un crime n'est pas susceptible de révision en cas de contestation de la part du ministère public (le ministère public soutient qu'il s'agit du principe de droit énoncé dans l'arrêt *Tremblay*), ce genre d'erreur ne doit pas être susceptible de révision en cas de contestation de la part de l'accusé. Le ministère public prétend que [TRADUCTION] « la possibilité de recourir au *certiorari* ne dépend pas de l'identité de la partie sollicitant cette réparation, mais bien de la nature de la présumée erreur ». Je ne trouve rien de contestable dans cette affirmation, mais je ne peux voir com-

elements of the offence". When characterized this way, it is indeed difficult to see how it can be that the accused can challenge such an error though the Crown cannot. The logic becomes clear, however, once the rule is framed, as it should be, in terms of the jurisdiction of the preliminary inquiry judge: whether the error is challenged by the Crown or by the accused, an error is reviewable on *certiorari* only if it is jurisdictional. If it is not jurisdictional, no recourse to *certiorari* may be had. It is not the fact that it is the accused seeking *certiorari* here that makes the error reviewable. It is the fact that the error is jurisdictional.

ment celle-ci permet de conclure que l'erreur alléguée en l'espèce n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*. Cela tient au fait que le ministère public a qualifié l'erreur [TRADUCTION] « de présumée mauvaise interprétation des éléments de l'infraction ». Lorsque l'erreur est qualifiée ainsi, il est effectivement difficile de déterminer comment il est possible à l'accusé de la contester alors que le ministère public ne le peut pas. Le raisonnement devient toutefois clair une fois que la règle est formulée, comme il se doit, en ce qui a trait à la compétence du juge de l'enquête préliminaire : que l'erreur soit contestée par le ministère public ou par l'accusé, elle est susceptible de révision par voie de *certiorari* seulement si elle se rapporte à la compétence. S'il ne s'agit pas d'une erreur de compétence, on ne peut recourir au *certiorari*. Ce n'est pas parce que c'est l'accusé qui sollicite le *certiorari* en l'espèce que l'erreur est susceptible de révision. C'est le fait qu'il s'agit d'une erreur de compétence.

The discrepancy that troubles the Crown is not, in my view, disturbing. As I note above, the governing principle is the same whether an error is challenged by the Crown or by the accused. While it is true that the effect of this principle is that errors as to the essential elements of the crime will, as a general rule, be reviewable when challenged by the accused but not when challenged by the Crown, this disparity reflects the balance of harms: a wrongful discharge does not raise the possibility of a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; by contrast, I think it clear that committing an individual to stand trial on a charge for which there is no evidence on one of the essential elements would violate the principles of fundamental justice. I note, moreover, that in circumstances such as were at issue in *Tremblay*, the Crown is free, subject to the requirements of s. 577 of the *Criminal Code*, to lay a new information or prefer an indictment. There is no analogous remedy available to the accused.

29 La disparité qui cause un problème au ministère public, à mon avis, ne porte pas à conséquence. Comme je l'ai mentionné précédemment, le principe applicable est le même, que l'erreur soit contestée par le ministère public ou par l'accusé. Il est vrai qu'il découle de ce principe qu'en règle générale l'erreur portant sur des éléments constitutifs du crime n'est susceptible de révision que sur contestation par l'accusé, et non par le ministère public, mais cette disparité se justifie par le rapport des préjudices éventuels de part et d'autre : une libération prononcée à tort ne peut aboutir à une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, alors qu'il est clair, à mon sens, que de renvoyer quelqu'un à procès sous un chef d'accusation dont l'un des éléments constitutifs ne s'appuie sur aucune preuve produite porterait atteinte aux principes de justice fondamentale. D'autant plus que dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Tremblay*, il est loisible au ministère public, sous réserve des conditions prévues à l'art. 577 du *Code criminel*, de déposer une nouvelle dénonciation ou de procéder par mise en accusation. De son côté, l'accusé ne dispose d'aucun moyen de redressement de ce genre.

30 I conclude that the appellant alleges a jurisdictional error that would be susceptible to review on *certiorari*.

Je conclus que l'appelant allègue l'existence d'une erreur de compétence susceptible de révision par voie de *certiorari*.

2. *Section 231(5)*

2. *Le paragraphe 231(5)*

31 I turn now to the question of whether the preliminary inquiry judge erred in holding that s. 231(5) may apply even if the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same.

J'aborde maintenant la question de savoir si le juge de l'enquête préliminaire a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le par. 231(5) peut s'appliquer même si la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne.

32 The question is first and foremost one of statutory interpretation. As such, the governing principles are well settled: the words in question should be considered in the context in which they are used, and read in a manner consistent with the purpose of the provision and the intention of the legislature: see *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 784 (citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398). "If the ordinary meaning of the words is consistent with the context in which the words are used and with the object of the act, then that is the interpretation which should govern": *Heywood*, *supra*, at p. 784.

Il s'agit d'abord et avant tout d'une question d'interprétation législative. Par conséquent, les principes applicables sont bien établis : les mots en question devraient être interprétés dans leur contexte, en conformité avec l'objet de la disposition et l'intention du législateur : voir *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 784 (citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398). « Si l'acception courante des mots est compatible avec le contexte dans lequel ils sont utilisés et avec l'objet de la loi, c'est cette interprétation qui devrait être appliquée » : *Heywood*, précité, p. 784.

33 The language of s. 231(5) is clear. The provision does not state that the victim of the murder and the victim of the enumerated offence must be one and the same. It requires only that the accused have killed "while committing or attempting to commit" one of the enumerated offences. Nothing in that phrase suggests that the provision's application is limited to cases in which the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are the same. An interpretation of the provision that recognized such a limitation would effectively read into the provision a restriction that is not stated.

Le libellé du par. 231(5) est clair. Cette disposition n'énonce pas que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée doivent être la même personne. Elle ne fait qu'exiger que l'accusé ait tué « en commettant ou tentant de commettre » l'une des infractions énumérées. Rien dans cette expression ne laisse entendre que la disposition ne s'applique que dans les cas où la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée sont la même personne. Une interprétation reconnaissant l'existence d'une telle limite intégrerait en fait dans la disposition une restriction qui n'y est pas énoncée.

34 Other provisions of the *Criminal Code* indicate that, where Parliament intends to limit the phrase "while committing or attempting to commit", it does so in express language. Section 231(6), for example, provides that:

D'autres dispositions du *Code criminel* indiquent que, lorsque le législateur veut restreindre la portée de l'expression « en commettant ou en tentant de commettre », il le fait de façon explicite. Par exemple, le par. 231(6) prévoit que :

Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree

Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au

murder when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under section 264 [Criminal Harassment] and the person committing that offence intended to cause the person murdered to fear for the safety of the person murdered or the safety of anyone known to the person murdered. [Emphasis added.]

Without the limitation, s. 231(6) would apply to a person who had murdered one person while criminally harassing another. The limitation restricts the application of the provision to those who murder the person they are criminally harassing. No analogous limitation is stated in s. 231(5).

Still other provisions of the *Criminal Code* suggest that Parliament's use of the phrase "while committing or attempting to commit" does not in itself reflect an intention to create a same-victim requirement. Section 231(6.1), for example, provides that:

[M]urder is first degree when the death is caused while committing or attempting to commit an offence under section 81 [using explosives] for the benefit of . . . a criminal organization. [Emphasis added.]

Section 81 proscribes conduct that includes using explosives against property: see s. 81(1)(*c*) ("Every one commits an offence who . . . with intent to destroy or damage property without lawful excuse, places or throws an explosive substance anywhere . . ."). Parliament must have contemplated, therefore, that s. 231(6.1) might be applied even where there is no "victim" at all to the underlying crime. It would be senseless to say that the victim of the murder and the explosives offence must be one and the same where the latter crime might have no victim at all. Section 231(6.1) suggests that the use of the phrase "while committing or attempting to commit" does not itself create a same-victim requirement.

If Parliament had intended to restrict the scope of s. 231(5), it could have done so explicitly, as it

premier degré lorsque celle-ci cause la mort en commettant ou en tentant de commettre une infraction prévue à l'article 264 [harcèlement criminel] alors qu'elle avait l'intention de faire craindre à la personne assassinée pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances. [Je souligne.]

Sans cette restriction, le par. 231(6) s'appliquerait à une personne qui a commis un meurtre tout en se livrant à du harcèlement criminel à l'égard d'une autre personne. La restriction limite l'application de la disposition à ceux qui tuent la personne qu'ils harcèlent criminellement. Aucune restriction analogue ne figure au par. 231(5).

35 Pourtant, d'autres dispositions du *Code criminel* indiquent que l'usage par le législateur de l'expression « en commettant ou tentant de commettre » ne manifeste pas en soi l'intention de créer l'exigence d'une même victime. Par exemple, le par. 231(6.1) prévoit :

[L]e meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée au cours de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'une infraction prévue à l'article 81 [usage d'explosifs] au profit [. . .] d'un gang. [Je souligne.]

L'article 81 proscrit les actes comportant l'usage d'explosifs contre les biens : voir l'al. 81(1)*c*) (« Commet une infraction quiconque, selon le cas : [. . .] avec l'intention de détruire ou d'endommager des biens sans excuse légitime, place ou lance une substance explosive en quelque lieu que ce soit . . . »). Le législateur doit donc avoir voulu que le par. 231(6.1) puisse être appliqué même lorsque le crime « sous-jacent » n'a fait aucune « victime ». Il serait insensé de dire que la victime du meurtre et la victime de l'infraction relative à l'usage d'explosifs doivent être la même personne alors que cette infraction pourrait n'avoir fait aucune victime. Le paragraphe 231(6.1) indique que l'usage de l'expression « au cours de la perpétration ou de la tentative de perpétration » ne crée pas en soi l'exigence selon laquelle la victime du meurtre et la victime de l'infraction doivent être la même personne.

36 Si le législateur avait voulu restreindre la portée du par. 231(5), il aurait pu l'indiquer expressé-

did in s. 231(6). That Parliament did not incorporate such a restriction suggests that it intended "while committing or attempting to commit" to apply even where the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same. Indeed, several of the offences enumerated in s. 231(5) quite clearly raise the possibility that the person murdered will not be the same as the victim of the enumerated crime, and it would be difficult to conclude that this possibility did not occur to the drafters of the provision. A hijacker might kill a person on the runway; a kidnapper might kill the parent of the child he means to kidnap; a hostage-taker might kill an innocent bystander or a would-be rescuer. It is difficult to conclude that Parliament did not envision such possibilities.

ment, comme il l'a fait au par. 231(6). Le fait que le législateur n'ait pas intégré une telle restriction indique qu'il voulait que l'expression « en commettant ou tentant de commettre » s'applique même lorsque la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne. D'ailleurs, plusieurs infractions énumérées au par. 231(5) soulèvent très clairement la possibilité que la victime du meurtre et la victime de l'infraction énumérée soient des personnes différentes, et il serait difficile de conclure que les rédacteurs de cette disposition n'ont pas envisagé cette possibilité. Un pirate de l'air pourrait tuer une personne sur la piste; l'auteur d'un enlèvement pourrait tuer le parent de l'enfant qu'il veut enlever; le preneur d'otages pourrait tuer un passant ou une personne voulant leur porter secours. Il est difficile de conclure que le législateur n'a pas prévu de telles possibilités.

37 The fact that s. 231(5) reaches not only successfully executed offences but also attempts raises similar concerns. Many attempt charges stem from crimes that were thwarted or aborted, often because of the intervention of a third party. Parliament surely envisioned such scenarios when it drafted the provision. Had Parliament not wanted the provision to reach these circumstances, it could easily have attached an explicit restriction to the provision's language.

Le fait que le par. 231(5) vise non seulement les infractions réussies, mais également les tentatives, soulève des préoccupations semblables. De nombreuses accusations de tentative découlent de crimes contrecarrés ou ratés, souvent en raison de l'intervention d'un tiers. Le législateur a certainement prévu ces cas lors de la rédaction de cette disposition. Si le législateur n'avait pas voulu que cette disposition vise ces cas, il aurait facilement pu incorporer une restriction explicite au libellé de la disposition.

38 In arguing that s. 231(5) applies only where the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are the same, the appellant relies principally on this Court's judgment in *Paré*, *supra*. In *Paré*, the accused had murdered a boy two minutes after indecently assaulting him. The question was whether the accused had committed the murder "while committing" the indecent assault. Wilson J. quoting Martin J.A. answered the question in the affirmative, holding that a death is caused "while committing" an offence enumerated under s. 231(5) "where the act causing death and the acts constituting the [enumerated offence] all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction": *Paré*, at p. 632. Wilson J. reasoned that this understanding of the provision best

Pour prétendre que le par. 231(5) s'applique seulement lorsque la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée sont la même personne, l'appelant s'appuie principalement sur l'arrêt *Paré*, précité, de notre Cour. Dans *Paré*, l'accusé avait tué un garçon deux minutes après s'être livré à un attentat à la pudeur sur lui. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si l'accusé avait perpétré le meurtre « en commettant » l'attentat à la pudeur. Madame le juge Wilson citant le juge Martin de la Cour d'appel a répondu à la question par l'affirmative, concluant qu'on perpètre un meurtre « en commettant » une infraction énumérée au par. 231(5), « lorsque l'acte causant la mort et les actes constituant [l'infraction énumérée] font tous partie d'une suite ininterrompue

reflects the underlying policy concerns, which she characterized as follows at p. 633:

> The offences listed in s. 214(5) [now s. 231(5)] are all offences involving the unlawful domination of people by other people. Thus an organizing principle for s. 214(5) can be found. This principle is that where a murder is committed by someone already abusing his power by illegally dominating another, the murder should be treated as an exceptionally serious crime.

While that passage does not in itself suggest that s. 231(5) applies only where the victim of the murder and the enumerated offence are the same, Wilson J. went on to write: "it is the continuing illegal domination of the victim which gives continuity to the sequence of events culminating in the murder. The murder represents an exploitation of the position of power created by the underlying crime and makes the entire course of conduct a 'single transaction'": *Paré*, *supra*, at p. 633 (emphasis added). The appellant's argument is that Parliament "never intended that the existence of unlawful domination, in and of itself, [would be] sufficient to warrant classifying a murder as first degree murder". Rather, as Wilson J. recognized, "it is the unlawful domination of the victim that justifies this classification" (appellant's factum, at p. 20 (emphasis in original)).

There is some support for the appellant's interpretation of s. 231(5) in this Court's other judgments dealing with s. 231(5). In *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, we considered whether s. 214(5) (now s. 231(5)) violates s. 7 of the *Charter* because it results in punishment that is not proportionate to the seriousness of the offences. In rejecting that contention, Lamer C.J. wrote: "Parliament's decision to treat more seriously murders that have been committed while the offender is exploiting a position of power through illegal domination of the victim accords with the principle that

d'événements qui constituent une seule affaire » : *Paré*, précité, p. 632. De l'avis du juge Wilson, cette interprétation de la disposition reflète le mieux les considérations de principe sous-jacentes, qu'elle a décrites ainsi à la p. 633 :

> Les infractions énumérées au par. 214(5) [maintenant le par. 231(5)] comportent toutes un élément de domination illégale de certaines personnes par d'autres personnes. On peut donc dégager du par. 214(5) un principe directeur. Suivant ce principe, lorsqu'un meurtre est perpétré par une personne qui commet déjà un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre personne, ce meurtre doit être traité comme un crime exceptionnellement grave.

39 Ce passage n'indique pas comme tel que le par. 231(5) s'applique seulement lorsque la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée sont la même personne, mais le juge Wilson a ajouté que : « c'est la domination illégale continue exercée sur la victime qui confère de la continuité à la suite d'événements qui aboutissent au meurtre. Le meurtre représente une exploitation de la position de force créée par l'infraction sous-jacente et fait de l'ensemble des actes qui constituent la conduite en question "une seule affaire" » : *Paré*, précité, p. 633 (je souligne). Selon l'argument de l'appelant, le législateur [TRADUCTION] « n'a jamais voulu que l'existence de domination illégale [soit] suffisante en soi pour qu'un meurtre soit qualifié de meurtre au premier degré ». Au contraire, comme le juge Wilson l'a reconnu, [TRADUCTION] « c'est la domination illégale exercée sur la victime qui a justifié cette qualification » (mémoire de l'appelant, p. 20 (souligné dans l'original)).

40 La façon dont l'appelant interprète le par. 231(5) trouve un certain appui dans les autres arrêts qu'a rendu notre Cour relativement à cette disposition. Dans l'arrêt *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, nous avons examiné la question de savoir si le par. 214(5) (maintenant le par. 231(5)) contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il engendrait des peines non proportionnelles à la gravité des infractions. Rejetant cette prétention, le juge en chef Lamer a écrit : « La décision du Parlement de traiter plus sévèrement les meurtres commis pendant que leur auteur exploitait une situation de

there must be proportionality between a sentence and the moral blameworthiness of the offender and other considerations such as deterrence and societal condemnation of the acts of the offender": *Arkell*, *supra*, at p. 704 (emphasis added).

41 In *Luxton*, *supra*, we addressed the related question of whether the combined effect of s. 214(5) and s. 669(*a*) infringes s. 7 of the *Charter* by foreclosing individualized sentences and thereby violating the principle that the severity of a sentence should reflect the degree of moral blameworthiness associated with the crime. Section 669(*a*) (now s. 745(*a*)) provides that an accused convicted of first degree murder must be sentenced to life in prison without the possibility of parole until he has served 25 years of his sentence. In finding that the impugned provisions did not infringe s. 7, Lamer C.J. wrote: "Murders that are done while committing offences which involve the illegal domination of the victim by the offender have been classified as first degree murder": *Luxton*, at p. 721 (emphasis added).

42 I am not persuaded, however, that this Court intended in *Paré*, *supra*, *Arkell*, *supra*, or *Luxton*, *supra*, to foreclose the application of s. 231(5) to multiple-victim scenarios. None of those cases involved multiple-victim scenarios, and the issue was simply not addressed by the Court. In my view, the references to the "victim" simply reflect the facts of those cases. The essential thrust of Wilson J.'s reasoning in *Paré* was that the offences enumerated in s. 231(5) are singled out because they are crimes involving the domination of one person by another. The essence of the reasoning was that s. 231(5) reflects Parliament's determination that murders committed in connection with crimes of domination are particularly blameworthy and deserving of more severe punishment. In many cases, such murders will be committed as the culmination of the accused's domination of the victim of the enumerated offence. This was the case in *Paré*, *Arkell* and *Luxton*. In other cases, however,

puissance par la domination illégale de la victime est conforme au principe qu'il doit y avoir proportionnalité entre une peine et la culpabilité morale du délinquant, ainsi qu'à d'autres considérations comme la dissuasion et la réprobation sociale des actes du délinquant » : *Arkell*, précité, p. 704 (je souligne).

Dans l'arrêt *Luxton*, précité, nous avons examiné la question connexe de savoir si l'effet combiné du par. 214(5) et de l'al. 669*a*) portait atteinte à l'art. 7 de la *Charte* en empêchant l'imposition de peines individualisées et en violant ainsi le principe selon lequel la sévérité d'une peine doit correspondre au degré de culpabilité morale liée au crime. L'alinéa 669*a*) (maintenant l'al. 745*a*)) prévoit que l'accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant l'accomplissement d'au moins 25 ans de la peine. Concluant que les dispositions contestées ne contrevenaient pas à l'art. 7, le juge en chef Lamer a écrit : « Les meurtres commis pendant la perpétration d'infractions comportant la domination illégale de la victime par le délinquant ont été qualifiés de meurtres au premier degré » : *Luxton*, p. 721-722 (je souligne).

Je ne suis toutefois pas convaincue que dans *Paré*, *Arkell* et *Luxton*, précités, notre Cour avait l'intention d'empêcher l'application du par. 231(5) dans les cas où il y a plus d'une victime. Aucune de ces affaires ne mettait en cause plus d'une victime, et notre Cour n'a tout simplement pas abordé la question. À mon avis, les références à la « victime » reflètent uniquement les faits de ces affaires. L'essentiel du raisonnement qu'a suivi le juge Wilson dans l'arrêt *Paré* est que les infractions énumérées au par. 231(5) sont choisies parce qu'il s'agit de crimes comportant la domination d'une personne par une autre. Elle estime essentiellement qu'il ressort du par. 231(5) que le législateur a déterminé que les meurtres commis à l'occasion de crimes de domination étaient particulièrement répréhensibles et qu'ils méritaient une peine plus sévère. Dans de nombreux cas, de tels meurtres constituent le point culminant de la domination qu'exerce l'accusé sur la victime d'une

the accused will have murdered one person in connection with the domination of another. I cannot conclude that Wilson J.'s judgment in *Paré* or Lamer C.J.'s judgments in *Arkell* or *Luxton* foreclose the application of s. 231(5) in such cases.

infraction énumérée. C'était le cas dans *Paré*, *Arkell* et *Luxton*. Dans d'autres cas, toutefois, l'accusé commet un meurtre à l'occasion de la domination d'une autre personne. Je ne puis pas conclure que les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Paré* ou ceux du juge en chef Lamer dans les arrêts *Arkell* et *Luxton* empêchent l'application du par. 231(5) dans de tels cas.

In my view the appellant states the organizing principle of s. 231(5) too narrowly. The provision reflects Parliament's determination that murders committed in connection with crimes of domination are particularly blameworthy and deserving of more severe punishment. "[W]hile committing or attempting to commit" requires the killing to be closely connected, temporally and causally, with an enumerated offence. As long as that connection exists, however, it is immaterial that the victim of the killing and the victim of the enumerated offence are not the same.

43 Je suis d'avis que l'appelant formule de façon trop restrictive le principe directeur du par. 231(5). Cette disposition indique que, de l'avis du législateur, les meurtres commis à l'occasion de crimes de domination sont particulièrement répréhensibles et méritent une peine plus sévère. L'expression « en commettant ou tentant de commettre » exige l'existence d'un lien temporel et causal étroit entre le meurtre et une infraction énumérée. Dans la mesure où ce lien existe, toutefois, il est sans importance que la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée soient deux personnes différentes.

In oral argument, the appellant relied heavily on the fact that murder is not itself an offence enumerated under s. 231(5). On the appellant's theory, if Parliament had contemplated that the provision might be applied to multiple-victim scenarios, it would surely have included murder on the list of offences, because murder committed to facilitate another, or other, murder is obviously as morally blameworthy as murder committed to facilitate any of the enumerated offences. In the appellant's view, the absence of murder from the list of offences can only be explained by the fact that Parliament did not contemplate that the provision might be applied to situations in which the victim of the murder and the victim of the enumerated offence are not the same.

44 En plaidoirie, l'appelant s'est beaucoup appuyé sur le fait que le meurtre ne constituait pas en soi une infraction énumérée au par. 231(5). Selon la théorie de l'appelant, si le législateur avait voulu que la disposition puisse être appliquée dans les cas où il y a plus d'une victime, il aurait sûrement inclus le meurtre dans la liste des infractions parce que le meurtre commis en vue de faciliter la perpétration d'un ou d'autres meurtres implique manifestement le même degré de culpabilité morale que le meurtre perpétré en vue de faciliter la commission de l'une des infractions énumérées. D'après l'appelant, l'absence du meurtre de la liste des infractions peut uniquement s'expliquer par le fait que le législateur n'a pas envisagé que cette disposition puisse être appliquée dans les cas où la victime du meurtre et la victime d'une infraction énumérée ne sont pas la même personne.

I think the more likely explanation for the exclusion of murder from the list of enumerated offences under s. 231(5) is simply that, in most situations in which an accused has killed two or more people and there is a temporal and causal nexus between the killings, s. 231(2) will apply. That provision states that "[m]urder is first degree mur-

45 J'estime que l'explication la plus vraisemblable de l'exclusion du meurtre de la liste des infractions énumérées au par. 231(5) est simplement que, dans la plupart des cas où l'accusé a assassiné deux personnes ou plus et où il existe un lien temporel et causal entre les meurtres, le par. 231(2) s'appliquera. Cette disposition prévoit que « [l]e meurtre

der when it is planned and deliberate". While one can imagine situations in which an accused might have killed two or more people spontaneously, without planning or deliberation, such scenarios are surely the exception rather than the rule. In all likelihood, the reason that Parliament did not include murder as an enumerated offence under s. 231(5) is that it concluded that most multiple murders would engage s. 231(2).

46 The appellant rightly points out that s. 231(5) imposes a severe penalty — indeed, the most severe penalty imposed under our *Criminal Code* — and accordingly it is particularly important that the provision be strictly construed. While this principle is unimpeachable, it cannot in itself justify restricting the ordinary meaning of the provision's words. The cases of this Court dealing with s. 231(5) make clear that an accused commits a murder "while committing or attempting to commit" an enumerated offence only if there is a close temporal and causal connection between the murder and the enumerated offence: see, e.g., *Paré*, *supra*, at p. 632 (stating that a murder is committed "while committing" an enumerated offence only "where the act causing death and the acts constituting [the enumerated offence] all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction"); *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, at p. 86. In my view this requirement appropriately restricts the application of s. 231(5) to contexts within the intended scope of the provision.

47 This brings me to the question of whether there was sufficient evidence in this case to warrant committing the appellant to trial for first degree murder. The existence of a temporal link having been conceded, the only issue is whether a sufficient causal link existed between the murder and the forcible confinement. In finding that the Crown had presented sufficient evidence to allow a jury to find the requisite causal connection, Wake Prov. J. focused on the fact that the appellant went to the basement to confront Whittaker even though the two normally avoided one another, and on the fact that Seccombe was still bound and gagged

au premier degré est le meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré ». Bien que l'on puisse imaginer des cas où l'accusé a tué spontanément deux personnes ou plus, sans préméditation ou propos délibéré, il s'agit sûrement de l'exception plutôt que de la règle. En toute vraisemblance, le législateur n'a pas ajouté le meurtre aux infractions énumérées au par. 231(5) parce qu'il a conclu que la plupart des meurtres multiples entraîneraient l'application du par. 231(2).

L'appelant fait remarquer à juste titre que le par. 231(5) impose une peine sévère — il s'agit d'ailleurs de la peine la plus sévère infligée en vertu du *Code criminel* — et il est donc particulièrement important que cette disposition soit interprétée de façon restrictive. Bien que ce principe soit inattaquable, il ne peut en soi justifier la restriction du sens ordinaire du libellé de la disposition. Les arrêts de notre Cour relativement au par. 231(5) indiquent clairement que l'accusé commet un meurtre « en commettant ou tentant de commettre » une infraction énumérée seulement s'il existe un lien temporel et causal étroit entre le meurtre et l'infraction énumérée : voir, p. ex., *Paré*, précité, p. 632 (où l'on dit qu'une personne commet un meurtre « en commettant » une infraction énumérée uniquement « lorsque l'acte causant la mort et les actes constituant [l'infraction énumérée] font tous partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituent une seule affaire »); *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, p. 86. Selon moi, cette exigence restreint à bon droit l'application du par. 231(5) aux situations visées par cette disposition.

Ainsi, j'arrive à la question de savoir s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve en l'espèce pour justifier le renvoi de l'appelant à procès pour meurtre au premier degré. L'existence d'un lien temporel ayant été admise, la seule question à trancher est de savoir s'il existait un lien de causalité suffisant entre le meurtre et la séquestration. Pour conclure que le ministère public avait présenté suffisamment d'éléments de preuve pour permettre au jury de conclure à l'existence du lien de causalité requis, le juge Wake a mis l'accent sur le fait que l'appelant s'était rendu au sous-sol pour affronter Whittaker même si ces deux personnes s'évitaient

when the appellant went downstairs to confront Whittaker. Wake Prov. J. found that "[t]he jury would be entitled to infer from the evidence that the accused on becoming aware of Mr. Whittaker's presence in the house would be concerned that Mr. Whittaker might readily discover his housemate bound and gagged upstairs and raise an alarm which might thwart the accused's efforts to make use of her credit cards and her car".

As we discussed in *Skogman*, *supra*, a preliminary inquiry judge's determination of sufficiency is entitled to the greatest deference; only if there is no evidence on an element of the offence, or on an essential condition of s. 231(5), can a reviewing court vacate the committal: see *Skogman*, at pp. 100 and 106. With this in mind, I cannot conclude that the committal of the accused was unwarranted. While the jury would be entitled to find that the appellant's intention in confronting Whittaker was entirely independent of the forcible confinement of Seccombe — indeed, the apparent animosity between the appellant and Whittaker might support such a conclusion — the jury would equally be entitled to conclude that the appellant murdered Whittaker to facilitate his forcible confinement of Seccombe, or that the appellant forcibly confined Seccombe to facilitate his murder of Whittaker.

VI. Conclusion

For the foregoing reasons, I find that the error alleged by the appellant would have been reviewable on *certiorari* but that the preliminary inquiry judge did not err.

The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky Lockyer, Toronto.

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

habituellement et que Seccombe était toujours ligotée et bâillonnée à ce moment. Le juge Wake a conclu que [TRADUCTION] « [l]e jury serait fondé de déduire de la preuve qu'en constatant la présence de M. Whittaker dans la maison, l'accusé a craint que ce dernier découvre facilement sa compagne de maison ligotée et bâillonnée à l'étage du haut et donne l'alarme, ce qui était susceptible de réduire à néant ses efforts en vue de se servir des cartes de crédit et de l'automobile de Seccombe ».

48 Comme nous l'avons mentionné dans l'arrêt *Skogman*, précité, il faut montrer la plus grande retenue à l'égard de la conclusion du juge de l'enquête préliminaire selon laquelle il existe une preuve suffisante; c'est seulement s'il n'y a aucun élément de preuve quant à un élément de l'infraction ou à une condition essentielle du par. 231(5) qu'une cour de révision peut annuler le renvoi : voir *Skogman*, p. 100 et 106. Ayant cela à l'esprit, je ne peux pas conclure que le renvoi de l'accusé était injustifié. Même si le jury avait le droit de conclure que l'intention qu'avait l'appelant en affrontant Whittaker était entièrement indépendante de la séquestration de Seccombe — l'animosité apparente entre l'appelant et Whittaker pourrait d'ailleurs appuyer une telle conclusion — le jury serait également autorisé à conclure que l'appelant a assassiné Whittaker en vue de faciliter la séquestration de Seccombe, ou que l'appelant a séquestré Seccombe en vue de faciliter la perpétration du meurtre de Whittaker.

VI. Conclusion

49 Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'erreur qu'allègue l'appelant aurait été susceptible de révision par voie de *certiorari*, mais que le juge de l'enquête préliminaire n'a commis aucune erreur.

50 Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Pinkofsky Lockyer, Toronto.

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

Giacinto Arcuri *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ARCURI

Neutral citation: 2001 SCC 54.

File No.: 27797.

2001: April 19; 2001: September 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Preliminary inquiry — Exculpatory evidence — Whether preliminary inquiry judge required to weigh Crown's evidence against exculpatory evidence called by accused.

The accused was charged with first degree murder. At the preliminary inquiry, the Crown's case was entirely circumstantial and the accused called two witnesses whose testimony was arguably exculpatory. The preliminary inquiry judge rejected the accused's contention that he must weigh the evidence and, after viewing the evidence as a whole, determined that the accused should be committed to trial for second degree murder. The accused's *certiorari* application was dismissed and that decision was affirmed by the Court of Appeal. The issue before this Court was whether the preliminary inquiry judge, in determining whether the evidence was sufficient to commit the accused to trial, erred in refusing to weigh the Crown's evidence against the allegedly exculpatory direct evidence adduced by the accused.

Held: The appeal should be dismissed.

The question to be asked by a preliminary inquiry judge under s. 548 of the *Criminal Code* is whether there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The question that arises in this case is whether the preliminary inquiry judge's task differs where the defence tenders exculpatory evidence. The task is essentially the

Giacinto Arcuri *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* ARCURI

Référence neutre : 2001 CSC 54.

N° du greffe : 27797.

2001 : 19 avril; 2001 : 14 septembre.

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

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

Droit criminel — Enquête préliminaire — Preuve exculpatoire — Le juge présidant l'enquête préliminaire est-il tenu de soupeser la preuve présentée par le ministère public par rapport à la preuve exculpatoire déposée par l'accusé?

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. À l'enquête préliminaire, la preuve établie par le ministère public contre l'accusé était uniquement circonstancielle et l'accusé a cité deux témoins dont on pourrait dire que les dépositions étaient de nature exculpatoire. Le juge présidant l'enquête préliminaire a rejeté la prétention de l'accusé portant qu'il lui incombe d'évaluer la preuve et, après avoir évalué la preuve dans son ensemble, a décidé de renvoyer l'accusé à procès pour meurtre au deuxième degré. La demande de *certiorari* a été rejetée et cette décision a été confirmée par la Cour d'appel. La question soulevée devant notre Cour était de savoir si le juge présidant l'enquête préliminaire, lorsqu'il a examiné si la preuve était suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès, a commis une erreur en refusant de soupeser la preuve présentée par le ministère public par rapport à la présumée preuve exculpatoire directe produite par l'accusé.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La question que doit se poser le juge présidant l'enquête préliminaire aux termes de l'art. 548 du *Code criminel* est de savoir s'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. La question qui se pose dans le présent pourvoi consiste à savoir si la fonction du juge présidant l'enquête préli-

same, in situations where the defence calls exculpatory evidence, whether it be direct or circumstantial. Where the Crown adduces direct evidence on all the elements of the offence, the case must proceed to trial, regardless of the existence of defence evidence, as the only conclusion that needs to be reached is whether the evidence is true. However, where the Crown's evidence consists of, or includes, circumstantial evidence, the judge must engage in a limited weighing of the whole of the evidence (i.e. including any defence evidence) to determine whether a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty.

In performing the task of limited weighing, the preliminary inquiry judge does not draw inferences from facts. Nor does she assess credibility. Rather, the judge's task is to determine whether, if the Crown's evidence is believed, it would be reasonable for a properly instructed jury to infer guilt. This task of limited weighing never requires consideration of the inherent reliability of the evidence itself. It should be regarded, instead, as an assessment of the reasonableness of the inferences to be drawn from the circumstantial evidence. In this case, before committing the accused to trial, the preliminary inquiry judge considered the evidence as a whole, surveying the circumstantial evidence presented by the Crown, as well as the allegedly exculpatory evidence tendered by the defence. There is no reason to believe that he arrived at the wrong result in committing the accused to trial.

Notwithstanding certain confusing language in *Mezzo* and *Monteleone*, nothing in this Court's jurisprudence calls into question the continuing validity of the common law rule in *Shephard*.

Cases Cited

Applied: *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; **referred to:** *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193;

minaire diffère lorsque la défense présente une preuve exculpatoire. La fonction est essentiellement la même, dans les situations où la défense produit une preuve exculpatoire, qu'elle soit directe ou circonstancielle. Lorsque le ministère public présente une preuve directe à l'égard de tous les éléments de l'infraction, il y a lieu de procéder à l'instruction de l'affaire, peu importe l'existence de la preuve de la défense, puisque la seule conclusion à laquelle il faut arriver concerne la véracité de la preuve. Cependant, lorsque la preuve présentée par le ministère public est constituée d'éléments de preuve circonstancielle ou en contient, le juge doit procéder à une évaluation limitée afin de déterminer si, dans l'ensemble de la preuve (c.-à-d. qui comprend la preuve de la défense), un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement arriver à un verdict de culpabilité.

En exerçant cette fonction d'évaluation limitée, le juge présidant l'enquête préliminaire ne tire aucune inférence au regard des faits. Il n'apprécie pas non plus la crédibilité. La fonction du juge consiste plutôt à déterminer si, en supposant que la preuve du ministère public soit crue, il serait raisonnable pour un jury ayant reçu des directives appropriées d'inférer la culpabilité. Dans le cadre de cette fonction qui consiste à procéder à l'« évaluation limitée », le juge n'est jamais tenu d'examiner la fiabilité inhérente de la preuve elle-même. Il s'agirait plutôt d'une évaluation du caractère raisonnable des inférences qu'il convient de tirer de la preuve circonstancielle. En l'espèce, avant de renvoyer l'accusé à procès, le juge présidant l'enquête préliminaire a examiné la preuve dans son ensemble, étudiant la preuve circonstancielle présentée par le ministère public, ainsi que la présumée preuve exculpatoire présentée par la défense. Il n'y a aucune raison de croire qu'il soit arrivé au mauvais résultat lorsqu'il a renvoyé l'accusé à procès.

Malgré certaines formulations équivoques dans les arrêts *Mezzo* et *Monteleone*, la jurisprudence de notre Cour ne remet nullement en question la validité de la règle de common law énoncée dans l'arrêt *Shephard*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; **arrêts mentionnés :** *Metropolitan Railway Co. c. Jackson* (1877), 3

Curley v. United States, 160 F.2d 229 (1947); *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231(2), 535 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 96], 540(1)(*a*), 541(1) [rep. & sub. 1994, c. 44, s. 54], 548(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.) s. 101].

Authors Cited

Bloos, Marvin, and Michael Plaxton. "An Almost-Eulogy for the Preliminary Inquiry: 'We Hardly Knew Ye'" (2000), 43 *Crim. L.Q.* 516.
Gillies, Peter. *Law of Evidence in Australia*, 2nd ed. Sydney: Legal Books, 1991.
McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
Tanovich, David M. "Upping the Ante in Directed Verdict Cases Where the Evidence is Circumstantial" (1998), 15 C.R. (5th) 21.
Tapper, Colin. *Cross and Tapper on Evidence*, 8th ed. London: Butterworths, 1995.
Taylor, James P. "The Test for Committal on the Preliminary Inquiry: USA v. Shephard — A View of Sufficiency" (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 213.
Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [2000] O.J. No. 37 (QL), dismissing the accused's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division), [1999] O.J. No. 758 (QL), upholding the accused's committal for trial on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

Joseph L. Bloomenfeld, for the appellant.

Feroza Bhabha, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — This appeal raises the question of whether a preliminary inquiry judge may "weigh the evidence" in assessing whether it

App. Cas. 193; *Curley c. United States*, 160 F.2d 229 (1947); *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(2), 535 [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 96], 540(1)*a*), 541(1) [abr. & rempl. 1994, ch. 44, art. 54], 548(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 101].

Doctrine citée

Bloos, Marvin, and Michael Plaxton. « An Almost-Eulogy for the Preliminary Inquiry : 'We Hardly Knew Ye' » (2000), 43 *Crim. L.Q.* 516.
Gillies, Peter. *Law of Evidence in Australia*, 2nd ed. Sydney : Legal Books, 1991.
McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 5th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1999.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
Tanovich, David M. « Upping the Ante in Directed Verdict Cases Where the Evidence is Circumstantial » (1998), 15 C.R. (5th) 21.
Tapper, Colin. *Cross and Tapper on Evidence*, 8th ed. London : Butterworths, 1995.
Taylor, James P. « The Test for Committal on the Preliminary Inquiry : USA v. Shephard — A View of Sufficiency » (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 213.
Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [2000] O.J. No. 37 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé à l'encontre d'un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1999] O.J. No. 758 (QL), qui avait confirmé le renvoi à procès de l'accusé pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Joseph L. Bloomenfeld, pour l'appelant.

Feroza Bhabha, pour l'intimée.

Version française de jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi soulève la question de savoir s'il est loisible à un juge présidant l'enquête préliminaire d'« évaluer la

is sufficient to warrant committing an accused to trial. For the following reasons, I reaffirm the well-settled rule that a preliminary inquiry judge must determine whether there is sufficient evidence to permit a properly instructed jury, acting reasonably, to convict, and the corollary that the judge must weigh the evidence in the limited sense of assessing whether it is capable of supporting the inferences the Crown asks the jury to draw. As this Court has consistently held, this task does not require the preliminary judge to draw inferences from the facts or to assess credibility. Rather, the preliminary inquiry judge must, while giving full recognition to the right of the jury to draw justifiable inferences of fact and assess credibility, consider whether the evidence taken as a whole could reasonably support a verdict of guilty.

I. Facts*

The accused was charged with the first degree murder of Enio Mora, who was to all appearances his close friend. At the preliminary hearing, the Crown's case against the accused was entirely circumstantial. The accused called two witnesses whose testimony was arguably exculpatory. The issue was whether the evidence was sufficient to warrant committing the accused to trial.

The Crown's evidence was to the following effect. Mora was found dead in the trunk of his Cadillac at about 4:00 p.m. on September 11th, 1996. The Cadillac was parked on the north side of Teston Road, between Pine Valley Drive and Weston Road in the City of Vaughan, which is located north of Toronto. Mora had been shot four times in the left temple at close range.

*Note: There is an order banning the publication of the evidence taken at the preliminary inquiry in this case pursuant to s. 539 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

preuve » afin de déterminer si celle-ci est suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé à son procès. Pour les motifs qui suivent, je confirme la règle bien établie selon laquelle un juge présidant l'enquête préliminaire doit décider s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour permettre à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de conclure à la culpabilité, et le corollaire selon lequel le juge doit évaluer la preuve uniquement pour déterminer si elle peut étayer les inférences que le ministère public veut que le jury fasse. Comme notre Cour l'a énoncé à maintes reprises, cette tâche n'impose pas au juge présidant l'enquête préliminaire de tirer des inférences d'après les faits ou d'apprécier la crédibilité. Le juge présidant l'enquête préliminaire doit plutôt déterminer si la preuve dans son ensemble peut raisonnablement étayer un verdict de culpabilité, tout en reconnaissant pleinement le droit du jury de faire des inférences de fait justifiables et d'apprécier la crédibilité.

I. Les faits*

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d'Enio Mora, qui selon les apparences était un ami proche. À l'enquête préliminaire, la preuve établie par le ministère public contre l'accusé était uniquement circonstancielle. L'accusé a cité deux témoins dont on pourrait dire que les dépositions étaient de nature exculpatoire. Il s'agissait de savoir si la preuve suffisait pour justifier le renvoi à procès de l'accusé. 2

La preuve produite par le ministère public se présentait de la manière suivante. Le 11 septembre 1996, vers 16 h, on a découvert le cadavre de M. Mora dans le coffre arrière de sa Cadillac. La Cadillac était stationnée sur le côté nord de Teston Road, entre Pine Valley Drive et Weston Road, dans la ville de Vaughan située au nord de Toronto. Monsieur Mora a été atteint de quatre coups de feu, tirés à bout portant, à la tempe gauche. 3

*Note : Une ordonnance a été prononcée interdisant la publication de la preuve produite lors de l'enquête préliminaire en l'espèce en application de l'art. 539 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

4 The Crown presented no evidence purporting to establish when Mora's Cadillac was first parked at the place it was discovered. However, one witness testified that the car was not parked there when he passed the area at 10:45 a.m. Several witnesses testified that they saw the car at around 2:00 p.m., or soon after.

Le ministère public n'a présenté aucune preuve qui aurait pu établir quand la Cadillac de M. Mora a d'abord été stationnée à l'endroit où on l'a retrouvée. Cependant, un témoin a déclaré que la voiture n'y était pas lorsqu'il est passé dans le secteur à 10 h 45. Plusieurs témoins ont affirmé avoir aperçu la voiture vers 14 h ou peu de temps après.

5 The principal evidence linking the accused to the crime consisted of a bundle of clothes discovered by the side of Pine Valley Drive by Onido Salerno, a local farmer. On September 11th, Salerno was working outside on his farm, which is on Pine Valley Drive just south of Teston Road. At about 2:00 p.m., Salerno saw a black or blue car, a Buick or Oldmobile with a chrome stripe along the side, stop on the road in front of him. The driver and a passenger got out and left something in the ditch by the side of the road. The two then got back in the car and drove off. After the car had driven off, Salerno went to see what the men had left in the ditch. He found a pair of beige pants, a shirt spotted with blood, a pair of shoes, and a full package of Freedent gum. Salerno later viewed photographs at the police station and identified the driver of the car he had seen to be someone other than the accused. The Crown maintained that the man Salerno had seen was the accused.

La principale preuve rattachant l'accusé au crime consiste en un paquet de vêtements découverts par Onido Salerno, un agriculteur de la région, au bord de la Pine Valley Drive. Le 11 septembre, M. Salerno travaillait à l'extérieur sur sa ferme, située sur Pine Valley Drive au sud de Teston Road. Vers 14 h, M. Salerno a aperçu une voiture de couleur noire ou bleue, une Buick ou une Oldsmobile avec une bande latérale chromée, s'arrêter sur la route à laquelle il faisait face. Le conducteur et un passager sont sortis de la voiture et ont déposé quelque chose dans le fossé au bord de la route. Ils sont alors remontés dans la voiture et sont repartis. Après que la voiture eut quitté les lieux, M. Salerno s'est rendu au fossé pour voir ce que les individus y avaient laissé. Il a trouvé un pantalon beige, une chemise tachée de sang, une paire de souliers et un paquet complet de gomme à mâcher Freedent. Monsieur Salerno a par la suite examiné des photographies au poste de police et identifié le conducteur de la voiture qu'il avait vu comme quelqu'un d'autre que l'accusé. Le ministère public a maintenu que l'individu que M. Salerno avait vu était en fait l'accusé.

6 The Crown presented evidence as to the whereabouts of the deceased and the accused on the morning of September 11th. Nick Nesci, a real estate broker and long-time acquaintance of the accused, stated that the accused had arrived at his office some time soon after 10:00 a.m. One of Nesci's clients, Nicola Galiffe, had a 10:00 a.m. appointment with Nesci and was already in the office. Mora arrived at about 10:20 or 10:30 a.m, to follow up on an offer Nesci had made to get him a good price on an exercise treadmill. Nesci left his office at about 11:00 a.m. for an appointment. He left Galiffe, Mora, and the accused standing outside his office, "talking like old friends". That

Le ministère public a produit des preuves quant aux allées et venues de la victime et de l'accusé dans la matinée du 11 septembre. Nick Nesci, courtier en immeubles et ami de longue date de l'accusé, a affirmé que l'accusé s'était présenté à son bureau peu de temps après 10 h. L'un des clients de M. Nesci, Nicola Galiffe, avait rendez-vous avec lui à 10 h et se trouvait déjà dans le bureau. Monsieur Mora est arrivé vers 10 h 20 ou 10 h 30, afin de s'informer auprès de M. Nesci de l'offre que ce dernier lui avait faite quant à l'achat d'un tapis roulant à bon marché. Monsieur Nesci a quitté son bureau vers 11 h pour un rendez-vous. Au moment où il les a quittés, M. Galiffe, M. Mora

was the last he saw of them that day, and the last he saw of Mora.

Galiffe was not called as a witness but he submitted a signed statement to the police stating that he, Mora, and the accused went for coffee after leaving Nesci's office.

Some time on the morning of September 11th, Mora paged Giancarlo Serpe, an acquaintance, to ask him to meet for coffee at 11:30 a.m. The two apparently met for coffee on a daily basis. They met for about 20 minutes or half an hour. In examination-in-chief, Serpe stated that Mora left the donut shop at about 11:30. On cross-examination, he stated that it was about 12:00 noon. In any event it seems he is the last witness to have seen Mora alive.

The accused cooperated with the police investigation. In the course of one interview, he stated that he had been in Mora's car on September 10th. The police therefore asked him to provide "elimination prints"; he agreed. He also agreed to provide a buccal swab for D.N.A. testing.

Forensic tests revealed that the D.N.A. profile taken from the collar of the shirt found by Onido Salerno matched that of the accused and that the blood on the shirt was Mora's. The accused was arrested on December 3rd and charged with first degree murder. A packet of Freedent gum was found on his person. The shirt the accused was wearing at the time of his arrest was about the same size as the shirt that Onido Salerno had found. The pants were the same size. From the accused's residence, the police seized, among other things, several packages of Freedent gum, many pairs of shoes, many pairs of pants, several rounds of .22 calibre bullets, a .22 calibre rifle, and a double-barreled shotgun. Many of the shoes and

et l'accusé se trouvaient à l'extérieur de son bureau, [TRADUCTION] « discutant comme des vieux amis ». C'est la dernière fois qu'il les a vus ce jour-là, et c'est la dernière fois qu'il a vu M. Mora.

Monsieur Galiffe n'a pas été appelé comme témoin, mais il a produit une déclaration signée à la police dans laquelle il indiquait que M. Mora, l'accusé et lui sont allés prendre un café après avoir quitté le bureau de M. Nesci. 7

À un certain moment au cours de la matinée du 11 septembre, M. Mora a contacté son ami Giancarlo Serpe par téléavertisseur pour l'inviter à prendre un café vers 11 h 30. Ils avaient, semble-t-il, l'habitude de se rencontrer tous les jours pour prendre un café. Leur rencontre a duré environ 20 minutes ou une demi-heure. Lors de l'interrogatoire principal, M. Serpe a affirmé que M. Mora a quitté la beignerie vers 11 h 30. En contre-interrogatoire, M. Serpe a déclaré qu'il devait être autour de midi. Quoi qu'il en soit, il serait le dernier témoin à avoir vu M. Mora encore en vie. 8

L'accusé a collaboré à l'enquête policière. Au cours d'un interrogatoire, il a affirmé s'être trouvé dans la voiture de M. Mora le 10 septembre. Les policiers lui ont donc demandé de fournir des [TRADUCTION] « empreintes d'élimination »; il a accepté. Il a également consenti à un prélèvement fait dans sa bouche pour les fins de l'analyse de l'A.D.N. 9

Il ressort des tests médicolégaux que le profil d'A.D.N. prélevé sur le collet de la chemise découverte par Onido Salerno correspondait à celui de l'accusé et que le sang sur la chemise était celui de M. Mora. L'accusé a été arrêté le 3 décembre et inculpé pour meurtre au premier degré. Il avait en sa possession un paquet de gomme à mâcher Freedent. La chemise que portait l'accusé au moment de son arrestation était à peu près de la même taille que la chemise trouvée par Onido Salerno. Le pantalon était de la même grandeur. Dans la résidence de l'accusé, les policiers ont notamment saisi plusieurs paquets de gomme à mâcher Freedent, de nombreuses paires de souliers, beaucoup de pantalons, plusieurs balles de calibre .22, une carabine 10

most of the pants were the same size as those that Onido Salerno had found on Pine Valley Drive. The laces on some pairs of shoes were tied in double knots, as had been the laces on the pair of shoes that Onido Salerno had found. According to an R.C.M.P. expert who examined several of the shoes, it was "highly probable" that the person who had worn the shoes that Onido Salerno had found was the same person who had worn the shoes found in the accused's residence. The accused's car was seized on December 4th. It was a blue, 1989, 4-door Buick Park Avenue, with a wide chrome strip along the bottom of the fenders and doors. Inside the car, the police found, among other things, Freedent gum and a pair of boots.

de calibre .22 et un fusil de chasse à canons jumelés. De nombreux souliers et la plupart des pantalons correspondaient en pointure et en taille à ceux que Onido Salerno avait trouvés sur Pine Valley Drive. Les lacets de certaines paires de souliers étaient attachés à double nœud, comme c'était le cas des lacets de la paire de souliers découverts par Onido Salerno. Selon un expert de la G.R.C. qui a examiné plusieurs des souliers, il était [TRADUCTION] « hautement probable » que la personne qui avait porté les souliers découverts par Onido Salerno soit la même personne qui avait porté les souliers trouvés dans la résidence de l'accusé. La voiture de l'accusé a été saisie le 4 décembre. C'était une Buick Park Avenue 1989, 4 portes, de couleur bleue, avec une large bande chromée le long de la partie inférieure des ailes et des portes. À l'intérieur de la voiture, les policiers ont notamment trouvé de la gomme à mâcher Freedent et une paire de bottes.

11 The police theorized that Mora had been murdered at a farm located at 10367 Weston Road. The distance between the farm and the place Mora's car was found could be traveled in slightly over a minute, driving at 65 kilometres per hour. The farm is owned by Nicola DiLorenzo, for whom the accused had worked "a long time ago". DiLorenzo stated that he had never seen the accused at the farm. However, the accused's son has done work for DiLorenzo. Soil samples taken from one of the barns matched soil found on Mora's clothing and shoes as well as on the shoes found by Onido Salerno on Pine Valley Drive. The police also found feathers and feather fragments similar to those found with Mora's body, on the boots found in the accused's car, and on the shirt and pants found by Salerno. In a subsequent search, the police found four .22 calibre live rounds of ammunition, a .22 calibre shell case, and a .22 calibre ammunition container.

Selon la thèse des policiers, M. Mora aurait été tué sur une ferme située au 10367 Weston Road. En conduisant à 65 km/h, on peut parcourir en un peu plus d'une minute la distance entre la ferme et l'endroit où la voiture de M. Mora a été trouvée. L'accusé a travaillé [TRADUCTION] « il y a longtemps de cela » pour le propriétaire de la ferme, Nicola DiLorenzo. Monsieur DiLorenzo a déclaré ne jamais avoir vu l'accusé à la ferme. Toutefois, le fils de l'accusé a travaillé pour M. DiLorenzo. Des échantillons de terre prélevés de l'une des étables correspondaient à la terre retrouvée sur les vêtements et les souliers de M. Mora, ainsi que sur les souliers découverts par Onido Salerno au bord de la Pine Valley Drive. Les policiers y ont également trouvé des plumes et des fragments de plume semblables à ceux qui ont été retrouvés sur le corps de M. Mora, sur les bottes se trouvant dans la voiture de l'accusé et sur la chemise et le pantalon découverts par M. Salerno. Lors d'une perquisition subséquente, les policiers se sont emparés de quatre cartouches chargées de calibre .22, d'une douille de calibre .22 et d'un conteneur à munitions de calibre .22.

12 The accused called witnesses whose testimony was arguably exculpatory. Michael Fiorillo, the

L'accusé a appelé des témoins dont on pourrait dire que les dépositions étaient de nature exculpa-

owner of the real estate company with which Nesci is employed, testified that he saw Galiffe, Mora, and the accused leave his premises at about 11:00 a.m. He also stated that he saw Galiffe and the accused in the same parking lot between 1:30 and 2:00 p.m., but closer to 2:00 p.m. At that time, the accused was getting into his car. Galiffe was getting into his own car. Carmelo Suppo, a travel agent and long-time friend of the accused, testified that the accused had visited her on September 11th between about 2:00 p.m. and 2:30 p.m. No evidence was offered by the Crown or by the accused as to how long it would take to drive from the place the clothing was found on Pine Valley Drive to Mr. Fiorillo's office or Ms. Suppo's office. The accused suggested, however, that the testimony of Fiorillo and Suppo was exculpatory as it suggested lack of opportunity.

toire. Michael Fiorillo, le propriétaire de la société immobilière pour laquelle M. Nesci travaille, a témoigné qu'il a vu M. Galiffe, M. Mora et l'accusé quitter son immeuble vers 11 h. Il a également déclaré avoir aperçu M. Galiffe et l'accusé au même terrain de stationnement entre 13 h 30 et 14 h, mais plus près de 14 h. À ce moment-là, l'accusé montait dans sa voiture. Monsieur Galiffe montait dans la sienne. Carmelo Suppo, une agente de voyage et amie de longue date de l'accusé, a témoigné que l'accusé lui avait rendu visite le 11 septembre entre 14 h et 14 h 30. Ni le ministère public ni l'accusé n'ont présenté de preuve quant au temps requis pour se rendre en voiture de l'endroit où les vêtements ont été trouvés, sur Pine Valley Drive, au bureau de M. Fiorillo ou à celui de Mme Suppo. L'accusé a cependant soutenu que les témoignages de M. Fiorillo et de Mme Suppo étaient de nature exculpatoire, du fait qu'ils laissaient entendre que l'accusé n'avait jamais eu l'occasion de commettre le crime.

II. Judgments

1. *Ontario Court (Provincial Division)*

Before Lampkin Prov. J., the preliminary inquiry judge in the Ontario Court (Provincial Division), the accused contended that a "novel issue raised by the unique facts of this case is the extent to which a preliminary inquiry justice can consider exculpatory evidence in determining when circumstantial evidence is sufficient to justify an accused's committal for trial": [1998] O.J. No. 3974 (QL), at para. 69. It was the accused's view that a preliminary inquiry judge is required to consider exculpatory evidence. The Crown conceded that a preliminary inquiry judge must evaluate all of the evidence but argued that this did not mean that the judge must weigh evidence to arrive at a "net effect". The Crown's position was that the task of weighing circumstantial inculpatory evidence against direct exculpatory evidence is a task for the jury, not the preliminary inquiry judge.

II. Les jugements

1. *Cour de l'Ontario (Division provinciale)*

Devant le juge Lampkin, le juge présidant l'enquête préliminaire en Cour de l'Ontario (Division provinciale), l'accusé a fait valoir que la [TRADUCTION] « nouvelle question soulevée par les faits particuliers de la présente affaire concerne la mesure dans laquelle le juge présidant l'enquête préliminaire peut tenir compte de la preuve exculpatoire afin de décider si la preuve circonstancielle est suffisante pour justifier qu'un accusé soit renvoyé pour subir son procès » : [1998] O.J. No. 3974 (QL), par. 69. L'accusé a prétendu que le juge présidant l'enquête préliminaire devait prendre en considération la preuve exculpatoire. Le ministère public a admis que le juge présidant l'enquête préliminaire devait évaluer l'ensemble de la preuve, mais a affirmé que cela ne signifiait pas qu'il devait évaluer la preuve afin de parvenir à un [TRADUCTION] « effet net ». Le ministère public a soutenu qu'il incombait au jury, et non au juge présidant l'enquête préliminaire, de soupeser la preuve circonstancielle de nature inculpatoire par rapport à la preuve directe de nature exculpatoire. 13

14 Lampkin Prov. J. began by citing this Court's decision in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080, which held that a preliminary inquiry justice is "required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction". He then stated that the application of the *Shephard* test to the facts of particular cases "has brought sharp disagreement even at the highest level": para. 75. In support of this proposition, he cited this Court's decision in *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, in which both the majority and the dissent affirmed *Shephard* but the latter went on to state that "whether the evidence is direct or circumstantial, the judge, in assessing the sufficiency of the evidence must, by definition, weigh it": *Charemski*, *supra*, at para. 23 (*per* McLachlin J., dissenting). Lampkin Prov. J. reasoned that this statement reflected a disagreement with the majority position and the traditional common law rule. In his view, the proposition that a preliminary judge must weigh the evidence "comes awfully close to saying that if the evidence presented by the Crown is so weak, the case ought to be withdrawn from the jury": para. 85. He therefore rejected the accused's contention that the judge must weigh the evidence, holding at para. 96 that

> if "there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction", . . . there must be a committal notwithstanding the presence of exculpatory evidence. Failure to commit would mean that the justice made findings of fact and drew inferences therefrom which are forbidden at the preliminary hearing stage. [Emphasis added.]

15 Despite that ruling, Lampkin Prov. J. carefully surveyed not only the evidence that the Crown had led, but also the evidence and arguments adduced by the accused. While he ultimately determined that the accused should be committed to trial for second degree murder, he did so only after

Le juge Lampkin a débuté en citant l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080, dans lequel notre Cour a statué que le juge présidant l'enquête préliminaire « doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité ». Il a ensuite déclaré que l'application du critère de l'arrêt *Shephard* aux faits de cas particuliers [TRADUCTION] « a marqué un net désaccord, même dans les plus hautes instances » : par. 75. Pour étayer cette proposition, il a renvoyé à la décision rendue par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, dans lequel autant les juges de la majorité que les juges dissidents ont confirmé l'arrêt *Shephard*, quoique ces derniers aient par la suite affirmé que « peu importe que la preuve soit directe ou circonstancielle, le juge doit, par définition, évaluer cette preuve pour en déterminer le caractère suffisant » : *Charemski*, précité, par. 23 (le juge McLachlin, dissidente). Suivant le raisonnement du juge Lampkin, cette affirmation s'écarte de l'opinion majoritaire et de la règle traditionnelle de common law. À son avis, la proposition selon laquelle un juge présidant l'enquête préliminaire doit évaluer la preuve [TRADUCTION] « se rapproche dangereusement de l'affirmation qui veut que, si la preuve présentée par le ministère public est aussi faible, le jury devrait en être dessaisi » : par. 85. Il a donc rejeté la prétention de l'accusé portant qu'il incombe au juge d'évaluer la preuve, statuant au par. 96 que

> [TRADUCTION] s'il « existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité » [. . .] il doit y avoir renvoi à procès indépendamment de l'existence d'une preuve exculpatoire. L'omission de renvoyer à procès signifierait que le juge a tiré des conclusions de fait et, partant, fait des inférences qui sont prohibées à l'étape de l'enquête préliminaire. [Je souligne.]

En dépit de cette décision, le juge Lampkin a soigneusement passé en revue non seulement la preuve que le ministère public a produite, mais également la preuve et les arguments présentés par l'accusé. Quoi qu'il ait décidé en définitive de renvoyer l'accusé à procès pour meurtre au deuxième

"view[ing] the evidence as a whole" (para. 90). Lampkin Prov. J. rejected the Crown's contention that the accused could be committed to trial for first degree murder under s. 231(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, finding that the evidence of planning and deliberation was insufficient.

degré, le juge est arrivé à cette conclusion uniquement après avoir [TRADUCTION] « évalu[é] la preuve dans son ensemble » : par. 90. Jugeant insuffisante la preuve relative au caractère prémédité et délibéré de l'infraction, le juge Lampkin a rejeté la prétention du ministère public selon laquelle l'accusé pourrait être renvoyé à procès pour meurtre au premier degré aux termes du par. 231(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

2. *Ontario Court (General Division)*

On *certiorari* to the Ontario Court (General Division), the accused pursued the argument that the preliminary inquiry judge should have weighed the evidence. Tobias J. dismissed the application. In his view, "the reasons for decision of the preliminary hearing judge constituted a careful review of the evidence and a thorough determination of the sufficiency of the evidence": [1999] O.J. 758 (QL), at para. 7. He rejected the accused's argument that Lampkin Prov. J. had misapplied *Charemski*, *supra*. "Considering his reasons as a whole", he wrote, "there is simply no indication that the judge applied an incorrect test to the facts adduced at the preliminary hearing. He followed the test for committal set out by the majority of the Court and by [the dissent] in *Charemski*": para. 10.

2. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Par voie de *certiorari* devant la Cour de l'Ontario (Division générale), l'accusé a invoqué l'argument portant que le juge présidant l'enquête préliminaire aurait dû évaluer la preuve. Le juge Tobias a rejeté la demande. Selon lui, [TRADUCTION] « les motifs de la décision du juge présidant l'enquête préliminaire ont été prononcés par suite d'un examen attentif de la preuve et d'une évaluation approfondie du caractère suffisant de celle-ci » : [1999] O.J. 758 (QL), par. 7. Il a rejeté l'argument de l'accusé selon lequel le juge Lampkin a mal appliqué l'arrêt *Charemski*, précité. [TRADUCTION] « Tenant compte de l'ensemble de ses motifs », écrit-il, « je suis d'avis que rien n'indique que le juge a appliqué le mauvais critère aux faits présentés à l'enquête préliminaire. Il a suivi le critère applicable au renvoi à procès énoncé par les juges de la majorité ainsi que par [les juges dissidents] dans l'arrêt *Charemski* » : par. 10. 16

3. *Court of Appeal of Ontario*

The Court of Appeal for Ontario dismissed the accused's appeal by endorsement: [2000] O.J. No. 37 (QL). It wrote:

> The committing judge expressly instructed himself as to his function relying upon *Monteleone v. The Queen* (1987), 35 C.C.C. (3d) 193 (S.C.C.) and *United States v. Shephard* (1976), 30 C.C.C. 424 (S.C.C.). These cases are still good law. The dissenting reasons of McLachlin J. in *R. v. Charemski* (1998), 123 C.C.C. (3d) 225 (S.C.C.) at 237 specifically state that the trial judge is not to assess the credibility of witnesses.

3. *Cour d'appel de l'Ontario*

Par un jugement manuscrit ([2000] O.J. No. 37 (QL)), la Cour d'appel de l'Ontario a débouté l'accusé en appel en ces termes : 17

> [TRADUCTION] Le juge qui a ordonné le renvoi au procès s'est expressément fondé sur les arrêts *Monteleone c. La Reine* (1987), 35 C.C.C. (3d) 193 (C.S.C.) et *États-Unis c. Shephard* (1976), 30 C.C.C. 424 (C.S.C.) pour le guider dans sa tâche. Ces arrêts sont encore à ce jour valables en droit. Les motifs dissidents exprimés par le juge McLachlin dans *R. c. Charemski* (1998), 123 C.C.C. (3d) 225 (C.S.C.) à la p. 237 énoncent précisément que le juge du procès ne doit pas apprécier la crédibilité des témoins.

The Court of Appeal concluded that the Lampkin Prov. J. had made no jurisdictional error and that Tobias J. was correct in denying the appellant the remedy of *certiorari*.

III. Legislation

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

535. Where an accused who is charged with an indictable offence is before a justice, the justice shall, in accordance with this Part [Procedure on Preliminary Inquiry], inquire into that charge and any other indictable offence, in respect of the same transaction, founded on the facts that are disclosed by the evidence taken in accordance with this Part.

540. (1) Where an accused is before a justice holding a preliminary inquiry, the justice shall

(*a*) take the evidence under oath, in the presence of the accused, of the witnesses called on the part of the prosecution and allow the accused or his counsel to cross-examine them; . . .

541. (1) When the evidence of the witnesses called on the part of the prosecution [at the preliminary inquiry] has been taken down . . . the justice shall, subject to this section, hear the witnesses called by the accused.

548. (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

(*a*) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(*b*) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

IV. Issue

19 Did the preliminary inquiry judge, in determining whether the evidence was sufficient to commit the accused to trial, err in refusing to weigh the Crown's evidence against exculpatory evidence adduced by the defence?

La Cour d'appel a statué que le juge Lampkin n'a commis aucune erreur de compétence et que le juge Tobias a refusé à juste titre d'accorder réparation à l'appelant par voie de *certiorari*.

III. Dispositions législatives

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

535. Lorsqu'un prévenu inculpé d'un acte criminel est devant lui, le juge de paix doit, en conformité avec la présente partie [Procédure à l'enquête préliminaire], enquêter sur l'accusation ainsi que sur tout autre acte criminel qui découle de la même affaire fondé sur les faits révélés par la preuve recueillie conformément à la présente partie.

540. (1) Lorsque le prévenu est devant un juge de paix qui tient une enquête préliminaire, ce juge doit :

a) d'une part, recueillir, en présence du prévenu, les dépositions sous serment des témoins appelés de la part de la poursuite et permettre au prévenu ou à son avocat de les contre-interroger; . . .

541. (1) Une fois les dépositions des témoins de la poursuite [à l'enquête préliminaire] consignées [. . .] le juge de paix entend, sous réserve du présent article, les témoins appelés par l'accusé.

548. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit :

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

IV. Question en litige

Lorsqu'il a examiné si la preuve était suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès, le juge présidant l'enquête préliminaire a-t-il commis une erreur en refusant de soupeser la preuve présentée par le ministère public par rapport à la preuve exculpatoire produite par la défense?

V. Analysis

Procedure relating to preliminary inquiries is set out in Part XVIII of the *Criminal Code*. Section 535 provides that, when an accused is charged with an indictable offence, a justice shall conduct a preliminary inquiry to assess the evidentiary basis for the charge. Section 540 requires the preliminary inquiry justice to hear the evidence of the Crown. Section 541 requires the preliminary inquiry justice to hear the witnesses of the accused. Section 548(1) states that, after all the evidence has been taken, the justice shall commit the accused to trial "if in his opinion there is sufficient evidence", and discharge the accused "if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out".

The question to be asked by a preliminary inquiry judge under s. 548(1) of the *Criminal Code* is the same as that asked by a trial judge considering a defence motion for a directed verdict, namely, "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty": *Shephard*, *supra*, at p. 1080; see also *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at p. 160. Under this test, a preliminary inquiry judge must commit the accused to trial "in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction": *Shephard*, at p. 1080.

The test is the same whether the evidence is direct or circumstantial: see *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at pp. 842-43; *Monteleone*, *supra*, at p. 161. The nature of the judge's task, however, varies according to the type of evidence that the Crown has advanced. Where the Crown's case is based entirely on direct evidence, the judge's task is straightforward. By definition, the only conclusion that needs to be reached in such a case is whether the evidence is true: see *Watt's Manual of Criminal Evidence* (1998), at §8.0 ("[d]irect evidence is evidence which, if believed, resolves a matter in issue"); *McCormick on Evi-*

V. Analyse

20 La Partie XVIII du *Code criminel* énonce la procédure relative aux enquêtes préliminaires. L'article 535 prévoit que, lorsqu'un prévenu est inculpé d'un acte criminel, un juge de paix doit tenir une enquête préliminaire afin d'apprécier la preuve qui fonde la mise en accusation. L'article 540 exige que le juge présidant l'enquête préliminaire entende la preuve du ministère public. En application de l'art. 541, le juge présidant l'enquête préliminaire doit entendre les témoins appelés par l'accusé. Le paragraphe 548(1) dispose que, une fois les témoignages recueillis, le juge de paix doit renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès « si à son avis la preuve [. . .] est suffisante », ou libérer l'accusé « si à son avis la preuve [. . .] n'est pas suffisante ».

21 La question que doit se poser le juge présidant l'enquête préliminaire aux termes du par. 548(1) du *Code criminel* est identique à celle que doit se poser le juge du procès saisi d'une requête de la défense en vue d'obtenir un verdict imposé, savoir « [s]'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » : *Shephard*, précité, p. 1080; voir également *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, p. 160. Selon ce critère, le juge présidant l'enquête préliminaire doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès « chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité » : *Shephard*, p. 1080.

22 Le critère demeure inchangé qu'il s'agisse d'une preuve directe ou circonstancielle : voir *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 842-843; *Monteleone*, précité, p. 161. La nature de la tâche qui incombe au juge varie cependant selon le type de preuve présenté par le ministère public. Lorsque les arguments du ministère public sont fondés entièrement sur une preuve directe, la tâche du juge est claire. Par définition, la seule conclusion à laquelle il faut arriver dans une affaire comme l'espèce, concerne la véracité de la preuve : voir *Watt's Manual of Criminal Evidence* (1998), §8.0 ([TRADUCTION] « [l]a preuve directe est celle qui, si

dence (5th ed. 1999), at p. 641; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at §2.74 (direct evidence is witness testimony as to "the precise fact which is the subject of the issue on trial"). It is for the jury to say whether and how far the evidence is to be believed: see *Shephard*, *supra*, at pp. 1086-87. Thus if the judge determines that the Crown has presented direct evidence as to every element of the offence charged, the judge's task is complete. If there is direct evidence as to every element of the offence, the accused must be committed to trial.

23 The judge's task is somewhat more complicated where the Crown has not presented direct evidence as to every element of the offence. The question then becomes whether the remaining elements of the offence — that is, those elements as to which the Crown has not advanced direct evidence — may reasonably be inferred from the circumstantial evidence. Answering this question inevitably requires the judge to engage in a limited weighing of the evidence because, with circumstantial evidence, there is, by definition, an inferential gap between the evidence and the matter to be established — that is, an inferential gap beyond the question of whether the evidence should be believed: see *Watt's Manual of Criminal Evidence*, *supra*, at §9.01 (circumstantial evidence is "any item of evidence, testimonial or real, other than the testimony of an eyewitness to a material fact. It is any fact from the existence of which the trier of fact may infer the existence of a fact in issue"); *McCormick on Evidence*, *supra*, at pp. 641-42 ("[c]ircumstantial evidence . . . may be testimonial, but even if the circumstances depicted are accepted as true, additional reasoning is required to reach the desired conclusion"). The judge must therefore weigh the evidence, in the sense of assessing whether it is reasonably capable of supporting the inferences that the Crown asks the jury to draw. This weighing, however, is limited. The judge does not ask whether she herself would conclude that the accused is guilty. Nor does the judge draw factual inferences or assess credibility. The judge asks

elle était crue, tranche la question en litige »); *McCormick on Evidence* (5e éd. 1999), p. 641; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), §2.74 (la preuve directe s'entend de la déposition d'un témoin quant au [TRADUCTION] « fait précis qui est au cœur du litige »). Il incombe au jury de dire s'il convient d'accorder foi à la preuve et jusqu'à quel point il faut le faire : voir *Shephard*, précité, p. 1086-1087. Donc, si le juge est d'avis que le ministère public a présenté une preuve directe à l'égard de tous les éléments de l'infraction reprochée, son travail s'arrête là. Si une preuve directe est produite à l'égard de tous les éléments de l'infraction, l'accusé doit être renvoyé à procès.

La tâche qui incombe au juge devient un peu plus compliquée lorsque le ministère public ne produit pas une preuve directe à l'égard de tous les éléments de l'infraction. Il s'agit alors de savoir si les autres éléments de l'infraction — soit les éléments à l'égard desquels le ministère public n'a pas présenté de preuve directe — peuvent raisonnablement être inférés de la preuve circonstancielle. Pour répondre à cette question, le juge doit nécessairement procéder à une évaluation limitée de la preuve, car la preuve circonstancielle est, par définition, caractérisée par un écart inférentiel entre la preuve et les faits à être démontrés — c'est-à-dire un écart inférentiel qui va au-delà de la question de savoir si la preuve est digne de foi : voir *Watt's Manual of Criminal Evidence*, *op. cit.*, §9.01 (la preuve circonstancielle s'entend de [TRADUCTION] « tout élément de preuve, qu'il soit de nature testimoniale ou matérielle, autre que le témoignage d'un témoin oculaire d'un fait important. Il s'agit de tout fait dont l'existence peut permettre au juge des faits d'inférer l'existence d'un fait en cause »); *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, p. 641-642 ([TRADUCTION] « la preuve circonstancielle [. . .] peut être de nature testimoniale, mais même si les circonstances décrites sont tenues pour vraies, il faut que le raisonnement soit plus poussé afin qu'il puisse mener à la conclusion souhaitée »). Par conséquent, le juge doit évaluer la preuve, en ce sens qu'il doit déterminer si celle-ci est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences que le ministère public veut que le jury

only whether the evidence, if believed, could reasonably support an inference of guilt.

The principles described above are well settled. In *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193 (H.L.), at p. 197, Lord Cairns wrote:

> The Judge has a certain duty to discharge, and the jurors have another and a different duty. The Judge has to say whether any facts have been established by evidence from which [the matter in issue] may be reasonably inferred; the jurors have to say whether, from those facts . . . [the matter in issue] ought to be inferred. [Emphasis omitted.]

We reaffirmed the traditional common law rule in *Shephard*, *supra*. As I noted in *Charemski*, *supra*, the same rule applies in England, in Australia, and in the United States: see *Cross and Tapper on Evidence* (8th ed. 1995), at pp. 190-92; P. Gillies, *Law of Evidence in Australia* (2nd ed. 1991), at pp. 206-8; *Curley v. United States*, 160 F.2d 229 (D.C. Cir. 1947), at p. 232 (the judge "must determine whether upon the evidence . . . a reasonable mind might fairly conclude guilt beyond a reasonable doubt").

Notwithstanding certain confusing language in *Mezzo*, *supra*, and *Monteleone*, *supra*, nothing in this Court's jurisprudence calls into question the continuing validity of the common law rule: see M. Bloos and M. Plaxton, "An Almost-Eulogy for the Preliminary Inquiry: 'We Hardly Knew Ye'" (2000), 43 *Crim. L.Q.* 516, at p. 526. In *Mezzo*, the issue was whether the Crown had proffered sufficient evidence as to identity. McIntyre J., writing for the majority, stated that a trial judge can direct an acquittal only if there is "no evidence" as to an essential element of the offence: *Mezzo*, at pp. 840-43. He also stated that the judge has no authority to "weigh and consider the quality of the evidence and to remove it from the jury's consideration":

fasse. Cette évaluation est cependant limitée. Le juge ne se demande pas si, personnellement, il aurait conclu à la culpabilité de l'accusé. De même, le juge ne tire aucune inférence de fait, pas plus qu'il apprécie la crédibilité. Le juge se demande uniquement si la preuve, si elle était crue, peut raisonnablement étayer une inférence de culpabilité.

24 Les principes décrits précédemment sont bien établis. Dans l'arrêt *Metropolitan Railway Co. c. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193 (H.L.), p. 197, lord Cairns a écrit :

> [TRADUCTION] Le juge doit remplir certaines fonctions et les jurés d'autres. Le juge doit d'abord décider si l'on peut raisonnablement, au vu de la preuve, conclure à [ce dont il est question]; les jurés doivent pour leur part décider si l'on doit conclure, au vu de la preuve, à [. . .] [ce dont il est question]. [Italiques omis.]

Notre Cour a confirmé la règle traditionnelle de common law dans l'arrêt *Shephard*, précité. Comme je l'ai noté dans l'arrêt *Charemski*, précité, c'est la même règle qui prévaut en Angleterre, en Australie et aux États-Unis : voir *Cross and Tapper on Evidence* (8e éd. 1995), p. 190-192; P. Gillies, *Law of Evidence in Australia* (2e éd. 1991), p. 206-208; *Curley c. United States*, 160 F.2d 229 (D.C. Cir. 1947), p. 232 (le juge [TRADUCTION] « doit déterminer si, au vu de la preuve, [. . .] une personne raisonnable pourrait équitablement conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable »).

25 Malgré certaines formulations équivoques dans les arrêts *Mezzo* et *Monteleone*, précités, la jurisprudence établie par notre Cour ne remet nullement en question la validité continue de la règle de common law : voir M. Bloos et M. Plaxton, « An Almost-Eulogy for the Preliminary Inquiry : 'We Hardly Knew Ye' » (2000), 43 *Crim. L.Q.* 516, p. 526. Dans l'arrêt *Mezzo*, il s'agissait de savoir si le ministère public avait produit suffisamment de preuves sur la question de l'identité. Comme l'a déclaré le juge McIntyre au nom de la majorité, le juge du procès ne peut imposer un verdict d'acquittement que dans la mesure où « aucune preuve » n'est faite d'un élément essentiel de l'infraction : *Mezzo*, p. 840-843. Il a en outre énoncé

Mezzo, at p. 842. Those statements, taken alone, might be understood to suggest that a preliminary inquiry judge must commit the accused to trial even if the Crown's evidence would not reasonably support an inference of guilt. However, as the dissent in *Charemski*, *supra*, discusses (at para. 27), the remainder of McIntyre J.'s reasons make clear that by "no evidence" McIntyre J. meant "no evidence capable of supporting a conviction", and by "weighing" McIntyre J. was referring to the ultimate determination of guilt (a matter for the jury), as distinguished from the determination of whether the evidence can reasonably support an inference of guilt (a matter for the preliminary inquiry judge). His concern was to reject the argument that the judge must determine whether guilt is the only reasonable inference. His reasons cannot be read to call into question the traditional rule, namely, that the judge must determine whether the evidence can reasonably support an inference of guilt.

26 In *Monteleone*, *supra*, the accused was charged with setting fire to his own clothing store. The evidence was entirely circumstantial. The question was whether the trial judge had erred in directing an acquittal on the grounds that the "cumulative effect [of the evidence] gives rise to suspicion only, and cannot justify the drawing of an inference of guilt": *Monteleone*, at p. 159. In ordering a new trial, McIntyre J. wrote that "[i]t is not the function of the trial judge to weigh the evidence, [or] . . . to draw inferences of fact from the evidence before him": *Monteleone*, at p. 161. Again, however, the remainder of the reasons make clear that by "weighing" McIntyre J. was referring to the final drawing of inferences from the facts (which task, again, is within the exclusive province of the jury), not to the task of assessing whether guilt could reasonably be inferred. Indeed, the reasons explicitly reaffirm the common law rule that the judge must determine whether "there is before the

que le juge n'a pas le pouvoir « d'évaluer et d'examiner la qualité de la preuve administrée et d'en dessaisir le jury » : *Mezzo*, p. 842. Prises séparément, ces affirmations pourraient laisser entendre qu'un juge présidant l'enquête préliminaire est tenu de renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès même si la preuve du ministère public ne peut raisonnablement étayer une inférence de culpabilité. Cependant, comme il en est question dans la dissidence de l'arrêt *Charemski*, précité, par. 27, le reste des motifs du juge McIntyre font clairement ressortir qu'il entendait, par « aucune preuve », « aucune preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité », et que « évaluation » renvoyait à la décision finale quant à la culpabilité (question qui relève du jury), par opposition à la décision quant à savoir si la preuve peut raisonnablement étayer une inférence de culpabilité (question qui relève du juge présidant l'enquête préliminaire). Il importait pour lui de rejeter l'argument selon lequel le juge doit déterminer si la culpabilité constitue la seule inférence raisonnable qui puisse être tirée. Ses motifs ne peuvent pas être interprétés comme une remise en cause de la règle traditionnelle, à savoir que le juge doit évaluer si la preuve peut raisonnablement étayer une inférence de culpabilité.

Dans l'arrêt *Monteleone*, précité, l'accusé a été inculpé relativement à l'incendie de sa boutique de vêtements. La preuve était entièrement circonstancielle. Il s'agissait de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en imposant un verdict d'acquittement au motif que [TRADUCTION] « [l']effet cumulatif [de la preuve] ne fait naître que des soupçons et ne peut justifier une conclusion de culpabilité » : *Monteleone*, p. 159. Ordonnant la tenue d'un nouveau procès, le juge McIntyre a déclaré que « [l]e juge du procès n'a pas pour fonction d'évaluer la preuve [ni] [. . .] de faire des inférences de fait d'après les éléments de preuve qui lui sont présentés » : *Monteleone*, p. 161. Encore une fois, cependant, le reste des motifs font clairement ressortir que par « évaluation » le juge McIntyre se référait aux inférences finales pouvant être tirées au regard des faits (tâche qui, encore une fois, relève exclusivement du jury), et non à la tâche de déterminer s'il aurait été rai-

court any admissible evidence, whether direct or circumstantial, which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction": *Monteleone*, at p. 161.

Contrary to the appellant's contention, *Charemski*, *supra*, did not evidence disagreement in this Court as to the proper approach. The appellant in *Charemski* had been charged with the murder of his wife. The trial judge directed a verdict of acquittal, principally because the forensic evidence did not affirmatively suggest that the deceased had been murdered. The question in this Court was whether the Court of Appeal erred in setting aside the trial judge's directed verdict of acquittal. There was no disagreement between the majority and the dissent as to the test that the preliminary inquiry justice must apply. On the contrary, both the majority and the dissent clearly reaffirmed *Shephard*, *supra*, and its progeny: see *Charemski*, at paras. 2 and 4 (*per* Bastarache J.); at paras. 19 and 30 (*per* McLachlin J., dissenting). Any disagreement concerned not the test for sufficiency but the question of whether sufficient evidence was led in that case. The majority conceded that forensic evidence had not affirmatively indicated that the deceased had been murdered, but reasoned that a properly instructed jury could reasonably infer guilt from the other evidence that the Crown had led. The dissent argued that, as it had not been established that the deceased had been murdered, it was meaningless to discuss identity and causation, two of the other essential elements of the offence. The dissent also argued that the accused's presence in the deceased's apartment could not reasonably be inferred from the accused's conceded presence in the lobby. The dissenting justices concluded that

sonnable de conclure à la culpabilité. En effet, les motifs confirment explicitement la règle de common law selon laquelle le juge doit décider si « [le] tribunal [dispose d']un élément de preuve admissible, direct ou circonstancielle qui, s'il était accepté par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierait une déclaration de culpabilité » : *Monteleone*, p. 161.

27 Contrairement à ce que prétend l'appelant, l'arrêt *Charemski*, précité, n'a pas fait ressortir de désaccord au sein de notre Cour quant à la méthode appropriée de procéder. Dans l'arrêt *Charemski*, l'appelant avait été accusé du meurtre de son épouse. Le juge du procès a imposé un verdict d'acquittement, essentiellement parce que la preuve médicolégale n'a pas révélé de façon concluante que la victime avait été assassinée. La question dont notre Cour était saisie consistait à savoir si la Cour d'appel avait commis une erreur en annulant le verdict d'acquittement imposé par le juge du procès. Il n'y a pas eu de désaccord entre les juges majoritaires et les juges dissidents quant au critère que doit appliquer le juge présidant l'enquête préliminaire. Au contraire, tant la majorité que la dissidence ont expressément confirmé l'arrêt *Shephard*, précité, et les arrêts qui l'ont suivi : voir *Charemski*, par. 2 et 4 (le juge Bastarache); par. 19 et 30 (le juge McLachlin, dissidente). Ce qui ne faisait pas consensus ne portait pas sur le critère du caractère suffisant de la preuve, mais sur la question de savoir si des éléments de preuve suffisants avaient été produits dans cette affaire. Les juges majoritaires ont admis que la preuve médicolégale n'avait pas démontré de façon concluante que la victime avait été assassinée, mais sont arrivés à la conclusion qu'un jury ayant reçu des directives appropriées pouvait raisonnablement tirer une inférence de culpabilité au regard des autres éléments de preuve produits par le ministère public. Les juges dissidents ont fait valoir que, comme il n'a pas été démontré que la victime a été assassinée, il était inutile de parler d'identité et de lien de causalité, deux autres éléments essentiels de l'infraction. Les juges dissidents ont également fait valoir que la présence de l'accusé dans l'appartement de la victime ne pouvait raisonnablement être déduite du fait que l'accusé avait admis sa pré-

the circumstantial evidence could not reasonably support an inference of guilt.

28 In *Charemski, supra*, the dissenting justices discussed at some length the limited nature of the weighing that a preliminary inquiry justice must perform, reaffirming the "time-hallowed and universally accepted" rule that the judge "must determine whether there is sufficient evidence to permit a properly instructed jury, acting reasonably, to convict, with the implied correlative that the trial judge must weigh the evidence in the limited sense of determining whether it is capable of supporting essential inferences the Crown seeks to have the jury draw": *Charemski*, at para. 26. However, this discussion did not part ways with the reasoning of the majority. Indeed, Bastarache J.'s majority judgment, arrived at only after a thorough survey of the evidence, was founded on exactly the kind of limited weighing endorsed in the dissent: see D. M. Tanovich, "Upping the Ante in Directed Verdict Cases Where the Evidence is Circumstantial" (1998), 15 C.R. (5th) 21, at pp. 26-27.

29 The question that arises in the case at bar is whether the preliminary inquiry judge's task differs where the defence tenders exculpatory evidence, as is its prerogative under s. 541. In my view, the task is essentially the same, in situations where the defence calls exculpatory evidence, whether it be direct or circumstantial. Where the Crown adduces direct evidence on all the elements of the offence, the case must proceed to trial, regardless of the existence of defence evidence, as by definition the only conclusion that needs to be reached is whether the evidence is true. However, where the Crown's evidence consists of, or includes, circumstantial evidence, the judge must engage in a limited weighing of the whole of the evidence (i.e. including any defence evidence) to

sence dans l'entrée. Ils ont statué que la preuve circonstancielle ne pouvait pas raisonnablement étayer une inférence de culpabilité.

Dans l'arrêt *Charemski*, précité, les juges dissidents ont traité de façon détaillée de la nature limitée de l'évaluation à laquelle le juge présidant l'enquête préliminaire doit procéder, confirmant ainsi la règle « consacré[e] par l'usage et universellement accepté[e] » portant que le juge « doit décider s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour permettre à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de conclure à la culpabilité, et le corollaire implicite selon lequel le juge du procès doit évaluer la preuve uniquement pour déterminer si elle peut étayer les inférences essentielles que le ministère public veut que le jury fasse » : *Charemski*, par. 26. Cependant, cette analyse ne s'écarte pas du raisonnement des juges majoritaires. En effet, l'opinion majoritaire rédigée par le juge Bastarache, opinion qu'il a formulée uniquement au terme d'un examen approfondi de la preuve, se fonde précisément sur le type d'évaluation limitée endossé par les juges dissidents : voir D. M. Tanovich, « Upping the Ante in Directed Verdict Cases Where the Evidence is Circumstantial » (1998), 15 C.R. (5th) 21, p. 26-27.

La question qui se pose dans le présent pourvoi consiste à savoir si la fonction du juge présidant l'enquête préliminaire diffère lorsque la défense présente une preuve exculpatoire, comme il lui est loisible de le faire aux termes de l'art. 541. À mon avis, la fonction reste essentiellement la même, dans les situations où la défense produit une preuve exculpatoire, qu'elle soit directe ou circonstancielle. Lorsque le ministère public présente une preuve directe à l'égard de tous les éléments de l'infraction, il y a lieu de procéder à l'instruction de l'affaire, peu importe l'existence de la preuve de la défense, puisque par définition la seule conclusion à laquelle il faut arriver concerne la véracité de la preuve. Cependant, lorsque la preuve présentée par le ministère public est constituée d'éléments de preuve circonstancielle ou en contient, le juge doit procéder à une évaluation limitée afin de déterminer si, dans l'ensemble de la

determine whether a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty.

In performing the task of limited weighing, the preliminary inquiry judge does not draw inferences from facts. Nor does she assess credibility. Rather, the judge's task is to determine whether, if the Crown's evidence is believed, it would be reasonable for a properly instructed jury to infer guilt. Thus, this task of "limited weighing" never requires consideration of the inherent reliability of the evidence itself. It should be regarded, instead, as an assessment of the reasonableness of the inferences to be drawn from the circumstantial evidence.

The traditional formulation of the common law rule perhaps suggests a different approach. Traditionally, it is said that a preliminary inquiry judge must commit the accused to trial if there is any evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could find guilt: see, e.g., *Shephard*, *supra*, at p. 1080. That formulation of the rule could be misunderstood to mean that, if the Crown presents evidence that would on its own be sufficient to support a verdict of guilty, the preliminary inquiry judge need not consider the exculpatory evidence proffered by the defence: see J. P. Taylor, "The Test for Committal on the Preliminary Inquiry: U.S.A. v. Shephard — A View of Sufficency" (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 213, at p. 230 ("carried to its logical extreme, the decision in *Shephard*, unless it is to be limited to cases in which the defense does not offer evidence, would not allow the justice to weigh the evidence of the Crown when compared with the evidence given by the defense").

This result would obviously be inconsistent with the mandate of the preliminary inquiry justice as is expressed in s. 548(1), which requires the preliminary inquiry justice to consider "the whole of the

preuve (c.-à-d. qui comprend la preuve de la défense), un jury équitable ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement arriver à un verdict de culpabilité.

30 En exerçant cette fonction d'évaluation limitée, le juge présidant l'enquête préliminaire ne tire aucune inférence au regard des faits. Il n'apprécie pas non plus la crédibilité. La fonction du juge consiste plutôt à déterminer si, en supposant que la preuve du ministère public soit crue, il serait raisonnable pour un jury ayant reçu des directives appropriées d'inférer la culpabilité. Par conséquent, dans le cadre de cette fonction qui consiste à procéder à l'« évaluation limitée », le juge n'est jamais tenu d'examiner la fiabilité inhérente de la preuve elle-même. Il s'agirait plutôt d'une évaluation du caractère raisonnable des inférences qu'il convient de tirer de la preuve circonstancielle.

31 La formulation traditionnelle de la règle de common law permet peut-être d'envisager une approche différente. Traditionnellement, la règle veut que le juge présidant l'enquête préliminaire renvoie l'accusé à son procès s'il existe des éléments de preuve au vu desquels un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait conclure à la culpabilité : voir p. ex. *Shephard*, précité, p. 1080. La règle ainsi formulée pourrait être mal interprétée, pouvant porter à croire que si le ministère public présente une preuve qui serait à elle seule suffisante pour étayer un verdict de culpabilité, le juge présidant l'enquête préliminaire n'a pas alors à tenir compte de la preuve exculpatoire produite par la défense : voir J. P. Taylor, « The Test for Committal on the Preliminary Inquiry: U.S.A. v. Shephard — A View of Sufficiency » (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 213, p. 230 ([TRADUCTION] « poussée à son extrême, la décision rendue dans *Shephard*, à moins qu'elle ne se limite qu'aux cas où la défense ne présente aucune preuve, ne permettrait pas au juge de soupeser la preuve du ministère public par rapport à celle produite par la défense »).

32 Il va de soi que ce résultat serait incompatible avec le mandat conféré au juge présidant l'enquête préliminaire tel qu'il est énoncé au par. 548(1), lequel impose à celui-ci d'examiner l'ensemble

evidence". Further, it would undermine one of the central purposes of the preliminary inquiry, which is to ensure that the accused is not committed to trial unnecessarily: see *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 20. Thus the traditional formulation of the common law rule should not be understood to foreclose consideration of defence evidence. It remains true that in certain cases (such as, for example, where the Crown adduces direct evidence as to every element of the offence) the case will necessarily go to the jury regardless of the exculpatory evidence proffered by the defence. This is the inevitable consequence of the principle that credibility determinations are within the exclusive province of the jury. This result is not inconsistent, however, with the preliminary inquiry judge's mandate under s. 548(1). Whatever the evidence of the Crown and defence, the judge must consider "the whole of the evidence", in the sense that she must consider whether the evidence, if believed, could reasonably support a finding of guilt. The question is the same whether the evidence is direct or circumstantial. The only difference is that, where the evidence is direct, the evidence will by definition support a finding of guilt, the only remaining question being whether the evidence is to be believed, which is a question for the jury.

33 With those principles in mind, I turn, then, to the question of whether Lampkin Prov. J. properly interpreted and applied the law in this case. I have reservations about two aspects of Lampkin Prov. J.'s reasons. The first is with Lampkin Prov. J.'s characterization of the dissent in *Charemski*, *supra*, at para. 85 as "com[ing] awfully close to saying that if the evidence presented by the Crown is so weak, the case ought to be withdrawn from the jury". Under the traditional common law rule, which I affirmed in *Charemski*, the preliminary inquiry justice's role is limited to determining whether a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. If the evidence could result in a conviction, the accused must be

de la preuve. Qui plus est, ce résultat ferait échec à l'un des objectifs premiers de l'enquête préliminaire, soit s'assurer que l'accusé ne soit pas inutilement renvoyé à procès : voir *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 20. La formulation traditionnelle de la règle de common law ne doit donc pas être interprétée de manière à exclure l'examen de la preuve présentée par la défense. Il demeure cependant vrai que dans certains cas (comme par exemple lorsque le ministère public soumet une preuve directe à l'égard de tous les éléments de l'infraction) le jury sera automatiquement saisi de l'affaire indépendamment de la preuve exculpatoire de la défense. Il s'agit d'une conséquence inévitable découlant du principe selon lequel il appartient exclusivement au jury de tirer des conclusions relatives à la crédibilité. Ce résultat n'est cependant pas incompatible avec le mandat conféré au juge présidant l'enquête préliminaire aux termes du par. 548(1). Quelle que soit la preuve présentée par le ministère public et par la défense, le juge est tenu d'examiner l'ensemble de la preuve, en ce sens qu'il doit se demander si la preuve, si elle était crue, pourrait raisonnablement étayer un verdict de culpabilité. La question demeure inchangée qu'il s'agisse d'une preuve directe ou circonstancielle. La seule distinction qu'il y a lieu de faire, c'est que par définition, la preuve directe étayera une conclusion de culpabilité, et il ne reste donc qu'à déterminer si la preuve doit être crue, question qu'il appartient au jury de trancher.

Gardant ces principes à l'esprit, j'aborde à présent la question de savoir si le juge Lampkin a correctement interprété et appliqué le droit en l'espèce. J'ai des réserves au sujet de deux aspects des motifs du juge Lampkin. La première concerne le fait qu'il ait caractérisé la dissidence de l'arrêt *Charemski*, précité, par. 85, comme [TRADUCTION] « se rapproch[ant] dangereusement de l'affirmation qui veut que, si la preuve présentée par le ministère public est aussi faible, le jury devrait en être dessaisi ». En vertu de la règle traditionnelle de common law, que j'ai confirmée dans *Charemski*, le rôle du juge présidant l'enquête préliminaire se limite à déterminer si un jury équitable ayant reçu des directives appropriées peut pronon-

committed. Otherwise, he must be discharged. The preliminary inquiry justice does not herself draw inferences from the evidence, and she does not assess the credibility of witnesses. Thus it overstates the case to say that a preliminary inquiry justice is entitled to discharge an accused simply on the grounds that the Crown's evidence is "weak".

cer un verdict de culpabilité. Si la preuve est susceptible d'entraîner une déclaration de culpabilité, l'accusé doit être renvoyé pour qu'il subisse son procès. Sinon, il doit être libéré. Le juge présidant l'enquête préliminaire ne peut de son propre chef tirer les inférences au regard de la preuve, pas plus qu'il peut se permettre d'apprécier la crédibilité des témoins. Par conséquent, il est exagéré d'affirmer qu'il est loisible au juge présidant l'enquête préliminaire de libérer l'accusé simplement pour le motif que la preuve du ministère public est [TRADUCTION] « faible ».

My second reservation is with Lampkin Prov. J.'s statement at para. 96 that "if 'there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction', . . . there must be a committal notwithstanding the presence of exculpatory evidence". Again, the statement is too broad. If the Crown's case is direct, it is true that the matter is always one for the jury; as by definition there is no inferential gap between direct evidence and the fact to be proved, there is no inference whose reasonableness the preliminary inquiry justice must assess. If, however, the Crown relies on circumstantial evidence, then the preliminary inquiry justice must engage in the limited weighing of the whole of the evidence (i.e. including the defence evidence) to assess whether a reasonable jury properly instructed could return a finding of guilt.

34 La seconde réserve que j'ai à propos des motifs du juge Lampkin porte sur sa déclaration au par. 96 selon laquelle [TRADUCTION] « s'il "existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité", [. . .] il doit y avoir renvoi à procès indépendamment de l'existence d'une preuve exculpatoire ». Encore une fois, la portée de cette affirmation est trop large. Si la preuve du ministère public est directe, il est vrai que la question relève toujours du jury; puisque, par définition, il n'y a aucun écart inférentiel entre la preuve directe et le fait qui doit être prouvé, il n'existe alors aucune inférence dont la raisonnabilité doit être examinée par le juge présidant l'enquête préliminaire. Cependant, si le ministère public se fonde sur une preuve circonstancielle, le juge présidant l'enquête préliminaire doit alors procéder à l'évaluation limitée de l'ensemble de la preuve (c.-à-d. qui comprend la preuve de la défense) afin de déterminer si un jury équitable ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement parvenir à un verdict de culpabilité.

Notwithstanding those two reservations, I am not persuaded that Lampkin Prov. J. reached the wrong result. Before committing the appellant to trial, the preliminary inquiry justice thoroughly surveyed the circumstantial evidence that had been presented by the Crown — principally the sighting of a car similar to the appellant's on Pine Valley Drive just after 2:00 p.m., the sighting of a man similar in appearance to the accused exiting the car and leaving clothes in the ditch, the D.N.A. evidence linking the accused to the shirt left in the

35 En dépit de ces deux réserves, je ne suis pas convaincue que le juge Lampkin soit arrivé au mauvais résultat. Avant de renvoyer l'appelant à procès, le juge présidant l'enquête préliminaire a examiné de manière approfondie la preuve circonstancielle produite par le ministère public — essentiellement le fait qu'on ait aperçu une voiture semblable à celle de l'appelant sur Pine Valley Drive tout juste après 14 h, le fait qu'on ait aperçu un individu d'apparence semblable à l'accusé sortir de la voiture et déposer des vêtements dans le

ditch, the foot-imprint evidence linking the accused to the shoes left in the ditch, the evidence that blood on the shirt was Mora's, and the evidence that soil on the shoes matched soil found on Mora's body and at the presumed murder site. Lampkin Prov. J. also surveyed the evidence proffered by the defence. Indeed, he identified at para. 89 eleven arguments that favoured the accused, including the "absolute and complete absence of any evidence of motive or possibility of gain", and the absence of evidence of animus. Only after considering "the evidence as a whole" did Lampkin Prov. J. commit the appellant to trial.

36 As to the appellant's argument that Lampkin Prov. J. did not place sufficient weight on the absence of evidence of opportunity, I note that there was no independent evidence as to the accused's whereabouts between the hours of about 11:30 a.m. and 2:00 p.m. The evidence of the accused's whereabouts before and after those times came from Michael Fiorillo and Carmelo Suppo. This evidence was of course testimonial, and its credibility was therefore a matter for the jury.

VI. Conclusion

37 For the foregoing reasons, I conclude that the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Joseph L. Bloomenfeld, Toronto.

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

fossé, la preuve d'A.D.N. rattachant l'accusé à la chemise laissée dans le fossé, la preuve relative aux empreintes de pas qui a permis de faire le lien entre l'accusé et les souliers laissés dans le fossé, la preuve selon laquelle le sang sur la chemise était celui de M. Mora et la preuve selon laquelle la terre retrouvée sur les souliers correspondait à celle trouvée sur le corps de M. Mora et au présumé lieu du meurtre. Le juge Lampkin a en outre soupesé la preuve de la défense. En effet, il a relevé au par. 89 onze arguments favorables à l'accusé, y compris [TRADUCTION] « l'absence pure et simple d'une preuve liée à un mobile ou à un bénéfice possible », et l'absence de preuve d'une intention quelconque de la part de l'appelant. C'est seulement après avoir examiné [TRADUCTION] « la preuve dans son ensemble » que le juge Lampkin a ordonné le renvoi au procès de l'appelant.

En ce qui a trait à l'argument de l'appelant que le juge Lampkin n'a pas accordé suffisamment d'importance à l'absence de preuve démontrant que l'appelant aurait eu l'occasion de commettre le crime, je note qu'il n'existe aucune preuve indépendante quant aux allées et venues de l'accusé entre environ 11 h 30 et 14 h. La preuve quant aux allées et venues de l'accusé avant et après cette période de temps a été fournie par Michael Fiorillo et Carmelo Suppo. Cette preuve est bien sûr de nature testimoniale et il appartenait donc au jury de se prononcer sur son caractère crédible.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Joseph L. Bloomenfeld, Toronto.

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

Bernard Gerardus Maria Berendsen, Maria Bernardina Helena Berendsen, Yvonne Berendsen, Mary Berendsen and the infant Wilbert Berendsen by his litigation guardian Maria Bernardina Helena Berendsen *Appellants*

v.

Her Majesty the Queen in Right of Ontario *Respondent*

INDEXED AS: BERENDSEN *v.* ONTARIO

Neutral citation: 2001 SCC 55.

File No.: 27312.

2001: April 23; 2001: September 27.

Present: L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Limitation of actions — Public authorities — Summary judgment — Action against provincial Crown alleging environmental damage caused by waste asphalt buried on farm — Waste asphalt resulting from highway reconstruction — Summary judgment holding that action statute-barred — Whether six-month limitation period in Public Authorities Protection Act applies — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1) — Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(g).

In the 1960s, the Ontario Department of Highways reconstructed a highway near the appellants' farm, generating waste asphalt. A substantial quantity of this waste asphalt was deposited on the appellants' farm as fill. It appeared that the contractor responsible for the removal of the waste asphalt entered into an oral agreement with a previous owner of the appellants' farm to bury the asphalt on the farm. The appellants purchased the farm in 1981. At the date of purchase, they were not aware of the buried asphalt. They claim to have experienced a number of operational difficulties throughout the 1980s, including cattle and chicken deaths, deformed calves, and low milk production. In 1989, the appellants learned about the buried asphalt. Consultants

Bernard Gerardus Maria Berendsen, Maria Bernardina Helena Berendsen, Yvonne Berendsen, Mary Berendsen et le mineur Wilbert Berendsen représenté par son tuteur à l'instance Maria Bernardina Helena Berendsen *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario *Intimée*

RÉPERTORIÉ : BERENDSEN *c.* ONTARIO

Référence neutre : 2001 CSC 55.

N° du greffe : 27312.

2001 : 23 avril; 2001 : 27 septembre.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Prescription — Autorités publiques — Jugement sommaire — Action contre la Couronne provinciale pour dommages causés à l'environnement par des résidus d'asphalte enfouis dans des terres agricoles — Résidus produits par la reconstruction d'une route — Jugement sommaire déclarant l'action prescrite — Le délai de prescription de six mois de la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique-t-il? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7(1) — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(1)g).

Dans les années 1960, la reconstruction d'une route par le Department of Highways de l'Ontario, près de l'exploitation agricole des appelants, produit des résidus d'asphalte. Une quantité importante des résidus est déchargée comme remblai sur les terres agricoles des appelants, apparemment en vertu d'une entente verbale entre l'entrepreneur chargé de l'enlèvement des résidus et un propriétaire antérieur de la ferme. Les appelants achètent la ferme en 1981. Ils ne savent pas alors que de l'asphalte est enfoui dans leurs terres. Ils disent avoir eu des difficultés d'exploitation pendant les années 1980, dont la mort de bovins et de volailles, des veaux souffrant de malformations et une faible production laitière. En 1989, les appelants apprennent l'existence de l'as-

found contaminants in the water and, by 1993, claim to have linked these contaminants to the health problems of the cattle. A statement of claim was served on the respondent in March 1994. Before the case could go to trial, the respondent moved to have the action dismissed because it was not brought within the six-month limitation period set out in s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*. The Ontario Court of Justice (General Division) granted the respondent's motion for summary judgment. The Ontario Court of Appeal dismissed the appellants' appeal.

Held: The appeal should be allowed and the appellants' action restored to the trial list.

The usual six-year limitation period set out in s. 45(1)(g) of the *Limitations Act* applies, not the abbreviated six-month limitation period provided for by s. 7 of the *Public Authorities Protection Act*. The discoverability date was no earlier than 1989, when the appellants first learned of the asphalt on their land. Since the statement of claim was issued in March 1994, it is within the six-year limitation period.

Not every duty and power of a public authority comes within the protections of the *Public Authorities Protection Act*. The reference to the "intended execution of any statutory or other public duty or authority" in s. 7 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 the circumstances of this case, and applying the guidelines set out in *Des Champs*, the activity of disposing of waste asphalt is an operational decision of a predominantly private character. Although the respondent is clearly a public authority and the repair of the highway itself is unquestionably a public duty, there was no statutory requirement to bury waste asphalt on private lands. Moreover, while the duty of repairing a public highway entails a public aspect, it is the activity at issue, not the duty at issue, that is the critical component of the inquiry. The activity at issue in this case (the disposal of waste asphalt) is not inherently of a public nature, but is more of an internal or operational nature having a predominantly private aspect. When asphalt has been disposed of on private land, and is only causing harm to a restricted number of individuals, it is only those individuals affected, not any member of the public, who can bring such a claim. In addition, the disposal of the asphalt was apparently arranged pursuant to a private agreement between the contractor hired by the Department of Highways and the owner of the farm at the time of disposal. The agreement was incidental to

phalte enfoui. Des consultants trouvent des contaminants dans l'eau et disent avoir établi dès 1993 un lien entre ces contaminants et les problèmes de santé du bétail. La déclaration est signifiée à l'intimée en mars 1994. Avant l'instruction, l'intimée demande le rejet de l'action au motif qu'elle n'a pas été introduite dans le délai de six mois prévu à l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. La Cour de justice de l'Ontario (Division générale) accueille la requête en jugement sommaire de l'intimée. La Cour d'appel de l'Ontario rejette l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'action sera réinscrite au rôle d'audience.

Le délai de prescription général de six ans prévu à l'al. 45(1)g) de la *Loi sur la prescription des actions* s'applique, et non le délai de prescription de six mois prévu à l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. La date de la connaissance du dommage n'est pas antérieure à 1989, année où les appelants ont appris la présence d'asphalte sur leurs terres. La déclaration produite en mars 1994 respecte le délai de prescription de six ans.

La *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public* ne protège pas toutes les fonctions et tous les pouvoirs d'une autorité publique. L'expression « en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public » à l'art. 7 limite la protection aux pouvoirs et fonctions de nature publique et permet de conclure, par inférence, qu'une autorité publique peut avoir d'autres fonctions ou pouvoirs qui sont essentiellement de nature privée. Dans les circonstances de l'espèce, et suivant les directives de l'arrêt *Des Champs*, l'enfouissement des résidus d'asphalte est une décision opérationnelle de caractère essentiellement privé. Bien que l'intimée soit clairement une autorité publique et qu'il ne fasse aucun doute que la réparation de la route est une fonction publique, la loi n'exigeait pas que les résidus d'asphalte soient enfouis dans des terres privées. De plus, même si l'obligation de réparer une route publique comporte un aspect public, c'est l'activité en cause, et non la fonction, qui est la composante vitale de l'examen. L'activité en cause (l'élimination de résidus d'asphalte) n'est pas de nature essentiellement publique, mais est davantage de nature interne ou opérationnelle avec un caractère privé prédominant. Lorsque de l'asphalte est enfoui dans des terres privées et ne cause préjudice qu'à un nombre restreint de personnes, seules celles-ci, et non les membres du public en général, peuvent intenter une action. En outre, ce sont l'entrepreneur engagé par le ministère et le propriétaire de l'exploitation agricole au moment de l'éli-

the public duty being carried out. The Department of Highways, or its agent, was not under a duty to dispose of the waste asphalt on private lands. Finally, the appellants' claim does not relate to the exercise by the respondent of a public power or duty. Instead, it relates to an operational decision made incidentally to the exercise of a public duty.

Cases Cited

Applied: *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 S.C.R. 281; **referred to:** *Attorney-General for Ontario v. Palmer* (1979), 28 O.R. (2d) 35; *Bradford Corp. v. Myers*, [1916] 1 A.C. 242; *Clarke v. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J.K.B. 17; *Edwards v. Metropolitan Water Board*, [1922] 1 K.B. 291; *Greenwood v. Atherton*, [1939] 1 K.B. 388; *Griffiths v. Smith*, [1941] A.C. 170; *McGonegal v. Gray*, [1952] 2 S.C.R. 274; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275.

Statutes and Regulations Cited

Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, c. 171 [now *Public Transportation and Highway Improvement Act*, R.S.O. 1990, c. P.50], s. 33(1).
Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(g).
Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1999] O.J. No. 1018 (QL), dismissing the appellants' appeal against an order of the Ontario Court of Justice (General Division) dated August 5, 1998. Appeal allowed.

Richard D. Lindgren and *Donald R. Good*, for the appellants.

William J. Manuel and *James W. Smith*, for the respondent.

mination de l'asphalte qui, par entente privée, ont apparemment convenu des modalités de cette élimination. L'entente était accessoire à la fonction publique exercée. Le ministère, ou son mandataire, n'était pas tenu d'enfouir les résidus d'asphalte dans des terres privées. Enfin, la demande des appelants n'a pas trait à l'exercice par l'intimée d'un pouvoir ou d'une fonction d'ordre public. Leur demande porte sur une décision opérationnelle accessoire à l'exercice d'une fonction publique.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281; **arrêts mentionnés :** *Attorney-General for Ontario c. Palmer* (1979), 28 O.R. (2d) 35; *Bradford Corp. c. Myers*, [1916] 1 A.C. 242; *Clarke c. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J.K.B. 17; *Edwards c. Metropolitan Water Board*, [1922] 1 K.B. 291; *Greenwood c. Atherton*, [1939] 1 K.B. 388; *Griffiths c. Smith*, [1941] A.C. 170; *McGonegal c. Gray*, [1952] 2 R.C.S. 274; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275.

Lois et règlements cités

Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, ch. 171 [maintenant *Loi sur l'aménagement des voies publiques et des transports en commun*, L.R.O. 1990, ch. P.50], art. 33(1)
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(1)g).
Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1999] O.J. No. 1018 (QL), qui a rejeté l'appel des appelants contre une ordonnance de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) rendue le 5 août 1998. Pourvoi accueilli.

Richard D. Lindgren et *Donald R. Good*, pour les appelants.

William J. Manuel et *James W. Smith*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

1 IACOBUCCI J. — This is an appeal from an order granting summary judgment to the respondent, that was upheld by the Ontario Court of Appeal. The issue is whether the appellants' action against the respondent is statute-barred. I conclude that it is not and that the summary judgment should be set aside.

I. Background

2 In the 1960s, the Ontario Department of Highways (now the Ministry of Transportation Ontario ("MTO")) reconstructed a highway near the appellants' farm. Waste asphalt was generated by the highway construction project. A substantial quantity of this waste asphalt was deposited on the appellants' farm as fill. Although the evidence presently before this Court is untested, it appears from the pleadings that the removal and disposal of asphalt waste were carried out by a contractor, not by the Department of Highways itself. It also seems that the contractor responsible for the removal of the waste asphalt entered into an agreement with a previous owner of the appellants' farm to bury the asphalt on the farm. There is no evidence as to the nature of this agreement, but the respondent submits that the usual practice was for an oral agreement to be struck between the contractor and the landowner.

3 The appellants Bernard and Maria Berendsen are originally from the Netherlands, and shortly following their arrival in Canada they purchased the farm in question in 1981. At the date of purchase, they were not aware of the buried asphalt. They operated a dairy farm on the premises, but claim to have experienced a number of operational difficulties throughout the 1980s, including cattle and chicken deaths, deformed calves, and low milk production. The appellants themselves also claim to have suffered a number of health problems during this period. From an early date, it appears that the appellants suspected that water contaminants might have been responsible for these events. In 1982 and again in 1988, the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit d'un pourvoi contre une ordonnance accordant un jugement sommaire à l'intimée et confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario. La question est de savoir si l'action intentée par les appelants contre l'intimée est prescrite. Je conclus qu'elle ne l'est pas et que le jugement sommaire doit être annulé.

I. Les faits

Dans les années 1960, le Department of Highways, maintenant le ministère des Transports de l'Ontario (« MTO ») a reconstruit une route près de l'exploitation agricole des appelants. Les travaux de réfection de la route ont produit des résidus d'asphalte. Une quantité importante de ces résidus a été déchargée comme remblai sur les terres agricoles des appelants. La preuve dont notre Cour est actuellement saisie est non vérifiée, mais il ressort des actes de procédure que c'est un entrepreneur, et non le ministère lui-même, qui a procédé à l'enlèvement et à l'élimination des résidus d'asphalte. Il semble également que cet entrepreneur a conclu avec un propriétaire antérieur de la ferme une entente lui permettant d'enfouir l'asphalte dans les terres de ce dernier. Aucun élément de preuve n'indique la nature de l'entente, mais l'intimée soutient que la pratique courante pour les entrepreneurs était de conclure des ententes verbales avec les propriétaires.

Les appelants, Bernard et Maria Berendsen, sont originaires des Pays-Bas; ils ont acheté la ferme en question peu après leur arrivée au Canada, en 1981. À la date de l'achat, ils ne savaient pas que de l'asphalte avait été enfoui dans leurs terres. Ils y ont exploité une ferme laitière et prétendent avoir éprouvé un certain nombre de difficultés d'exploitation au cours des années 1980, dont la perte de bovins et de volailles, la naissance de veaux souffrant de malformations et une faible production laitière. Les appelants soutiennent également avoir eux-mêmes souffert de plusieurs problèmes de santé pendant cette période. Il semble que les appelants ont rapidement commencé à soupçonner que ces problèmes étaient dus à la contamination

appellants asked the Ontario Ministry of the Environment ("MOE") to test the water at the farm, but both rounds of testing failed to detect any contamination.

The appellants were confident in their farming abilities, and continued to believe that an extraneous factor was responsible for their difficulties. In 1989, they began making inquiries of their neighbours with respect to the farm. As a result of these inquiries, they learned about the buried asphalt. They immediately suspected that the asphalt might be the root cause of their troubles. The appellants set out to gather scientific evidence to substantiate their suspicions, and they also attempted to remedy their water problems. They drilled a second well as far from the asphalt as possible, stopped drinking the well water, and hired independent consultants to conduct tests on their water and on animals that had died. Apparently acting pursuant to existing policies, the MOE constructed an underground water tank on the farm, and paid for water to be trucked in until it had completed further testing of the ground water. This round of MOE testing once again found that all contaminants were within acceptable limits, and the MOE eventually discontinued paying for water to be trucked to the farm. The consultants hired by the appellants, however, found additional contaminants in the water and, by 1993, claim to have linked these contaminants to the health problems of the cattle.

Litigation with respect to this issue was not initiated when the appellants first learned about the buried asphalt in 1989. In fact, a statement of claim was not served on the respondent until March 1994. The appellants submit that there are two explanations for this delay. First, they did not wish to initiate legal proceedings until they were reasonably certain that the asphalt was indeed responsible for the health problems experienced on the farm. They were waiting for scientific confirmation before claiming that such a link exists. Second, the appellants claim that they delayed com-

de l'eau. D'abord en 1982 et ensuite en 1988, les appelants ont demandé au ministère de l'Environnement de l'Ontario (« MEO ») d'analyser l'eau de leur ferme, mais les deux séries d'analyses n'ont détecté aucune contamination.

Les appelants avaient confiance en leur compétence comme agriculteurs et continuaient à croire qu'un facteur externe était à l'origine de leurs difficultés. En 1989, ils ont commencé à interroger leurs voisins au sujet de la ferme. C'est à la suite de cela qu'ils ont appris l'existence de l'asphalte enfoui. Ils ont immédiatement pensé que l'asphalte pouvait être la cause première de leurs problèmes. Les appelants ont commencé à recueillir des éléments de preuve scientifiques pour confirmer leurs soupçons et ont également tenté de remédier à leurs problèmes d'eau. Ils ont creusé un second puits aussi loin que possible de l'asphalte et ont cessé de boire l'eau de puits. Ils ont engagé des consultants indépendants pour des analyses de leur eau et des animaux morts. Suivant apparemment les politiques en place, le MEO a fait construire un réservoir d'eau souterrain à la ferme et a payé pour l'acheminement de l'eau par camion jusqu'à ce que les résultats d'autres analyses de l'eau souterraine soient connus. Une fois de plus, cette série d'analyses indiquait des niveaux acceptables de contaminants et le MEO a par la suite cessé de payer pour l'acheminement de l'eau par camion à la ferme. Les consultants engagés par les appelants ont toutefois trouvé d'autres contaminants dans l'eau et soutiennent avoir établi dès 1993 un lien entre ces contaminants et les problèmes de santé du bétail. 4

Les appelants n'ont pas intenté de poursuite dès qu'ils ont appris l'existence de l'asphalte enfoui en 1989. En fait, ils n'ont signifié la déclaration à l'intimée qu'en mars 1994. Les appelants donnent deux explications à ce retard. Premièrement, ils ne voulaient pas intenter de procédures judiciaires avant d'être raisonnablement certains que l'asphalte était réellement la cause des problèmes de santé à la ferme. Ils attendaient la confirmation scientifique qu'un tel lien existait. Deuxièmement, les appelants affirment avoir retardé l'introduction de l'instance en raison de plusieurs promesses que 5

mencing litigation because of a number of promises made to them by various representatives of the Ontario government, including statements by the Minister of Agriculture and Food that the "cheque was in the mail" to settle this issue.

6 Before this case could go to trial, the respondent brought a motion to dismiss the action because it was not brought within the applicable time period. The respondent submits that the applicable limitation period is six months from the discovery of the cause of action, as set out in the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38 (the "Act"). Section 7(1) of the Act contains the six-month limitation period:

> **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.

The respondent argues that the Act applies as the burial of the waste asphalt was done pursuant to a public duty to construct highways.

7 The appellants submit that the Act does not apply, because the burial of the asphalt was an operational decision based on a private contractual arrangement. Although the construction of the highway was carried out pursuant to a public duty, the decision with respect to how to dispose of waste asphalt from the construction project was not made pursuant to a public duty. Furthermore, the eventual problems that the appellants claim were caused by the negligent disposal of the asphalt arose from a private contract. Negligence in the disposal stage therefore raises a duty owed only to the landowner involved, not to the public at large. The appellants further submit that, even if the Act is held to apply, their claim is not statute-barred because: (1) the applicable discoverability date is October 1993 and therefore the claim was

leur avaient faites différents représentants du gouvernement ontarien de régler l'affaire, dont des déclarations du ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation selon lesquelles [TRADUCTION] « le chèque avait été posté ».

Avant que l'affaire puisse être instruite, l'intimée demande par requête le rejet de l'action au motif qu'elle n'a pas été introduite dans le délai requis. L'intimée fait valoir que le délai de prescription applicable est de six mois calculés depuis la découverte de la cause d'action, comme le prévoit la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*, L.R.O. 1990, ch. P.38 (la « Loi »), dont le par. 7(1) fixe ce délai de prescription :

> **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.

L'intimée soutient que la Loi s'applique parce que l'enfouissement des résidus d'asphalte a été fait dans l'exercice de la fonction publique de construction des routes.

Les appelants avancent que la Loi ne s'applique pas parce que l'enfouissement de l'asphalte était une décision opérationnelle fondée sur une entente contractuelle privée. Si la construction de la route relevait d'une fonction publique, ce n'était pas le cas pour la décision sur la façon de se débarrasser des résidus d'asphalte résultant de la construction. En outre, les problèmes subséquents qui, selon les appelants, ont été causés par l'élimination négligente de l'asphalte découlent d'un contrat privé. Par conséquent, la négligence commise à l'étape de l'élimination donne lieu à une obligation envers le propriétaire concerné, et non pas envers le public en général. Les appelants soutiennent aussi que, même si on conclut que la Loi s'applique, leur demande n'est pas prescrite pour les raisons suivantes : (1) la date de connaissance du dommage

initiated within the six-month limit; (2) this is a case of "continuance of injury or damage" within the meaning of s. 7 of the Act, and therefore the limitations period clock has not even begun to run; and alternatively (3) the statements made by various representatives of the Ontario government mean that the doctrines of waiver and promissory estoppel apply, thereby again bringing the claim within the six-month limitation period.

qui s'applique est octobre 1993, de sorte que la demande a été introduite dans le délai de six mois; (2) il s'agit d'un « cas où le préjudice s'est poursuivi » au sens de l'art. 7 de la Loi et donc d'un cas où le délai de prescription n'a même pas commencé à courir; et subsidiairement, (3) les déclarations des divers représentants du gouvernement de l'Ontario rendent applicables les théories de la renonciation et de la préclusion promissoire, ce qui ramène aussi la demande dans le délai de prescription de six mois.

On August 5, 1998, Grossi J. of the Ontario Court of Justice (General Division) granted the respondent's motion for summary judgment. First, he held that the Act applied to this action, on the grounds that there "is a nexus between the removal of the asphalt in repairing the highway and its disposal". Second, Grossi J. concluded that the appellants' case "was complete" by August 1992, and that this was therefore the applicable discoverability date. As the statement of claim was not served until March 1994, the action was commenced outside the six-month limitation period imposed by s. 7 of the Act. Third, he held that "continuance of injury" in s. 7 of the Act "does not refer to the consequences of an allegedly negligent act but rather is restricted to continuance of an act complained of". Therefore, there was no continuance of injury in this case. Finally, he held that the respondent's actions in dealing with the appellants did not constitute waiver or estoppel, on the grounds that the comments of various government representatives did "not come close to meeting [the] standard" to make out such a claim, namely of "'intend[ing] to affect the legal relations' between the parties". Grossi J. therefore concluded that this was an appropriate case to grant summary judgment.

8 Le 5 août 1998, le juge Grossi de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) fait droit à la requête en jugement sommaire de l'intimée. Premièrement, il conclut que la Loi s'applique à l'action parce qu'il y a [TRADUCTION] « un lien entre l'enlèvement de l'asphalte dans le cadre de la réparation de la route et son élimination ». Deuxièmement, il conclut que la preuve des appelants [TRADUCTION] « était complète » en août 1992 et que cette date est donc la date applicable de connaissance du dommage. La déclaration n'ayant pas été signifiée avant mars 1994, l'action a été instituée hors du délai de prescription de six mois imposé par l'art. 7 de la Loi. Troisièmement, il conclut que l'expression « dans le cas où le préjudice s'est poursuivi » à l'art. 7 de la Loi [TRADUCTION] « ne vise pas les conséquences de l'acte négligent allégué, mais se limite plutôt au cas où l'acte dont on se plaint se poursuit ». Il n'y a donc pas eu de continuation du préjudice en l'espèce. Enfin, le juge Grossi conclut que les actes de l'intimée à l'égard des appelants n'entraînaient pas une renonciation ni la préclusion au motif que les commentaires des divers représentants du gouvernement sont [TRADUCTION] « loin de respecter la norme » à satisfaire selon laquelle ces commentaires [TRADUCTION] « doivent viser à modifier les rapports juridiques entre les parties ». Selon le juge Grossi, il y a donc lieu d'accorder un jugement sommaire.

On March 23, 1999, the Ontario Court of Appeal dismissed the appellants' appeal of Grossi J.'s decision: [1999] O.J. No. 1018 (QL). In a brief endorsement, which I reproduce in its entirety, Krever J.A. stated for the court:

9 Le 23 mars 1999, la Cour d'appel de l'Ontario rejette l'appel contre la décision du juge Grossi : [1999] O.J. No. 1018 (QL). Dans un court jugement, que je reproduis au complet, le juge Krever entérine au nom de la cour :

We called on the respondent only with respect to the appellants' submissions on the issues of continuing injury and waiver or estoppel. We do not agree that there were continuing duties on the part of the respondent such as a duty to warn and therefore agree with Grossi J. that there was no continuance of injury or damage within the meaning of s. 7 of the Public Authorities Protection Act. In the light of the letter from the appellants' counsel to the Minister of May 25, 1993, the appellants cannot rely on any alleged acts of waiver or of estoppel that occurred after the date of that letter and therefore, the action having been commenced on March 7, 1994 is caught by s. 7 of the Act. The appeal is dismissed. The respondent does not ask for costs.

[TRADUCTION] Nous avons interrogé l'intimée uniquement en ce qui a trait aux arguments des appelants sur les questions du préjudice continu, de la renonciation et de la préclusion. Nous ne pensons pas que l'intimée avait des obligations continues, telle l'obligation de mettre en garde, et nous souscrivons à l'avis du juge Grossi selon lequel le préjudice ne s'était pas poursuivi au sens de l'art. 7 de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. Vu la lettre de l'avocat des appelants au ministre en date du 25 mai 1993, les appelants ne peuvent invoquer aucun acte postérieur à cette date qui entraînerait la renonciation ou la préclusion. Étant donné que l'action a été intentée le 7 mars 1994, l'art. 7 de la Loi s'y applique. Le pourvoi est rejeté. L'intimée ne sollicite pas les dépens.

The decision implicitly accepts that the Act applies and that the discoverability date was more than six months prior to March 7, 1994, the date the statement of claim was issued.

La décision reconnaît implicitement que la Loi s'applique et que la date de connaissance du dommage précédait de plus de six mois la date à laquelle la déclaration a été produite, soit le 7 mars 1994.

10 I should point out, however, that both this decision and the decision of Grossi J. were rendered prior to the release of *Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 S.C.R. 281, where this Court set out guidelines to assist in determining when s. 7 of the Act applies.

Je dois toutefois souligner que cette décision et celle du juge Grossi ont été rendues avant l'arrêt *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281, dans lequel notre Cour a établi des lignes directrices permettant de déterminer quand l'art. 7 de la Loi s'applique.

II. Analysis

II. Analyse

11 In the reasons that follow, I respectfully disagree with the courts below that the Act applies in this case. As a result, and as no alternative was argued, the usual six-year limitation period set out in s. 45(1)(g) of the *Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15, applies, not the abbreviated six-month limitation period provided for by s. 7 of the Act. I need not determine the precise discoverability date, as it was no earlier than 1989, when the appellants first learned of the asphalt on their land. Since the statement of claim was issued in March 1994, it is within the six-year limitation period. In light of this conclusion, I also need not discuss the issues with respect to what constitutes "continuance of injury or damage" within the meaning of s. 7 of

Dans les motifs qui suivent, j'exprime en toute déférence mon désaccord avec les jugements contestés selon lesquels la Loi s'applique en l'espèce. Par conséquent, et puisqu'on n'a avancé aucune autre possibilité, c'est le délai de prescription général de six ans prévu à l'al. 45(1)g) de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15, qui s'applique, et non le délai de prescription de six mois que prévoit l'art. 7 de la Loi. Je n'ai pas à déterminer la date exacte de la connaissance du dommage étant donné qu'elle n'est pas antérieure à 1989, année au cours de laquelle les appelants ont appris la présence d'asphalte sur leurs terres. Étant donné que la déclaration a été produite en mars 1994, elle respecte le délai de prescription de six ans. Vu ma conclusion, il est inutile d'aborder les questions relatives à ce qui constitue un cas « où le préjudice s'est poursuivi » au sens

the Act or whether the doctrines of waiver or estoppel apply.

1. *The Applicable Test*

The appellants acknowledge that the MTO and its agents are public authorities that may attempt to rely on the six-month limitation period in s. 7 of the Act: see e.g. *Attorney-General for Ontario v. Palmer* (1979), 28 O.R. (2d) 35 (C.A.), at p. 50. The issue in dispute is whether the disposal of the waste asphalt on the appellants' farm is an action that comes within this section.

This Court recently considered s. 7 of the Act in *Des Champs*, *supra*. *Des Champs* affirmed the principle that not every duty and power of a public authority comes within the protections of the Act. Writing for the majority, Binnie J. stated, at para. 12:

> 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. [Emphasis in original.]

Binnie J. provided examples of duties and powers to which s. 7 would apply, and to which it would not apply (at para. 12):

> 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

de l'art. 7 de la Loi ou à l'application des théories de la renonciation et de la préclusion.

1. *Le critère applicable*

Les appelants reconnaissent que le MTO et ses mandataires sont des autorités publiques autorisées à invoquer le délai de prescription de six mois prévu à l'art. 7 de la Loi : voir p. ex. *Attorney-General for Ontario c. Palmer* (1979), 28 O.R. (2d) 35 (C.A.), p. 50. La question en litige est de savoir si l'enfouissement des résidus d'asphalte dans les terres agricoles des appelants constitue un acte relevant de cet article. 12

Notre Cour a récemment examiné l'art. 7 de la Loi dans l'arrêt *Des Champs*, précité, qui confirme le principe selon lequel la Loi ne protège pas toutes les fonctions et tous les pouvoirs d'une autorité publique. Voici ce que dit le juge Binnie au nom de la majorité (au par. 12) : 13

> 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. [Souligné dans l'original.]

Le juge Binnie fournit des exemples de fonctions et de pouvoirs auxquels s'appliquerait l'art. 7 et d'autres auxquels il ne s'appliquerait pas (au par. 12) : 14

> 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

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 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.

15 As pointed out by Binnie J. in *Des Champs*, the approach of drawing a distinction between public and private duties for the purposes of the Act is not new. The House of Lords relied on this approach almost a century ago, in *Bradford Corp. v. Myers*, [1916] 1 A.C. 242. Lord Buckmaster L.C. stated, at pp. 247-48:

> . . . 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.
>
> This distinction is well illustrated by the present case. It may be conceded that the local authority were bound properly to dispose of their residual products [coke waste from gas production]; but there was no obligation upon them to dispose by sale, though this was the most obvious and ordinary way. Still less was there any duty to dispose of them to the respondent. No member of the public could have complained if the respondent had not been supplied; nor had any member of the public the right to require the local authority to contract with him.

See also *Clarke v. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J.K.B. 17 (C.A.); *Edwards v. Metropolitan Water Board*, [1922] 1 K.B. 291 (C.A.); *Greenwood v. Atherton*, [1939] 1 K.B. 388 (C.A.); and *Griffiths v. Smith*, [1941] A.C. 170

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 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.

Comme le juge Binnie le souligne dans l'arrêt *Des Champs*, ce n'est pas la première fois qu'on recourt à une distinction entre fonctions de nature publique et fonctions de nature privée pour l'application de la Loi. La Chambre des lords s'est appuyée sur cette méthode il y a près d'un siècle dans *Bradford Corp. c. Myers*, [1916] 1 A.C. 242, p. 247-248, où lord chancelier Buckmaster affirmait :

> [TRADUCTION] . . . 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.
>
> La présente affaire nous donne un bel exemple de cette distinction. On peut admettre que l'autorité locale était tenue de disposer des sous-produits [le résidu de coke causé par la production de gaz]; elle n'était pas pour autant obligée de les vendre, même si c'était le moyen le plus évident et courant d'en disposer. À plus forte raison, elle n'était pas tenue de les vendre à l'intimé. Personne ne se serait plaint si l'intimé n'avait pas été approvisionné; personne n'avait le droit d'obliger l'autorité locale à contracter avec lui.

Voir également *Clarke c. St. Helens Borough Council* (1915), 85 L.J.K.B. 17 (C.A.), *Edwards c. Metropolitan Water Board*, [1922] 1 K.B. 291 (C.A.), *Greenwood c. Atherton*, [1939] 1 K.B. 388 (C.A.), et *Griffiths c. Smith*, [1941] A.C. 170

(H.L.), all of which draw a similar distinction between public and private acts by a public authority.

This approach was subsequently adopted into Canadian law in *McGonegal v. Gray*, [1952] 2 S.C.R. 274. Although this Court divided 4-3 in *McGonegal* over whether or not a mishap stemming from a teacher's making of soup in a schoolhouse came within the Act, there was unanimous agreement that a distinction should be drawn between public and private acts. For example, Rand J. stated, in one of the majority judgments, at p. 289:

> I have given the facts of these cases in some detail to indicate the strict application which the courts have from the outset made of this drastic enactment [now s. 7 of the Act]. The distinction made in *Myers* which confined the scope of the public service to those acts in direct performance of it, as contrasted with those of a private interest although incidental to the undertaking and authority as a whole, and in *Clarke* between primary and direct public acts and those which are subordinate or incidental to them, indicates the line of distinction for the purposes here.

The majority of the Court held that s. 11 (now s. 7) of the Act did not apply, as the teacher was making soup for her own consumption (a private act), not for the children in the class (a public act).

The Court returned to this issue in *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275. Estey J., for the majority, affirmed this approach, at pp. 283-84:

> It therefore follows that the reference in s. 11 [now s. 7 of the Act] 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. To read the section otherwise would be to bring within the protective umbrella of the limitation imposed by [s. 7] every aspect of the powers enunciated in s. 6(2) including operational matters, however insignificant in

(H.L.), qui font tous une distinction semblable entre actes publics et actes privés accomplis par une autorité publique.

Par la suite, *McGonegal c. Gray*, [1952] 2 R.C.S. 274, a intégré cette méthode au droit canadien. Bien que notre Cour ait été divisée 4-3 dans cet arrêt sur la question de savoir si un accident causé par une enseignante faisant de la soupe dans une école était visé par la Loi, les juges étaient unanimes à dire qu'il fallait faire une distinction entre actes publics et actes privés. Par exemple, dans l'un des jugements majoritaires, le juge Rand affirme ce qui suit à la p. 289 : 16

> [TRADUCTION] J'ai exposé en détail les faits sous-jacents à ces affaires pour indiquer la façon stricte dont les tribunaux ont dès le début appliqué cette mesure radicale [maintenant art. 7 de la Loi]. La distinction faite dans *Myers* qui restreint la notion de service public aux actes directement liés à son exécution par opposition aux actes à caractère privé, mais accessoires à l'entreprise et aux pouvoirs considérés globalement, et dans *Clarke* entre les actes publics directs et essentiels et ceux qui leur sont accessoires ou incidents, nous fournit la ligne de démarcation aux fins présentes.

Les juges majoritaires de notre Cour ont estimé que l'art. 11 (maintenant art. 7) de la Loi ne s'appliquait pas parce que l'enseignante faisait de la soupe pour sa propre consommation (acte privé), et non pour celle des enfants de sa classe (acte public).

Notre Cour réexamine la question dans *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275. Le juge Estey, pour la majorité, confirme la méthode (aux p. 283-284) : 17

> Il s'ensuit donc que l'expression « un devoir . . . conféré par la loi ou . . . autre devoir . . . public » à l'art. 11 [l'actuel art. 7 de la Loi] 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. Interpréter l'article autrement rendrait la prescription de [l'art. 7] applicable à tous les aspects des pouvoirs énoncés au par. 6(2), y compris les activités courantes, si insignifiantes soient-

the spectrum of management activities for example, and would as already mentioned create different conditions of owner liability for two apparently similar housing facilities.

Estey J. envisioned a spectrum between purely public and purely private acts, on which every action can be located. He concluded, at p. 286, that the removal of snow by the housing authority was "a private and operational matter". This conclusion was bolstered by his observation that the removal of snow from walkways "is something done every winter by almost every householder in Canada" (p. 286).

18 The case law regarding s. 7 of the Act was canvassed in considerably greater detail by Binnie J. in *Des Champs*, *supra*. A similar exercise need not be repeated here, however, because this Court in *Des Champs* set out guidelines to determine whether or not a public authority can rely on s. 7 of the Act. Binnie J. stated, at paras. 50-51:

> 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. . . .
>
> (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))?

elles d'un point de vue administratif, et, comme je l'ai déjà dit, créerait deux situations distinctes en matière de responsabilité du propriétaire pour deux logements apparemment semblables.

Le juge Estey envisage un continuum entre les actes purement publics et les actes purement privés, sur lequel peut se situer tout acte. Il conclut que l'enlèvement de la neige par la commission du logement est « une activité à caractère privé et courant » et renforce cette conclusion en soulignant que le déneigement des trottoirs est « une tâche qui incombe à presque tous les propriétaires au Canada en hiver » (p. 286).

Le juge Binnie fait un examen beaucoup plus approfondi de la jurisprudence relative à l'art. 7 de la Loi dans l'arrêt *Des Champs*, précité. Il n'y a pas lieu de répéter l'exercice en l'espèce puisque, dans cet arrêt, notre Cour a établi des lignes directrices permettant de déterminer si une autorité publique peut invoquer l'art. 7 de la Loi. Le juge Binnie dit ceci aux par. 50-51 :

> 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 :
>
> (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. . .
>
> (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) 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?

If the answer to question five is in the affirmative, the limitation period applies. [Emphasis in original.]

2. *Application to this Appeal*

I will address each of the *Des Champs* guidelines. With respect to the first question, regarding whether the defendant is a public authority within the class of entities or individuals for whom the limitation protection was intended, it has already been noted that the appellants do not challenge the respondent's status as a public authority.

Turning to the second question, it is evident that the respondent was disposing of waste asphalt resulting from the repair of a highway. The repair of the highway itself is unquestionably a public duty. Section 33(1) of the *Highway Improvement Act*, R.S.O. 1960, c. 171 (now the *Public Transportation and Highway Improvement Act*, R.S.O. 1990, c. P.50), states:

33. — (1) The King's Highway shall be maintained and kept in repair by the Department [of Highways] and any municipality in which any part of the King's Highway is situate is relieved from any liability therefor, but this does not apply to any sidewalk or municipal undertaking or work constructed or in course of construction by a municipality or which a municipality may lawfully do or construct upon the highway, and the municipality is liable for want of repair of the sidewalk, municipal undertaking or work, whether the want of repair is the result of nonfeasance or misfeasance, in the same manner and to the same extent as in the case of any other like work constructed by the municipality.

The issue is whether the decision as to the manner in which the waste asphalt ought to be disposed of was a decision mandated by the public duty to maintain the highway. It is sufficient at this stage to simply note that, at the time of the disposal at issue in this case, there was no statutory require-

(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. [Souligné dans l'original.]

2. *Application au présent pourvoi*

Je vais examiner chaque directive de l'arrêt *Des Champs*. Pour la première, la question de savoir si la partie demanderesse est une autorité publique appartenant à la catégorie des entités ou des personnes physiques protégées par le délai de prescription, j'ai déjà indiqué que les appelants ne contestent pas le statut d'autorité publique de l'intimée. 19

Pour la deuxième question, il est évident que l'intimée éliminait les résidus d'asphalte provenant de la réparation d'une route. Il ne fait aucun doute que la réparation de la route est en soi une fonction publique. Suivant le par. 33(1) de la *Highway Improvement Act*, L.R.O. 1960, ch. 171 (maintenant *Loi sur l'aménagement des voies publiques et des transports en commun*, L.R.O. 1990, ch. P.50) : 20

33 (1) Il incombe au [ministère] de veiller à l'entretien et aux réparations de la route principale. La municipalité où est située une section de cette route est dégagée de toute responsabilité à cet égard. Ce qui précède ne s'applique pas à un trottoir ou à une entreprise municipale ou à un ouvrage construits ou en construction par une municipalité ou que la municipalité peut légalement construire sur la voie publique. La municipalité est responsable du manque de réparations concernant ce trottoir ou ces ouvrages, que ce manque soit dû à l'inaction ou à l'action fautives, de la même façon et dans la même mesure que dans le cas d'un ouvrage semblable construit par la municipalité.

Il s'agit de savoir si la décision concernant la façon de se débarrasser des résidus d'asphalte était une décision relevant de la fonction d'ordre public d'entretien des routes. Il suffit à ce stade de souligner qu'au moment de l'élimination des résidus, la loi n'exigeait pas que les résidus d'asphalte —

ment to dispose of waste asphalt — for those projects that generated waste asphalt — in any particular fashion, and certainly no statutory requirement to bury waste asphalt on private lands.

21 These comments are closely tied to the third question of whether the power or duty relied on as part of the plaintiff's cause of action is properly classified as entailing a public aspect, or should more properly be viewed as being of a private or subordinate nature. On this question, it seems to me that there can be little doubt that the duty of repairing a public highway entails a public aspect, given that highways are for public benefit and are maintained by the MTO. However, just as the act of downsizing was held to "invariably have both public and private aspects" in *Des Champs*, *supra*, at para. 56, the act of repairing a highway will also generally involve both public and private activities. This is therefore a case where it is the activity at issue, not the duty at issue, that is the critical component of the inquiry.

22 This brings us to the fourth consideration of the *Des Champs* approach — whether the activity of the defendant that is at issue is inherently of a public nature, or whether it is more of an internal or operational nature having a predominantly private aspect. The activity at issue in this case is the disposal of waste asphalt. The appellants submit that the method of disposal must be an operational decision because the method of disposal is not mandated by statute. The respondent submits that, at least in the 1960s, a highway could generally not be repaired without generating waste asphalt, so the disposal of that waste was necessarily part of the public duty to build and maintain highways.

23 Looking at all the relevant circumstances, I conclude that the appellants' position should prevail, and that the decision regarding the manner in which the waste asphalt was disposed of is predominantly of an operational nature, as I will now discuss.

dans le cas de travaux qui en produisaient — soient éliminés d'une façon précise, et la loi n'exigeait certainement pas que ces résidus soient enfouis dans des terres privées.

Ces observations sont étroitement liées à la troisième question, celle de savoir si la fonction ou le pouvoir invoqué pour fonder en partie la cause d'action du demandeur peut à juste titre être considéré comme ayant un aspect public ou s'il y a lieu de le considérer comme étant de nature privée ou accessoire. Sur cette question, il y a peu de doute, à mon avis, que l'obligation de réparer une route publique comporte un aspect public étant donné que les routes servent l'intérêt du public et sont entretenues par le MTO. Toutefois, de la même façon que des mesures de réduction de l'effectif ont « invraisemblablement des aspects publics et des aspects privés » (*Des Champs*, précité, par. 56), la réparation d'une route comporte généralement des activités de nature publique et des activités de nature privée. Il s'agit donc d'un cas où c'est l'activité en cause, et non la fonction, qui constitue la composante vitale de l'examen.

Cela nous amène au quatrième élément de la démarche *Des Champs*, la question de savoir si l'activité de la partie demanderesse est de nature essentiellement publique ou si elle est davantage de nature interne ou opérationnelle avec un caractère privé prédominant. L'activité en cause est l'élimination de résidus d'asphalte. Les appelants soutiennent que la méthode d'élimination est nécessairement une décision opérationnelle puisqu'elle n'est pas prescrite par la loi. L'intimée fait valoir que, pendant les années 1960 du moins, on ne pouvait pas réparer une route sans produire de résidus d'asphalte, de sorte que l'élimination des résidus faisait nécessairement partie de la fonction publique de construction et d'entretien des routes.

Vu tous les faits pertinents, je conclus qu'il faut retenir la position des appelants et que la décision concernant la façon d'éliminer les résidus d'asphalte est essentiellement de nature opérationnelle, selon l'analyse suivante.

In the first place, while the MTO may owe a duty to every member of the public to repair highways, the disposal of waste asphalt on private land gives rise to a duty of care owed only to the landowner involved and possibly a few other individuals who could be impacted by the disposal. In other words, the courts must examine who could bring an action against the government for the negligent disposal of waste asphalt. When asphalt has been disposed of on private land, and is only causing harm to a restricted number of individuals, it is only those individuals affected, not any member of the public, who could bring such a claim.

Tout d'abord, même si le MTO a, envers le public en général, l'obligation de réparer les routes, l'enfouissement de résidus d'asphalte dans des terres privées donne naissance à une obligation de diligence uniquement à l'endroit du propriétaire concerné et, peut-être, de quelques autres personnes susceptibles d'être touchées. En d'autres termes, les tribunaux doivent déterminer qui peut intenter une action contre le gouvernement pour l'élimination négligente de résidus d'asphalte. Lorsque l'asphalte est enfoui dans des terres privées et ne cause préjudice qu'à un nombre restreint de personnes, seules celles-ci, et non les membres du public en général, peuvent le faire. 24

In addition, the disposal of the asphalt was apparently arranged pursuant to a private agreement between the contractor hired by the MTO and the owner of the farm at the time of disposal. In an affidavit filed by the respondent, Malcolm MacLean, a professional engineer employed by the MTO, states that the "responsibility for the management of reclaimed asphalt pavement was primarily left to the contractor working on behalf of MTO". If the original agreement for disposal had been breached, it is debatable whether the contractor would have been able to rely on the protections of s. 7 of the Act. Indeed, whether the contractor involved in disposing of the waste asphalt in the case at bar should be viewed as an agent of the MTO is an issue that may arise at trial. Returning to the examples of where the line is to be drawn between actions of a public nature and of a private nature set out by Binnie J. in *Des Champs*, *supra*, I am of the view that the agreement for disposal of waste asphalt is similar to "a claim by a disgruntled builder under a school construction contract, or an unpaid caterer who had provided food services" (para. 12). It is an agreement that is incidental to the public duty being carried out.

En outre, c'est l'entrepreneur engagé par le MTO et le propriétaire de l'exploitation agricole au moment de l'élimination de l'asphalte qui, par voie d'entente privée, ont apparemment convenu des modalités de cette élimination. Dans un affidavit déposé par l'intimée, Malcolm MacLean, ingénieur professionnel au MTO, déclare que [TRADUCTION] « [c']est l'entrepreneur travaillant au nom du MTO qui était principalement chargé de la gestion du revêtement d'asphalte récupéré ». On peut se demander si, en cas d'inexécution de l'entente initiale d'élimination, l'entrepreneur aurait pu invoquer la protection de l'art. 7 de la Loi. En fait, la question de savoir si l'entrepreneur doit être considéré comme un mandataire du MTO est une question susceptible de se poser au procès. Revenant aux exemples de distinctions à faire entre les actes de nature publique et ceux de nature privée fournis par le juge Binnie dans l'arrêt *Des Champs*, précité, je suis d'avis que l'entente sur l'élimination des résidus d'asphalte est semblable au « recours d'un entrepreneur mécontent fondé sur un contrat de construction d'une école ou celui d'un fournisseur de services alimentaires impayé » (par. 12). Il s'agit d'une entente accessoire à la fonction publique exercée. 25

Finally, the MTO, or its agent, was not under a duty to dispose of the waste asphalt on private lands. As the MacLean affidavit states, it was also possible that the "contractor could use the material for other projects, or haul it to a disposal site". While the MacLean affidavit goes on to state that

Enfin, le MTO, ou son mandataire, n'était pas tenu d'enfouir les résidus d'asphalte dans des terres privées. Selon l'affidavit de MacLean, il était également possible que [TRADUCTION] « [l']entrepreneur utilise le matériau à d'autres fins ou le transporte à un site d'enfouissement ». Bien 26

disposal on private lands as fill was the most common practice during the 1960s, the frequency with which an activity was carried out has little, if anything, to do with whether or not that activity is public in nature. I therefore conclude that the activity of disposing of waste asphalt is an operational decision of a predominantly private character, at least in the circumstances of this case.

27 This brings us to the final element of the *Des Champs* approach, namely whether, from the plaintiff's perspective, the plaintiff's claim or alleged right correlates "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?" From the discussion above, it is clear that the appellants' claim does not relate to the exercise by the respondent of a public power or duty. Instead, it relates to an operational decision made incidentally to the exercise of a public duty. Indeed, the private nature of the agreement pursuant to which the asphalt was disposed of will be an evidentiary issue at trial, given that the appellants must establish that the respondent owed them a duty of care. This inquiry will consider the effect, if any, of the fact that the land in question has changed ownership at least once during the time period at issue.

28 A parallel can be drawn between the case at bar and *Bradford Corp. v. Myers*, *supra*. In *Myers*, an action was brought owing to the negligent delivery of a load of coke by an agent of the Bradford Corporation. A mistake during delivery resulted in the coke being "discharged through the respondent's shop window instead of into his cellar" (p. 244). Much like the case at bar, the Bradford Corporation argued that "the sale of coke was a transaction in execution of an Act of Parliament or of a duty or authority cast upon them by the various statutes under which they supply gas to the district" (p. 245). Lord Buckmaster L.C. rejected this argument. He noted, at p. 246, that the negligent act

que l'affidavit de MacLean ajoute que l'enfouissement dans les terres privées comme remblai était la pratique la plus courante pendant les années 1960, la fréquence à laquelle une activité est exercée n'a que peu, ou rien, à voir avec la question de la nature publique de cette activité. Je conclus donc que l'enfouissement des résidus d'asphalte est une décision opérationnelle de caractère essentiellement privé, du moins dans les circonstances de la présente affaire.

Cela nous amène au dernier élément de la démarche *Des Champs*, à savoir si, du point de vue du demandeur, son action ou le droit qu'il invoque est en corrélation 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? » Il ressort de l'analyse qui précède que la demande des appelants n'a pas trait à l'exercice par l'intimée d'un pouvoir ou d'une fonction d'ordre public. Leur demande porte plutôt sur une décision opérationnelle accessoire à l'exercice d'une fonction publique. En effet, le caractère privé de l'entente en vertu de laquelle on a procédé à l'élimination de l'asphalte devra être démontré au procès étant donné que les appelants doivent établir que l'intimée avait une obligation de diligence envers eux. À cette fin, il y aura lieu de considérer l'incidence, s'il en est, du fait que les terres en cause ont changé de propriétaire au moins une fois au cours de la période visée.

On peut établir un parallèle entre la présente affaire et l'affaire *Bradford Corp. c. Myers*, précitée, une action intentée par suite de la livraison négligente d'un chargement de coke par un mandataire de l'appelante, Bradford Corporation. Une erreur commise au cours de la livraison a fait que le coke avait été [TRADUCTION] « déchargé à travers la vitrine du commerce de l'intimé, Myers, au lieu de l'être dans sa cave » (p. 244). Parallèlement à la présente espèce, l'appelante, Bradford Corporation, prétendait que [TRADUCTION] « la vente de coke constituait une opération faite en application d'une loi du Parlement ou d'une fonction ou d'un pouvoir qui lui était conféré par les différentes lois

"arose in the execution of a private obligation which the appellants [Bradford Corporation] owed by contract to the respondent [Myers], for breach of which no one but the respondent [Myers] was entitled to complain". In a passage that could apply directly to the case at bar, the Lord Chancellor concluded, at pp. 247-48:

It may be conceded that the local authority were bound properly to dispose of their residual products; but there was no obligation upon them to dispose by sale, though this was the most obvious and ordinary way. Still less was there any duty to dispose of them to the respondent [Myers]. No member of the public could have complained if the respondent [Myers] had not been supplied; nor had any member of the public the right to require the local authority to contract with him.

The Lord Chancellor therefore held that the Bradford Corporation was not entitled to take advantage of the six-month limitation period in s. 1 of the *Public Authorities Protection Act, 1893* (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 61.

Just as the negligent delivery of coke to Mr. Myers was held to be too remote from the execution of the public mandate for which Parliament had intended protection, the negligent disposal of asphalt on the appellants' farm is too remote from the execution of the public mandate to maintain highways for which the Ontario legislature had intended protection. Similarly, in *Des Champs*, *supra*, Binnie J. concluded that the "actions by the Board were not the inevitable consequence of the decision to downsize its complement of superintendents" (para. 58). That is equally the case here, where the disposal of waste asphalt on the appellants' farm, and in the particular location chosen, was not the inevitable consequence of the decision to repair the highway.

III. Conclusion

The six-month limitation period in s. 7 of the Act does not apply in this case. It has not been argued that any other special limitation periods are

en vertu desquelles elle fournissait du gaz au district » (p. 245). Le lord chancelier Buckmaster a rejeté cet argument, soulignant que la négligence [TRADUCTION] « est survenue dans l'exécution de l'obligation privée que l'appelante avait à l'égard de l'intimé en vertu d'un contrat, dont l'inexécution permettait à l'intimé seulement de se plaindre » (p. 246). Dans un passage qui pourrait s'appliquer directement en l'espèce, le lord chancelier conclut, p. 247-248 :

[TRADUCTION] On peut admettre que l'autorité locale était tenue de disposer des sous-produits; elle n'était pas pour autant obligée de les vendre, même si c'était le moyen le plus évident et courant d'en disposer. À plus forte raison, elle n'était pas tenue de les vendre à l'intimé [Myers]. Personne ne se serait plaint si l'intimé n'avait pas été approvisionné; personne n'avait le droit d'obliger l'autorité locale à contracter avec lui.

Le lord chancelier a donc jugé que Bradford Corporation n'avait pas droit au bénéfice du délai de prescription de six mois prévu à l'art. 1 de la *Public Authorities Protection Act, 1893* (R.-U.), 56 & 57 Vict., ch. 61.

29 Tout comme on a jugé que la négligence dans la livraison de coke à M. Myers n'était pas suffisamment liée à l'exécution de la mission publique que le Parlement voulait protéger, l'enfouissement négligent de l'asphalte dans les terres agricoles des appelants s'éloigne trop de l'exécution de la mission publique d'entretien des routes, la mission que la législature ontarienne voulait protéger. De la même manière, dans *Des Champs*, précité, le juge Binnie conclut que les « actes du Conseil n'étaient pas la conséquence inévitable de la décision de réduire l'effectif de surintendants » (par. 58). C'est également le cas en l'espèce, où l'enfouissement des résidus d'asphalte dans les terres agricoles des appelants, et à l'endroit précis choisi, n'était pas la conséquence inévitable de la décision de réparer la route.

III. Conclusion

30 Le délai de prescription de six mois prévu à l'art. 7 de la Loi ne s'applique pas en l'espèce. On n'a pas prétendu que d'autres délais de prescrip-

applicable, so the applicable limitation period is the usual six-year limitation period set out in s. 45(1)(g) of the *Limitations Act* and as the appellants advance. Nothing in these reasons is to reflect on the merits of the negligence claim against the respondent.

31 I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and set aside the order for summary judgment, substituting therefor an order directing the appellants' action to be restored to the trial list as sought by the appellants. Pursuant to the appellants' request, the appellants shall have their costs in this Court and in the Ontario Court of Justice (General Division).

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: The Canadian Environmental Law Association, Toronto.

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

tion spéciaux étaient applicables, de sorte que c'est le délai de prescription général de six ans prévu à l'al. 45(1)g) de la *Loi sur la prescription des actions* qui s'applique, comme les appelants l'ont fait valoir. Rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme une appréciation sur le fond de l'action pour négligence intentée contre l'intimée.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et d'annuler l'ordonnance de jugement sommaire pour y substituer une ordonnance selon laquelle l'action sera réinscrite au rôle d'audience, comme le sollicitent les appelants. Conformément à la demande des appelants, les dépens leur sont accordés en notre Cour et devant la Cour de justice de l'Ontario (Division générale).

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelants : L'Association canadienne du droit de l'environnement, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ulybel Enterprises Limited *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ULYBEL ENTERPRISES LTD.

Neutral citation: 2001 SCC 56.

File No.: 27543.

2001: January 16; 2001: September 27.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Courts — Jurisdiction — Superior courts — Vessel sold under authority of Federal Court of Canada and proceeds held by court in exercise of its admiralty jurisdiction — Whether provincial superior court can order forfeiture of proceeds of sale of vessel pursuant to s. 72(1) of Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.

Fisheries — Forfeiture of proceeds of sale of fishing vessel — Scope of power to order forfeiture of proceeds — Whether continued detention of seized vessel precondition to order of forfeiture pursuant to s. 72(1) of Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.

The respondent is the registered owner of a Canadian vessel which was observed fishing in the NAFO Convention Area without the required licence or registration card, contrary to the *Atlantic Fishery Regulations, 1985*. The vessel and its cargo of fish were seized and the Crown took physical possession of the vessel. In 1994 and 1995, actions were commenced in the Federal Court of Canada claiming interests in the vessel and the court issued arrest orders against the vessel. The respondent was subsequently indicted on charges to be tried before the Newfoundland Supreme Court, Trial Division. Meanwhile, the Crown continued to possess the vessel and was incurring storage and maintenance costs. In 1996, it intervened in one of the Federal Court actions and successfully sought an order allowing the sale of the vessel. The proceeds of the sale were deposited with the Receiver General for the benefit of the Federal Court. In 1997, the respondent was convicted of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ulybel Enterprises Limited *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* ULYBEL ENTERPRISES LTD.

Référence neutre : 2001 CSC 56.

N° du greffe : 27543.

2001 : 16 janvier; 2001 : 27 septembre.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures — La Cour fédérale du Canada a ordonné la vente d'un navire et a détenu le produit de la vente dans l'exercice de sa compétence en matière d'amirauté — La cour supérieure d'une province peut-elle ordonner la confiscation du produit de la vente d'un navire en vertu de l'art. 72(1) de la Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14?

Pêche — Confiscation du produit de la vente d'un bateau de pêche — Étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente — La rétention continue d'un bateau saisi constitue-t-elle une condition préalable au prononcé d'une ordonnance de confiscation en vertu de l'art. 72(1) de la Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14?

L'intimée est le propriétaire inscrit d'un navire canadien à bord duquel des personnes ont été vues en train de pêcher dans la zone régie par la convention de l'OPANO en l'absence du permis et du certificat d'enregistrement requis par le *Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985*. Le navire et sa cargaison de poisson ont été saisis et la Couronne a pris matériellement possession du navire. En 1994 et 1995, des actions dans lesquelles on prétendait avoir un droit dans le navire ont été intentées devant la Cour fédérale du Canada, qui a délivré des ordonnances de saisie à l'égard du navire. L'intimée a ensuite été mise en accusation relativement à des chefs d'accusation qui devaient être instruits par la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve. Entre-temps, la Couronne a conservé la possession du navire et a engagé des frais pour sa garde et son entretien. En 1996, elle est intervenue dans l'une des actions intentées devant la Cour fédérale et a réussi

the charges and the sentence included forfeiture of $50,000 of the proceeds of the sale of the vessel. The Newfoundland Court of Appeal upheld the conviction and held that the sentence was not excessive. The court held, however, that the Supreme Court, Trial Division had no jurisdiction or authority to order the forfeiture of the proceeds of sale and it overturned the order of forfeiture, holding that physical detention of a thing seized under the *Fisheries Act* is a necessary precondition to an order of forfeiture.

Held: The appeal should be allowed and the order of forfeiture made by the Newfoundland Supreme Court, Trial Division restored.

A provincial superior court can order forfeiture of the proceeds of sale of a vessel pursuant to s. 72(1) of the *Fisheries Act* even when the vessel has been sold under the authority of the Federal Court and the proceeds are held by that court in the exercise of its admiralty jurisdiction.

In light of the kinds of property subject to seizure under s. 51 of the *Fisheries Act*, the words in s. 72(1) read in their ordinary and grammatical sense clearly contemplate an order of forfeiture of the proceeds of disposition of a vessel seized under the Act. The legislative history also supports a broader interpretation of s. 72(1). A former version of s. 72(1) limited the scope of the power to order forfeiture of proceeds to the proceeds of a disposition of perishables. In 1991, the limiting language was removed in favour of a general reference to the proceeds of "any thing seized under this Act". There is a presumption that the amendments were made for an intelligible purpose and, in this case, the effect of the 1991 amendment to s. 72(1) was to broaden the scope of the forfeiture provision to include the power to forfeit proceeds of the sale of a vessel. This effect is consistent with the intention of Parliament to increase the flexibility and severity of available penalties for *Fisheries Act* offences.

The fact that the *Fisheries Act* preserves the property of an accused person is not fatal to the broader interpretation of the power to order forfeiture. This reflects the

à obtenir une ordonnance autorisant la vente du navire. Le produit de la vente a été déposé auprès du receveur général au profit de la Cour fédérale. En 1997, l'intimée a été déclarée coupable relativement aux accusations portées contre elle et on lui a infligé une peine incluant la confiscation d'une somme de 50 000 $ sur le produit de la vente du navire. La Cour d'appel de Terre-Neuve a confirmé la déclaration de culpabilité et a jugé que la peine n'était pas excessive. Elle a cependant conclu que la Section de première instance de la Cour suprême n'avait ni la compétence ni le pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente et elle a infirmé l'ordonnance de confiscation, estimant que la rétention matérielle d'un objet saisi en vertu de la *Loi sur les pêches* est une condition préalable nécessaire au prononcé d'une ordonnance de confiscation.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de confiscation rendue par la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve est rétablie.

La cour supérieure d'une province peut ordonner la confiscation du produit de la vente d'un navire en vertu du par. 72(1) de la *Loi sur les pêches*, même lorsque c'est la Cour fédérale qui a ordonné la vente du navire et qu'elle détient le produit de la vente dans l'exercice de sa compétence en matière d'amirauté.

Si on interprète les termes utilisés au par. 72(1) de la *Loi sur les pêches* dans leur sens ordinaire et grammatical, en tenant compte du type de biens susceptibles de saisie aux termes de l'art. 51, il est clair que la portée du par. 72(1) s'étend au prononcé d'une ordonnance de confiscation du produit de l'aliénation d'un navire saisi en vertu de la Loi. L'historique législatif appuie aussi une interprétation plus large du par. 72(1). Une ancienne version du par. 72(1) limitait l'étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation au produit de la vente de marchandises périssables. En 1991, les termes limitatifs ont été supprimés pour être remplacés par la mention générale du produit de « tout objet saisi ». Il existe une présomption selon laquelle les modifications poursuivent un but intelligible et, en l'espèce, la modification apportée en 1991 au par. 72(1) a eu pour effet d'élargir la portée de la disposition relative à la confiscation en y intégrant le pouvoir de confisquer le produit de la vente d'un navire. Cet effet est conforme à l'intention du législateur, qui consiste à accroître la souplesse et la sévérité des peines applicables aux infractions prévues dans la *Loi sur les pêches*.

Le fait que la *Loi sur les pêches* préserve les biens de l'accusé n'empêche pas l'interprétation large du pouvoir d'ordonner la confiscation. Cela reflète la présomption

presumption of innocence and the principle that the property of an accused should be preserved until culpability is determined. A person charged with an offence under the *Fisheries Act*, however, cannot rely on the presumption of innocence to prevent or delay a person with an *in rem* claim against his property from obtaining a remedy. Similarly, where culpability has been finally determined, the presumption of innocence is spent and nothing in the Act immunizes proceeds of sale realized pursuant to a civil authority from forfeiture. The scheme of the Act is strict enough to preserve the seized property of an accused and flexible enough to preserve the availability of the penalties necessary to achieve the object of the Act.

With respect to the legislative context, had Parliament intended the phrase "any proceeds realized from its disposition" to be limited to proceeds of perishables, it could have done so expressly, as it did in s. 70(3), as well as ss. 72(2) and 72(3). Further, a continued physical detention is not expressly stated as a precondition to an order of forfeiture on the face of s. 72(1) nor is it necessary to infer it as a precondition. The process set out in s. 71(2) by which a security deposit obtains the release of seized property is beneficial to the parties and creditors and should not be discouraged. This process would be less attractive if an order of forfeiture were subject to a pre-condition of continued physical detention. Section 72(1) should thus be interpreted as contemplating the making of an order of forfeiture against a vessel that has been released from seizure and returned on the deposit of security. It follows that s. 72(1) authorizes the forfeiture of things that have been formerly seized but released from seizure. Moreover, it is evident from s. 75 that the Act contemplates the possibility of parallel proceedings, *in personam* and *in rem*, involving the same vessel. This lends support to the view that s. 72(1) authorizes the forfeiture of proceeds realized pursuant to an authority other than the *Fisheries Act*. Lastly, the admiralty provisions of the *Federal Court Act* and *Fisheries Act* should be read as a consistent, harmonious scheme for the regulation of maritime matters. Fishing vessels and their use are at the heart of the activities governed by each regime. If the Court of Appeal's narrow interpretation is adopted, an order for sale emanating from the Federal Court would terminate the jurisdiction of the Newfoundland Supreme Court to order forfeiture. Such a result does not comply with the principle of interpretation that presumes a harmony,

d'innocence et le principe selon lequel il faut préserver les biens de l'accusé jusqu'à ce qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée. La personne accusée d'une infraction à la *Loi sur les pêches* ne peut toutefois pas invoquer la présomption d'innocence pour empêcher une personne ayant une demande *in rem* à faire valoir relativement à ses biens d'obtenir réparation ou pour retarder l'obtention de cette réparation. De même, une décision définitive qui établit la culpabilité met fin à la présomption d'innocence et rien dans la Loi n'empêche la confiscation du produit d'une vente effectuée en matière civile. Le régime établi par la Loi est suffisamment strict pour préserver les biens saisis de l'accusé et suffisamment souple pour préserver le pouvoir d'imposer les peines nécessaires à la réalisation de l'objet de la Loi.

Quant au contexte législatif, si le législateur avait voulu que les expressions « le produit de leur aliénation » et « le produit de son aliénation » se limitent au produit de la vente de marchandises périssables, il aurait pu le dire explicitement, comme il l'a fait au par. 70(3) ainsi qu'aux par. 72(2) et 72(3). En outre, il ne ressort pas expressément du par. 72(1) que la rétention matérielle continue constitue une condition préalable au prononcé d'une ordonnance de confiscation et il n'a pas lieu de conclure qu'il s'agit d'une condition préalable. Le processus par lequel le dépôt d'une garantie permet la mainlevée de la saisie des biens en vertu du par. 71(2) profite aux parties et aux créanciers, et il ne faut pas décourager le recours à celui-ci. Ce processus serait moins intéressant si une ordonnance de confiscation était assujettie à une condition préalable de rétention matérielle continue. Le paragraphe 72(1) doit donc être interprété comme prévoyant le prononcé d'une ordonnance de confiscation contre un navire ayant fait l'objet d'une mainlevée de saisie et restitué sur dépôt d'une garantie. Il s'ensuit que le par. 72(1) autorise la confiscation d'objets qui ont été saisis antérieurement, mais qui ont fait l'objet d'une mainlevée. De plus, il ressort clairement de l'art. 75 que la Loi prévoit la possibilité d'instances parallèles, *in personam* et *in rem*, touchant le même navire. Cette conclusion renforce l'opinion que le par. 72(1) autorise la confiscation du produit de la vente obtenu en vertu d'un autre texte législatif que la *Loi sur les pêches*. Enfin, on doit interpréter les dispositions en matière d'amirauté de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur les pêches* comme des régimes cohérents et harmonieux de réglementation des questions maritimes. Les bateaux de pêche et leur utilisation sont au cœur des activités que régit chacun de ces systèmes. Si on adoptait l'interprétation restrictive de la Cour d'appel, une ordonnance de vente de la Cour fédé-

coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Savory* (1992), 108 N.S.R. (2d) 245; *R. v. Corcoran* (1997), 153 Nfld. & P.E.I.R. 318; *R. v. Vautour* (2000), 226 N.B.R. (2d) 226; *R. v. Chute* (1997), 160 N.S.R. (2d) 378; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405; *Bathurst Paper Ltd. v. Minister of Municipal Affairs of New Brunswick*, [1972] S.C.R. 471.

Statutes and Regulations Cited

Atlantic Fishery Regulations, 1985, SOR/86-21, s. 13(1)(*a*), (*b*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 489.1.
Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7.
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, rr. 1007, 1008, 1010.
Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14 [am. 1991, c. 1], ss. 50, 51, 70, 71, 71.1, 72, 73.1, 75.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "forfeiture".
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Buttersworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 321, 544 A.P.R. 321, [1999] N.J. No. 232 (QL), setting aside an order of forfeiture granted by the Supreme Court, Trial Division (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 308, 470 A.P.R. 308, [1997] N.J. No. 114 (QL). Appeal allowed.

Graham Garton, Q.C., and *Gordon S. Campbell*, for the appellant.

John R. Sinnott, Q.C., for the respondent.

rale mettrait fin au pouvoir de la Cour suprême de Terre-Neuve d'ordonner la confiscation. Un tel résultat n'est pas conforme au principe d'interprétation qui présume l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant du même sujet.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Savory* (1992), 108 N.S.R. (2d) 245; *R. c. Corcoran* (1997), 153 Nfld. & P.E.I.R. 318; *R. c. Vautour* (2000), 226 R.N-B. (2e) 226; *R. c. Chute* (1997), 160 N.S.R. (2d) 378; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405; *Bathurst Paper Ltd. c. Ministre des Affaires municipales du Nouveau-Brunswick*, [1972] R.C.S. 471.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 489.1.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7.
Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14 [mod. 1991, ch. 1], art. 50, 51, 70, 71, 71.1, 72, 73.1, 75.
Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985, DORS/86-21, art. 13(1)*a*), *b*).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, règles 1007, 1008, 1010.

Doctrine citée

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 321, 544 A.P.R. 321, [1999] N.J. No. 232 (QL), qui a annulé une ordonnance de confiscation rendue par la Cour suprême, Section de première instance (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 308, 470 A.P.R. 308, [1997] N.J. No. 114 (QL). Pourvoi accueilli.

Graham Garton, c.r., et *Gordon S. Campbell*, pour l'appelante.

John R. Sinnott, c.r., pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal raises the question of whether a provincial superior court can order forfeiture of the proceeds of sale of a vessel pursuant to s. 72(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, as amended by S.C. 1991, c. 1, even when the vessel has been sold under the authority of the Federal Court of Canada and the proceeds are held by that court in the exercise of its admiralty jurisdiction.

I. Background

A. *The Vessel and its Seizure*

The "Kristina Logos" (the "vessel") is a factory freezer trawler built in 1976 and registered in Canada in 1981. On February 3, 1992, José Pratas purchased the vessel from Pêches Nordiques Inc., formerly Kosmos P/F Fishery Canada Ltd., by way of bill of sale. On the same day that he purchased the vessel, Mr. Pratas registered three documents with the Canadian Registry of Shipping: the bill of sale by which ownership of the vessel was transferred to him, a mortgage he had executed in favour of Pêches Nordiques Inc. (later transferred to Hillsdown International Ltd. and ultimately to Clearwater Atlantic Seafoods Inc.), and a declaration of ownership stating he was entitled to be registered as owner.

On October 16, 1992, Mr. Pratas sold the vessel to Ulybel Enterprises Limited (the "respondent"). The respondent was incorporated in Nova Scotia on November 22, 1989, and Mr. Pratas was its sole director and shareholder. On December 9, 1992, the bill of sale by which ownership of the vessel was transferred to the respondent, and a declaration of ownership stating that the respondent was qualified to own a Canadian ship were filed with the Canadian Registry of Shipping. At the same time, the Registry was informed that Mr. Pratas was appointed manager. Therefore, at all material times, the vessel was a Canadian vessel, of which

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la cour supérieure d'une province peut ordonner la confiscation du produit de la vente d'un navire en vertu du par. 72(1) de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, modifiée par L.C. 1991, ch. 1, même lorsque c'est la Cour fédérale du Canada qui a ordonné la vente du navire et qu'elle détient le produit de la vente dans l'exercice de sa compétence en matière d'amirauté. 1

I. Les faits

A. *Le navire et sa saisie*

Le « Kristina Logos » (le « navire ») est un chalutier-usine congélateur construit en 1976 et immatriculé au Canada en 1981. Le 3 février 1992, José Pratas a acheté le navire par acte de vente de Pêches Nordiques Inc., auparavant connue sous le nom de Kosmos P/F Fishery Canada Ltd. Le même jour, M. Pratas a inscrit trois documents au Registre des navires immatriculés au Canada : l'acte de vente par lequel la propriété du navire lui a été cédée, l'hypothèque qu'il a consentie à Pêches Nordiques Inc. (cédée plus tard à Hillsdown International Ltd. et finalement à Clearwater Atlantic Seafoods Inc.) et une déclaration de propriété énonçant qu'il avait le droit d'être inscrit comme propriétaire. 2

Le 16 octobre 1992, M. Pratas a vendu le navire à Ulybel Enterprises Limited (l'« intimée »). M. Pratas était le seul administrateur et actionnaire de l'intimée, qui a été constituée en personne morale le 22 novembre 1989 en Nouvelle-Écosse. L'acte de vente cédant la propriété du navire à l'intimée et une déclaration de propriété indiquant que l'intimée réunissait les conditions voulues pour être propriétaire d'un navire canadien ont été déposés le 9 décembre 1992 au Registre des navires immatriculés au Canada. Le même jour, le bureau du Registre a appris que M. Pratas avait été nommé gestionnaire. En conséquence, pendant 3

the respondent was the registered owner, subject to a registered mortgage.

4 In 1993, the respondent entered into a Bareboat Charter with a Portuguese company named Marqueirapesca Lda. The shareholders of that company are Mr. Pratas owning 51 percent of the outstanding shares, and Carlos and Mario Neves (the "Neves Brothers") owning 49 percent. It was not contested that in 1993 and 1994 Marqueirapesca Lda. fished the vessel off the coast of Newfoundland and in the NAFO Convention Area, divisions 3M, 3N and 3O.

5 NAFO is an international body implemented to optimize the utilization, management and conservation of the Northwest Atlantic fisheries stocks in a quadrant of ocean and coastal waters with a Northern border extending from the Hudson Strait below Baffin Island to Greenland and a Western border extending from Baffin Island to Northern North Carolina. Divisions 3M, 3N and 3O fall south and west of Newfoundland. Significant parts of the Grand Banks are within two of these divisions.

6 On April 2, 1994, the vessel was observed fishing in the NAFO Convention Area without the required licence or registration card and in contravention of ss. 13(1)(*a*) and 13(1)(*b*) of the *Atlantic Fishery Regulations, 1985*, SOR/86-21 (the "Regulations"). The vessel and its cargo of fish were seized by officials of the Department of Fisheries and Oceans pursuant to s. 51 of the *Fisheries Act* and escorted to St. John's, Newfoundland. The Crown in Right of Canada thereby took physical possession of the vessel.

B. *The Litigation: One Vessel but Two Courts*

7 On April 4 and 5, 1994, two informations were sworn charging the respondent with two counts of permitting the use of the vessel for fishing without a licence and two counts of permitting the use of the vessel for fishing without a registration card

toute la période pertinente, le navire était un navire canadien grevé d'une hypothèque enregistrée, dont l'intimée était le propriétaire inscrit.

En 1993, l'intimée a conclu un contrat d'affrètement à coque nue avec une société portugaise du nom de Marqueirapesca Lda. Les actionnaires de cette société sont M. Pratas, qui détient 51 pour 100 de ses actions en circulation, et Carlos et Mario Neves (les « frères Neves »), qui en détiennent 49 pour 100. Il n'a pas été contesté qu'en 1993 et 1994, Marqueirapesca Lda. a utilisé le navire pour pêcher au large de la côte de Terre-Neuve et dans les divisions 3M, 3N et 3O de la zone régie par la convention de l'OPANO.

L'OPANO est un organisme international qui a pour but d'optimiser l'utilisation, la gestion et la conservation des stocks de poisson de l'Atlantique nord-ouest dans un quadrant des eaux côtières et océaniques dont la frontière nord s'étend du détroit d'Hudson, au sud de l'île de Baffin, jusqu'au Groenland, et dont la frontière ouest s'étend de l'île de Baffin jusqu'au nord de la Caroline du Nord. Les divisions 3M, 3N et 3O se situent au sud et à l'ouest de Terre-Neuve. Deux de ces divisions comprennent des parties importantes des Grands Bancs de Terre-Neuve.

Le 2 avril 1994, on a vu des personnes à bord du navire pêcher dans la zone régie par la convention de l'OPANO en l'absence du permis et du certificat d'enregistrement requis par les al. 13(1)*a*) et *b*) du *Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985*, DORS/86-21 (le « Règlement »). Des fonctionnaires du ministère des Pêches et des Océans ont saisi le navire et sa cargaison de poisson en application de l'art. 51 de la *Loi sur les pêches* et ont escorté le navire à St. John's (Terre-Neuve). C'est ainsi que la Couronne du chef du Canada a pris matériellement possession du navire.

B. *Le litige : un navire et deux tribunaux*

Les 4 et 5 avril 1994, deux dénonciations ont été faites sous serment, comportant quatre chefs d'accusation contre l'intimée, dont deux étaient liés au fait d'avoir permis l'utilisation du navire pour la pêche en l'absence de certificat d'enregistrement et

contrary to ss. 13(1)(*a*) and 13(1)(*b*) of the Regulations.

On April 5, 1994, three days after the vessel was seized under the *Fisheries Act*, an action was commenced in the Federal Court of Canada by the mortgagee of the vessel, Clearwater Atlantic Seafoods Inc., seeking $125,000, alleged to be the balance of purchase monies owing from the sales of the vessel to Mr. Pratas and the respondent. On the same day, the Federal Court of Canada issued an arrest order against the vessel being held by the Crown. On May 23, 1995, a second action was brought in the Federal Court of Canada, this time by the Neves Brothers claiming an ownership interest in the vessel valued at $512,750. A second arrest order was issued on that same day.

On September 28, 1995, the respondent was indicted on the same charges as those contained in the informations sworn on April 4 and 5, 1994. The trial was scheduled to commence in the Newfoundland Supreme Court, Trial Division on November 28, 1996.

Meanwhile, the Crown continued in possession of the vessel and began to incur costs for its storage and maintenance. On November 12, 1996, approximately 19 months after the vessel was first seized and arrested, the Crown applied to intervene in the action commenced by the Neves Brothers in the Federal Court of Canada as a person claiming an interest in the property pursuant to Rule 1010 of the *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663. The application to intervene was supported by the Crown's claim for costs and expenses for the care and preservation of the vessel amounting to over $500,000. That amount represented the costs incurred by the Crown in seizing the vessel under the *Fisheries Act*, and the on-going cost of maintaining the ship (approximately $60,000 per year). At the same time, the Crown brought a motion for the lifting of the arrest and an order for the sale of the vessel pursuant to Federal Court Rule 1007(3).

deux autres à celui d'avoir permis l'utilisation du navire pour la pêche en l'absence de permis, en contravention des al. 13(1)*a*) et 13(1)*b*) du Règlement.

8 Trois jours après la saisie du navire en vertu de la *Loi sur les pêches*, soit le 5 avril 1994, le créancier titulaire de l'hypothèque grevant le navire, Clearwater Atlantic Seafoods Inc., a intenté une action devant la Cour fédérale du Canada pour réclamer la somme de 125 000 $, qui correspondrait au solde du prix de la vente du navire à M. Pratas et à l'intimée. Le même jour, la Cour fédérale du Canada a délivré une ordonnance de saisie à l'égard du navire qui se trouvait en la possession de la Couronne. Le 23 mai 1995, une deuxième action a été intentée devant la Cour fédérale; dans celle-ci, les frères Neves revendiquaient un droit de propriété sur le navire, droit qu'ils évaluaient à 512 750 $. La Cour fédérale a délivré une deuxième ordonnance de saisie le jour même.

9 Le 28 septembre 1995, l'intimée a été mise en accusation relativement aux mêmes chefs d'accusations que ceux figurant dans les dénonciations faites sous serment les 4 et 5 avril 1994. Le début du procès devant la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve a été fixé au 28 novembre 1996.

10 Entre-temps, la Couronne a conservé la possession du navire et a commencé à engager des frais pour sa garde et son entretien. Le 12 novembre 1996, environ 19 mois après la première saisie du navire, la Couronne a présenté une demande d'intervention dans l'action intentée par les frères Neves devant la Cour fédérale du Canada en tant que personne prétendant avoir un droit afférent aux biens en question conformément à la règle 1010 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C. 1978, ch. 663. La demande d'intervention de la Couronne s'appuyait sur sa réclamation concernant les frais et les déboursés relatifs à l'entretien et à la conservation du navire qui s'élevaient à plus de 500 000 $. Ce montant représentait les frais que la Couronne avait engagés pour saisir le navire en vertu de la *Loi sur les pêches* ainsi que les frais généraux d'entretien de ce dernier (environ 60 000 $ par année). D'autre part, la Couronne a

Rule 1007(3) provides that the court may, before judgment, order property under arrest to be sold if it is deteriorating in value.

11 The respondent brought a motion in the Newfoundland Supreme Court, Trial Division for a declaration that the Crown was not entitled to proceed in another court to seek the sale of the vessel and an order for its release from seizure. That motion was denied on December 6, 1996.

12 On December 9, 1996, a prothonotary of the Federal Court found that the Crown had the necessary interest to intervene in the action since it had incurred expenses after the arrest of the vessel, characterized as expenses *in custodia legis*. The prothonotary found that this was an appropriate case for the Federal Court to grant an order of sale as costs and expenses would continue to mount until the ship was sold. Further, the ship's classification certificate would soon expire, which would significantly reduce the ship's value. Therefore, the prothonotary found that the case met the test found in Rule 1007(3) of the *Federal Court Rules*. Accordingly, on December 18, 1996, the Federal Court ordered the sale of the vessel ([1996] F.C.J. No. 1683 (QL); (1996), 124 F.T.R. 167).

13 The respondent applied for a stay of the order for sale pending its appeal, but the order for sale was confirmed by the Federal Court, Trial Division ([1997] F.C.J. No. 200 (QL)). The vessel was sold on May 15, 1997 for $605,000 and, pursuant to the order of sale, the proceeds were deposited with the Receiver General in an interest bearing account for the benefit of the Federal Court. The respondent then appealed the order for sale to the Federal Court of Appeal, but since the vessel had already been sold that appeal was dismissed as being moot ((1998), 225 N.R. 32).

présenté une requête en vue d'obtenir la mainlevée de la saisie et une ordonnance de vente du navire en vertu de la règle 1007(3) des *Règles de la Cour fédérale*. Cette disposition prévoit que la Cour peut, avant le jugement, ordonner que les biens saisis soient vendus s'ils perdent de leur valeur.

L'intimée a présenté une requête devant la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la Couronne n'avait pas le droit de s'adresser à un autre tribunal pour solliciter la vente du navire et une ordonnance de mainlevée de la saisie de celui-ci. Cette requête a été rejetée le 6 décembre 1996.

Le 9 décembre 1996, un protonotaire de la Cour fédérale a conclu que la Couronne avait l'intérêt requis pour intervenir dans l'action étant donné qu'elle avait engagé des dépenses après la saisie du navire, dépenses qualifiées de dépenses *in custodia legis*. Le protonotaire a estimé qu'il convenait en l'espèce que la Cour fédérale délivre une ordonnance de vente puisque les frais et déboursés continueraient d'augmenter jusqu'à la vente. De plus, le certificat de classification du navire devait expirer sous peu, ce qui réduirait de façon importante la valeur de celui-ci. Le protonotaire a donc conclu que le critère figurant à la règle 1007(3) des *Règles de la Cour fédérale* était respecté. En conséquence, la Cour fédérale a ordonné la vente du navire le 18 décembre 1996 ([1996] A.C.F. nº 1683 (QL); (1996), 124 F.T.R. 167).

L'intimée a présenté une demande de sursis de l'ordonnance de vente jusqu'à ce qu'il soit statué sur son appel, mais la Section de première instance de la Cour fédérale a confirmé l'ordonnance ([1997] A.C.F. nº 200 (QL)). Le navire a été vendu le 15 mai 1997 pour la somme de 605 000 $ et, conformément à l'ordonnance de vente, le produit de la vente a été déposé auprès du receveur général dans un compte portant intérêt, au profit de la Cour fédérale. L'intimée a ensuite interjeté appel de l'ordonnance de vente auprès de la Cour d'appel fédérale, mais, comme le navire avait déjà été vendu, l'appel a été rejeté au motif qu'il était devenu théorique ([1998] A.C.F. nº 362 (QL)).

On May 21, 1997, the respondent was convicted of the charges brought against it in the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division ((1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 308). On July 2, 1997, the Newfoundland Supreme Court, Trial Division imposed a sentence on the respondent that included fines totalling $120,000, the forfeiture of the proceeds of sale of the cargo of fish ($58,989.34), and the forfeiture of $50,000 of the proceeds of the sale of the vessel.

Le 21 mai 1997, la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve a déclaré l'intimée coupable relativement aux accusations portées contre elle ((1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 308). Le 2 juillet 1997, elle lui a infligé une peine incluant des amendes s'élevant à 120 000 $, la confiscation du produit de la vente de la cargaison de poisson (58 989,34 $) et la confiscation d'une somme de 50 000 $ sur le produit de la vente du navire. 14

The respondent appealed its conviction and sentence to the Newfoundland Court of Appeal. Before that appeal could be heard, on August 11, 1999, a prothonotary of the Federal Court of Canada determined the ranking of the claims of the parties in the actions before it, including the claims of the mortgagee, the Neves brothers, and the Crown for fines, forfeiture and costs. The ranking of claims was conditional on the outcome of the respondent's appeal of sentence ((1999), 173 F.T.R. 31).

L'intimée a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et de sa peine auprès de la Cour d'appel de Terre-Neuve. Avant l'audition de cet appel, un protonotaire de la Cour fédérale du Canada a déterminé, le 11 août 1999, le rang des réclamations des parties aux actions intentées devant cette Cour, notamment le rang des réclamations du créancier hypothécaire, des frères Neves et de la Couronne, la réclamation de celle-ci visant les amendes, la confiscation et les frais. Le rang des réclamations était conditionnel à l'issue de l'appel interjeté par l'intimée contre sa peine ([1999] A.C.F. nº 1295 (QL)). 15

Another appeal was brought by the defendants to the action in the Federal Court, including Ulybel and Pratas, against the Prothonotary's ranking of claims. That appeal was heard before McKay J. of the Federal Court, Trial Division and judgment has been reserved.

Les défendeurs à l'action en Cour fédérale, dont Ulybel et Pratas, ont eux aussi interjeté appel pour contester le rang des réclamations établi par le protonotaire. Le juge McKay de la Section de première instance de la Cour fédérale a entendu cet appel et a différé le prononcé de son jugement. 16

On August 17, 1999, the Newfoundland Court of Appeal upheld the respondent's conviction and found that the sentence imposed was not excessive ((1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 321). However, the Court of Appeal held that the *Fisheries Act* did not provide the Newfoundland Supreme Court, Trial Division with the jurisdiction or authority to order the forfeiture of any of the proceeds of sale of a vessel. The Court of Appeal held that physical detention of a thing seized under the *Fisheries Act* is a necessary precondition to an order of forfeiture. In this case, the Court of Appeal held that the vessel must have been released from seizure when sold under the authority of the Federal Court, thereby precluding a subsequent order of forfeiture under the *Fisheries Act*. Accordingly, the Court of

Le 17 août 1999, la Cour d'appel de Terre-Neuve a confirmé la déclaration de culpabilité de l'intimée et a jugé que la peine infligée n'était pas excessive ((1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 321). La Cour d'appel a cependant conclu que la *Loi sur les pêches* ne conférait pas à la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve la compétence ou le pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente d'un navire. Selon la Cour d'appel, la rétention matérielle d'un objet saisi en vertu de la *Loi sur les pêches* est une condition préalable nécessaire au prononcé d'une ordonnance de confiscation. La Cour d'appel a statué que la vente ordonnée par la Cour fédérale avait nécessairement entraîné la mainlevée de la saisie du navire, ce qui empêchait le prononcé ulté- 17

Appeal overturned the order of forfeiture made by the court below.

18 The respondent's application to this Court for leave to appeal its conviction and sentence was denied. The Crown's application to this Court for leave to appeal the decision of the Court of Appeal was granted.

19 It is important to keep in mind that none of the decisions of the Federal Court of Canada is on appeal before this Court. In fact, nothing in these reasons should be interpreted as commenting on those proceedings. The only decision on appeal is the Newfoundland Court of Appeal's reversal of the sentencing court's order of forfeiture against the proceeds of sale of the vessel.

II. Relevant Legislation

20 *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, as amended by S.C. 1991, c. 1

50. Any fishery officer, fishery guardian or peace officer may arrest without warrant a person who that fishery officer, guardian or peace officer believes, on reasonable grounds, has committed an offence against this Act or any of the regulations, or whom he finds committing or preparing to commit an offence against this Act or any of the regulations.

70. (1) A fishery officer or fishery guardian who seizes any fish or other thing under this Act may retain custody of it or deliver it into the custody of any person the officer or guardian considers appropriate.

. . .

(3) A fishery officer or fishery guardian who has custody of any fish or other perishable thing seized under this Act may dispose of it in any manner the officer or guardian considers appropriate and any proceeds realized from its disposition shall be paid to the Receiver General.

71. (1) Subject to this section, any fish or other thing seized under this Act, or any proceeds realized from its disposition, may be detained until the fish or thing or

rieur d'une ordonnance de confiscation en application de la *Loi sur les pêches*. Par conséquent, la Cour d'appel a infirmé l'ordonnance de confiscation rendue en première instance.

Notre Cour a rejeté la demande d'autorisation de pourvoi qu'a présentée l'intimée contre sa déclaration de culpabilité et sa peine. Elle a accueilli la demande d'autorisation de pourvoi de la Couronne contre la décision de la Cour d'appel.

Il est important de se rappeler que les décisions de la Cour fédérale du Canada ne font l'objet d'aucun pourvoi devant notre Cour. En fait, rien dans les présents motifs ne devrait être interprété comme constituant une observation sur ces instances. La seule décision dont notre Cour est saisie est celle par laquelle la Cour d'appel de Terre-Neuve a infirmé l'ordonnance de confiscation émanant du tribunal chargé de déterminer la peine.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14 (modifiée par L.C. 1991, ch. 1)

50. Les agents des pêches, gardes-pêche ou agents de la paix peuvent arrêter sans mandat toute personne dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis une infraction à la présente loi ou à ses règlements ou qu'ils prennent en flagrant délit d'infraction ou se préparant à commettre une infraction à la présente loi ou à ses règlements.

70. (1) L'agent des pêches ou le garde-pêche qui saisit du poisson ou un objet en vertu de la présente loi peut s'en réserver la garde ou l'attribuer à toute personne qu'il estime compétente.

. . .

(3) L'agent des pêches ou le garde-pêche qui a la garde de marchandises périssables saisies peut en disposer de la façon qu'il estime indiquée, le produit de l'aliénation étant versé au receveur général.

71. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le poisson ou les objets saisis en vertu de la présente loi ou le produit de leur aliénation peuvent être

proceeds are forfeited or proceedings relating to the fish or thing are finally concluded.

(2) Subject to subsection 72(4), a court may order any fish or other thing seized under this Act to be returned to the person from whom it was seized if security is given to Her Majesty in a form and amount that is satisfactory to the Minister.

. . .

71.1 (1) Where a person is convicted of an offence under this Act, the court may, in addition to any punishment imposed, order the person to pay the Minister an amount of money as compensation for any costs incurred in the seizure, storage or disposition of any fish or other thing seized under this Act by means of or in relation to which the offence was committed.

(2) Where a court orders a person to pay an amount of money as compensation under subsection (1), the amount and any interest payable on that amount constitute a debt due to Her Majesty and may be recovered as such in any court of competent jurisdiction.

72. (1) Where a person is convicted of an offence under this Act, the court may, in addition to any punishment imposed, order that any thing seized under this Act by means of or in relation to which the offence was committed, or any proceeds realized from its disposition, be forfeited to Her Majesty.

(2) Where a person is convicted of an offence under this Act that relates to fish seized pursuant to paragraph 51(*a*), the court shall, in addition to any punishment imposed, order that the fish, or any proceeds realized from its disposition, be forfeited to Her Majesty.

(3) Where a person is charged with an offence under this Act that relates to fish seized pursuant to paragraph 51(*a*) and the person is acquitted but it is proved that the fish was caught in contravention of this Act or the regulations, the court may order that the fish, or any proceeds realized from its disposition, be forfeited to Her Majesty.

. . .

73.1 (1) Subject to subsection (2), any fish or other thing seized under this Act, or any proceeds realized from its disposition, that are not forfeited to Her Majesty under section 72 shall, on the final conclusion of the proceedings relating to the fish or thing, be delivered to the person from whom the fish or thing was seized.

retenus jusqu'à ce que leur confiscation soit prononcée ou qu'une décision définitive soit rendue lors des poursuites intentées à leur égard.

(2) Sous réserve du paragraphe 72(4), le tribunal peut ordonner la restitution au saisi du poisson ou des objets saisis, sur fourniture à Sa Majesté d'une garantie que le ministre juge acceptable quant au montant et à la forme.

. . .

71.1 (1) Le tribunal qui déclare une personne coupable d'une infraction à la présente loi peut, en sus de toute autre peine infligée, ordonner au contrevenant d'indemniser le ministre des frais engagés dans le cadre de la saisie, de la garde ou de l'aliénation du poisson ou des objets saisis qui ont servi ou donné lieu à la perpétration de l'infraction.

(2) L'indemnisation visée au paragraphe (1) et les intérêts afférents constituent une créance de Sa Majesté dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant toute juridiction compétente.

72. (1) Le tribunal qui déclare une personne coupable d'une infraction à la présente loi peut, en sus de toute autre peine infligée, ordonner que tout objet saisi qui a servi ou donné lieu à la perpétration de l'infraction — ou le produit de son aliénation — soit confisqué au profit de Sa Majesté.

(2) Le tribunal qui déclare une personne coupable d'avoir commis une infraction à la présente loi relativement à du poisson saisi en vertu de l'alinéa 51*a*) est tenu, en sus de toute autre peine infligée, d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté du poisson ou du produit de son aliénation.

(3) Le tribunal qui acquitte une personne accusée d'une infraction à la présente loi relativement à du poisson saisi en vertu de l'alinéa 51*a*) peut ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté du poisson ou du produit de son aliénation s'il est prouvé que ce poisson a été pêché en contravention avec cette loi ou ses règlements.

. . .

73.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsque, à l'issue des procédures portant sur le poisson ou les objets saisis, le tribunal n'a pas ordonné leur confiscation ou celle du produit de leur aliénation, les objets ou le produit sont remis au saisi.

(2) Subject to subsection 72(4), where a person is convicted of an offence relating to any fish or other thing seized under this Act and the court imposes a fine but does not order forfeiture,

(*a*) the fish or thing may be detained until the fine is paid;

(*b*) it may be sold under execution in satisfaction of the fine; or

(*c*) any proceeds realized from its disposition may be applied in payment of the fine.

. . .

75. (1) Where any thing other than fish is forfeited to Her Majesty under subsection 72(1) or (4), any person who claims an interest in the thing as owner, mortgagee, lienholder or holder of any like interest, other than a person convicted of the offence that resulted in the forfeiture or a person from whom the thing was seized, may, within thirty days after the forfeiture, apply in writing to a judge for an order pursuant to subsection (4).

. . .

(4) Where, on the hearing of an application made pursuant to subsection (1), it is made to appear to the satisfaction of the judge,

(*a*) that the applicant is innocent of any complicity in the offence or alleged offence that resulted in the forfeiture and of any collusion in relation to that offence with the person who was convicted of, or who may have committed, the offence, and

(*b*) that the applicant exercised all reasonable care in respect of the person permitted to obtain the possession of the thing in respect of which the application is made to satisfy himself that the thing was not likely to be used contrary to this Act or the regulations, or, in the case of a mortgagee or lienholder, that he exercised such care with respect to the mortgagor or the liengiver,

the applicant is entitled to an order declaring that his interest is not affected by the forfeiture and declaring the nature and extent of his interest.

(2) Sous réserve du paragraphe 72(4), les règles qui suivent s'appliquent lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction portant sur le poisson ou les objets saisis et que le tribunal inflige une amende mais n'ordonne pas la confiscation :

a) le poisson ou les objets peuvent être retenus jusqu'à l'acquittement de l'amende;

b) ils peuvent être vendus par adjudication forcée pour paiement de l'amende;

c) le produit de toute aliénation peut être affecté au paiement de l'amende.

. . .

75. (1) Sauf lorsqu'il s'agit de poisson confisqué, toute personne — autre que celle qui a été déclarée coupable de l'infraction ayant entraîné la confiscation, ou que le saisi — qui prétend avoir un droit sur un objet confisqué en vertu des paragraphes 72(1) ou (4), à titre de propriétaire, de créancier hypothécaire ou de titulaire de privilège ou de tout droit semblable, peut, dans les trente jours qui suivent la confiscation, demander par écrit à un juge de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (4).

. . .

(4) Le juge fait droit à la requête en rendant une ordonnance déclarant que la confiscation ne porte pas atteinte au droit du demandeur et précisant la nature et l'étendue de ce droit si, à l'audition de la demande, il constate la réunion des conditions suivantes :

a) il n'y a eu, à l'égard de l'infraction, réelle ou présumée, qui a entraîné la confiscation, aucune complicité ou collusion entre le demandeur et, selon le cas, la personne déclarée coupable ou tout auteur potentiel de l'infraction;

b) le demandeur a pris bien soin de s'assurer que l'objet ou le poisson visé par la demande ne servirait pas à la perpétration d'un acte contraire à la présente loi ou à ses règlements par la personne qui s'en est vue attribuer la possession ou, dans le cas d'un créancier hypothécaire ou d'un titulaire de privilège ou de droit semblable, le débiteur hypothécaire ou le débiteur assujetti au privilège ou droit en question.

Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663

Rule 1007. (1) The Court may, either before or after final judgment, order any property under the arrest of the Court to be appraised, or to be sold with or without appraisement, and either by public auction or by private contract, and may direct what notice by advertisement or otherwise shall be given or may dispense with the same.

(2) Without limiting paragraph (1), the Court may, either before or after final judgment, order

(*a*) that, where any property is under the arrest of the Court, it be advertised for sale in accordance with directions contained in the order, which may include any or all of the following:

. . .

(vi) any other direction that seems appropriate to the circumstances of the particular case; or

(*b*) that an agent be employed for the sale of any such property, with authority to sell subject to such conditions as are stipulated in the order or subject to subsequent approval by the Court, on such terms as to compensation of the agent for his services as may be stipulated in the order.

(3) If the property is deteriorating in value, the Court may order it to be sold forthwith.

. . .

(7) As soon as possible after the execution of a commission of sale, the marshal shall pay into court the gross proceeds of the sale, and shall with the commission file his accounts and vouchers in support thereof.

. . .

Rule 1008. (1) When an application is made for payment out of any money paid into court under Rule 1007(7), the Court has power to determine the rights of all claimants thereto and may make such order and give such directions as will enable the Court to adjudicate upon the rights of all claimants to such money and to order payment out to any person of any such money or portion thereof in accordance with its findings.

. . .

Rule 1010. (1) Where property against which an action *in rem* has been brought is under arrest or money repre-

Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663

Règle 1007. (1) La Cour pourra, avant ou après le jugement final, ordonner que des biens saisis sur son ordre soient évalués, ou soient vendus, après avoir été évalués ou non, soit aux enchères publiques, soit par contrat privé, et elle peut prescrire quel avis doit être donné à ce sujet sur publicité ou autrement, ou peut dispenser de donner avis.

(2) Sous réserve de l'alinéa (1), la Cour pourra, avant ou après le jugement final, ordonner que,

a) lorsqu'un bien est sous la saisie de la Cour, il soit mis en vente par des annonces selon les instructions contenues dans l'ordonnance qui peuvent comprendre l'une ou toutes les modalités suivantes :

. . .

(vi) pourront être émises toutes autres instructions appropriées aux circonstances; ou

b) qu'un agent ou courtier soit utilisé pour la vente de ces biens, avec l'autorisation de vendre aux conditions mentionnées dans l'ordonnance ou sous réserve d'une approbation subséquente de la Cour et selon un dédommagement pour les services de l'agent ou du courtier fixé dans l'ordonnance.

(3) Si les biens perdent de leur valeur, la Cour pourra ordonner de les vendre immédiatement.

. . .

(7) Dès que possible après l'exécution d'une commission de vente, le prévôt doit consigner à la Cour le produit brut de la vente, et il doit déposer, avec la commission, ses comptes et pièces à l'appui.

. . .

Règle 1008. (1) En cas de demande de versement par prélèvement sur de l'argent consigné au tribunal en vertu de la Règle 1007(7), la Cour aura le pouvoir de déterminer les droits de tous les réclamants sur cet argent et elle pourra rendre l'ordonnance et donner les instructions qui lui permettront de statuer sur les droits que possèdent tous les réclamants sur cet argent, et elle a également le pouvoir d'ordonner le versement à une personne de tout ou partie de cet argent selon ses conclusions.

. . .

Règle 1010. (1) Lorsque des biens visés par une action *in rem* sous saisie ou que l'argent représentant le produit

senting the proceeds of sale of property against which such an action has been brought is in court, a person who claims an interest in the property or money but who is not a defendant in the action may, with leave of the Court, intervene in the action.

de la vente des biens visés par une telle action se trouve consigné à la Cour, une personne qui prétend avoir un droit afférent aux biens ou à l'argent mais qui n'est pas défenderesse à l'action peut, avec la permission de la Cour, intervenir dans l'action.

III. Issue and Principal Arguments of the Parties

III. La question en litige et les principaux arguments des parties

21 The basic issue on appeal is whether the Newfoundland Court of Appeal erred in reversing the sentencing judge's order for forfeiture of proceeds of the vessel. The focus of argument is on the proper interpretation of the scope of the power to order the forfeiture of proceeds under s. 72(1) of the *Fisheries Act*: can it cover proceeds from the sale of a ship or is it limited to those proceeds realized from a sale of perishables pursuant to s. 70(3) of the Act?

La question fondamentale dans le présent pourvoi est celle de savoir si la Cour d'appel de Terre-Neuve a commis une erreur en infirmant l'ordonnance de confiscation du produit de la vente du navire rendue par le juge chargé de déterminer la peine. Les arguments portent surtout sur l'interprétation juste de l'étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente que confère le par. 72(1) de la *Loi sur les pêches* : ce pouvoir peut-il viser le produit de la vente d'un navire ou se limite-t-il au produit de la vente de marchandises périssables sous le régime du par. 70(3) de la Loi?

22 The appellant submits that the Court of Appeal erred by interpreting the power to make an order of forfeiture under s. 72(1) of the *Fisheries Act* too narrowly. She argues that the plain language of s. 72(1) supports a broader interpretation, one that permits the court to make an order of forfeiture against the proceeds of sale of a vessel, even where the sale of the vessel was made under the authority of another court. The appellant says that such an interpretation is necessary to harmonize the *Fisheries Act*, with the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, and the *Federal Court Rules*.

L'appelante soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en interprétant de façon trop restrictive le pouvoir de rendre une ordonnance de confiscation prévu au par. 72(1) de la *Loi sur les pêches*. Elle prétend que le sens ordinaire du par. 72(1) appuie une interprétation plus large permettant au tribunal de rendre une ordonnance de confiscation du produit de la vente d'un navire même lorsque la vente du navire a été ordonnée par un autre tribunal. L'appelante affirme qu'une telle interprétation est nécessaire pour harmoniser la *Loi sur les pêches* avec la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, et les *Règles de la Cour fédérale*.

23 The respondent adopts the position taken by the Newfoundland Court of Appeal in this case. The respondent argues that the only proceeds that are subject to forfeiture under the *Fisheries Act* are the proceeds of perishables sold pursuant to s. 70(3). The respondent says that the *Fisheries Act* should be interpreted as requiring the continued physical detention of a thing seized as a necessary precondition to an order of forfeiture of that thing. Thus, in this case, the sale of the vessel under the authority of the Federal Court precluded the sentencing

L'intimée adopte la position de la Cour d'appel de Terre-Neuve en l'espèce. D'après elle, le seul produit susceptible de confiscation en vertu de la *Loi sur les pêches* est le produit de l'aliénation des marchandises périssables prévue au par. 70(3). Elle affirme qu'il faut interpréter la *Loi sur les pêches* comme prévoyant que la rétention matérielle continue du bien saisi constitue une condition préalable nécessaire au prononcé d'une ordonnance de confiscation de ce bien. En l'espèce, la vente du navire ordonnée par la Cour fédérale empêchait donc le

court from imposing a valid order of forfeiture against the proceeds of the vessel as part of the sentence in this case. The respondent says that such an interpretation is consistent with the scheme of the Act and the presumption of innocence.

IV. Analysis

A. *Background: The Fisheries Act and the Power of Forfeiture*

It is convenient at this stage to provide some background to the *Fisheries Act* and the specific provision at issue in this appeal. The principal object of the *Fisheries Act* has been found by a number of appellate courts to be that as summarized by the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Savory* (1992), 108 N.S.R. (2d) 245, at para. 14:

> The *Act* and the *Regulations* have been passed for the purpose of regulating the fishery; regulatory legislation should be given a liberal interpretation. A major objective of the *Act* and the *Regulations* is to properly manage and control the commercial fishery.

See also *R. v. Corcoran* (1997), 153 Nfld. & P.E.I.R. 318, at paras. 22-25; *R. v. Vautour* (2000), 226 N.B.R. (2d) 226 (Q.B.), at paras. 10-11 and 13; *R. v. Chute* (1997), 160 N.S.R. (2d) 378 (C.A.).

As noted by the sentencing judge in this case, serious problems exist in the Atlantic fishing industry:

> It is common knowledge that the fish stocks on the Grand Banks as well as elsewhere in the Atlantic fishery waters of Canada have been seriously depleted.
>
> Canada has passed certain laws to enable this country to carry out proper conservation measures. NAFO was organized for the conservation of fish stocks by setting various quotas and regulations. The regulations are aimed at the regulation of the fishing industry with a view to the preservation of fishery resources which are crucial to the operation and continuation of an important Canadian industry.

tribunal chargé de déterminer la peine d'imposer une ordonnance valide de confiscation du produit de la vente du navire comme l'un des éléments de la peine. L'intimée affirme que cette interprétation est compatible avec l'économie de la Loi et la présomption d'innocence.

IV. Analyse

A. *Historique : La Loi sur les pêches et le pouvoir de confiscation*

24 Il convient à ce stade-ci de fournir certaines données historiques sur la *Loi sur les pêches* et les dispositions particulières en cause dans le présent pourvoi. Un certain nombre de tribunaux d'appel ont jugé que l'objet principal de la *Loi sur les pêches* correspondait à celui que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a résumé dans l'arrêt *R. c. Savory* (1992), 108 N.S.R. (2d) 245, par. 14 :

> [TRADUCTION] La *Loi* et son *Règlement* ont été adoptés afin de réglementer les pêches, et les mesures de réglementation devraient s'interpréter de façon large. Un objectif important de la *Loi* et du *Règlement* est de régir et de surveiller convenablement la pêche commerciale.

Voir également *R. c. Corcoran* (1997), 153 Nfld. & P.E.I.R. 318, par. 22-25; *R. c. Vautour* (2000), 226 R.N.-B. (2e) 226 (B.R.), par. 10, 11 et 13; *R. c. Chute* (1997), 160 N.S.R. (2d) (C.A.).

25 Comme l'a souligné le juge chargé de déterminer la peine en l'espèce, l'industrie de la pêche de l'Atlantique éprouve de graves problèmes :

> [TRADUCTION] Le grave déclin des stocks de poisson dans les Grands Bancs de Terre-Neuve et ailleurs dans les zones de pêche canadiennes de l'Atlantique est un fait notoire.
>
> Le Canada a adopté certaines lois lui permettant de prendre des mesures de conservation appropriées. L'OPANO a été mise sur pied pour favoriser la conservation des stocks de poisson par l'établissement de différents quotas et de différentes dispositions réglementaires. Ces dernières visent à réglementer l'industrie de la pêche et à préserver les ressources halieutiques, vitales pour l'exploitation et la survie d'une importante industrie canadienne.

In order to garner support for Canadian concerns over excessive fishing on the nose and tail of the Grand Banks, Canada has to demonstrate its ability to control its own vessels.

26 One of the ways that Parliament has seen fit to support the proper management and control of the commercial fishery is to provide the courts with the power to impose significant penalties upon conviction of offences under the *Fisheries Act*. The most recent amendments to the *Fisheries Act*, enacted in 1991, were primarily concerned with increasing the severity of penalties to deter the abuse of the fishery resource and make it uneconomical for rogue fishermen to flout the *Fisheries Act* and the Regulations. For instance, Parliament increased the fines for those who violate the Regulations in the Convention Area to a maximum of $500,000.

27 Parliament also amended the power to order forfeiture of property seized under the *Fisheries Act* and the proceeds of sale of such property. The power of forfeiture has long been one of the penalties available to courts in sentencing persons convicted of offences under the *Fisheries Act*. That power is contained in s. 72, the provision at issue in this appeal. Prior to the 1991 amendments, the authority to order forfeiture of proceeds was limited to proceeds arising from a sale of perishables under s. 71(3) (now s. 70(3)). Section 72 provided as follows:

72. (1) Where a person is convicted of an offence under this Act or the regulations, the convicting court or judge may, in addition to any punishment imposed, order that any thing seized pursuant to subsection 71(1), or the whole or any part of the proceeds of a sale referred to in subsection 71(3), be forfeited and, on such an order being made, the thing so ordered to be forfeited is forfeited to Her Majesty in right of Canada.

Section 71(3), for its part, provided:

71. . . .

Pour recueillir des appuis à l'égard de ses préoccupations concernant la pêche excessive sur le nez et la queue des Grands Bancs, le Canada doit démontrer sa capacité de contrôler ses propres navires.

L'une des façons dont le législateur a jugé bon de favoriser la gestion et le contrôle appropriés de la pêche commerciale consiste à conférer aux tribunaux le pouvoir d'infliger des peines très sévères en cas de déclaration de culpabilité pour des infractions prévues à la *Loi sur les pêches*. Les plus récentes modifications à la *Loi sur les pêches*, édictées en 1991, visaient principalement à accroître la sévérité des peines afin de dissuader l'utilisation abusive des ressources halieutiques et de faire en sorte qu'il ne soit pas rentable pour les pêcheurs malhonnêtes de faire fi de la *Loi sur les pêches* et du Règlement. Par exemple, le législateur a augmenté et fixé à 500 000 $ le montant maximal des amendes dont sont passibles les personnes qui contreviennent au Règlement dans la zone régie par la convention.

Le législateur a aussi modifié le pouvoir d'ordonner la confiscation des biens saisis en vertu de la *Loi sur les pêches* et du produit de leur vente. Le pouvoir de confiscation est l'une des peines dont disposent depuis longtemps les tribunaux lorsqu'ils déterminent la peine de personnes déclarées coupables d'une infraction prévue à la *Loi sur les pêches*. Ce pouvoir est énoncé à l'art. 72, soit la disposition en cause dans le présent pourvoi. Avant les modifications de 1991, cette disposition limitait le pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente au produit de la vente de marchandises périssables que prévoyait le par. 71(3) (maintenant le par. 70(3)). Voici le libellé de l'ancienne disposition :

72. (1) Le tribunal ou le juge peuvent, en sus de toute autre peine imposée à la personne déclarée coupable d'une infraction à la présente loi ou à ses règlements, ordonner la confiscation de tout objet ou poisson saisi, ou du produit, en tout ou en partie, de la vente. Le cas échéant, la confiscation s'opère au profit de Sa Majesté du chef du Canada dès que l'ordonnance est rendue.

Quant au par. 71(3), il prévoyait :

71. . . .

(3) Where, in the opinion of the person having custody of any thing seized pursuant to subsection (1), the thing will rot, spoil or otherwise perish, that person may sell the thing in such manner and for such price as that person may determine.

However, since the 1991 amendments, and at all times material to this appeal, s. 72 has provided as follows:

72. (1) Where a person is convicted of an offence under this Act, the court may, in addition to any punishment imposed, order that any thing seized under this Act by means of or in relation to which the offence was committed, or any proceeds realized from its disposition, be forfeited to Her Majesty.

B. *Principles of Statutory Interpretation*

In numerous cases, this Court has endorsed the approach to the construction of statutes set out in the following passage from Driedger's *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

This famous passage from Driedger "best encapsulates" our Court's preferred approach to statutory interpretation: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21 and 23. Driedger's passage has been cited with approval by our Court on frequent occasions in many different interpretive settings which need not be mentioned here.

Because of the interaction in this case between the *in personam* jurisdiction of the Newfoundland Supreme Court under the *Fisheries Act* and the *in rem* admiralty jurisdiction of the Federal Court under the *Federal Court Act*, in considering the "entire context" of s. 72(1) and the intent of Parliament, it is important to keep in mind the principles for harmonizing different statutes. Professor Ruth Sullivan expressed these principles as follows, in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 288:

(3) Si elle estime que des marchandises saisies en vertu du paragraphe (1) risquent de se détériorer, la personne qui en a la garde peut les vendre selon les modalités et aux prix qu'elle détermine.

Toutefois, depuis les modifications de 1991, l'art. 72 prévoit, et prévoyait pendant toute la période pertinente :

72. (1) Le tribunal qui déclare une personne coupable d'une infraction à la présente loi peut, en sus de toute autre peine infligée, ordonner que tout objet saisi qui a servi ou donné lieu à la perpétration de l'infraction — ou le produit de son aliénation — soit confisqué au profit de Sa Majesté.

B. *Les principes d'interprétation des lois*

28 Dans de nombreux arrêts, notre Cour a retenu le principe d'interprétation des lois contenu dans l'extrait suivant de Driedger, à la p. 87 de son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983) :

[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.

29 Cet extrait célèbre de Driedger « résume le mieux » la méthode que privilégie notre Cour en matière d'interprétation des lois : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 et 23. Notre Cour a cité avec approbation ce passage de Driedger à de nombreuses occasions et dans différents contextes d'interprétation qu'il n'y a pas lieu de mentionner en l'espèce.

30 Compte tenu de l'interaction, en l'espèce, entre la compétence *in personam* dont la Cour suprême de Terre-Neuve est investie en application de la *Loi sur les pêches* et de la compétence *in rem* en matière d'amirauté que la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour fédérale, il est important de garder à l'esprit les principes d'harmonisation des lois en examinant le « contexte global » du par. 72(1) et l'intention du législateur. Le professeur Ruth Sullivan a exprimé ainsi ces principes dans son ouvrage intitulé *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), 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. . . . Therefore, other things being equal, interpretations that minimize the possibility of conflict or incoherence among different enactments are preferred.

[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. [. . .] Par conséquent, toutes choses étant égales par ailleurs, on retiendra les interprétations qui réduisent la possibilité de contradiction ou d'incohérence parmi les différentes lois.

C. *Application of Principles of Statutory Interpretation: Section 72 and the Scope of the Power to Order Forfeiture*

C. *L'application des principes d'interprétation des lois : L'article 72 et l'étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation*

1. Grammatical and Ordinary Meaning

1. Le sens ordinaire et grammatical

31 In interpreting the scope of the power to order forfeiture of proceeds under the *Fisheries Act*, it is natural to begin by considering the grammatical and ordinary meaning the words of s. 72(1). As already noted, s. 72(1) provides:

Dans l'interprétation de l'étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente que confère la *Loi sur les pêches*, il est normal de commencer par l'examen du sens ordinaire et grammatical du libellé du par. 72(1). Comme nous l'avons vu, cette disposition prévoit :

72. (1) Where a person is convicted of an offence under this Act, the court may, in addition to any punishment imposed, order that any thing seized under this Act by means of or in relation to which the offence was committed, or any proceeds realized from its disposition, be forfeited to Her Majesty. [Emphasis added.]

72. (1) Le tribunal qui déclare une personne coupable d'une infraction à la présente loi peut, en sus de toute autre peine infligée, ordonner que tout objet saisi qui a servi ou donné lieu à la perpétration de l'infraction — ou le produit de son aliénation — soit confisqué au profit de Sa Majesté. [Je souligne.]

32 The possessive pronoun in the phrase "any proceeds realized from its disposition" clearly refers to the antecedent "any thing seized under the Act" in the preceding clause. Section 51 is the exclusive source of the power to seize property under the *Fisheries Act*. It provides for the seizure of "any fishing vessel, vehicle, fish or other thing that [a fishery] officer or guardian believes on reasonable grounds was obtained by or used in the commission of an offence under this Act . . . ". Therefore, in light of the kinds of property subject to seizure under s. 51, reading the words in s. 72(1) in their ordinary and grammatical sense, the provision clearly contemplates the making of an order of forfeiture of the proceeds of disposition of a vessel seized under the Act. Furthermore, it is notable that the proceeds subject to forfeiture are not lim-

Le pronom possessif figurant dans l'expression « le produit de son aliénation » renvoie manifestement à l'antécédent « tout objet saisi » figurant dans la proposition qui précède. L'article 51 constitue l'unique source du pouvoir de saisir des biens prévu par la *Loi sur les pêches*. Cette disposition permet de saisir « les bateaux de pêche, les véhicules, le poisson et tous autres objets dont [l'agent des pêches ou le garde-pêche] a des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par la perpétration d'une infraction à la présente loi . . . ». En conséquence, si on interprète les termes utilisés au par. 72(1) dans leur sens ordinaire et grammatical, en tenant compte du type de biens susceptibles de saisie aux termes de l'art. 51, il est clair que la portée du par. 72(1) s'étend au prononcé d'une ordonnance de confiscation du produit de l'aliénation

ited to those proceeds realized through dispositions made under the *Fisheries Act*.

2. Legislative History and the Intention of Parliament

To understand the scope of s. 72(1), it is useful to consider its legislative evolution. Prior enactments may throw some light on the intention of Parliament in repealing, amending, replacing or adding to a statute: *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 667, *per* Pigeon J., cited approvingly by Major J. in *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405, at para. 13. As noted above, a former version of the forfeiture provision did limit the scope of the power to order forfeiture of proceeds to the proceeds of a disposition of perishables made under s. 71(3) of the Act (now s. 70(3)). However, in 1991, s. 72(1) was amended and the language limiting the scope of the power to order forfeiture of proceeds was removed. Indeed, this was the only meaningful change made to s. 72(1). A review of the Minutes of Proceedings of the Legislative Committee and the Parliamentary debates in Hansard offers little insight into the intention of Parliament in making this change in the forfeiture provision. In fact; no references were made to this specific provision in either the Committee hearings or the Parliamentary debate that preceded its amendment. However, it is clear that as a whole, the 1991 amendments to the *Fisheries Act* were intended to modernize the legislation, and to increase the flexibility and severity of penalties for *Fisheries Act* offences.

It is possible that the removal of the reference to the proceeds of a disposition of perishables, in favour of a general reference to the proceeds of "any thing seized under this Act", was intended by the drafters merely to streamline the language of the section, and not to broaden the scope of forfeiture as it relates to proceeds. However, there is a

d'un navire saisi en vertu de la Loi. Il faut en outre souligner que le produit susceptible de confiscation n'est pas uniquement le produit d'une aliénation faite en vertu de la *Loi sur les pêches*.

2. L'historique de la Loi et l'intention du législateur

Pour comprendre la portée du par. 72(1), il est utile d'examiner son évolution sur le plan législatif. Les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant : *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, p. 667, le juge Pigeon, cité avec approbation par le juge Major dans l'arrêt *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405, par. 13. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'ancienne disposition prévoyant la confiscation limitait l'étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation au produit de la vente de marchandises périssables effectuée en vertu du par. 71(3) de la Loi (maintenant le par. 70(3)). Toutefois, en 1991, le par. 72(1) a été modifié et les termes limitant l'étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente ont été supprimés. Il s'agit d'ailleurs du seul changement important apporté au par. 72(1). L'examen des Procès-verbaux du Comité législatif et des Débats parlementaires publiés dans le Hansard ne nous éclaire pas beaucoup sur l'intention qu'avait le législateur en apportant cette modification à la disposition relative à la confiscation. En fait, le par. 72(1) n'a pas été mentionné dans le cadre des audiences du comité et des débats parlementaires qui ont précédé sa modification. Il est toutefois clair que, dans l'ensemble, les modifications apportées en 1991 à la *Loi sur les pêches* visaient à moderniser cette loi et à accroître la souplesse et la sévérité des peines reliées aux infractions prévues dans la *Loi sur les pêches*.

33

En supprimant la mention du produit de la vente de marchandises périssables pour la remplacer par la mention générale du produit de « tout objet saisi », les rédacteurs visaient peut-être uniquement à simplifier le libellé de l'article, et non pas à élargir l'étendue de la confiscation en ce qui a trait au produit. Il existe toutefois une présomption

34

presumption that amendments to the wording of a legislative provision are made for some intelligible purpose, such as to clarify the meaning, to correct a mistake, or to change the law: see Sullivan, *supra*, at p. 450. Laskin J. (as he then was) applied this presumption in *Bathurst Paper Ltd. v. Minister of Municipal Affairs of New Brunswick*, [1972] S.C.R. 471, at pp. 477-78. Writing for the Court, he held that "[l]egislative changes may reasonably be viewed as purposive, unless there is internal or admissible external evidence to show that only language polishing was intended". In this case, through its wholesale removal of specific limiting language, the effect of the 1991 amendment to s. 72(1) is to broaden the scope of the forfeiture provision to include the power to forfeit proceeds of the sale of a vessel. This effect is consistent with the intention of Parliament, as recorded in Hansard, to increase the flexibility and severity of available penalties for *Fisheries Act* offences.

35 Before this Court, counsel did not initially refer to the legislative history of the forfeiture provision. It appears that the Court of Appeal did not benefit from argument on the effect of the 1991 amendments on the proper interpretation of the scope of the power to order forfeiture. Nevertheless, in combination, the grammatical and ordinary meaning of the words in s. 72(1) and the intention of Parliament as indicated by the legislative history of the provision do support a broader interpretation of the scope of the forfeiture power than was given by the Court of Appeal.

3. The Scheme of the Act

36 As noted above, the *Fisheries Act* creates offences and imposes penalties in order to further its object of the proper management and control of the commercial fishing industry. In this appeal, we are particularly concerned with the scheme of that part of the *Fisheries Act* falling under the heading "Disposition of Seized Things". The provisions in that part of the *Fisheries Act* provide authority to deal with the property of a person accused of an

selon laquelle les modifications du libellé d'une disposition législative poursuivent un but intelligible, comme préciser le sens, corriger une erreur ou modifier la loi : voir Sullivan, *op. cit.*, p. 450. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a appliqué cette présomption dans l'arrêt *Bathurst Paper Ltd. c. Ministre des Affaires municipales du Nouveau-Brunswick*, [1972] R.C.S. 471, p. 477-478. S'exprimant au nom de notre Cour, il a statué qu'« [i]l est raisonnable de croire que les modifications aux lois ont un but, à moins que des indices intrinsèques, ou des indices extrinsèques recevables, démontrent qu'on n'ait voulu qu'en polir le style ». Compte tenu de la suppression totale des termes restrictifs, la modification apportée en 1991 au par. 72(1) a pour effet d'élargir la portée de la disposition relative à la confiscation en y intégrant le pouvoir de confisquer le produit de la vente d'un navire. Cet effet est conforme à l'intention du législateur, consignée dans le Hansard, qui consiste à accroître la souplesse et la sévérité des peines applicables aux infractions prévues dans la *Loi sur les pêches*.

À l'origine, les avocats n'ont pas porté l'historique législatif de la disposition relative à la confiscation à l'attention de notre Cour. La Cour d'appel n'a pas eu l'avantage d'entendre des arguments concernant l'effet des modifications de 1991 sur l'interprétation juste de l'étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation. Quoi qu'il en soit, le sens ordinaire et grammatical du libellé du par. 72(1) et l'intention du législateur qui ressort de l'historique législatif de cette disposition appuient, ensemble, une interprétation de l'étendue du pouvoir de confiscation plus large que celle retenue par la Cour d'appel.

3. Le régime établi par la Loi

Comme je l'ai mentionné précédemment, la *Loi sur les pêches* crée des infractions et impose des peines dans le but de favoriser la réalisation de son objet, savoir la gestion et le contrôle appropriés de l'industrie de la pêche commerciale. Dans le présent pourvoi, nous nous intéressons en particulier à l'économie de la partie de la *Loi sur les pêches* intitulée « Aliénation des objets saisis ». Les dispositions figurant dans cette partie confèrent le

offence under the *Fisheries Act*. Fisheries officers have the authority to seize property that they have reasonable grounds to believe was involved in the commission of an offence under the *Fisheries Act* (s. 51). Seized property can be detained until forfeiture or the close of proceedings (s. 71(1)), or returned to the owner upon the posting of security (s. 71(2)). Persons convicted of an offence may be responsible to compensate the Crown for costs incurred in the seizure, storage, or disposition of seized property (s. 71.1). Except in respect of perishables (s. 70(3)), there is no authority to dispose of or forfeit property before conviction and the close of proceedings under the *Fisheries Act*. Upon conviction, property can be ordered forfeited to Her Majesty (s. 72) or applied to the payment of fines (s. 73.1(2)). An innocent party that claims an interest in forfeited property may apply for an order declaring that his or her interest is not affected by the forfeiture (s. 75(1)).

pouvoir de disposer des biens de la personne accusée d'une infraction prévue par la *Loi sur les pêches*. Les agents des pêches ont le pouvoir de saisir les biens dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par la perpétration d'une infraction à la *Loi sur les pêches* (art. 51). Les biens saisis peuvent être retenus jusqu'à ce que leur confiscation soit prononcée ou jusqu'à l'issue des poursuites intentées à leur égard (par. 71(1)), ou restitués à leur propriétaire sur fourniture d'une garantie (par. 71(2)). Les personnes déclarées coupables d'une infraction peuvent être tenues d'indemniser la Couronne des frais engagés dans le cadre de la saisie, de la garde ou de l'aliénation des biens saisis (art. 71.1). Sauf dans le cas des marchandises périssables (par. 70(3)), rien ne permet l'aliénation ou la confiscation des biens avant le prononcé d'une déclaration de culpabilité et l'issue des poursuites intentées en application de la *Loi sur les pêches*. Dans les cas où il y a déclaration de culpabilité, le tribunal peut ordonner que les biens soient confisqués au profit de Sa Majesté (art. 72) ou soient affectés au paiement des amendes (par. 73.1(2)). La partie innocente qui prétend avoir un droit sur un bien confisqué peut solliciter une ordonnance déclarant que la confiscation ne porte pas atteinte à son droit (par. 75(1)).

It makes sense that the *Fisheries Act* would deal exhaustively with property seized under the *Fisheries Act* given the special nature of the kinds of property at issue: fish, fishing vessels, and equipment. The respondent argues that s. 489.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, also applies to the seized property of a person accused of an offence under the *Fisheries Act*. However, s. 489.1 begins with the words, "Subject to this or any other Act of Parliament . . . ". Therefore, because the federal *Fisheries Act* also deals with the property of a person accused of an offence under that Act, in my view, s. 489.1 of the *Criminal Code* has no application in this case.

37 Il est logique que la *Loi sur les pêches* traite de façon exhaustive des biens saisis en vertu de la *Loi sur les pêches* compte tenu de la nature particulière du type de biens en question : du poisson, des bateaux de pêche et du matériel. L'intimée soutient que l'art. 489.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s'applique également aux biens saisis d'une personne accusée d'une infraction à la *Loi sur les pêches*. Or, cet article commence par les mots suivants : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale . . . ». En conséquence, comme la *Loi sur les pêches* fédérale porte aussi sur les biens d'une personne accusée d'une infraction à cette Loi, je suis d'avis que l'art. 489.1 du *Code criminel* ne s'applique pas en l'espèce.

In general, there is no authority under the Act to dispose of seized property before the close of proceedings. Thus, the scheme of the *Fisheries Act*

38 De façon générale, la Loi ne confère pas le pouvoir d'aliéner les biens saisis avant l'issue des poursuites intentées. Le régime établi par la *Loi*

properly reflects the presumption of innocence and the related principle that the property of an accused should be preserved until culpability is finally determined. The rationale for excepting seized perishables from the application of these principles is obvious: the quality and value of perishables will deteriorate in storage, hence it is in the interest of an accused that the *Fisheries Act* allow for the timely disposition of seized perishables (see s. 70(3)). However, that the *Fisheries Act* otherwise preserves the property of an accused person is not fatal to the broader interpretation of the power to order forfeiture advanced by the appellant. The property of an accused person is protected under the *Fisheries Act vis-à-vis* the quasi-criminal process under that Act, but there is nothing in the scheme of the *Fisheries Act* that would extend that protection *vis-à-vis* another civil authority. In other words, a person charged with an offence under the *Fisheries Act* cannot rely on the presumption of innocence to prevent or delay a person with an *in rem* claim against his property from obtaining a remedy. Similarly, where the culpability of a person charged with an offence under the *Fisheries Act* has been finally determined, the presumption of innocence is spent and there is nothing expressed in the *Fisheries Act* that would immunize proceeds of sale realized pursuant to a civil authority from forfeiture. In this way, the scheme of the *Fisheries Act* is, at once, strict enough to preserve the seized property of an accused subject to prosecution under the *Fisheries Act*, and flexible enough to preserve the availability of the penalties necessary to achieve the object of the *Fisheries Act*.

sur les pêches reflète donc comme il se doit la présomption d'innocence et le principe connexe selon lequel il faut préserver les biens de l'accusé jusqu'à ce qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée dans une décision définitive. Le motif pour lequel les marchandises périssables saisies sont soustraites à l'application de ces principes est évident : la qualité et la valeur des marchandises périssables diminuent lors de la garde, de sorte qu'il est dans l'intérêt de l'accusé que la *Loi sur les pêches* permette l'aliénation de ces marchandises en temps opportun (voir le par. 70(3)). Toutefois, le fait que la *Loi sur les pêches* préserve par ailleurs les biens de l'accusé n'empêche pas l'interprétation large du pouvoir d'ordonner la confiscation qu'a préconisée l'appelante. La *Loi sur les pêches* protège les biens de l'accusé dans le cadre de la procédure quasi pénale qu'elle prévoit, mais rien dans le régime établi par cette loi n'étend cette protection en matière civile. En d'autres termes, la personne accusée d'une infraction à la *Loi sur les pêches* ne peut invoquer la présomption d'innocence pour empêcher une personne ayant une demande *in rem* à faire valoir relativement à ses biens d'obtenir réparation ou pour retarder l'obtention de cette réparation. De même, une décision définitive qui établit la culpabilité d'une personne accusée d'une infraction à la *Loi sur les pêches* met fin à la présomption d'innocence et rien dans la *Loi sur les pêches* n'empêche la confiscation du produit d'une vente effectuée en matière civile. Ainsi, le régime établi par la *Loi sur les pêches* est à la fois suffisamment strict pour préserver les biens saisis d'une personne poursuivie en vertu de la *Loi sur les pêches* et suffisamment souple pour préserver le pouvoir d'imposer les peines nécessaires à la réalisation de l'objet de la *Loi sur les pêches*.

4. The Legislative Context

(a) *Treatment of Proceeds under the Fisheries Act*

39 The remaining factor to consider is the legislative context in which s. 72(1) exists. In interpreting the s. 72(1) power to order forfeiture narrowly, the Court of Appeal relied in part on the treatment of proceeds in the preceding, consecutive ss. 70(3)

4. Le contexte législatif

a) *Le traitement du produit de la vente prescrit par la Loi sur les pêches*

Le dernier facteur à examiner est le contexte législatif du par. 72(1). Pour interpréter de façon restrictive le pouvoir d'ordonner la confiscation que confère le par. 72(1), la Cour d'appel s'est fondée en partie sur le traitement du produit de la

and 71(1). Taken together, those subsections read as follows:

70. . . .

(3) A fishery officer or fishery guardian who has custody of any fish or other perishable thing seized under this Act may dispose of it in any manner the officer or guardian considers appropriate and any proceeds realized from its disposition shall be paid to the Receiver General.

71. (1) Subject to this section, any fish or other thing seized under this Act, or any proceeds realized from its disposition, may be detained until the fish or thing or proceeds are forfeited or proceedings relating to the fish or thing are finally concluded.

It has been argued that because the phrase "any proceeds realized from its disposition" first appears in s. 70(3), and in that context is limited to proceeds of perishables, the phrase should continue to be read as being so limited when it appears in subsequent sections of the *Fisheries Act*. Furthermore, as an illustration of the above proposition, it is argued that s. 71(1) makes better sense if "any proceeds realized from its disposition", as it appears in that subsection, refers only to s. 70(3) proceeds. It would be unusual that s. 71(1) of the *Fisheries Act* would purport to authorize the detention of the proceeds of disposition of a vessel made pursuant to an authority other than the *Fisheries Act*. The usual course would be for the authority under which the order for sale was made to detain any proceeds arising from that order. For example, in this case, the proceeds of the sale of the Kristina Logos are currently detained by the Receiver General for the benefit of the Federal Court, the source of the order for sale. This reasoning, it is argued, justifies applying the limited interpretation of "any proceeds" found in s. 70(3) to all subsequent subsections, including s. 72(1).

However, although a limited interpretation of "any proceeds" may arguably make better sense of s. 71(1), a purely grammatical interpretation of "any proceeds" is not beyond the rationale of that

vente prévu dans les paragraphes consécutifs qui précèdent cette disposition, soit les par. 70(3) et 71(1). Considérés ensemble, ces paragraphes prévoient :

70. . . .

(3) L'agent des pêches ou le garde-pêche qui a la garde de marchandises périssables saisies peut en disposer de la façon qu'il estime indiquée, le produit de l'aliénation étant versé au receveur général.

71. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le poisson ou les objets saisis en vertu de la présente loi ou le produit de leur aliénation peuvent être retenus jusqu'à ce que leur confiscation soit prononcée ou qu'une décision définitive soit rendue lors des poursuites intentées à leur égard.

On a prétendu qu'étant donné que l'expression « le produit de l'aliénation » apparaît pour la première fois au par. 70(3) et qu'elle se limite dans ce contexte aux marchandises périssables, elle doit continuer d'être interprétée en ce sens lorsqu'elle figure dans les dispositions suivantes de la *Loi sur les pêches*. Pour illustrer la proposition qui précède, on prétend en outre que le par. 71(1) est plus logique si l'expression « le produit de leur aliénation », qui figure dans cette disposition, renvoie uniquement au produit dont il est fait mention au par. 70(3). Il serait inusité que le par. 71(1) de la *Loi sur les pêches* vise à autoriser la rétention du produit de l'aliénation d'un navire effectuée en vertu d'un autre texte législatif que la *Loi sur les pêches*. Normalement, la juridiction qui a ordonné la vente devrait conserver le produit de la vente. Par exemple, le receveur général conserve actuellement le produit de la vente du Kristina Logos au profit de la Cour fédérale, dont émane l'ordonnance de vente. Ce raisonnement, prétend-on, justifie l'application à tous les paragraphes qui suivent, notamment au par. 72(1), de l'interprétation restrictive de l'expression « le produit » figurant au par. 70(3). 40

Toutefois, même s'il est possible de soutenir que le par. 71(1) est plus logique si l'on attribue une interprétation restrictive à l'expression « le produit », il ne perd pas sa raison d'être et ne 41

provision, nor does it render it absurd. As noted above in respect of s. 72(1), read according to its ordinary and grammatical meaning, the phrase "any proceeds realized from its disposition" in s. 71 includes proceeds of vessels seized under the *Fisheries Act*. Thus, s. 71 merely makes a grant of authority to detain proceeds that is partly superfluous in that only in unusual circumstances could the s. 71 power to detain proceeds be practically exercised in respect of proceeds realized pursuant to an authority other than the *Fisheries Act*. Such circumstances could arise if the Federal Court were to make an order pursuant to Federal Court Rule 1007 that proceeds of sale be paid into court and held for the benefit of orders made by other courts. In addition, although there is no authority to dispose of seized property until after the close of proceedings, s. 71(1) of the *Fisheries Act* does provide for the detention of the proceeds of "any . . . thing seized under this Act". Furthermore, Federal Court Rule 1008 provides that the Federal Court has the power to determine the rights of all claimants to moneys paid into court pursuant to Rule 1007(7). Thus, it is difficult to differentiate, on a principled basis, between a situation where the Crown establishes a claim in the provincial court which is then executed in the Federal Court and the situation in this case where the provincial court purports to order forfeiture of monies in the hands of a Federal Court. In the result, one is not necessarily driven to infer, as the Court of Appeal concluded, that, taken together, ss. 70(3) and 71(1) serve to limit the grant of power to order forfeiture in s. 72(1).

devient pas absurde si on interprète cette expression selon son sens purement grammatical. Comme je l'ai mentionné précédemment relativement au par. 72(1), selon son sens ordinaire et grammatical, l'expression « le produit de leur aliénation » figurant à l'art. 71 englobe le produit de la vente des navires saisis en vertu de la *Loi sur les pêches*. Ainsi, l'art. 71 confère simplement un pouvoir de rétention du produit de la vente qui est en partie superflu, puisque ce n'est qu'exceptionnellement que ce pouvoir peut être exercé en pratique à l'égard du produit d'une vente effectuée en vertu d'un autre texte législatif que la *Loi sur les pêches*. Ce pourrait être le cas si la Cour fédérale statuait, dans une ordonnance fondée sur la règle 1007 des *Règles de la Cour fédérale*, que le produit de la vente doit être consigné à la Cour et retenu aux fins de l'exécution d'ordonnances émanant d'autres tribunaux. De plus, bien que rien ne permette l'aliénation des biens saisis avant l'issue des poursuites à leur égard, le par. 71(1) de la *Loi sur les pêches* prévoit la rétention du produit de la vente des « objets saisis en vertu de la présente loi ». En outre, selon la règle 1008 des *Règles de la Cour fédérale*, la Cour fédérale a le pouvoir de déterminer les droits de tous les réclamants sur l'argent consigné à la cour en vertu de la règle 1007(7). Il est donc difficile de faire la distinction, sur le plan des principes, entre le cas où la Couronne établit devant le tribunal provincial une réclamation exécutée par la suite en Cour fédérale et la situation en l'espèce où le tribunal provincial ordonne la confiscation de l'argent consigné à la Cour fédérale. En conséquence, ces considérations n'amènent pas nécessairement à conclure, comme l'a fait la Cour d'appel, que les par. 70(3) et 71(1), interprétés ensemble, limitent le pouvoir d'ordonner la confiscation conféré par le par. 72(1).

42 Indeed, had Parliament intended the phrase "any proceeds realized from its disposition" to be limited to proceeds of perishables in ss. 71(1) and 72(1), it could have done so expressly, as it did in s. 70(3), as well as ss. 72(2) and 72(3). Instead, a pattern in the use of the phrase at issue is evident whereby in some sections it is expressly limited to the proceeds of perishables and in other sections it

D'ailleurs, si le législateur avait voulu que les expressions « le produit de leur aliénation » et « le produit de son aliénation » figurant respectivement aux par. 71(1) et 72(1) se limitent au produit de la vente de marchandises périssables, il aurait pu le dire explicitement, comme il l'a fait au par. 70(3) ainsi qu'aux par. 72(2) et 72(3). Au contraire, un modèle se dessine clairement quant à l'utilisation

refers more generally to all forms of property seized under the Act and proceeds thereof.

In addition, it is notable that ss. 70(3) and 71(1) are directed at the property of a person at a stage in the proceedings where the person is only accused of an offence. Whereas s. 72(1) is directed at the property of a person who has been convicted of an offence. Thus, ss. 70(3) and 71(1) are distinct from s. 72(1) in that the former address procedural matters and the later is in effect a sentencing provision. In this sense, s. 72 stands alone and apart from the immediately preceding sections. This would seem to run against the argument that one must read ss. 70(3), 71(1) and 72(1) together in interpreting the phrase "any proceeds realized from its disposition".

(b) *Continued Physical Detention*

The appellant argues that the Court of Appeal erred by finding that continued physical detention of seized property is a precondition to an order of forfeiture under s. 72(1). The only clear and express preconditions to such an order is the conviction of the accused. Otherwise, the words in s. 72(1) are equivocal on this point. A continued physical detention precondition might make sense were the word "seized" to be read only in the present tense. However, the word "seized" can also be read in the past tense and so may also refer to things formerly seized under the Act. Furthermore, the legal definition of "forfeiture" is "a divestiture of specific property without compensation": see *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 650. It may be that after a bare divestiture of the property rights of the owner, without more, the title to property would necessarily vest in the party holding possession, i.e. the Crown, where the property was detained under its authority up until forfeiture. However, s. 72(1) reads "the court may . . . order that any thing . . . or any proceeds . . . be forfeited to Her Majesty". Thus, once forfeiture has been

des expressions en cause : dans certains articles, elles sont expressément limitées au produit de la vente des marchandises périssables, alors que dans d'autres dispositions, elles renvoient de façon plus générale à tous les genres de biens saisis en vertu de la Loi et au produit de leur vente.

43 Il faut aussi souligner que les par. 70(3) et 71(1) visent les biens d'une personne à l'étape des procédures où celle-ci est seulement accusée d'une infraction. Par contre, le par. 72(1) se rapporte aux biens d'une personne déclarée coupable d'une infraction. Les paragraphes 70(3) et 71(1) diffèrent donc du par. 72(1) : les premiers traitent de questions de procédure tandis que le dernier constitue en fait une disposition relative à la détermination de la peine. En ce sens, il faut prendre l'art. 72 isolément et le considérer séparément des articles qui le précèdent immédiatement. Cette distinction semble réfuter l'argument selon lequel il faut lire les par. 70(3), 71(1) et 72(1) conjointement pour interpréter les expressions « le produit de leur aliénation » et « le produit de son aliénation ».

b) *La rétention matérielle continue*

44 Selon l'appelante, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la rétention matérielle continue des biens saisis constituait une condition préalable au prononcé d'une ordonnance de confiscation sous le régime du par. 72(1). La seule condition préalable claire et explicite au prononcé d'une telle ordonnance est la déclaration de culpabilité de l'accusé. Pour le reste, le libellé du par. 72(1) est équivoque sur cette question. L'existence d'une condition préalable de rétention matérielle continue pourrait être logique si le mot « saisi » était interprété uniquement au présent. Ce terme peut toutefois être interprété au passé et viser les objets saisis antérieurement en vertu de la Loi. En outre, la définition juridique du terme « confiscation » (« *forfeiture* ») est [TRADUCTION] « le retranchement d'un bien ou droit de propriété particulière sans indemnité » (« *a divestiture of specific property without compensation* ») : voir *Black's Law Dictionary* (6e éd. 1990), p. 650. Il se pourrait qu'après le simple retranchement des droits de propriété du propriétaire, sans plus, le titre de propriété des biens soit nécessairement

ordered under s. 72(1), any rights to the property vest in Her Majesty, regardless of who has possession at the time of forfeiture. In other words, a continued physical detention is not expressly stated as a precondition to an order of forfeiture on the face of s. 72(1).

dévolu à la partie qui en a la possession, c'est-à-dire la Couronne, lorsqu'elle les retient dans l'exercice de ses pouvoirs jusqu'à la confiscation. Le paragraphe 72(1) indique toutefois que « [l]e tribunal [. . .] peut [. . .] ordonner que tout objet [. . .] ou le produit [. . .] soit confisqué au profit de Sa Majesté ». Par conséquent, une fois la confiscation ordonnée en vertu du par. 72(1), tous les droits de propriété des biens sont dévolus à Sa Majesté, peu importe qui en a la possession au moment de la confiscation. En d'autres termes, il ne ressort pas expressément du par. 72(1) que la rétention matérielle continue constitue une condition préalable au prononcé d'une ordonnance de confiscation.

45 However, the Court of Appeal inferred that continued physical detention is a necessary precondition to forfeiture after reviewing the powers to seize, retain custody of and detain property in ss. 51, 70 and 71. The Court of Appeal at para. 34 determined that:

> Following a seizure, there are two possibilities: the vessel or other object seized will be detained by the fishery officer or his agent; or, it will be returned to the owner, at which time the seizure will be at an end.

But the Court of Appeal's analysis in this regard did not, with respect, go far enough. First, the Court of Appeal did not deal with the fact that property could be released from seizure, but not returned to the owner for being subject to an arrest order or an order for sale made under the authority of another court. This is significant since, as noted above, the *Fisheries Act* was amended in 1991 to remove the limitation that only those proceeds realized by a disposition under the *Fisheries Act* are subject to forfeiture. Second, the Court of Appeal did not consider the effect of a continued physical detention precondition on the process by which a vessel may be returned to its owner upon the deposit of security under s. 71(2).

Toutefois, après avoir examiné les pouvoirs de saisie, de garde et de rétention prévus aux art. 51, 70 et 71, la Cour d'appel a conclu que la rétention matérielle continue était une condition préalable nécessaire à la confiscation. Selon la Cour d'appel (au par. 34) :

> [TRADUCTION] Il y a deux possibilités à la suite d'une saisie : le navire ou l'autre objet saisi sera soit retenu par l'agent des pêches ou son représentant, soit remis à son propriétaire, ce qui met fin à la saisie.

Malheureusement, la Cour d'appel n'a pas poussé son analyse assez loin à cet égard. Premièrement, elle n'a pas traité de la possibilité que les biens en question fassent l'objet d'une mainlevée de saisie sans être restitués à leur propriétaire parce qu'un autre tribunal en aurait ordonné la saisie ou la vente. Cet élément est important puisque, comme je l'ai mentionné précédemment, le législateur a modifié la *Loi sur les pêches* en 1991 pour supprimer la restriction selon laquelle seul le produit d'une vente effectuée en vertu de la *Loi sur les pêches* était susceptible de confiscation. Deuxièmement, la Cour d'appel n'a pas tenu compte de l'effet qu'aurait la condition préalable de rétention matérielle continue sur le processus par lequel un navire peut être restitué à son propriétaire sur dépôt d'une garantie en vertu du par. 71(2).

46 Under s. 71(2) of the *Fisheries Act*, the process by which a security deposit obtains the release of seized property is a kind of bailment. Section 71(2)

Le processus par lequel le dépôt d'une garantie permet la mainlevée de la saisie des biens en vertu du par. 71(2) de la *Loi sur les pêches* est un genre

provides that, if security is given to Her Majesty in a form and amount satisfactory to the Minister, the court has a discretionary power to order that the seized property be returned to the person from whom it was seized. In the result, a contract is formed between the Crown and the person seeking the return of the property whereby the person pledges something of value, usually money in an amount equal to or exceeding the market value of the seized property, in order to assure the performance of an obligation by furnishing a resource to be used in case of failure in the principal obligation. This arrangement is mutually beneficial since the person from whom the property was seized is able to reacquire the property and put it to good use, while the Crown need not incur expenses for the storage and maintenance of seized property. In this way, both parties, as well as any creditors, are protected from the diminution of equity that can occur when storage costs accumulate while property is detained. There are, therefore, sound and compelling reasons to interpret this legislation in a way that will harmonize the interests of the accused, the Crown, the employees and creditors that have an interest in getting productive, income-earning property back into circulation. Given the potential for a lengthy period of pre-trial detention, the benefits to be obtained by the return of property on the deposit of security are significant and recourse to this process should not be discouraged.

de cautionnement. Cette disposition confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la restitution des biens au saisi si une garantie, que le ministre juge acceptable quant au montant et à la forme, est fournie à Sa Majesté. Il y a donc formation d'un contrat entre la Couronne et la personne qui demande la restitution des biens, par lequel cette dernière donne en gage à la Couronne un objet de valeur, généralement un montant d'argent égal ou supérieur à la valeur marchande des biens saisis, pour garantir l'exécution de l'obligation principale. Cette entente profite aux deux parties parce que le saisi peut récupérer les biens et les utiliser à bon escient et que la Couronne n'a pas à engager des dépenses pour leur garde et leur entretien. De cette manière, les deux parties, de même que les créanciers, sont protégés contre la diminution de valeur résultant de l'accumulation des frais de garde au cours de la rétention des biens. Il existe donc des raisons valables et impérieuses d'interpréter cette loi de façon à harmoniser les droits de l'accusé, de la Couronne, des employés et des créanciers, qui ont intérêt à obtenir la remise en circulation des biens productifs qui génèrent des revenus. Compte tenu de la possibilité d'une longue période de rétention avant le procès, la restitution des biens sur fourniture d'une garantie comporte d'importants avantages et il ne faut pas décourager le recours à ce processus.

However, for the reasons that follow, recourse to this process would be less attractive if an order of forfeiture were subject to a precondition of continued physical detention. There appears to be no power under the Act to order the forfeiture of a security deposit, only the vessel or other property for which it is exchanged. The right to claim the security deposit is contractual and arises out of the failure of the person to whom the property was returned to perform the obligations undertaken upon the return of seized property. The parties ought to be free to include in such a contract, an obligation to deliver-up the vessel if an order of forfeiture is made against it. There is nothing in the Act to indicate an intention to constrain the parties from contracting in this way.

47 Toutefois, pour les motifs qui suivent, il serait moins intéressant de recourir à ce processus si une ordonnance de confiscation était assujettie à une condition préalable de rétention matérielle continue. La Loi ne semble pas conférer le pouvoir d'ordonner la confiscation d'un dépôt de garantie; seul le navire ou les autres biens contre lesquels la garantie est échangée peuvent être confisqués. Le droit de réclamer le dépôt de garantie est contractuel et découle de l'inexécution des obligations qu'a contractées le saisi lors de la restitution des biens. Il devrait être loisible aux parties de prévoir dans un tel contrat l'obligation de restituer le navire si celui-ci fait l'objet d'une ordonnance de confiscation. Rien dans la Loi ne fait ressortir l'intention d'empêcher les parties de stipuler ce genre de clause.

48 Furthermore, if continued physical detention were a precondition to an order of forfeiture, to preserve the availability of the penalty of forfeiture, either the Crown would have to refuse to accept a security deposit, or the court would have to exercise its discretion and refuse to order the return of the property. There is nothing in the *Fisheries Act* to indicate that the interim, interlocutory measure of the return of property on the deposit of security should trump or foreclose the remedy of forfeiture. Such an interpretation is inconsistent with the mutual benefits available under this process, the harmonization of the interests of the parties and innocent third parties, the intention of Parliament to increase the severity and flexibility of penalties under the *Fisheries Act*, and the deterrent effect of the power of forfeiture. Taking all of this into consideration, I believe it follows that s. 72(1) contemplates the making of an order of forfeiture against a vessel that has been released from seizure and returned on the deposit of security. It also follows that when s. 72(1) authorizes the forfeiture of "any thing seized under this Act", that includes things that have been formerly seized under the *Fisheries Act*, but released from seizure.

(c) *Relief from Forfeiture*

49 In addition, the Court of Appeal did not consider the implications of s. 75 of the *Fisheries Act*. Section 75 permits innocent parties with an interest against property to apply to a provincial superior court for an order that their interest is not affected by the forfeiture and declaring the extent of their interest. It is open to an innocent party to assert its interest in the form of an *in rem* claim against a vessel in the Federal Court, under its admiralty jurisdiction. Notwithstanding the respondent's argument that the courts in Newfoundland have retained their admiralty jurisdiction intact, such a course of action is natural, especially in jurisdictions where the superior courts' admiralty jurisdiction has been ceded to the Federal Court of Canada. Indeed, it would be perverse to force a litigant claiming an *in rem* interest in a seized vessel to wait for an order of forfeiture under the *Fisheries Act* in order to have the extent of its interest determined by a court of admiralty jurisdiction.

De plus, si la rétention matérielle continue était une condition préalable au prononcé d'une ordonnance de confiscation, il faudrait, pour que cette peine puisse être appliquée, que la Couronne refuse le dépôt de garantie ou que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire et refuse d'ordonner la restitution des biens. Rien dans la *Loi sur les pêches* n'indique que la mesure provisoire et interlocutoire que constitue la restitution des biens sur dépôt d'une garantie devrait écarter ou rendre inapplicable la réparation de la confiscation. Une telle interprétation est incompatible avec les avantages mutuels que comporte ce processus, l'harmonisation des droits des parties et des tiers innocents, l'intention du législateur d'accroître la sévérité et la souplesse des peines prévues par la *Loi sur les pêches* et l'effet dissuasif du pouvoir de confiscation. Après avoir pris tous ces éléments en considération, j'estime que le par. 72(1) prévoit le prononcé d'une ordonnance de confiscation contre un navire ayant fait l'objet d'une mainlevée de saisie et restitué sur dépôt d'une garantie. En outre, l'autorisation de confisquer « tout objet saisi » accordée par le par. 72(1) vise les objets qui ont été saisis antérieurement en vertu de la *Loi sur les pêches*, mais qui ont fait l'objet d'une mainlevée.

c) *Le recours en cas de confiscation*

En outre, la Cour d'appel n'a pas examiné les répercussions de l'art. 75 de la *Loi sur les pêches*. L'article 75 permet aux parties innocentes détenant un droit sur des biens de solliciter auprès de la cour supérieure d'une province une ordonnance déclarant que la confiscation ne porte pas atteinte à leurs droits et précisant l'étendue de ceux-ci. Une partie innocente peut faire valoir son droit sur le navire sous la forme d'une demande *in rem* présentée devant la Cour fédérale, exerçant alors sa compétence en matière d'amirauté. Malgré l'argument de l'intimée selon lequel les tribunaux de Terre-Neuve ont conservé intacte leur compétence en matière d'amirauté, une telle procédure est normale, surtout dans les ressorts où la compétence des cours supérieures en matière d'amirauté a été cédée à la Cour fédérale du Canada. Il serait d'ailleurs abusif d'obliger la partie faisant valoir un droit réel sur un navire saisi à attendre la délivrance d'une ordonnance de confiscation en appli-

Thus, it is evident from s. 75 that the *Fisheries Act* does contemplate the possibility of parallel proceedings, *in personam* and *in rem*, involving the same vessel. This lends further support to the view that s. 72(1) authorizes the forfeiture of proceeds realized pursuant to an authority other than the *Fisheries Act*.

(d) *Harmonization of Statutes*

As noted above, because of the interaction in this case between the *in personam* jurisdiction of the Newfoundland Supreme Court under the *Fisheries Act* and the *in rem* jurisdiction of the Federal Court under the admiralty provisions of the *Federal Court Act*, in considering the "entire context" of s. 72(1) and the intent of Parliament, it is important to apply the principles for harmonizing different statutes in this case.

The admiralty provisions of the *Federal Court Act* and the provisions of the *Fisheries Act* can and should be read as a consistent, harmonious scheme for the regulation of maritime matters. Fishing vessels and their use are at the heart of the activities governed by each regime, and the law in one area will inevitably exert an influence on the law in the other. For example, it is a likely scenario that many fishing vessels are mortgaged and must be active and producing income in order to discharge the mortgage. A seizure of such a vessel under the *Fisheries Act* can result in a lengthy pre-trial detention. If an owner is unable to obtain the return of the vessel by posting security, by taking the vessel out of the working ocean, it is likely that a period of detention that curtailed the income producing activities of the vessel would precipitate a civil claim against the vessel in a court of admiralty jurisdiction such as the Federal Court of Canada. Therefore, a reasonable and obvious explanation of the 1991 amendments to s. 72(1) is that the above scenario was anticipated by the legislators, who, in order to preserve the jurisdiction of the courts to impose forfeiture as a penalty, broadened the power to make an order of forfeiture to include in its scope the proceeds of a disposition

cation de la *Loi sur les pêches* pour qu'un tribunal compétent en matière d'amirauté détermine l'étendue de son droit. Par conséquent, il ressort clairement de l'art. 75 que la *Loi sur les pêches* prévoit la possibilité d'instances parallèles, *in personam* et *in rem*, touchant le même navire. Cette conclusion renforce l'opinion que le par. 72(1) autorise la confiscation du produit de la vente obtenu en vertu d'un autre texte législatif que la *Loi sur les pêches*.

d) *L'harmonisation des lois*

Comme je l'ai mentionné précédemment, en raison de l'interaction entre la compétence *in personam* dont la Cour suprême de Terre-Neuve est investie en application de la *Loi sur les pêches* et de la compétence *in rem* en matière d'amirauté que la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour fédérale, il est important d'appliquer en l'espèce les principes d'harmonisation des lois dans le cadre de l'examen du « contexte global » du par. 72(1) et de l'intention du législateur. 50

On peut et on doit interpréter les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* en matière d'amirauté et les dispositions de la *Loi sur les pêches* comme des régimes cohérents et harmonieux de réglementation des questions maritimes. Les bateaux de pêche et leur utilisation sont au cœur des activités que régit chacun de ces systèmes, et les dispositions de l'un influenceront inévitablement les dispositions de l'autre. Par exemple, il est probable que de nombreux bateaux de pêche sont grevés d'une hypothèque et qu'ils doivent être exploités et générer des revenus pour permettre le remboursement de l'emprunt hypothécaire. La saisie d'un tel navire en application de la *Loi sur les pêches* peut donner lieu à une longue rétention avant le procès. Si le propriétaire est incapable d'obtenir la restitution du navire en fournissant une garantie, il est vraisemblable qu'une période de rétention empêchant son utilisation dans l'océan et faisant obstacle à ses activités lucratives entraîne une poursuite civile contre le navire devant un tribunal compétent en matière d'amirauté comme la Cour fédérale du Canada. Les modifications apportées en 1991 au par. 72(1) s'expliquent donc raisonnablement et manifestement de la façon suivante : le législateur a anticipé ce scénario et, afin de préserver la com- 51

of a seized vessel realized under an authority other than the *Fisheries Act*, thus giving effect to Parliament's intention to increase penalties for fisheries offences while also preserving the operation of the presumption of innocence *vis-à-vis* the quasi-criminal processes of the *Fisheries Act*.

52 If the Court of Appeal's narrow interpretation of s. 72(1) is adopted, an order for sale emanating from the Federal Court would terminate the jurisdiction of the Newfoundland Supreme Court to order forfeiture. As between the *Fisheries Act* and the grant of admiralty jurisdiction in the *Federal Court Act*, such a result does not comply with the principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter.

V. Conclusion

53 Considering the various issues in this appeal, the jurisdictional questions they raise, and the reconciliation of jurisdictions *in rem* and *in personam*, criminal and commercial, maritime and penal, and Federal Court and provincial court, I conclude that s. 72(1) does authorize the sentencing court to make an order of forfeiture against the proceeds of disposition of a vessel formerly seized under the *Fisheries Act*, but sold under the jurisdiction of the Federal Court of Canada. The sale of the vessel was contemplated, but not effected, under the *Fisheries Act*. Furthermore, the Crown in this case did not institute proceedings in the Federal Court, and its application to intervene and motion for an order for sale were not an end run around limitations in the *Fisheries Act*.

54 For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal,

pétence des tribunaux d'imposer la confiscation comme peine, il a élargi le pouvoir d'ordonner la confiscation au produit de la vente d'un navire saisi effectuée en vertu d'un texte législatif autre que la *Loi sur les pêches*, donnant ainsi effet à l'intention du législateur d'augmenter les peines reliées aux infractions en matière de pêche tout en protégeant l'application de la présomption d'innocence à l'égard de la procédure quasi pénale de la *Loi sur les pêches*.

Si on adoptait l'interprétation restrictive qu'a donnée la Cour d'appel au par. 72(1), une ordonnance de vente de la Cour fédérale mettrait fin au pouvoir de la Cour suprême de Terre-Neuve d'ordonner la confiscation. En ce qui a trait à l'interaction entre la *Loi sur les pêches* et la compétence en matière d'amirauté prévue dans la *Loi sur la Cour fédérale*, un tel résultat n'est pas conforme au principe d'interprétation qui présume l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant du même sujet.

V. Conclusion

Compte tenu des différentes questions en cause dans le présent pourvoi, des questions de compétence qu'elles soulèvent et de la conciliation des compétences *in rem* et *in personam*, criminelle et commerciale, maritime et pénale, ainsi que de la compétence de la Cour fédérale et du tribunal provincial, je conclus que le par. 72(1) autorise le tribunal chargé de la détermination de la peine à rendre une ordonnance de confiscation du produit de l'aliénation d'un navire saisi à l'origine en application de la *Loi sur les pêches*, mais vendu dans l'exercice de la compétence de la Cour fédérale du Canada. La *Loi sur les pêches* prévoyait la vente du navire, mais ce n'est pas en application de cette loi que la vente a été effectuée. En outre, la Couronne n'a pas introduit d'instance en Cour fédérale dans la présente affaire, et sa demande d'intervention et sa requête visant l'obtention d'une ordonnance de vente ne visaient pas à contourner les restrictions de la *Loi sur les pêches*.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de

and restore the order of forfeiture made by the sentencing judge.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Lewis, Sinnott, Shorthall & Hurley, St. John's.

la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de confiscation qu'a rendue le juge chargé de la détermination de la peine.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Lewis, Sinnott, Shorthall & Hurley, St. John's.

City of Saint-Romuald *Appellant*

v.

Claudette Olivier, Louise Bolduc, Roger Bolduc, all three carrying on business as "Les Immeubles Jancloroc enr.", and 9010-4407 Québec Inc. *Respondents*

INDEXED AS: SAINT-ROMUALD (CITY) *v.* OLIVIER

Neutral citation: 2001 SCC 57.

File No.: 27210.

2000: December 5; 2001: September 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Zoning by-laws — Scope of acquired rights — Legal non-conforming use — Definition of purpose of a pre-existing use — Variation, extension or alteration of a use — Nightclub substituting nude dancers for western signers — Whether change in form of entertainment constitutes illegal replacement of original non-conforming use with other non-conforming use — Whether change in form of entertainment amounts to forfeiture of acquired right to operate nightclub.

The individual respondents are owners of a building located within the territory of the appellant City where country and western entertainment had been presented since 1990. In 1991, a new zoning by-law came into force under which uses "restaurant or bar with entertainment" and "restaurant or bar with erotic entertainment or films" are not permitted although they are not expressly prohibited. The by-law also provides that a non-conforming use protected by acquired rights may not be replaced by another non-conforming use. In 1994, the respondent corporation bought out the business and began operating a bar which presented entertainment involving nude dancers. The appellant tried to obtain an order requiring the cessation of what it regarded as the unlawful replacement of one non-conforming use by another. The Superior Court dismissed the appellant's application on the ground that the

Ville de Saint-Romuald *Appelante*

c.

Claudette Olivier, Louise Bolduc, Roger Bolduc, tous trois faisant affaires sous la raison sociale « Les Immeubles Jancloroc enr. », et 9010-4407 Québec Inc. *Intimés*

RÉPERTORIÉ : SAINT-ROMUALD (VILLE) *c.* OLIVIER

Référence neutre : 2001 CSC 57.

N° du greffe : 27210.

2000 : 5 décembre; 2001 : 27 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Règlements de zonage — Portée des droits acquis — Usage dérogatoire légal — Définition de l'objet de l'usage préexistant — Changement, extension ou modification de l'usage — Remplacement par le cabaret des chanteurs de musique western par des danseuses nues — Le changement de la forme de divertissement offert constitue-t-il un remplacement illégal de l'usage dérogatoire original par un autre usage dérogatoire? — Le changement de la forme de divertissement offert équivaut-il à une renonciation au droit acquis d'exploiter le cabaret?

Les particuliers intimés sont propriétaires d'un bâtiment sur le territoire de la ville appelante, où sont présentés, depuis 1990, des spectacles de type « western ». En 1991, un nouveau règlement de zonage entre en vigueur par lequel les usages « restaurant ou bar avec spectacles » ainsi que « restaurant ou bar avec spectacles ou films érotiques » ne sont pas permis sans pour autant qu'ils soient expressément interdits. Ce même règlement énonce également qu'un usage dérogatoire protégé par droits acquis ne peut être remplacé par un autre usage dérogatoire. En 1994, la société intimée rachète le fonds de ce commerce et y commence l'exploitation d'un bar présentant des spectacles de danseuses nues. L'appelante tente d'obtenir une ordonnance à l'encontre de ce qu'elle considérait être le remplacement illégal d'un usage dérogatoire par un autre. La Cour supérieure rejette la requête de l'appelante considérant

respondents enjoyed acquired rights. The Court of Appeal affirmed that decision.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie and Arbour JJ.: The *Act Respecting Land Use Planning and Development* allows Quebec municipalities to regulate acquired rights, prevent their substitution by other non-conforming uses, and prohibit their extension and alteration. The municipality may not, however, order the cessation of such uses unless they have been abandoned or interrupted for "a reasonable period" no shorter than six months. Here the municipality did not purport to prohibit the alteration of acquired rights nor did it purport to suppress nude dance bars under the *Cities and Towns Act*. The general language of s. 9 of the by-law is not sufficient to constitute an express prohibition sufficient to overcome the respondents' acquired rights.

Under the doctrine of "acquired rights", while the respondents are not entitled to use the premises for any use within a category previously permitted under the by-law but only to continue to use the premises as they were when the new by-law was passed, they are given some flexibility in the operation of that use. In general, merely continuing the precise pre-existing activity, even at an intensified level, is protected unless the intensification is of such a degree as to create an altogether different use. Both remoteness and neighbourhood effects have a role to play in the proper disposition of this type of case. Each contributes to the real and natural expectation of the landowner. The landowner overreaches itself if (i) the scale or intensity of the activity can be said to bring about a change in the type of use, or if (ii) the addition of new activities or modification of old ones is seen by the Court as too remote from the earlier activities to be entitled to protection, or if (iii) the new or modified activities can be shown to create undue additional or aggravated problems for the municipality, the local authorities, or the neighbours. The factors are balanced against one another.

The issue of limitations on the respondents' acquired right should therefore be approached as follows: (1) It is firstly necessary to characterize the purpose of the pre-existing use actually carried on at the site. (2) Where the current use is merely an intensification of the pre-

que les intimés bénéficient de droits acquis. La Cour d'appel confirme cette décision.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie et Arbour : La *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* permet aux municipalités québécoises de régir les droits acquis, d'en prohiber le remplacement par d'autres usages dérogatoires et d'en interdire l'extension ou la modification. La municipalité ne peut toutefois pas ordonner la cessation de tels usages à moins que ceux-ci n'aient été abandonnés ou interrompus pendant « une période de temps [. . .] raisonnable » non inférieure à six mois. En l'espèce, la municipalité n'avait pas l'intention d'interdire la modification des droits acquis ni d'éliminer les bars de danseuses nues en vertu de la *Loi sur les cités et villes*. Le libellé général de l'art. 9 du règlement n'est pas suffisant pour constituer une interdiction expresse écartant les droits acquis des intimés.

En vertu de la théorie des « droits acquis », bien que les intimés n'aient pas le droit d'affecter les lieux à tout usage inclus dans une catégorie permise antérieurement par le règlement, mais seulement celui de continuer d'utiliser les lieux de la même manière qu'au moment de la prise du nouveau règlement, ils jouissent d'une certaine souplesse dans l'exercice de ce droit. En général, le simple fait de poursuivre exactement l'activité préexistante est protégé, même si cette activité s'intensifie, sauf si l'accroissement de l'intensité est à ce point considérable qu'il crée un usage complètement différent. Tant le degré de proximité que les effets sur le voisinage ont un rôle à jouer dans le règlement équitable de ce genre d'affaire. Chacun de ces éléments contribue à l'expectative réelle et naturelle du propriétaire foncier. Le propriétaire foncier va trop loin si (i) on peut dire que l'étendue ou l'intensité de l'activité entraîne un changement dans le type d'usage, si (ii) le tribunal considère que l'ajout de nouvelles activités ou la modification des anciennes activités s'éloigne trop des activités antérieures pour avoir droit à la protection, ou si (iii) on peut démontrer que les activités nouvelles ou modifiées créent des problèmes supplémentaires démesurés ou une aggravation excessive des problèmes existants pour la municipalité, les autorités locales ou les voisins. Ces facteurs sont soupesés les uns par rapport aux autres.

En conséquence, la question des limitations au droit acquis des intimés doit être abordée de la façon suivante : (1) Il faut d'abord qualifier la fin visée par l'usage préexistant réellement exercé sur le site. (2) Lorsque l'usage actuel correspond simplement à une

existing activity, it will rarely be open to objection unless the intensification is such as to constitute a different use altogether. (3) To the extent a landowner expands its activities beyond those it engaged in before, the added activities may be held to be too remote from the earlier ones to be protected under the non-conforming use. In such a case, it is unnecessary to evaluate "neighbourhood effects". (4) To the extent activities are added, altered or modified within the scope of the original purpose, the Court has to balance the landowner's interest against the community interest, taking into account the nature of the pre-existing use, the degree of remoteness and the new or aggravated neighbourhood effects. The greater the disruption, the more tightly drawn will be the definition of the pre-existing use or acquired right. (5) Neighbourhood effects, unless obvious, should be established by evidence if they are to be relied upon. (6) The resulting characterization of the acquired right should not be so general as to liberate the owner from the constraints of what he actually did, and not be so narrow as to rob him of some flexibility in the reasonable evolution of prior activities. (7) While the definition of the acquired right will always have an element of subjective judgment, the criteria mentioned above constitute an attempt to ground the Court's decision in the objective facts. The outcome of the characterization analysis should not turn on personal value judgments.

Substitution of nude dancers for western singers is not such an extreme variation in the nightclub or cabaret formula as to constitute a wholly different and therefore unprotected use. The respondents' pre-existing use can appropriately be characterized as the commercial offering of a combination of food, drink, ambiance and lawful entertainment to the public. The switch to a different form of entertainment is within this general nightclub purpose.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): Acquired rights confer immunity on the actual use of land being exercised before a change to the by-law, while merely contemplated use will not enjoy the same immunity. If the use undertaken after the change to the by-law is of the same nature as the actual use under the former by-law, it will be protected by acquired rights. In order to determine whether the nature of the use has changed, the use that was actually exercised prior to the prohibition created by the by-law must first be defined. Whether a change in the nature of the

intensification de l'activité préexistante, il pourra rarement être contesté, sauf si l'intensification est telle que l'usage est devenu complètement différent. (3) Dans la mesure où le propriétaire foncier étend ses activités au-delà de celles auxquelles il se livrait auparavant, les activités ajoutées peuvent être jugées trop éloignées des activités antérieures pour être protégées par l'usage dérogatoire. Dans un tel cas, il n'est pas nécessaire d'évaluer les « effets sur le voisinage ». (4) Dans la mesure où des activités sont ajoutées ou modifiées dans les limites des fins originales, le tribunal doit soupeser l'intérêt du propriétaire foncier en regard de l'intérêt de la collectivité en tenant compte de la nature de l'usage préexistant, du degré de proximité et des nouveaux effets ou de l'aggravation des effets sur le voisinage. Plus la perturbation est grande, plus la définition de l'usage préexistant ou du droit acquis sera restrictive. (5) La partie qui invoque des effets sur le voisinage doit en faire la preuve, à moins que ceux-ci ne soient évidents. (6) La qualification résultante du droit acquis ne doit pas être générale au point de libérer le propriétaire des contraintes découlant de ce qu'il a fait réellement, ni être restrictive au point de le priver d'une certaine souplesse dans l'évolution raisonnable de ses activités antérieures. (7) Même si la définition des droits acquis comportera toujours un élément subjectif, les critères susmentionnés constituent une tentative d'asseoir la décision de notre Cour sur des faits objectifs. L'issue de l'analyse visant à qualifier l'usage ne doit pas reposer sur des jugements de valeur personnels.

Le remplacement des chanteurs westerns par des danseuses nues ne constitue pas un tel changement dans le genre de cabaret en cause qu'il s'agit là d'un usage entièrement différent et, partant, non protégé. On peut qualifier à bon droit l'usage préexistant des lieux par les intimés en ces termes : offrir au public une combinaison de nourriture, de boissons, d'ambiance et de divertissement légal. Le passage à une forme différente de divertissement se situe dans les limites des fins générales auxquelles les lieux sont utilisés, savoir l'exploitation d'un cabaret.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache (dissidents) : Les droits acquis permettent d'immuniser l'usage effectivement exercé d'un fonds avant un changement à la réglementation, alors que celui qui aurait pu l'être ne jouira pas d'une telle immunité. Si l'usage entrepris suite à la modification réglementaire est de même nature que celui effectivement exercé sous l'ancienne réglementation, il sera protégé par droits acquis. Afin de déterminer s'il y a eu changement de nature, on doit avant tout circonscrire l'usage exercé dans les faits avant l'interdiction réglementaire. La présence d'un

use has occurred must be determined on the basis of the real and natural expectations of the user and the extent to which the amendments serve the purposes of land-use by-laws. Nevertheless, each case turns on its own facts and the nature of the use protected by acquired rights must be determined by the court having regard to the unique facts of each situation.

The appellant prohibited uses "restaurant or bar with entertainment" and "restaurant or bar with erotic entertainment or films" by not expressly permitting them. The requirement for such an express prohibition on presenting erotic entertainment, which the lower courts sought to impose, is unnecessary, since it is based directly on the erroneous use of the "category" approach, which holds that the exercise of a use that falls within a category prescribed by the enacting authority creates an acquired right that extends to any use that falls within that category.

The real and natural expectations of the owner of a country and western bar do not include operating a bar with nude dancers, there being a significant difference in the nature of the two types of entertainment. However, that distinction becomes even more germane when we examine it with the objectives of harmonious development and welfare, which land use legislation is intended to advance, in mind. Efforts to advance those objectives may indeed be informed by considerations of a moral nature, as long as those considerations relate to the primary purposes of the by-laws. In the instant case, one use has indeed been illegally replaced by another, rather than the same use being continued. This change results in loss of the protection conferred by acquired rights.

Cases Cited

By Binnie J.

Followed: *Central Jewish Institute v. City of Toronto*, [1948] S.C.R. 101; **considered:** *Campbellton (City) v. Thompson* (1994), 151 N.B.R. (2d) 1; *Lordon v. Pitman* (1980), 33 N.B.R. (2d) 23; **referred to:** *Heutinck v. Oakland (Township)* (1997), 42 M.P.L.R. (2d) 258; *Vancouver (City of) v. Victoria Block Ltd.* (1964), 45 D.L.R. (2d) 118; *Glenelg (Township) v. Davis* (1992), 10 M.P.L.R. (2d) 260; *Nanaimo (City) v. Brickyard Enterprises Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 992 (QL); *Appleby v. Erie Tobacco Co.* (1910), 22 O.L.R. 533; *Macievich v. Anderson*, [1952] 4 D.L.R. 507; *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; *Re Daly and City of Vancouver*

changement dans la nature d'un usage doit être déterminée à partir des expectatives réelles et naturelles de l'usager ainsi qu'à partir de la pertinence des modifications eu égard aux fins poursuivies par la réglementation d'aménagement du territoire. Chaque cas demeure néanmoins un cas d'espèce et la nature de l'usage protégé par droits acquis devra être déterminée par le tribunal en tenant compte des faits propres à chaque situation.

L'appelante a interdit les usages « restaurant ou bar avec spectacles » ainsi que « restaurant ou bar avec spectacles ou films érotiques » en ne les permettant pas expressément. L'exigence d'une interdiction expresse de présentation de spectacles érotiques, telle que recherchée par les tribunaux inférieurs, est inutile, puisque dérivant directement de l'utilisation erronée de l'approche « catégorielle », selon laquelle l'exercice d'un usage relevant d'une catégorie prescrite par le législateur donnerait naissance à un droit acquis à tout usage relevant de cette catégorie.

Les expectatives réelles et naturelles d'un propriétaire de bar western ne comprennent pas celle d'exploiter un bar de danseuses nues, ces deux types de spectacles étant profondément différents dans leur nature. Une telle distinction acquiert cependant encore davantage de pertinence lorsqu'examinée en regard des objectifs de développement harmonieux et de bien-être poursuivis par la législation d'aménagement du territoire. Or, la poursuite de ces objectifs peut certainement être informée par des considérations d'ordre moral, en autant que celles-ci se rattachent aux fins premières de la réglementation. En l'espèce, il y a véritablement eu remplacement illégal d'un usage dérogatoire originaire par un autre plutôt que continuation d'un même usage. Ce changement entraîne la perte de la protection par droits acquis.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt suivi : *Central Jewish Institute c. City of Toronto*, [1948] R.C.S. 101; **arrêts examinés :** *Campbellton (City) c. Thompson* (1994), 151 R.N.-B. (2e) 1; *Lordon c. Pitman* (1980), 33 N.B.R. (2d) 23; **arrêts mentionnés :** *Heutinck c. Oakland (Township)* (1997), 42 M.P.L.R. (2d) 258; *Vancouver (City of) c. Victoria Block Ltd.* (1964), 45 D.L.R. (2d) 118; *Glenelg (Township) c. Davis* (1992), 10 M.P.L.R. (2d) 260; *Nanaimo (City) c. Brickyard Enterprises Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 992 (QL); *Appleby c. Erie Tobacco Co.* (1910), 22 O.L.R. 533; *Macievich c. Anderson*, [1952] 4 D.L.R. 507; *Rylands c. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L.

(1956), 5 D.L.R. (2d) 474; *Re Lorne Park* (1913), 30 O.L.R. 289; *Boykiw v. Calgary (City) Development Appeal Board* (1992), 90 D.L.R. (4th) 558; *Re Dinnick and McCallum* (1913), 28 O.L.R. 52; *Regina Auto Court v. Regina (City)* (1958), 25 W.W.R. 167; *Canadian Occidental Petroleum Ltd. v. District of North Vancouver* (1983), 148 D.L.R. (3d) 255; *Toronto (City of) v. Wheeler* (1912), 4 D.L.R. 352; *R. v. Howard* (1884), 4 O.R. 377; *R. v. Clark Bros. & Hughes Ltd.*, [1925] 1 D.L.R. 49; *Soudure Mobile D. Pilon Inc. v. Larose*, [1990] R.L. 93; *O'Sullivan Funeral Home Ltd. v. City of Sault Ste. Marie*, [1961] O.R. 413; *Kiss v. Phil Dennis Enterprises Ltd.* (1974), 46 D.L.R. (3d) 196; *Perth (Town) v. Perth Mews Ltd.* (1991), 7 M.P.L.R. (2d) 259; *Magdalena's Rest Home Ltd. v. Etobicoke (City)* (1992), 12 M.P.L.R. (2d) 316; *Moncton (City) v. Como* (1990), 103 N.B.R. (2d) 286; *Borins v. Toronto (City)* (1988), 50 R.P.R. 43; *382671 Ontario Ltd. v. London (City) Chief Building Official* (1996), 32 M.P.L.R. (2d) 1; *R. v. Grant* (1983), 23 M.P.L.R. 89; *Regina ex rel. Skimmings v. Cappy* (1952), 103 C.C.C. 25; *R. v. Kelly Landscape Contractors Ltd.* (1980), 13 M.P.L.R. 67; *Val-d'Or (Ville de) v. 2550-9613 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2090; *East Barnet Urban District Council v. British Transport Commission*, [1962] 2 Q.B. 484; *Thames Heliports PLC v. London Borough of Tower Hamlets* (1996), 74 P. & C.R. 164; *Bridgewater (Town of) v. Chuckran*, 217 N.E.2d 726 (1966); *Conforti v. City of Manchester*, 677 A.2d 147 (1996); *Belleville (Town of) v. Parrillo's, Inc.*, 416 A.2d 388 (1980); *Cape Resort Hotels, Inc. v. Alcoholic Licensing Board of Falmouth*, 431 N.E.2d 213 (1982); *Prince Edward Island Museum and Heritage Foundation v. Charlottetown (City)* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 56; *Nepean (City) v. D'Angelo* (1998), 49 M.P.L.R. (2d) 243.

By Gonthier J. (dissenting)

Chutes-de-la-Chaudière (Municipalité régionale de comté des) v. Compagnie 1846-0832 Québec Inc., [1994] R.J.Q. 618; *Huot v. L'Ange-Gardien (Municipalité de)*, [1992] R.J.Q. 2404; *Toronto v. Board of Trustees of R.C. Separate Schools for Toronto*, [1925] 3 D.L.R. 880; *Central Jewish Institute v. City of Toronto*, [1948] S.C.R. 101; *Syndics des écoles protestantes de la Cité d'Outremont v. Cité d'Outremont*, [1951] Que. K.B. 676; *Lafontaine (Municipalité du Village) v. Ouellette*, [1976] C.S. 1488; *Montréal (Ville de) v. Bijouterie Lucien Gervais Inc.*, [1981] J.M. 21; *Bernard v. Ville de Belœil*, C.A. Montréal, No. 500-09-000857-896, November 29, 1990, J.E. 91-20; *Anjou (Ville d') v. Vanier*, C.A. Montréal, No. 500-09-001305-788, J.E. 83-325; *Soudure Mobile D. Pilon Inc. v. Larose*,

330; *Re Daly and City of Vancouver* (1956), 5 D.L.R. (2d) 474; *Re Lorne Park* (1913), 30 O.L.R. 289; *Boykiw c. Calgary (City) Development Appeal Board* (1992), 90 D.L.R. (4th) 558; *Re Dinnick and McCallum* (1913), 28 O.L.R. 52; *Regina Auto Court c. Regina (City)* (1958), 25 W.W.R. 167; *Canadian Occidental Petroleum Ltd. c. District of North Vancouver* (1983), 148 D.L.R. (3d) 255; *Toronto (City of) c. Wheeler* (1912), 4 D.L.R. 352; *R. c. Howard* (1884), 4 O.R. 377; *R. c. Clark Bros. & Hughes Ltd.*, [1925] 1 D.L.R. 49; *Soudure Mobile D. Pilon Inc. c. Larose*, [1990] R.L. 93; *O'Sullivan Funeral Home Ltd. c. City of Sault Ste. Marie*, [1961] O.R. 413; *Kiss c. Phil Dennis Enterprises Ltd.* (1974), 46 D.L.R. (3d) 196; *Perth (Town) c. Perth Mews Ltd.* (1991), 7 M.P.L.R. (2d) 259; *Magdalena's Rest Home Ltd. c. Etobicoke (City)* (1992), 12 M.P.L.R. (2d) 316; *Moncton (City) c. Como* (1990), 103 R.N.-B. (2e) 286; *Borins c. Toronto (City)* (1988), 50 R.P.R. 43; *382671 Ontario Ltd. c. London (City) Chief Building Official* (1996), 32 M.P.L.R. (2d) 1; *R. c. Grant* (1983), 23 M.P.L.R. 89; *Regina ex rel. Skimmings c. Cappy* (1952), 103 C.C.C. 25; *R. c. Kelly Landscape Contractors Ltd.* (1980), 13 M.P.L.R. 67; *Val-d'Or (Ville de) c. 2550-9613 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2090; *East Barnet Urban District Council c. British Transport Commission*, [1962] 2 Q.B. 484; *Thames Heliports PLC c. London Borough of Tower Hamlets* (1996), 74 P. & C.R. 164; *Bridgewater (Town of) c. Chuckran*, 217 N.E.2d 726 (1966); *Conforti c. City of Manchester*, 677 A.2d 147 (1996); *Belleville (Town of) c. Parrillo's, Inc.*, 416 A.2d 388 (1980); *Cape Resort Hotels, Inc. c. Alcoholic Licensing Board of Falmouth*, 431 N.E.2d 213 (1982); *Prince Edward Island Museum and Heritage Foundation c. Charlottetown (City)* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 56; *Nepean (City) c. D'Angelo* (1998), 49 M.P.L.R. (2d) 243.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Chutes-de-la-Chaudière (Municipalité régionale de comté des) c. Compagnie 1846-0832 Québec Inc., [1994] R.J.Q. 618; *Huot c. L'Ange-Gardien (Municipalité de)*, [1992] R.J.Q. 2404; *Toronto c. Board of Trustees of R.C. Separate Schools for Toronto*, [1925] 3 D.L.R. 880; *Central Jewish Institute c. City of Toronto*, [1948] R.C.S. 101; *Syndics des écoles protestantes de la Cité d'Outremont c. Cité d'Outremont*, [1951] B.R. 676; *Lafontaine (Municipalité du Village) c. Ouellette*, [1976] C.S. 1488; *Montréal (Ville de) c. Bijouterie Lucien Gervais Inc.*, [1981] J.M. 21; *Bernard c. Belœil (Ville de)*, C.A. Montréal, no 500-09-000857-896, 29 novembre 1990, J.E. 91-20; *Anjou (Ville d') c. Vanier*, C.A. Montréal, no 500-09-001305-788, J.E. 83-325; *Soudure Mobile D. Pilon Inc. c. Larose*, [1990] R.L. 93; *Girard*

[1990] R.L. 93; *Girard v. St-Irénée (Municipalité de)*, [2000] R.J.Q. 2689; *St-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875; *Saint-Raymond (Ville) v. Entreprises Benoît Demers Inc.*, [1996] Q.J. No. 4387 (QL); *Squillante v. Zoning Board of Appeals of the City of Hartford*, 1997 Conn. Super. Lexis 2612; *Marzocco v. City of Albany*, 629 N.Y.S.2d 847 (1995); *Val-d'Or (Ville de) v. 2550-9613 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2090; *Moncton (City) v. Steldon Enterprises Ltd.* (2000), 225 N.B.R. (2d) 11; *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976); *Renton (City of) v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986); *538745 Ontario Inc. v. Windsor (City)* (1988), 64 O.R. (2d) 38.

Statutes and Regulations Cited

Act Respecting Land Use Planning and Development, R.S.Q., c. A-19.1, ss. 113, 227 [am. 1993, c. 3, s. 78; am. 1994, c. 32, s. 21].
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 410, 414.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 947.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163(2)(*b*), 167, 173(1).
Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 225 [am. 1996, c. 1, Sched. M, s. 13].
Saint-Romuald By-law 273-90, ss. 7, 9, 10, 11, 16, 22, 204.

Authors Cited

Giroux, Lorne. "Questions controversées en matière de droits acquis", dans *Développements récents en droit municipal (1994)*. Cowansville: Yvon Blais, 1994, 131.
Grand Larousse de la langue française, t. 1. Paris: Librairie Larousse, 1971, "cabaret".
Grand Robert de la langue française, t. 2, 2e éd. Paris: Le Robert, 1986, "cabaret".
Kagan, Ira T. "But I Do Not Want to Be Legal" (1993), 13 M.P.L.R. (2d) 252.
McQuillin, Eugene. *The Law of Municipal Corporations*, 3rd ed. Revised vol. 8A by Julie Rozwadowski and James Solheim. Mundelein, Ill.: Callaghan, 1994.
Milner, James Bryce. *Community Planning: A Casebook on Law and Administration*. Toronto: University of Toronto Press, 1963.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] Q.J. No. 215 (QL), affirming a decision of the Superior Court dismissing the appellant's application for an order requiring the

c. St-Irénée (Municipalité de), [2000] R.J.Q. 2689; *St-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875; *Saint-Raymond (Ville) c. Entreprises Benoît Demers Inc.*, [1996] A.Q. nº 4387 (QL); *Squillante c. Zoning Board of Appeals of the City of Hartford*, 1997 Conn. Super. Lexis 2612; *Marzocco c. City of Albany*, 629 N.Y.S.2d 847 (1995); *Val-d'Or (Ville de) c. 2550-9613 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2090; *Moncton (City) c. Steldon Enterprises Ltd.* (2000), 225 R.N.-B. (2e) 11; *Young c. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976); *Renton (City of) c. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986); *538745 Ontario Inc. c. Windsor (City)* (1988), 64 O.R. (2d) 38.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 947.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(2)*b*), 167, 173(1).
Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, L.R.Q., ch. A-19.1, art. 113, 227 [mod. 1993, ch. 3, art. 78; mod. 1994, ch. 32, art. 21].
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 410, 414.
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 225 [mod. 1996, ch. 1, annexe M, art. 13].
Règlement 273-90 de la ville de Saint-Romuald, art. 7, 9, 10, 11, 16, 22, 204.

Doctrine citée

Giroux, Lorne. « Questions controversées en matière de droits acquis », dans *Développements récents en droit municipal (1994)*. Cowansville : Yvon Blais, 1994, 131.
Grand Larousse de la langue française, t. 1. Paris : Librairie Larousse, 1971, « cabaret ».
Grand Robert de la langue française, t. 2, 2e éd. Paris : Le Robert, 1986, « cabaret ».
Kagan, Ira T. « But I Do Not Want to Be Legal » (1993), 13 M.P.L.R. (2d) 252.
McQuillin, Eugene. *The Law of Municipal Corporations*, 3rd ed. Revised vol. 8A by Julie Rozwadowski and James Solheim. Mundelein, Ill. : Callaghan, 1994.
Milner, James Bryce. *Community Planning : A Casebook on Law and Administration*. Toronto : University of Toronto Press, 1963.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] J.Q. nº 215 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté une requête en contestation d'usage. Pourvoi

cessation of a non-conforming use. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

Jacques Tremblay and *Bertrand Gobeil*, for the appellant.

François Marchand, for the respondents.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

1 BINNIE J. — The Court's objective on this appeal is to find the proper balance between an individual's right to the continued use and enjoyment of his or her property and the power of the community, expressed through the local municipality, to enhance, by changing the land use regulations, the amenities of surrounding and other affected landowners. As the case arises in Quebec, the specific issue raised is the limitation of previously acquired rights under the *Civil Code*. However, as this is a *public* law matter, the principles of land use regulation applicable in the common law provinces concerning legal non-conforming uses are also relevant.

2 The facts are straightforward. The respondents' country and western cabaret was renamed *L'Extase* ("Ecstasy") and the singing cowboys and cowgirls were replaced by nude dancers. Business improved. The bar was said to be [TRANSLATION] "very busy". The police increased surveillance, but their heightened interest seemed related to a concern over potential impaired drivers (a concern they have with other bars and nightclubs as well) and the opportunity to look for people against whom warrants were outstanding or who were thought to be in breach of court orders. The evidence was that there was no problem of discipline within the bar itself. Further, there was no evidence that nude floor shows attract more clients in trouble with the law than regular bars or that

rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

Jacques Tremblay et *Bertrand Gobeil*, pour l'appelante.

François Marchand, pour les intimés.

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

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, notre Cour a pour objectif de trouver le juste équilibre entre le droit d'une personne de continuer à utiliser sa propriété et à en jouir et le pouvoir de la collectivité, qui s'exprime par l'entremise de la municipalité locale, d'améliorer les agréments dont bénéficient les propriétaires voisins et les autres propriétaires fonciers touchés en modifiant les règlements régissant l'aménagement du territoire. L'affaire ayant pris naissance au Québec, la question qu'elle soulève plus précisément est celle de la limitation des droits acquis sous le régime du *Code civil*. Toutefois, puisqu'il s'agit d'une affaire de droit *public*, les principes de réglementation de l'aménagement du territoire, applicables dans les provinces de common law relativement aux usages dérogatoires légaux, sont également pertinents.

Les faits sont simples. Le cabaret de type country et western des intimés a été rebaptisé *L'Extase* et les chanteurs et chanteuses de musique western ont été remplacés par des danseuses nues. Les affaires sont devenues plus florissantes. On a dit que le bar était « très fréquenté ». Les policiers ont augmenté la surveillance, mais leur intérêt accru semblait lié à la crainte que des personnes conduisent en état d'ébriété (crainte qu'ils ont aussi à l'égard des autres bars et cabarets) et à la possibilité de repérer des personnes visées par un mandat ou soupçonnées de contrevenir à une ordonnance judiciaire. Selon la preuve, aucun problème de discipline ne se posait à l'intérieur même du bar. En outre, aucun élément de preuve n'a établi que les spectacles de danseuses nues attirent davantage de

L'Extase in fact attracted a more problematic clientele than it did when it was a country and western bar.

My colleague Gonthier J. takes the view that by changing the form of entertainment the respondents forfeited their acquired right to operate the nightclub. With respect, I believe such a result would tilt the balance too far in favour of the municipality. I agree with the conclusion of the unanimous Quebec Court of Appeal and would dismiss the appeal.

I. The Issue

The facts and applicable enactments are outlined in my colleague's reasons for judgment. I fully agree with his rejection of the "categorical" approach. This is the theory under which an owner, whose use of land does not conform to a new by-law, nevertheless has an "acquired right" to expand, alter or modify an existing use to include anything and everything permitted on that land under the "use category" defined in the prior law (if indeed there was a prior law). While the "categorical" approach may produce a fair result on the facts of this case, it does so only because the categories of use created by the prior by-law were quite narrow. The word "*cabaret*", which was the operative "use" category in the previous by-law, is quite precisely defined in *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 1986), vol. 2, at p. 242, *inter alia*, as:

[TRANSLATION]

2. Establishment presenting satirical, musical or other types of entertainment where patrons may drink, dine or dance. **Café concert; nightclub.**

and in *Grand Larousse de la langue française* (1971), vol. 1, at p. 551:

clients ayant des démêlés avec la justice que les bars ordinaires, ni que *L'Extase* attirait effectivement une clientèle plus problématique qu'à l'époque où il était un bar country et western.

Mon collègue le juge Gonthier se dit d'avis que les intimés ont renoncé à leur droit acquis d'exploiter le cabaret en changeant la forme de divertissement offert. Avec égards, j'estime que ce résultat crée un déséquilibre en faveur de la municipalité. Je suis d'accord avec la conclusion unanime de la Cour d'appel du Québec, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 3

I. La question en litige

Mon collègue expose les faits et les dispositions applicables dans les motifs de son jugement. Je suis entièrement d'accord avec lui pour rejeter l'approche « catégorielle ». Il s'agit de la théorie selon laquelle le propriétaire d'un terrain dont l'usage n'est pas conforme au nouveau règlement a néanmoins le « droit acquis » d'étendre ou de modifier l'usage existant en y incluant tout ce qui était permis sur ce terrain selon la « catégorie d'usages » définie dans les dispositions antérieures (si des dispositions antérieures existent effectivement). L'approche « catégorielle » donne peut-être un résultat équitable lorsqu'on l'applique aux faits visés par le présent pourvoi, mais c'est seulement parce que les catégories d'usages créées par le règlement antérieur étaient fort étroites. Le mot « cabaret », qui constituait la catégorie d'« usages » applicable dans le règlement antérieur, est défini très précisément dans *Le Grand Robert de la langue française* (2e éd. 1986), t. 2, p. 242, notamment comme suit : 4

2. Établissement où l'on présente un spectacle satirique, musical, etc., et où les clients peuvent consommer des boissons, souper, danser. **Café-concert; boîte** (de nuit).

Dans le *Grand Larousse de la langue française* (1971), t. 1, p. 551, nous trouvons la définition suivante :

[TRANSLATION]

2. Small establishment presenting artistic or satiric entertainment where patrons may drink, sometimes dine, dance . . . .

5 However, as my colleague Gonthier J. demonstrates, the "categorical" approach is wrong in principle and will often deliver a result that unduly favours individual landowners at the expense of the community interest. The protected "acquired right" properly relates only to the *status quo*. It does not protect a potential or contemplated use that has never materialized. A similar rule prevails in the common law provinces: see *Heutinck v. Oakland (Township)* (1997), 42 M.P.L.R. (2d) 258 (Ont. C.A.), at para. 6:

> Central to this analysis is our reliance upon the well established rule that the nature of a non-conforming use is not defined by reference to definitions in the by-law. Rather, it must be determined by reference to the use to which the property was put at the time the by-law was passed.

To the same effect, see: *Vancouver (City of) v. Victoria Block Ltd.* (1964), 45 D.L.R. (2d) 118 (B.C.C.A.), at p. 121; *Glenelg (Township) v. Davis* (1992), 10 M.P.L.R. (2d) 260 (Ont. C.A.); *Nanaimo (City) v. Brickyard Enterprises Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 992 (S.C.) (QL), at para. 20. The acquired right is no more than a right to carry on using the land for the purpose to which it was *in fact* previously being put. The issue, of course, is how widely or narrowly to circumscribe the description of the purpose of that "pre-existing use".

II. The Pre-Existing Use

6 As stated, the premises in question here have been used as a nightclub (or "cabaret") for many years. Such use is no longer permitted in the relevant zone under the revised provisions. Choice of a broad definition ("nightclub") or a narrow definition ("*country and western* nightclub") of the pre-existing use will largely determine the outcome of the appeal.

2. Petit établissement de spectacle qui présente un programme artistique ou satirique, où l'on peut consommer des boissons, parfois dîner, danser . . .

Toutefois, comme mon collègue le juge Gonthier le démontre, l'approche « catégorielle » est erronée sur le plan des principes et mènera souvent à une conclusion qui favorise indûment les propriétaires fonciers aux dépens de l'intérêt de la collectivité. Le « droit acquis » protégé n'est lié, à juste titre, qu'à la situation existante. Il ne protège pas un usage potentiel ou envisagé qui ne s'est jamais concrétisé. Une règle similaire s'applique dans les provinces de common law : voir *Heutinck c. Oakland (Township)* (1997), 42 M.P.L.R. (2d) 258 (C.A. Ont.), par. 6 :

> [TRADUCTION] Nous fondons notre analyse essentiellement sur la règle bien établie selon laquelle la nature d'un usage dérogatoire n'est pas déterminée en fonction des définitions figurant dans le règlement. Il faut plutôt déterminer la nature de cet usage en fonction de la façon dont la propriété était utilisée au moment de l'adoption du règlement.

Dans le même sens, voir : *Vancouver (City of) c. Victoria Block Ltd.* (1964), 45 D.L.R. (2d) 118 (C.A.C.-B.), p. 121; *Glenelg (Township) c. Davis* (1992), 10 M.P.L.R. (2d) 260 (C.A. Ont.); *Nanaimo (City) c. Brickyard Enterprises Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 992 (C.S.) (QL), par. 20. Le droit acquis se limite au droit de continuer à utiliser le terrain aux fins auxquelles il était *réellement* utilisé auparavant. Bien entendu, la question est de savoir à quel point il faut circonscrire largement ou étroitement les fins de cet « usage préexistant ».

II. L'usage préexistant

Comme je l'ai mentionné, les lieux en cause sont utilisés comme cabaret depuis de nombreuses années. Les nouvelles dispositions ne permettent plus cet usage dans la zone pertinente. L'issue du pourvoi dépendra en grande partie du choix d'une définition large (« cabaret ») ou d'une définition étroite (« cabaret *country et western* ») de l'usage préexistant.

The necessity of making a careful choice of definition requires us to look realistically at the business being conducted on the premises prior to the new zoning by-law. Nightclubs or "cabarets" constitute a fickle industry. They rise and fall on swings of popularity. Their operators are forever in search of a "winning formula". Location, we are told, is basic, but beyond that the elements of food, drink, ambiance and entertainment are endlessly varied to generate customer interest. A few years ago, customers may have flocked to hear western singers accompanied by steak and potatoes. Some still do. Irish pubs usually offer Irish melodies, but may have to be transformed next season into a different ambiance offering Karaoke. Last year's successful disco may give way to this year's Texas line dancers. Land used for these purposes serves merely as a platform for a business offering a marketable mix of food, drink and lawful entertainment to the public.

La nécessité de choisir soigneusement la définition applicable nous oblige à examiner de façon réaliste l'entreprise exploitée sur les lieux avant l'adoption du nouveau règlement de zonage. L'industrie des cabarets est instable. Les cabarets gagnent et perdent en popularité selon les tendances. Leurs exploitants cherchent constamment la « formule gagnante ». On nous dit que l'emplacement est fondamental, mais, outre ce facteur, on varie sans cesse la nourriture, les boissons, l'ambiance et le divertissement pour susciter l'intérêt des clients. Il y a quelques années, les clients seraient peut-être venus en foule entendre des chanteurs westerns tout en mangeant du steak et des pommes de terre. Certains le font encore. Les pubs irlandais font généralement entendre des mélodies irlandaises, mais ils devront peut-être changer d'ambiance la saison prochaine en offrant des karaokés. Le populaire disco de l'an passé peut céder la place aux danseurs en ligne du Texas cette année. Le terrain utilisé à ces fins sert simplement de plate-forme à une entreprise qui offre au public une combinaison commercialisable de nourriture, de boissons et de divertissement licite. 7

The appellant takes the position that substitution of nude dancers for western singers is such an extreme variation in the nightclub or cabaret formula as to constitute a wholly different use. I do not agree. It is open to the municipality as a legislator to introduce such value judgments into its land use controls (as it did here under the new by-law), but I do not think the landowner's "acquired right" to continue to carry on business can retroactively be truncated in this way on the present state of the law.

L'appelante prétend que le remplacement des chanteurs westerns par des danseuses nues constitue un tel changement dans le genre de cabaret en cause qu'il s'agit là d'un usage entièrement différent. Je ne suis pas d'accord. En sa qualité d'autorité réglementante, la municipalité peut intégrer de tels jugements de valeur à ses mesures de contrôle de l'aménagement du territoire (comme elle l'a fait en l'espèce au moyen du nouveau règlement), mais je ne crois pas que, dans l'état actuel du droit, elle puisse tronquer rétroactivement de cette manière le « droit acquis » du propriétaire foncier de continuer à exploiter son entreprise. 8

III. The Role of Zoning

III. Le rôle du zonage

Private law has long protected adjoining owners in the enjoyment of the amenities of their land. Article 947 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, protects that enjoyment, as does the tort of nuisance at common law. Thus neighbours obtained an injunction in nuisance against a tobacco factory that emitted "noxious odours" in *Appleby v. Erie Tobacco Co.* (1910), 22 O.L.R.

Le droit privé protège depuis longtemps le droit des propriétaires voisins de jouir des agréments de leur terrain. L'article 947 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, protège ce droit, comme le fait le délit de nuisance en common law. C'est ainsi que dans *Appleby c. Erie Tobacco Co.* (1910), 22 O.L.R. 533 (C. div.), des voisins ont obtenu une injonction pour nuisance contre une usine de tabac 9

533 (Div. Ct.), and on the same basis successfully opposed the establishment of a dog hospital in a residential area in *Macievich v. Anderson*, [1952] 4 D.L.R. 507 (Man. C.A.). The doctrine of *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, imposes virtually absolute liability on owners who bring on their land "anything likely to do mischief if it escapes" and causes damage to a neighbour, unless the escape was due to the neighbour's default (pp. 339-40). These private law remedies were designed, in a general sense, to protect neighbourhood amenities.

10 The objectives of modern zoning were also accomplished to some extent by private arrangement using restrictive covenants as in *Re Daly and City of Vancouver* (1956), 5 D.L.R. (2d) 474 (B.C.S.C.), and building schemes as in *Re Lorne Park* (1913), 30 O.L.R. 289 (H.C.). These earlier developments in the law are noted in *Boykiw v. Calgary (City) Development Appeal Board* (1992), 90 D.L.R. (4th) 558 (Alta. C.A.), at p. 563, and described in some detail in J. B. Milner, *Community Planning* (1963), at p. 357 *et seq.* Initially, local government occupied itself with noxious uses, and established building standards in the interest of fire prevention and safety.

11 The objection to more sophisticated land use controls, when they emerged as an instrument of good government, was that they were to some extent confiscatory of the owner's rights: see *Re Dinnick and McCallum* (1913), 28 O.L.R. 52 (C.A.), at p. 58, *Regina Auto Court v. Regina (City)* (1958), 25 W.W.R. 167 (Sask. Q.B.), at pp. 168-69; and *Canadian Occidental Petroleum Ltd. v. District of North Vancouver* (1983), 148 D.L.R. (3d) 255 (B.C.S.C.), at p. 269.

12 To counter the concern about confiscation without compensation, lawful existing uses came to be protected under the concept of "acquired rights" both under the *Civil Code* in Quebec, and by judi-

qui dégageait des [TRADUCTION] « odeurs nocives » et que, dans *Macievich c. Anderson*, [1952] 4 D.L.R. 507 (C.A. Man.), des voisins ont réussi, en invoquant les mêmes motifs, à empêcher l'établissement d'un hôpital pour chiens dans une zone résidentielle. La règle établie dans *Rylands c. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330, impose une responsabilité pratiquement absolue aux propriétaires qui apportent sur leur terrain [TRADUCTION] « toute chose susceptible de faire du tort si elle s'échappe » et de causer des dommages à un voisin, à moins que la fuite ne soit due à la faute de ce voisin (p. 339-340). Ces recours de droit privé ont été conçus, de façon générale, pour protéger les agréments du voisinage.

Les objectifs du zonage moderne ont également été atteints en partie au moyen d'ententes privées comportant des clauses restrictives, comme dans *Re Daly and City of Vancouver* (1956), 5 D.L.R. (2d) 474 (C.S.C.-B.), et au moyen de projets de construction, comme dans *Re Lorne Park* (1913), 30 O.L.R. 289 (H.C.). Cette évolution initiale du droit est soulignée dans *Boykiw c. Calgary (City) Development Appeal Board* (1992), 90 D.L.R. (4th) 558 (C.A. Alb.), p. 563, et décrite en détail dans J. B. Milner, *Community Planning* (1963), p. 357 et suiv. Au début, les administrations locales se sont occupées des odeurs nocives et ont établi des normes de construction à des fins de prévention des incendies et de sécurité.

Lorsqu'elles ont commencé à être utilisées comme instrument de saine administration, les mesures plus perfectionnées de contrôle de l'aménagement du territoire ont été contestées parce qu'elles privaient dans une certaine mesure le propriétaire de ses droits : voir *Re Dinnick and McCallum* (1913), 28 O.L.R. 52 (C.A.), p. 58; *Regina Auto Court c. Regina (City)* (1958), 25 W.W.R. 167 (B.R. Sask.), p. 168-169; et *Canadian Occidental Petroleum Ltd. c. District of North Vancouver* (1983), 148 D.L.R. (3d) 255 (C.S.C.-B.), p. 269.

Pour dissiper la crainte qu'il y ait confiscation sans compensation, le *Code civil* au Québec et l'interprétation des tribunaux dans les provinces de common law ont protégé les usages existants au

cial interpretation in the common law provinces: *Toronto (City of) v. Wheeler* (1912), 4 D.L.R. 352 (Ont. H.C.), *per* Middleton J., at p. 353:

[I]t is, I think, a sound principle that the Legislature could not have contemplated an interference with vested rights, unless the language used clearly required some other construction to be given to the enactment.

See also *R. v. Howard* (1884), 4 O.R. 377 (Q.B.), at p. 381, and *R. v. Clark Bros. & Hughes Ltd.*, [1925] 1 D.L.R. 49 (Man. C.A.), at pp. 51 and 53.

It is against that background that the modern regime of land use controls, with their inherent tension between the owner's interest in putting its own property to what *it* regards as the optimal use and the municipality's interest in having all of the land within its boundaries organized in a plan which *it* thinks will maximize the benefits and amenities for all inhabitants, should be interpreted.

IV. The Applicable Legislation

An Act Respecting Land Use Planning and Development, R.S.Q., c. A-19.1, authorizes Quebec municipalities to regulate the use of land by dividing their territories into zones to which are allocated various groups and classes of uses. This is to be done: [TRANSLATION] "based on common characteristics of land occupation relating to volume, nuisance, compatibility, use and aesthetics" (s. 16 of the new zoning by-law). The impact of a particular land use on neighbouring lands is clearly a key concern, which is shared by common law jurisdictions. The loss of amenities by noise and air pollution, increased traffic, increased demands on municipal services, or other disruptions, may conveniently be referred to as "neighbourhood effects". The minimization of such adverse effects on surrounding owners or the community as a whole is one of the principal objectives of zoning controls.

moyen de la notion de « droits acquis » : *Toronto (City of) c. Wheeler* (1912), 4 D.L.R. 352 (H.C. Ont.), le juge Middleton, p. 353 :

[TRADUCTION] [J']estime bien fondé le principe selon lequel le législateur ne peut pas avoir voulu porter atteinte aux droits acquis, à moins que les termes qu'il a utilisés commandent clairement une interprétation différente du texte législatif.

Voir également *R. c. Howard* (1884), 4 O.R. 377 (B.R.), p. 381, et *R. c. Clark Bros. & Hughes Ltd.*, [1925] 1 D.L.R. 49 (C.A. Man.), p. 51 et 53.

13 C'est dans ce contexte que doit être interprété le régime moderne des mesures de contrôle de l'aménagement du territoire, avec leur tension inhérente entre, d'une part, l'intérêt du propriétaire à utiliser sa propriété de la façon qu'*il* considère optimale et, d'autre part, l'intérêt de la municipalité à ce que l'ensemble de son territoire soit organisé suivant un plan qu'*elle* juge apte à maximiser les avantages et les agréments pour tous les habitants.

IV. Les dispositions législatives applicables

14 La *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, autorise les municipalités québécoises à réglementer l'utilisation du sol en divisant les territoires en zones auxquelles sont attribués différents groupes et différentes classes d'usages. Cela doit être fait « selon des caractéristiques communes d'occupation du sol portant sur la volumétrie, la nuisance, la compatibilité, l'usage et l'esthétique » (art. 16 du nouveau règlement de zonage). Il est clair que l'effet de l'usage particulier d'un terrain sur les terrains voisins constitue une préoccupation fondamentale, qui est partagée dans les ressorts de common law. Pour plus de commodité, on peut qualifier d'« effets sur le voisinage » la perte d'agrément imputable au bruit, à la pollution de l'air, à l'accroissement de la circulation automobile, à l'augmentation de la demande de services municipaux et à d'autres perturbations. L'un des principaux objectifs du zonage est la minimisation de tels effets néfastes sur les propriétaires voisins ou sur la collectivité dans son ensemble.

15 With respect to acquired rights (or legal non-conforming uses), s. 113(18) of the provincial Act allows Quebec municipalities to regulate them, prevent their substitution by other non-conforming uses, and to prohibit their extension and alteration. The municipality may not, however, order the *cessation* of such uses unless they have been abandoned or interrupted for "a reasonable period" no shorter than six months. In other words, the provincial legislation not only respects the doctrine of acquired rights, but makes it clear that municipalities must do so as well.

16 Here the municipality did not purport to prohibit the alteration (or "*modification*") of acquired rights, although it was empowered to legislate in that regard under s. 113(18)(*c*) of the provincial Act. Nor, as the Court of Appeal pointed out, did it purport to suppress nude dance bars under the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, whether under s. 414 ("decency and good morals") or s. 410 ("general welfare in the territory of the municipality"). We therefore do not need to decide whether such a prohibition would have been valid or effective under the existing law.

17 Exercising its statutory powers of delegated legislation, the City of Saint-Romuald did enact zoning by-law No. 273-90, which came into force on May 22, 1991. The appellant places weight on s. 9 of the by-law which provides:

[TRANSLATION]

9. Permitted Uses

The uses listed in the specification grid correspond to the description of uses set out in chapter IV. A line appearing opposite a class of uses means that all principal uses in that class are permitted, to the exclusion of all other uses. [Gonthier J.'s emphasis.]

18 In the appellant's submission, the underlined words constitute a specific prohibition of the respondents' non-conforming use. Read in that way, of course, it is a prohibition of *all* non-conforming uses, and if applied in derogation of

Quant aux droits acquis (ou aux usages dérogatoires légaux), l'art. 113, par. 18 de la loi provinciale permet aux municipalités du Québec de les régir, d'en prohiber le remplacement par d'autres usages dérogatoires et d'en interdire l'extension ou la modification. La municipalité ne peut toutefois pas ordonner la cessation de tels usages à moins que ceux-ci n'aient été abandonnés ou interrompus pendant « une période de temps [. . .] raisonnable » non inférieure à six mois. En d'autres termes, non seulement la loi provinciale respecte la théorie des droits acquis, mais elle indique clairement que les municipalités doivent également la respecter.

En l'espèce, la municipalité n'avait pas l'intention d'interdire la modification des droits acquis même si l'art. 113, par. 18*c*) de la loi provinciale lui conférait le pouvoir d'adopter des règlements à cet égard. Elle n'avait pas non plus l'intention, comme la Cour d'appel l'a souligné, d'éliminer les bars de danseuses nues en vertu de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, que ce soit par application de l'art. 414 (« De la décence et des bonnes mœurs ») ou de l'art. 410 (bien-être général sur le territoire de la municipalité). Il n'y a donc pas lieu que nous déterminions si une telle interdiction aurait été valide ou applicable en vertu du droit existant.

Exerçant ses pouvoirs légaux de législation déléguée, la Ville de Saint-Romuald a pris le règlement de zonage 273-90, qui est entré en vigueur le 22 mai 1991. L'appelante accorde beaucoup d'importance à l'art. 9 du règlement qui prévoit :

9. Usages permis

Les usages figurant à la grille des spécifications correspondent à la description des usages donnée au chapitre IV. Lorsqu'un trait est placé vis-à-vis une classe d'usage, cela signifie que tous les usages principaux de cette classe sont permis, à l'exclusion de tout autre. [Le juge Gonthier souligne.]

De l'avis de l'appelante, les mots soulignés constituent une interdiction expresse de l'usage dérogatoire des intimés. Interprétée de cette façon, cette disposition interdit évidemment *l'ensemble* des usages dérogatoires et son application par

acquired rights would serve to nullify them. On this point, I prefer the view taken by the Quebec Court of Appeal that the general language of s. 9 is not sufficient to constitute an express prohibition sufficient to overcome the respondents' acquired rights.

dérogation aux droits acquis rend ces derniers sans effet. À cet égard, je préfère l'opinion exprimée par la Cour d'appel du Québec, selon laquelle le libellé général de l'art. 9 n'est pas suffisant pour constituer une interdiction expresse écartant les droits acquis des intimés.

V. Scope of the "Acquired Right"

V. La portée du « droit acquis »

Under the doctrine of "acquired rights", the respondents were not only entitled to continue to use the premises as they were when the new by-law was passed, but was given some flexibility in the operation of that use. My colleague Gonthier J. notes that regard is to be had in such cases to "the real and reasonable expectations" of the landowner caught by changes in the zoning (para. 63 (emphasis deleted)). Gonthier J. also acknowledges (at para. 62) that "normal evolution" may occur in some uses with the passage of time, and that "a use protected by acquired rights may be exercised more intensively (*Anjou (Ville d') v. Vanier*, C.A. Montréal, No. 500-09-001305-788, J.E. 83-325; *Huot v. L'Ange-Gardien (Municipalité de)*, [[1992] R.J.Q. 2404 (C.A.)]; *Soudure Mobile D. Pilon Inc. v. Larose*, [1990] R.L. 93 (C.A.)) and adapt to the demands of the market or the technology that are relevant to it (*Chutes-de-la-Chaudière [(Municipalité régionale de comté des) v. Compagnie 1846-0832 Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 618 (C.A.)], at p. 624, Tourigny J.A. dissenting)". In my view, that is what happened here.

19 En vertu de la théorie des « droits acquis », les intimés avaient non seulement le droit de continuer d'utiliser les lieux de la même manière qu'au moment de la prise du nouveau règlement, mais ils jouissaient d'une certaine souplesse dans l'exercice de ce droit. Mon collègue le juge Gonthier souligne qu'il faut, en pareil cas, prendre en compte les « expectatives réelles et raisonnables » du propriétaire foncier touché par les changements de zonage (par. 63 (soulignement supprimé)). Le juge Gonthier reconnaît également (au par. 62) que certains usages peuvent subir une « évolution normale » avec le temps et que « l'exercice d'un usage protégé par droits acquis peu[t] augmenter en intensité (*Anjou (Ville d') c. Vanier*, C.A. Montréal, nº 500-09-001305-788, J.E. 83-325; *Huot c. L'Ange-Gardien (Municipalité de)*, [[1992] R.J.Q. 2404 (C.A.)]; *Soudure Mobile D. Pilon Inc. c. Larose*, [1990] R.L. 93 (C.A.)) et s'adapter aux exigences du marché ou de la technologie qui lui est propre (*Chutes-de-la-Chaudière [(Municipalité régionale de comté des) c. Compagnie 1846-0832 Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 618 (C.A.)], p. 624, madame le juge Tourigny, dissidente) ». J'estime que c'est ce qui s'est produit en l'espèce.

Similar flexibility also exists at common law. Thus in *Central Jewish Institute v. City of Toronto*, [1948] S.C.R. 101, a legal non-conforming use (private school) previously carried on only in part of the building was lawfully extended throughout the entire building, *per* Kellock J., at p. 114:

20 Une souplesse semblable existe également en common law. Ainsi, dans l'arrêt *Central Jewish Institute c. City of Toronto*, [1948] R.C.S. 101, le juge Kellock a conclu, à la p. 114, qu'il était légal d'étendre à l'ensemble d'un édifice un usage dérogatoire légal (une école privée) exercé auparavant uniquement dans une partie de l'édifice :

> I do not think that the use made of the premises by the appellant after the school term recommenced in September was for a different purpose within the meaning of the statute from the use being made of them on July 24th. [Emphasis added.]

> [TRADUCTION] Je ne pense pas que l'usage que l'appelant a fait des lieux après le début de l'année scolaire en septembre constituait une fin différente, au sens de la loi, de celle à laquelle il était utilisé le 24 juillet. [Je souligne.]

21 At this point, a distinction should be drawn between the *type* of legal non-conforming use and the *intensity* of such use. A legal non-conforming nursing home, for example, may want to double its 15 beds. The type of use would remain the same, but the intensity of that use would be substantially increased.

A. *Intensity of Use*

22 The respondents' nightclub has substantially increased its business since switching from cowboy singers to nude dancers. There are more customers. More cars. More noise. Assuming for the moment that the "type" of use has not changed, is this increased intensity of use a basis for objection?

23 In *Central Jewish Institute*, *supra*, this Court concluded that so long as the *type* of use was continued (private school facilities), the owner was not limited to the then existing *intensity* (at the relevant time only the kitchen and a ground floor room of the building were used for school purposes). Rather, the appellant was entitled to expand the non-conforming use throughout its building. To some extent, the Court's treatment of intensity of use was tied to the specific text of the provincial Act (which extended the immunity to the building itself), but the case has subsequently been applied more generally (I think correctly) to sanction increases in *intensity* of use so long as the same *type* of use is continued. My colleague, Gonthier J., has referred to the Quebec authorities. A similar principle operates in the common law provinces: see *Canadian Occidental Petroleum*, *supra*, at p. 268 (expanded manufacture of hazardous substances); *O'Sullivan Funeral Home Ltd. v. City of Sault Ste. Marie*, [1961] O.R. 413 (H.C.) (infrequent use of a funeral parlour no bar to expanded activity); *Kiss v. Phil Dennis Enterprises Ltd.* (1974), 46 D.L.R. (3d) 196 (Ont. H.C.) (where, at p. 202, the court noted approvingly that "the proposed change is one of degree, and not of kind of use"); *Perth (Town) v. Perth Mews Ltd.* (1991), 7 M.P.L.R. (2d) 259 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (the legal non-conforming right to use pinball machines in one part of the building was extended to all of it);

À ce stade-ci, il y a lieu d'établir une distinction entre le *type* d'usage dérogatoire légal et l'*intensité* de cet usage. Par exemple, un foyer de soins infirmiers légal et dérogatoire peut vouloir doubler ses 15 lits. Le type d'usage demeurerait le même, mais son intensité serait accrue de façon importante.

A. *L'intensité de l'usage*

Le cabaret des intimés a augmenté son chiffre d'affaires de façon significative depuis qu'il a remplacé les chanteurs de musique western par des danseuses nues. Le nombre de clients et d'automobiles a augmenté, tout comme le bruit. Si on tient pour acquis, pour l'instant, que le « type » d'usage n'a pas changé, cette intensité accrue de l'usage constitue-t-elle un motif d'opposition?

Dans l'arrêt *Central Jewish Institute*, précité, notre Cour a conclu que tant que le *type* d'usage restait le même (une école privée), le droit du propriétaire n'était pas limité à l'*intensité* déjà existante (au moment pertinent, seule la cuisine et une pièce du rez-de-chaussée de l'édifice étaient utilisées à des fins scolaires). Au contraire, l'appelant avait le droit d'étendre l'usage dérogatoire à l'ensemble de son édifice. Dans une certaine mesure, la manière dont notre Cour a traité l'intensité de l'usage était liée au texte particulier de la loi provinciale (qui étendait l'immunité à l'édifice lui-même), mais on a par la suite appliqué cet arrêt de façon plus générale (avec raison, selon moi) pour approuver l'accroissement d'*intensité* d'un usage dans des cas où le *type* d'usage restait le même. Mon collègue le juge Gonthier s'est reporté à la jurisprudence québécoise. Un principe similaire s'applique dans les provinces de common law : voir *Canadian Occidental Petroleum*, précité, p. 268 (expansion de la fabrication de substances dangereuses); *O'Sullivan Funeral Home Ltd. c. City of Sault Ste. Marie*, [1961] O.R. 413 (H.C.) (l'usage peu fréquent d'un salon funéraire ne fait pas obstacle à l'accroissement des activités); *Kiss c. Phil Dennis Enterprises Ltd.* (1974), 46 D.L.R. (3d) 196 (H.C. Ont.), où, à la p. 202, la cour a souligné avec approbation que [TRADUCTION] « le changement proposé est une question de degré et non de type d'usage »; *Perth (Town) c. Perth*

Magdalena's Rest Home Ltd. v. Etobicoke (City) (1992), 12 M.P.L.R. (2d) 316 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (rest home expanded from 15 to 17 beds); *Moncton (City) v. Como* (1990), 103 N.B.R. (2d) 286 (Q.B.) (expansion of existing equipment storage and repair business); *Borins v. Toronto (City)* (1988), 50 R.P.R. 43 (Ont. Dist. Ct.) (conversion of office space); *382671 Ontario Ltd. v. London (City) Chief Building Official* (1996), 32 M.P.L.R. (2d) 1 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (addition of a unit in an apartment building).

There are, however, some limitations at the outer boundaries of increasing the intensity of use. This appears from the decision of Cory J.A. (as he then was) in *R. v. Grant* (1983), 23 M.P.L.R. 89 (Ont. C.A.), where the court refused to allow a legal non-conforming two-unit apartment building to be further subdivided into four units. While the precise result may to some extent conflict with this Court's decision in *Central Jewish Institute*, *supra* (which was not cited by Cory J.A.), even *Central Jewish Institute* proceeded on the basis that the expansion of school activity would be reasonable and limited — in that particular case limited to the existing building.

In general, merely continuing the precise pre-existing activity, even at an intensified level, is clearly protected, but the intensification may be of such a degree as to create a difference in kind. A family farm which has a few pigs on the fringe of a town may continue as a legal non-conforming use, but the result may be otherwise if it is sought to expand its pork operation into "factory in the country" type intensive pig farming. While in one sense the "use" has continued, in another sense its *character* has been so altered as to become, in terms of its impact on the community, an altogether different use.

Mews Ltd. (1991), 7 M.P.L.R. (2d) 259 (C. Ont. (Div. gén.)) (des machines à boules, qui constituaient un usage dérogatoire légal dans une partie de l'édifice, ont été autorisées dans l'ensemble de l'édifice); *Magdalena's Rest Home Ltd. c. Etobicoke (City)* (1992), 12 M.P.L.R. (2d) 316 (C. Ont. (Div. gén.)) (une maison de repos est passée de 15 à 17 lits); *Moncton (City) c. Como* (1990), 103 R.N.-B. (2e) 286 (B.R.) (expansion d'une entreprise existante d'entreposage et de réparation d'équipement); *Borins c. Toronto (City)* (1988), 50 R.P.R. 43 (C. dist. Ont.) (conversion de locaux à bureaux); *382671 Ontario Ltd. c. London (City) Chief Building Official* (1996), 32 M.P.L.R. (2d) 1 (C. Ont. (Div. gén.)) (ajout d'un logement dans un immeuble d'habitation).

24 Il y a toutefois certaines limites à l'accroissement d'intensité de l'usage. C'est ce qui ressort de l'opinion rédigée par le juge Cory (plus tard juge de notre Cour) dans l'affaire *R. c. Grant* (1983), 23 M.P.L.R. 89 (C.A. Ont.), où la cour a refusé de permettre qu'un édifice de deux logements, constituant un usage dérogatoire légal, soit subdivisé en quatre logements. Bien que le résultat précis de cette affaire puisse entrer en conflit, dans une certaine mesure, avec l'arrêt *Central Jewish Institute* de notre Cour, précité (qui n'a pas été cité par le juge Cory), même dans *Central Jewish Institute*, notre Cour a tenu pour acquis que l'expansion des activités scolaires serait raisonnable et limitée — limitée, en l'occurrence, à l'édifice existant.

25 En général, il est clair que le simple fait de poursuivre exactement l'activité préexistante est protégé, même si cette activité s'intensifie; toutefois, l'accroissement de l'intensité peut être à ce point considérable qu'il ne s'agit plus du même type d'activité. La ferme familiale qui possède quelques porcs aux abords d'une ville peut poursuivre cet usage dérogatoire légal, mais il pourrait en être autrement si elle cherchait à transformer son élevage de porcs en une « industrie rurale » d'élevage porcin intensif. Bien que, dans un sens, l'« usage » soit resté le même, dans un autre sens, son *caractère* a été modifié à tel point que l'usage est devenu complètement différent, quant à ses effets sur la collectivité.

26 In the more usual type of situation, a non-conforming commercial use in a residential neighbourhood that enjoys increasing business should not ordinarily be penalized for its success by losing its "acquired right" to operate, even if a by-product of that success is some increased traffic and noise.

27 The analogous U.S. principle is succinctly stated in McQuillin, *The Law of Municipal Corporations* (3rd ed. rev. 1994), vol. 8A, at p. 126:

> The distinction is between an increase in the amount of business, even a great increase, which does not work a change in use, and an enlargement of a nonconforming business so as to be different in kind in its effect on the neighborhood. [Emphasis added.]

28 This is a high threshold which it is unnecessary to explore on this appeal. Based on the evidence here, no valid objection could be taken to the respondents' nightclub based on increased intensity of use.

B. *Type of Use*

29 The appellant argues that a nightclub offering western music is a different *type* of use than a nightclub presenting nude dancers. This is the real battleground between the appellant and the respondents.

30 A "use" may include a number of activities. A nightclub, as stated, serves food and drink and provides entertainment. The question here is how many of these activities, and of what nature, can be added, subtracted or modified before it can no longer be called the same "type" of use?

31 In *Regina ex rel. Skimmings v. Cappy* (1952), 103 C.C.C. 25 (Ont. C.A.), Oakwood Stadium in Toronto, a general venue for sports activities, was modified to accommodate stock car racing. The neighbours complained about the increased noise

Dans les cas plus courants, il ne faut généralement pas pénaliser pour sa prospérité une entreprise qui se livre à un usage commercial dérogatoire dans un quartier résidentiel et dont les affaires deviennent plus florissantes, en lui faisant perdre son « droit acquis » d'exercer ses activités, même si son succès a pour effet indirect d'augmenter la circulation automobile et le bruit.

McQuillin énonce succinctement le principe analogue qui s'applique aux États-Unis dans *The Law of Municipal Corporations* (3e éd. rév. 1994), vol. 8A, p. 126 :

> [TRADUCTION] Il faut faire la distinction entre une augmentation du volume d'affaires, même importante, qui n'entraîne aucun changement d'usage, et l'expansion d'un usage commercial dérogatoire qui en modifie la nature quant à ses effets sur le voisinage. [Je souligne.]

Le seuil à franchir est élevé et il est inutile d'examiner ce critère dans le présent pourvoi. Selon la preuve produite en l'espèce, on ne peut valablement s'opposer au cabaret des intimés en se fondant sur l'accroissement de l'intensité de l'usage.

B. *Le type d'usage*

L'appelante prétend qu'un cabaret offrant de la musique western constitue un *type* d'usage différent d'un cabaret présentant des spectacles de danseuses nues. Il s'agit là du véritable litige entre l'appelante et les intimés.

Un « usage » peut comporter un certain nombre d'activités. Comme je l'ai mentionné, un cabaret sert de la nourriture et des boissons et fournit un divertissement. La question en l'espèce consiste à déterminer le nombre et la nature des activités qui peuvent être ajoutées, soustraites ou modifiées avant qu'on ne puisse plus dire qu'il s'agit du même « type » d'usage.

Dans *Regina ex rel. Skimmings c. Cappy* (1952), 103 C.C.C. 25 (C.A. Ont.), on avait modifié le stade Oakwood à Toronto, un site destiné aux activités sportives en général, pour y présenter des courses de stock-cars. Les voisins se sont plaints

and disruption. The municipality launched a by-law prosecution. The stadium owners defended on the basis of a legal non-conforming use. The majority of the Court of Appeal, *per* Laidlaw J.A., acquitted the stadium owners on the basis that they operated a "general purpose" stadium whose permissible program (which presumably accorded with the owners' "real and natural expectation") was not limited to the type of specific events on "the day of the passing of the by-law" but included "public exhibitions and performances of all kinds" (p. 32). The dissenting judge concluded that the pre-existing use had been limited to certain types of exhibitions and performances, and stock car racing was obviously not included because the owners had been required to undertake a "substantial expenditure of money and complete reconstruction of the facilities so as to enable motor-racing to be carried on" (p. 29). The interesting question is why the majority took a broad view of the existing use and the dissent took a narrow view. Both of these views were sustainable on the facts. The majority seemed influenced by the idea of *remoteness*, i.e., that the new activity, while different, was *not* remote but was closely related to what had gone before. Although "neighbourhood effects" were not mentioned by the dissenting judge, I think it fair to say that if the facts were reversed so that the stadium had been reconstructed to *eliminate* stock car racing in favour of less noisy exhibitions such as walk-a-thons or lawn tennis, the neighbours (and the dissenting judge) might have taken a more expansive view of the pre-existing use.

de l'augmentation du bruit et du dérangement. La municipalité a intenté une poursuite fondée sur un règlement. Les propriétaires du stade ont invoqué l'usage dérogatoire légal comme moyen de défense. Les juges majoritaires de la Cour d'appel, par la voix du juge Laidlaw, ont acquitté les propriétaires du stade au motif que ceux-ci exploitaient un stade « à usage général » dont le programme permis (correspondant vraisemblablement à « l'expectative réelle et naturelle » des propriétaires) ne se limitait pas au genre d'activités particulières qui avaient lieu [TRADUCTION] « le jour de la prise du règlement », mais englobait [TRADUCTION] « les représentations publiques de tout genre » (p. 32). Le juge dissident a conclu que l'usage préexistant se limitait à certains types de représentations et que les courses de stock-cars n'en faisaient manifestement pas partie parce que les propriétaires avaient dû engager [TRADUCTION] « des dépenses importantes et entreprendre la reconstruction complète des installations pour que des courses automobiles puissent y avoir lieu » (p. 29). Il serait intéressant de savoir pourquoi les juges majoritaires ont interprété largement l'usage existant, alors que le juge dissident l'a interprété étroitement. Ces deux interprétations pouvaient se justifier à la lumière des faits. Les juges majoritaires ont semblé influencés par le *degré de proximité*, c.-à-d., que la nouvelle activité, bien que différente, *n'était pas* éloignée des activités antérieures, mais qu'elle y était plutôt étroitement liée. Bien que le juge dissident n'ait pas mentionné les « effets sur le voisinage », j'estime qu'il est juste de dire que si les faits étaient inversés, savoir si le stade avait été reconstruit en vue d'*abandonner* les courses de stock-cars pour les remplacer par des représentations moins bruyantes comme des marathons de marche ou du tennis sur gazon, les voisins (et le juge dissident) auraient peut-être adopté une interprétation plus large de l'usage préexistant.

The more recent common law jurisprudence on "non-conforming uses" is no less divided than the Quebec jurisprudence on "acquired rights": see I. T. Kagan, "But I Do Not Want to Be Legal" (1993), 13 M.P.L.R. (2d) 252. The more restricted end of the definitional spectrum is illustrated by *R.*

32

Les décisions rendues récemment en common law sur « les usages dérogatoires » ne sont pas moins partagées que la jurisprudence québécoise sur « les droits acquis » : voir I. T. Kagan, « But I Do Not Want to Be Legal » (1993), 13 M.P.L.R. (2d) 252. On trouve un exemple de définition

v. Kelly Landscape Contractors Ltd. (1980), 13 M.P.L.R. 67 (Ont. Co. Ct.), where it was held that a legal non-conforming business which grew flowers for sale could not lawfully sell the flowers (or fertilizers, etc.) from its premises. The added business, while closely related, was not the same.

parmi les plus étroites de l'usage dans la décision *R. c. Kelly Landscape Contractors Ltd.* (1980), 13 M.P.L.R. 67 (C. cté Ont.), statuant qu'une entreprise dont l'usage dérogatoire légal consistait en la culture de fleurs destinées à la vente ne pouvait pas légalement vendre ces fleurs (ni de l'engrais, etc.) sur place. Même si elle était étroitement liée à l'activité déjà exercée, l'activité ajoutée n'était pas la même.

33 The more generous end of the definitional spectrum is illustrated by *Campbellton (City) v. Thompson* (1994), 151 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), where a landowner was permitted to add a rock-crusher to its existing non-conforming quarry operation. The trial judge had concluded that crushing rock was a different activity than extraction, and upheld the municipality's objection. This was reversed by the Court of Appeal which applied its previous decision in *Lordon v. Pitman* (1980), 33 N.B.R. (2d) 23, in asking itself whether the introduction of the "new element" changed "the essential general use of the land" (para. 10). The added activity, it decided, did not do so. Again, the trial judge's narrower view of the pre-existing use (extraction and sale of rock) was as open on the facts as the broader view taken by the Court of Appeal (a quarry operation includes an activity reasonably incidental thereto). The trial judge was worried about the neighbourhood effects of the added activity. The Court of Appeal seems to have decided the case on considerations of remoteness.

L'arrêt *Campbellton (City) c. Thompson* (1994), 151 R.N.-B. (2e) 1 (C.A.), dans lequel on a permis à un propriétaire foncier d'ajouter un concasseur de pierres à l'exploitation de sa carrière dérogatoire, donne un exemple de définition plus libérale de l'usage. Le juge de première instance avait conclu que le concassage et l'extraction de la pierre étaient deux activités différentes, et il avait accueilli l'objection de la municipalité. La Cour d'appel a infirmé cette décision et appliqué l'arrêt qu'elle avait rendu auparavant dans *Lordon c. Pitman* (1980), 33 N.B.R. (2d) 23, en se demandant si l'introduction du [TRADUCTION] « nouvel élément » avait changé [TRADUCTION] « l'usage général essentiel du terrain » (par. 10). La Cour a décidé que l'activité ajoutée n'avait pas eu cet effet. Encore une fois, les faits pouvaient justifier tant l'interprétation étroite de l'usage préexistant (l'extraction et la vente de pierres) retenue par le juge de première instance que l'interprétation large adoptée par la Cour d'appel (l'exploitation d'une carrière englobe toute activité qui y est raisonnablement accessoire). Le juge de première instance s'est inquiété des effets de la nouvelle activité sur le voisinage. La Cour d'appel semble avoir tranché l'affaire à partir de considérations relatives au degré de proximité.

34 In my view, both remoteness and neighbourhood effects have a role to play in the proper disposition of this type of case. Each contributes to what Gonthier J. refers to as the real and natural expectation of the landowner. The Court's objective is to maintain a fair balance between the individual landowner's interest and the community's interest. The landowner overreaches itself if (i) the scale or intensity of the activity can be said to bring about a change in the type of use, as men-

À mon avis, tant le degré de proximité que les effets sur le voisinage ont un rôle à jouer dans le règlement équitable de ce genre d'affaire. Chacun de ces éléments contribue à ce que le juge Gonthier appelle l'expectative réelle et naturelle du propriétaire foncier. L'objectif de notre Cour consiste à maintenir un équilibre équitable entre l'intérêt du propriétaire foncier et celui de la collectivité. Le propriétaire foncier va trop loin si (i) on peut dire que l'étendue ou l'intensité de l'activité

tioned above, or if (ii) the addition of new activities or the modification of old activities (albeit within the same general land use purpose), is seen by the court as too remote from the earlier activities to be entitled to protection, or if (iii) the new or modified activities can be shown to create undue additional or aggravated problems for the municipality, the local authorities, or the neighbours, as compared with what went before. The factors are balanced against one another. Thus, adding a metal panel beating operation to an automobile repair shop in a residential neighbourhood will probably (despite the logical business affinity) be characterized as a new type of use, whereas a local non-conforming grocer store use that adds an innocuous fax machine — clearly an activity unrelated to selling groceries — will likely succeed (assuming someone wished to challenge it) by defining its prior operation as a "convenience store" rather than a "grocery store".

entraîne un changement dans le type d'usage, comme je l'ai déjà mentionné, si (ii) le tribunal considère que l'ajout de nouvelles activités ou la modification des anciennes activités, même à l'intérieur des limites de l'usage général du terrain, s'éloigne trop des activités antérieures pour avoir droit à la protection, ou si (iii) on peut démontrer que les activités nouvelles ou modifiées créent des problèmes supplémentaires démesurés ou une aggravation excessive des problèmes existants pour la municipalité, les autorités locales ou les voisins, comparativement aux activités antérieures. Ces facteurs sont soupesés les uns par rapport aux autres. Ainsi, l'ajout d'une activité de modelage de panneaux de tôle à un atelier de réparation d'automobiles dans un quartier résidentiel sera probablement considéré (malgré le lien commercial logique) comme un nouveau type d'usage, tandis qu'une épicerie locale dérogatoire qui ajoute un télécopieur inoffensif — une activité manifestement non liée à la vente de provisions — aura vraisemblablement gain de cause (à supposer que quelqu'un souhaite contester cette activité) en qualifiant son entreprise antérieure de « dépanneur » plutôt que d'« épicerie ».

The relevance of remoteness is self-explanatory, but the relevance of neighbourhood effects perhaps requires some discussion. The balancing of interests takes place in the framework of zoning control. The Quebec law, as mentioned, expressly takes neighbourhood effects into account in the *legislative* establishment of use categories. The by-law in this particular case speaks of [TRANSLATION] "volume, nuisance, compatibility, use and aesthetics", and see *Val-d'Or (Ville de) v. 2550-9613 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2090 (C.A.)). It stands to reason that in attempting to accommodate the landowner's real and natural expectation of the continuation of the *status quo*, and to properly maintain the balance between the interests of the landowner and the community, the Court should also have these "neighbourhood effects" in mind in considering the situation of a landowner who has somewhat modified or extended pre-existing activities within the same general use category. The adverse impact of neighbourhood effects generated by added or modified activities constitutes one of the guiding

35 La pertinence du degré de proximité est manifeste, mais la pertinence des effets sur le voisinage requiert peut-être certaines explications. La pondération des intérêts a lieu dans le cadre du zonage. Le Québec, comme je l'ai mentionné, tient expressément compte des effets sur le voisinage dans sa *législation* établissant des catégories d'usage. Le règlement municipal en l'espèce parle de « la volumétrie, la nuisance, la compatibilité, l'usage et l'esthétique », voir aussi *Val-d'Or (Ville de) c. 2550-9613 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2090 (C.A.)). Il va sans dire qu'en tentant de répondre à l'expectative réelle et naturelle du propriétaire foncier quant au maintien du statu quo, et en tentant de maintenir l'équilibre entre les intérêts du propriétaire foncier et ceux de la collectivité, notre Cour doit également avoir à l'esprit ces « effets sur le voisinage » lorsqu'elle examine la situation d'un propriétaire qui a modifié ou étendu des activités préexistantes dans une certaine mesure à l'intérieur de la même catégorie d'usage général. Quoique les régimes de réglementation britanniques et améri-

principles under the somewhat different regulatory systems in Britain (see, for example, *East Barnet Urban District Council v. British Transport Commission*, [1962] 2 Q.B. 484, and *Thames Heliports PLC v. London Borough of Tower Hamlets* (1996), 74 P. & C.R. 164 (C.A.), and in the United States (see *Bridgewater (Town of) v. Chuckran*, 217 N.E. 2d 726 (Mass. 1966), at pp. 727-28, *Conforti v. City of Manchester*, 677 A.2d 147 (N.H. 1996), at p. 150, *Belleville (Town of) v. Parrillo's Inc.*, 416 A.2d 388 (N.J. 1980), and *Cape Resort Hotels, Inc. v. Alcoholic Licensing Board of Falmouth*, 431 N.E.2d 213 (Mass. 1982), at p. 217). In those jurisdictions, as in Canada, planning is concerned not only with the physical use of land but also with any adverse effects of such uses on the surrounding area. It is appropriate to carry that concern forward into the Court's consideration of added, altered or modified activities which are claimed to be protected by the prior existing use.

cains soient quelque peu différents, l'aspect néfaste des effets qu'entraînent les activités additionnelles ou modifiées sur le voisinage constitue l'un des principes directeurs en Grande-Bretagne (voir, par exemple, *East Barnet Urban District Council c. British Transport Commission*, [1962] 2 Q.B. 484, et *Thames Heliports PLC c. London Borough of Tower Hamlets* (1996), 74 P. & C.R. 164 (C.A.)), et aux États-Unis (voir *Bridgewater (Town of) c. Chuckran*, 217 N.E.2d 726 (Mass. 1966), p. 727-728, *Conforti c. City of Manchester*, 677 A.2d 147 (N.H. 1996), p. 150, *Belleville (Town of) c. Parrillo's, Inc.*, 416 A.2d 388 (N.J. 1980), et *Cape Resort Hotels, Inc. c. Alcoholic Licensing Board of Falmouth*, 431 N.E.2d 213 (Mass. 1982), p. 217). Dans ces ressorts, comme au Canada, l'aménagement ne porte pas uniquement sur l'usage matériel du territoire, mais aussi sur les effets néfastes de cet usage sur les environs. Il convient que notre Cour tienne compte de cette préoccupation lorsqu'elle examine les activités ajoutées ou modifiées que le propriétaire prétend protégées par l'usage préexistant.

36 This approach is implicit in some of the Quebec cases. In *Soudure Mobile D. Pilon Inc. v. Larose*, [1990] R.L. 93 (C.A.), the repair of cars was the legal non-conforming use on the original lots. The owner then intensified this use, in part by extending it to a newly acquired adjacent lot (one which had not previously been used for car repairs). In addition, the owner began to store snow plowing and excavation vehicles on the property. The court issued an order essentially restricting the intensity of the activity and prohibiting the storage of the snow plowing and excavation vehicles. Beauregard J.A. — who dissented in part but not on this point — demonstrated his awareness, at pp. 105-6, of the impact of the increased activity on the complainant neighbours:

Cette démarche ressort implicitement de certaines décisions québécoises. Dans l'arrêt *Soudure Mobile D. Pilon Inc. c. Larose*, [1990] R.L. 93 (C.A.), l'usage dérogatoire légal qui avait cours sur les lots originaux était la réparation d'automobiles. Le propriétaire a intensifié cet usage, en partie en l'étendant à un lot adjacent qu'il avait récemment acquis (mais qui n'avait jamais été utilisé pour la réparation d'automobiles). En outre, le propriétaire a commencé à entreposer des véhicules de déneigement et d'excavation sur la propriété. Le tribunal a rendu une ordonnance qui, essentiellement, restreignait l'intensité de l'activité et interdisait l'entreposage des véhicules de déneigement et d'excavation. Le juge Beauregard — qui était dissident en partie, mais pas sur ce point — a démontré, aux p. 105-106, qu'il était conscient de l'effet de l'accroissement des activités sur les voisins qui s'étaient plaints :

[TRANSLATION] The neighbours, who had never really been bothered by the Laurentide operation, soon realized that the Soudure Mobile operation was causing a variety of problems for them: continual comings and goings on the site, excessive noise; word done outside

Les voisins, qui n'avaient jamais vraiment été gênés par l'exploitation de Laurentide, se rendirent compte après un moment que l'exploitation de Soudure Mobile leur causait toute sorte d'ennuis : va-et-vient continuel sur l'emplacement; bruit excessif; travaux exécutés en

normal business hours and on weekends; accumulation of garbage on the property; storing and cutting of wood on the property; repairs done outside the workshop building; using the property for parking heavy equipment that belonged to a logging company and a snow removal company; using an adjacent lot (lot 488-49) that did not enjoy "acquired rights" for additional parking, and clearing the property of trees that had served as a screen between the workshop and some of the neighbouring homes . . . .

dehors des heures normales de travail et durant le week-end; amoncellement de rebuts sur le terrain; entreposage de bois et débitage de bois sur le terrain; travaux de réparation effectués à l'extérieur du bâtiment de l'atelier; exploitation du terrain comme parking pour les véhicules lourds d'une société de transport de bois et ceux d'une société de déneigement; exploitation d'un lot adjacent (le lot 488-49), lequel ne jouissait pas de « droits acquis », comme parking supplémentaire et déboisement de ce terrain qui, auparavant, servait d'écran entre l'atelier et certaines résidences avoisinantes. . .

Thus neighbourhood effects appear to have been factored into the view taken by Beauregard J.A. that the current property use was not fully protected by acquired rights. This seems also to be the underlying factor in the decision of Chamberland J.A. in *Val-d'Or (Ville de) v. 2550-9613 Québec Inc.*, *supra*, quoted by Gonthier J. at para. 82.

Le juge Beauregard paraît donc avoir tenu compte des effets sur le voisinage pour conclure que l'usage actuel de la propriété n'était pas entièrement protégé par des droits acquis. C'est également ce facteur qui semble sous-tendre la décision du juge Chamberland dans l'affaire *Val-d'Or (Ville de) c. 2550-9613 Québec Inc.*, précitée, que le juge Gonthier cite au par. 82.

A concern for the twin criteria of remoteness and neighbourhood effects is also, I think, implicit in *Prince Edward Island Museum and Heritage Foundation v. Charlottetown (City)* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 56 (P.E.I.S.C.). A museum and heritage foundation had for many years used its parcel of land, which included several buildings, for museum-related activities. In 1979, its operation became a legal non-conforming use. Subsequently, the owners began to expand the activities in one of the buildings ("the Carriage House") to include receptions and dinners catered by a local hotel. Some of these *soirées* were for fundraising purposes. The neighbours objected to the added noise and commotion. Notwithstanding the owner's ingenious efforts to tie its hospitality activities to museum functions (e.g., it argued it would "make heritage more palatable by concealing it in another activity such as a concert" (para. 15)), DesRoches J. concluded that the hospitality functions were too remote from the prior non-conforming use to be permitted. 37

La prise en compte du double critère du degré de proximité et des effets sur le voisinage ressort aussi implicitement de la décision *Prince Edward Island Museum and Heritage Foundation c. Charlottetown (City)* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 56 (C.S.Î.-P.-É.). Depuis de nombreuses années, un musée et une fondation du patrimoine utilisaient leur terrain, sur lequel étaient érigés plusieurs édifices, pour des activités liées au musée. En 1979, l'exploitation de ce dernier est devenue un usage dérogatoire légal. Par la suite, les propriétaires ont commencé à étendre leurs activités dans un des édifices (« la Carriage House ») pour y donner des réceptions et des dîners, avec le concours d'un hôtel local qui agissait comme traiteur. Certaines de ces soirées visaient à recueillir des fonds. Les voisins se sont plaints de l'augmentation du bruit et de l'agitation. En dépit des efforts ingénieux des propriétaires pour lier ces réceptions aux fonctions du musée (p. ex., ils ont prétendu que cela aurait pour effet de [TRADUCTION] « rendre le patrimoine plus alléchant en l'intégrant à une autre activité comme un concert » (par. 15)), le juge DesRoches a conclu que les réceptions s'éloignaient trop de l'usage dérogatoire antérieur pour être permises.

At the same time, though, he permitted other added or altered museum activities, including a gift shop, a genealogy centre for research and 38

Cependant, il a permis l'ajout ou la modification d'activités liées au musée, notamment une boutique de cadeaux, un centre généalogique destiné à

facilities for public lectures. Although the rationale is not articulated in his reasons, it is apparent that the activities he upheld created fewer adverse neighbourhood effects than those he found to be prohibited, and were, indeed, not the subject of public complaint.

C. *Summary of Approach*

39 I therefore approach the issue of limitations on the respondents' acquired right as follows:

1. It is firstly necessary to characterize the purpose of the pre-existing use (*Central Jewish Institute*, *supra*). The purpose for which the premises were used (i.e., "the use") is a function of the activities actually carried on at the site prior to the new by-law restrictions.

2. Where the current use is merely an intensification of the pre-existing activity, it will rarely be open to objection. However, where the intensification is such as to go beyond a matter of degree and constitutes, in terms of community impact, a difference in kind (as in the hypothetical case of the pig farm discussed above), the protection may be lost.

3. To the extent a landowner expands its activities beyond those it engaged in before (as where a custom picture-framing shop attempted to add a landscaping business in *Nepean (City) v. D'Angelo* (1998), 49 M.P.L.R. (2d) 243 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), the added activities may be held to be too remote from the earlier activities to be protected under the non-conforming use. In such a case, the added activities are simply outside any fair definition of the pre-existing use and it is unnecessary to evaluate "neighbourhood effects".

4. To the extent activities are added, altered or modified *within* the scope of the original purpose (i.e., activities that are ancillary to, or

la recherche et des installations de conférences. Bien qu'il n'ait pas expliqué son raisonnement dans ses motifs, il a manifestement confirmé des activités qui entraînaient moins d'effets néfastes sur le voisinage que celles qu'il a jugées inadmissibles et dont le public ne s'était effectivement pas plaint.

C. *Résumé de la démarche*

Voici donc la façon dont j'aborderai la question des limitations au droit acquis des intimés :

1. Il faut d'abord qualifier la fin visée par l'usage préexistant (*Central Jewish Institute*, précité). La fin à laquelle les lieux ont été utilisés (c.-à-d. « l'usage ») est déterminée par la nature des activités réellement exercées sur le site avant l'entrée en vigueur des restrictions édictées dans le nouveau règlement.

2. Lorsque l'usage actuel correspond simplement à une intensification de l'activité préexistante, il pourra rarement être contesté. Toutefois, il se peut qu'il ne soit plus protégé si l'intensification est telle qu'elle n'est plus une question de degré, mais qu'elle entraîne, quant à ses effets sur la collectivité, un changement dans le genre d'activité exercée (comme dans le cas hypothétique de l'élevage de porcs analysé précédemment).

3. Dans la mesure où le propriétaire foncier étend ses activités au-delà de celles auxquelles il se livrait auparavant (comme lorsqu'un atelier d'encadrement sur commande a tenté d'ajouter une activité d'aménagement paysager dans *Nepean (City) c. D'Angelo* (1998), 49 M.P.L.R. (2d) 243 (C. Ont. (Div. gén.))), les activités ajoutées peuvent être jugées trop éloignées des activités antérieures pour être protégées par l'usage dérogatoire. Dans un tel cas, les activités ajoutées ne sont tout simplement pas incluses dans quelque définition équitable que ce soit de l'usage préexistant et il n'est pas nécessaire d'évaluer les « effets sur le voisinage ».

4. Dans la mesure où des activités sont ajoutées ou modifiées *dans les limites* des fins originales (c.-à-d. des activités accessoires ou étroitement

closely related to, the pre-existing activities), the Court has to balance the landowner's interest against the community interest, taking into account the nature of the pre-existing use (e.g., the degree to which it clashes with surrounding land uses), the degree of remoteness (the closer to the original activity, the more unassailable the acquired right) and the new or aggravated neighbourhood effects (e.g., the addition of a rock crusher in a residential neighbourhood is likely to be more disruptive than the addition of a fax machine). The greater the disruption, the more tightly drawn will be the definition of the pre-existing use or acquired right. This approach does not rob the landowner of an entitlement. By definition, the limitation applies only to added, altered or modified activities.

5. Neighbourhood effects, unless obvious, should not be assumed but should be established by evidence if they are to be relied upon.

6. The resulting characterization of the acquired right (or legal non-conforming use) should not be so general as to liberate the owner from the constraints of what he actually did, and not be so narrow as to rob him of some flexibility in the reasonable evolution of prior activities. The degree of this flexibility may vary with the type of use. Here, for example, the pre-existing use is a nightclub business which in its nature requires renewal and change. That change, within reasonable limits, should be accommodated.

7. While the definition of the acquired right will always have an element of subjective judgment, the criteria mentioned above constitute an attempt to ground the Court's decision in the objective facts. The outcome of the characterization analysis should not turn on personal value judgments, such as whether nude dancing is more or less deplorable than cowboy singing. I am unable, with respect, to accept as legally relevant my colleague's observation that "[w]hereas erotic entertainment seeks to sexually arouse the audience by the stripping and

liées aux activités préexistantes), notre Cour doit soupeser l'intérêt du propriétaire foncier en regard de l'intérêt de la collectivité en tenant compte de la nature de l'usage préexistant (p. ex. la mesure dans laquelle celui-ci est incompatible avec l'usage des terrains voisins), du degré de proximité (plus la nouvelle activité se rapproche de l'activité originale, moins le droit acquis est contestable) et des nouveaux effets ou de l'aggravation des effets sur le voisinage (p. ex. l'ajout d'un concasseur de pierres dans un quartier résidentiel risque de déranger davantage le voisinage que l'ajout d'un télécopieur). Plus la perturbation est grande, plus la définition de l'usage préexistant ou du droit acquis sera restrictive. Cette démarche ne prive le propriétaire foncier d'aucun droit. Par définition, la limitation ne s'applique qu'aux activités ajoutées ou modifiées.

5. À moins qu'ils ne soient évidents, les effets sur le voisinage ne doivent pas être présumés; la partie qui les invoque doit en faire la preuve.

6. La qualification résultante du droit acquis (ou de l'usage dérogatoire légal) ne doit pas être générale au point de libérer le propriétaire des contraintes découlant de ce qu'il a fait réellement, ni être restrictive au point de le priver d'une certaine souplesse dans l'évolution raisonnable de ses activités antérieures. Le degré de souplesse peut varier selon le type d'usage. En l'espèce, par exemple, l'usage préexistant est l'exploitation d'un cabaret qui, de par sa nature, requiert du renouveau et du changement. Dans des limites raisonnables, il faut permettre ce changement.

7. Même si la définition des droits acquis comportera toujours un élément subjectif, les critères susmentionnés constituent une tentative d'asseoir la décision de notre Cour sur des faits objectifs. L'issue de l'analyse visant à qualifier l'usage ne doit pas reposer sur des jugements de valeur personnels, comme la question de savoir si les spectacles de danseuses nues sont plus ou moins déplorables que les spectacles de chanteurs de musique western. Malgré le respect que je lui porte, je suis incapable de considérer comme pertinente sur le plan du droit l'observa-

suggestive behaviour engaged in by the performers, country and western shows seek to entertain by providing a showcase for the special talents of singers, musicians and dancers" (para. 76). Serious music is also commonly thought to arouse the passions profoundly, but in terms of acquired rights, music stores should not be differentiated by whether they offer Muzak or Mozart.

tion de mon collègue selon laquelle « [a]lors que les spectacles érotiques cherchent à attiser l'excitation sexuelle des spectateurs par la dénudation et le comportement suggestif des exécutantes, les spectacles westerns cherchent à divertir en mettant en valeur les talents particuliers de chanteurs, musiciens ou danseurs » (par. 76). L'idée que la musique sérieuse soulève les passions profondes est aussi très répandue, mais, en ce qui a trait aux droits acquis, il ne faut pas différencier les magasins de musique selon qu'ils offrent de la musique d'ambiance ou de la musique classique.

VI. Application to the Facts

VI. L'application aux faits

40 As stated earlier, I believe the respondents' pre-existing use can appropriately be characterized as the commercial offering of a combination of food, drink, ambiance and lawful entertainment to the public.

Comme je l'ai mentionné précédemment, j'estime qu'on peut qualifier à bon droit l'usage préexistant des lieux par les intimés en ces termes : ils offrent au public une combinaison de nourriture, de boissons, d'ambiance et de divertissement légal.

41 The switch to a different form of entertainment, as in the change from western-style concerts to nude dancers, is within this general nightclub purpose. The substitution of nude dancers is no more remote in law than would be the substitution of karaoke singing. My colleague Gonthier J. takes the view that nude dancing raises "considerations of a moral nature" (para. 77) that presumably would not be raised by karaoke singing, but in my view, with respect, it is not our function to create a moral hierarchy of different forms of entertainment. Objectively speaking, there is no problem of remoteness. There is no replacement of one use by a different use.

Le passage à une forme différente de divertissement, comme le passage de concerts de style western à des spectacles de danseuses nues, se situe dans les limites des fins générales auxquelles les lieux sont utilisés, savoir l'exploitation d'un cabaret. Le passage aux spectacles de danseuses nues n'est pas plus éloigné de ces fins, en droit, que le passage aux karaokés. Mon collègue le juge Gonthier estime que les spectacles de danseuses nues soulèvent « des considérations d'ordre moral » (par. 77) qui ne se poseraient vraisemblablement pas dans le cas des karaokés, mais, à mon humble avis, il ne nous appartient pas de créer une hiérarchie morale des différentes formes de divertissement. Sur le plan objectif, aucun problème ne se pose quant au degré de proximité. Aucun usage n'est remplacé par un usage différent.

42 While it appears that the substitution of nude dancing has improved the business, the municipality does not rely on an *intensification* of the existing use as a disqualification.

Bien qu'il semble que les affaires soient plus florissantes depuis l'avènement des spectacles de danseuses nues, la municipalité n'invoque pas une *intensification* de l'usage existant de nature à écarter l'application du droit acquis.

43 There is no serious evidence of adverse neighbourhood effects. My colleague Gonthier J.

Aucun élément de preuve sérieux n'établit l'existence d'effets néfastes sur le voisinage. Mon

relies on the comment of Constable Gelly about increased police surveillance, but the municipality made no effort to demonstrate a link between criminal elements and nude dancing. The police themselves did not make much of a point of added surveillance and the trial judge went out of his way to say that there was no problem of discipline within the premises. In my view, if the appellant's case were to rest on adverse neighbourhood effects, a better evidentiary base ought to have been provided.

collègue le juge Gonthier se fonde sur le commentaire de l'agent Gelly sur l'accroissement de la surveillance policière, mais la municipalité n'a pas tenté de démontrer l'existence d'un lien entre les éléments criminels et les spectacles de danseuses nues. Les policiers eux-mêmes n'ont pas insisté sur l'accroissement de la surveillance, et le juge de première instance a pris la peine de dire qu'aucun problème de discipline ne se posait dans les lieux. J'estime que si l'appelante voulait fonder ses prétentions sur les effets néfastes sur le voisinage, elle devait produire une preuve plus étoffée pour les étayer.

In terms of "added" activities, my colleague Gonthier J. points out that the respondents created five private viewing booths in which a customer and the dancer were distanced from the general audience. This, he points out, is a form of private entertainment. The uncontradicted evidence, however, was that there was no sexual touching and that nothing occurred in the booth that did not occur in the general viewing area. Admission to the booths was open to any member of the public. Morality apart, I do not see how this changes the legal nature of the use, any more than would be the case if an ordinary restaurant sought to upgrade its facilities by offering private dining-rooms. 44

En ce qui a trait aux activités « ajoutées », mon collègue le juge Gonthier souligne que les intimés ont installé cinq isoloirs dans lesquels le client et la danseuse se trouvaient à l'écart de l'ensemble des spectateurs. Il s'agit, souligne-t-il, d'une forme de divertissement privé. La preuve non contredite a toutefois révélé qu'il ne s'y produisait aucun contact de nature sexuelle et qu'il ne se passait rien de plus dans l'isoloir que dans la salle de spectacle. Les isoloirs étaient accessibles à tout membre du public. Abstraction faite des questions de moralité, je ne vois pas en quoi cela change davantage la nature juridique de l'usage que si nous étions en présence d'un restaurant qui cherche à améliorer ses installations en offrant des salles à manger privées.

VII. Conclusion

VII. Conclusion

In my view, the change in entertainment offered by the respondents did not constitute the illegal replacement of the original non-conforming use with a different and therefore unprotected non-conforming use. 45

Je suis d'avis que le changement dans le divertissement offert par les intimés ne constituait pas un remplacement illégal de l'usage dérogatoire original par un usage dérogatoire différent et, partant, non protégé.

If nude dancing is thought to be objectionable on moral or other grounds, the topic could be further considered by legislators rather than by judicial curtailment of acquired rights. 46

Si on estime que les spectacles de danseuses nues sont répréhensibles pour des motifs d'ordre moral ou pour d'autres motifs, il appartient aux législateurs d'étudier la question et non aux tribunaux de la régler en restreignant les droits acquis.

47 I would therefore dismiss the appeal with costs to the respondents.

English version of the reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. delivered by

GONTHIER J. (dissenting) —

I. Introduction

48 This appeal deals primarily with the extent of the protection conferred by acquired rights in Quebec municipal law. The issue to be determined is the limits of the protection where the use initially exercised has been transformed. Specifically, the Court must decide in the instant case whether acquired rights continue to exist when a bar that had been presenting country and western entertainment subsequently becomes a bar that presents erotic entertainment.

II. Facts

49 The respondents Claudette Olivier, Louise Bolduc and Roger Bolduc are owners of a building located within the territory of the appellant City of Saint-Romuald. Since 1990, several tenants in succession have operated a bar in the building, presenting country and western entertainment. At the time, the City's zoning by-law (C-600) permitted the operation of [TRANSLATION] "cabarets" in the zone where the building is located. However, a new zoning by-law, No. 273-90, came into force on May 22, 1991. Like a number of other by-laws of its type, it sets out the authorized and prohibited uses for a given zone, using a grid known as the [TRANSLATION] "specifications grid" (s. 7). Different uses are first divided into "groups" and then into "classes". Uses are allocated to the various classes [TRANSLATION] "based on common characteristics of land occupation relating to volume, nuisance, compatibility, use and aesthetics" (s. 16). This type of classification enables the City to authorize or to prohibit an entire class of uses or a specific use, at its option. To this end, ss. 9 to 11 of the by-law state:

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont été rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte principalement sur l'étendue de la protection conférée par droits acquis en droit municipal québécois. Il s'agit de déterminer les limites de cette protection dans les cas où il y a transformation de l'usage initialement effectué. Dans le cas qui nous concerne, il nous faut plus précisément décider si les droits acquis subsistent lorsqu'un bar présentant des spectacles de type « western » est subséquemment transformé en un bar présentant des spectacles érotiques.

II. Faits

Les intimés Claudette Olivier, Louise Bolduc et Roger Bolduc sont propriétaires d'un bâtiment situé sur le territoire de l'appelante Ville de Saint-Romuald. À partir de 1990, plusieurs locataires y ont successivement exploité un bar où étaient présentés des spectacles de type « western ». À l'époque, le règlement de zonage (C-600) de la Ville permettait que soient exploités des « cabarets » dans la zone où se situe le bâtiment. Un nouveau règlement de zonage, portant le numéro 273-90, est cependant entré en vigueur le 22 mai 1991. Comme plusieurs autres règlements du même genre, celui-ci fixe les usages permis ou interdits pour une zone donnée à l'aide d'une grille appelée « grille des spécifications » (art. 7). Différents usages sont divisés une première fois en « groupes » et une seconde fois en « classes ». La distribution au sein de ces classes a été effectuée « selon des caractéristiques communes d'occupation du sol portant sur la volumétrie, la nuisance, la compatibilité, l'usage et l'esthétique » (art. 16). Une telle classification permet donc à la Ville d'autoriser ou d'interdire, au choix, une classe entière d'usages ou un usage spécifique. À cet effet, les art. 9 à 11 du règlement énoncent :

[TRANSLATION]

9. Permitted Uses

The uses listed in the specifications grid correspond to the description of uses set out in chapter IV. A line appearing opposite a class of uses means that all principal uses in that class are permitted, to the exclusion of all other uses. [Emphasis added.]

10. Other Permitted Use

Where a principal use is specifically permitted, this means that even if the class corresponding to that use is not permitted, that particular use is permitted.

11. Prohibited Use

Where a principal use is specifically prohibited, this means that even if the class corresponding to that use is authorized, that particular use is prohibited.

In the new by-law, uses [TRANSLATION] "restaurant or bar with entertainment" (585) and [TRANSLATION] "restaurant or bar with erotic entertainment or films" (586) — which correspond to the former use "cabaret" — are in the [TRANSLATION] "commercial services" class (s. 22). For the zone in which the building is located, there is no line opposite "commercial services" on the specifications grid. Moreover, uses 585 and 586 are not shown on the grid as expressly permitted. Although use [TRANSLATION] "hotel, motel, guest house" (181) is also part of the "commercial services" class, it is shown on the grid as expressly prohibited. The new by-law also governs the issue of acquired rights, in part. It specifically provides, *inter alia*, that a non-conforming use protected by acquired rights may not be replaced by another non-conforming use (s. 204).

In the fall of 1994, after buying out the business from the owner of the country and western bar, the respondent 9010-4407 Québec Inc. began operating a bar which presented entertainment involving nude dancers. The appellant then decided to apply to the Superior Court under s. 227 of the *Act Respecting Land Use Planning and Development*, R.S.Q., c. A-19.1, for an order requiring the cessation of what it regarded as the unlawful replacement of one non-conforming use by another.

9. Usages permis

Les usages figurant à la grille des spécifications correspondent à la description des usages donnée au chapitre IV. Lorsqu'un trait est placé vis-à-vis une classe d'usage, cela signifie que tous les usages principaux de cette classe sont permis, à l'exclusion de tout autre. [Je souligne.]

10. Autre usage permis

Un usage principal spécifiquement permis signifie que, même si la classe correspondant à cet usage n'est pas permise, cet usage particulier est permis.

11. Usage non permis

Un usage principal spécifiquement interdit signifie que, même si la classe correspondant à cet usage est autorisée, cet usage particulier est interdit.

50 Au nouveau règlement, les usages « restaurant ou bar avec spectacles » (585) et « restaurant ou bar avec spectacles ou films érotiques » (586) — correspondant à l'ancien usage « cabaret » — font partie de la classe « services commerciaux » (art. 22). Pour la zone où se situe le bâtiment, la grille des spécifications ne comporte aucun trait vis-à-vis la classe « service commercial ». Les usages 585 et 586 n'y sont pas expressément permis par ailleurs. L'usage « hôtel, motel, maison de touristes » (181), bien qu'il fasse lui-aussi partie de la classe « services commerciaux », y est toutefois expressément interdit. Enfin, le nouveau règlement régit partiellement la question des droits acquis. Ainsi, il y est notamment énoncé qu'un usage dérogatoire protégé par droits acquis ne peut être remplacé par un autre usage dérogatoire (art. 204).

51 À l'automne 1994, après avoir racheté le fonds de commerce du propriétaire du bar western, l'intimée 9010-4407 Québec Inc. commençait l'exploitation d'un bar présentant des spectacles de danseuses nues. L'appelante résolut alors de s'adresser à la Cour supérieure en vertu de l'art. 227 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, afin d'obtenir une ordonnance à l'encontre de ce qu'elle considérait être le remplacement illégal d'un usage dérogatoire par un autre usage dérogatoire.

III. Relevant Statutory Provisions

52 *Act Respecting Land Use Planning and Development*, R.S.Q., c. A-19.1

CHAPTER IV

MUNICIPAL PLANNING BY-LAWS

DIVISION I

ZONING BY-LAWS

113. The council of a municipality may adopt a zoning by-law for its whole territory or any part thereof.

A zoning by-law may include provisions regarding one or more of the following objects:

. . .

(3) to specify, for each zone, the structures and uses that are authorized and those that are prohibited, including public uses and buildings, and the land occupation densities;

. . .

(18) to regulate non-conforming structures and uses protected by acquired rights,

(*a*) by requiring that a non-conforming use protected by acquired rights cease if such use has been abandoned, has ceased or has been interrupted for such period of time as it may define, which must be a reasonable period, taking into account the nature of the use, but must not in any case be shorter than six months;

(*b*) by stipulating that a non-conforming use or structure protected by acquired rights shall not be replaced by another non-conforming use or structure;

(*c*) by prohibiting the extension or alteration of a non-conforming use or structure protected by acquired rights, or by establishing conditions under which a non-conforming use or structure protected by acquired rights may be extended or altered; [Emphasis added.]

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, L.R.Q., ch. A-19.1

CHAPITRE IV

LES RÈGLEMENTS D'URBANISME D'UNE MUNICIPALITÉ

SECTION I

LE RÈGLEMENT DE ZONAGE

113. Le conseil d'une municipalité peut adopter un règlement de zonage pour l'ensemble ou partie de son territoire.

Ce règlement peut contenir des dispositions portant sur un ou plusieurs des objets suivants :

. . .

3° spécifier, pour chaque zone, les constructions ou les usages qui sont autorisés et ceux qui sont prohibés, y compris les usages et édifices publics, ainsi que les densités d'occupation du sol;

. . .

18° régir les constructions et les usages dérogatoires protégés par les droits acquis :

a) en exigeant que cesse un usage dérogatoire protégé par droits acquis si cet usage a été abandonné, a cessé ou a été interrompu pour une période de temps qu'il définit et qui doit être raisonnable compte tenu de la nature de l'usage mais qui dans aucun cas ne doit être inférieure à six mois;

b) en stipulant qu'un usage ou construction dérogatoire protégé par droits acquis ne peut être remplacé par un autre usage ou construction dérogatoire;

c) en interdisant l'extension ou la modification d'un usage ou une construction dérogatoire protégé par droits acquis ou en établissant les conditions en vertu desquelles un usage ou une construction dérogatoire protégé par droits acquis peut être étendu ou modifié; [Je souligne.]

TITLE III

SANCTIONS AND RECOURSES

227. The Superior Court may, at the request of the Attorney General, the regional county municipality, the municipality or any other interested person, order the cessation of

(1) a use of land or structure incompatible with a zoning by-law, subdivision by-law, building by-law, a by-law provided for in section 116 or 145.21 or an interim control by-law, or with a plan approved in accordance with section 145.19 or with an agreement under section 145.21;

IV. Judgments under Appeal

A. *Superior Court*

Bergeron J. relied on the Quebec Court of Appeal decision in *Chutes-de-la-Chaudière (Municipalité régionale de comté des) v. Compagnie 1846-0832 Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 618, in which Baudouin J.A. held that in zoning matters, where the issue is whether there has been a change in use, the reference point to be used is the categories created by the enacting authority. Bergeron J. added that in this case, three of the four judges found in favour of preserving an acquired right where the new use was not specifically prohibited and where it was in the same category under the by-law as the prior use.

Applying these principles to the case between the parties, he held: (i) that the respondents enjoyed acquired rights to operate a "cabaret"; (ii) that a bar that presents entertainment with erotic dancers is a cabaret; and (iii) that neither the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, nor the new by-law expressly prohibits entertainment with erotic dancers. He therefore dismissed the City's application.

B. *Court of Appeal (Michaud C.J.Q. and LeBel and Dussault JJ.A.)*, [1999] Q.J. No. 215 (QL)

The court agreed, *per* Dussault J.A., with the trial judge's finding that the extent of the acquired

TITRE III

SANCTIONS ET RECOURS

227. La Cour supérieure peut, sur requête du procureur général, de la municipalité régionale de comté, de la municipalité ou de tout intéressé, ordonner la cessation :

1° d'une utilisation du sol ou d'une construction incompatible avec un règlement de zonage, un règlement de lotissement, un règlement de construction, un règlement prévu à l'article 116 ou à l'article 145.21 ou un règlement de contrôle intérimaire ou incompatible avec un plan approuvé conformément à l'article 145.19 ou avec une entente visée à l'article 145.21;

IV. Jugements dont appel

A. *Cour supérieure*

53 Le juge Bergeron prend appui sur la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Chutes-de-la-Chaudière (Municipalité régionale de comté des) c. Compagnie 1846-0832 Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 618, dans laquelle le juge Baudouin affirmait qu'en matière de zonage, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu changement d'usage, c'est aux catégories élaborées par le législateur qu'il faut se référer. Le juge Bergeron ajoute que dans cette affaire, trois des quatre juges se sont prononcés en faveur du maintien d'un droit acquis lorsque le nouvel usage n'est pas spécifiquement interdit et qu'il entre dans la même catégorie réglementaire que l'usage antérieur.

54 Appliquant ces principes au litige entre les parties, il considère : (i) que les intimés bénéficient de droits acquis à l'exploitation d'un « cabaret »; (ii) qu'un bar présentant des spectacles de danseuses érotiques est un cabaret; et (iii) que ni la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, ni le nouveau règlement n'interdisent expressément les spectacles de danseuses érotiques. Par conséquent, il rejette la requête de la Ville.

B. *Cour d'appel (le juge en chef Michaud et les juges LeBel et Dussault)*, [1999] J.Q. nº 215 (QL)

55 Le juge Dussault, pour la cour, s'accorde avec le juge de première instance pour dire que l'éten-

rights is determined by the categories set out in the by-law. Like the trial judge, he was therefore of the view that, absent an express prohibition in the new by-law, the respondents enjoyed an acquired right to operate a "cabaret".

56 After reviewing the specifications grid, Dussault J.A. found that although no line had been entered opposite the "commercial services" category, which meant that the principal uses in that class were not permitted, nonetheless use "restaurant or bar with erotic entertainment or films" (586) was not shown on the grid as expressly prohibited. There was nothing to prevent the municipality from enacting such a prohibition; in fact, it had expressly prohibited the use "hotel, motel, guest house" (181) which is part of the same class. Stating that this factor was [TRANSLATION] "a decisive factor in the outcome of the case" (para. 17), Dussault J.A dismissed the municipality's appeal.

V. Issues

57 The issues are as follows:

A. What is the extent of the protection conferred by acquired rights in municipal zoning matters?

B. Is the change from a bar that presents country and western entertainment to a bar that presents erotic entertainment a replacement of one non-conforming use by another, resulting in the loss of acquired rights?

VI. Analysis

A. *Acquired Rights*

58 Quebec municipal law is based both on the principles developed by the common law courts and on the relevant provincial legislation. We also know that the rules governing the protection of acquired rights *vis-à-vis* land use by-laws were first developed by the courts and that the law was later "codified", to some extent, by the *Act Respecting Land Use Planning and Development*, s. 113 of which refers to "acquired rights".

due des droits acquis se détermine à partir des catégories établies par règlement. Ainsi, à l'instar du premier juge, il est d'avis que, sauf interdiction expresse dans le nouveau règlement, les intimés bénéficient d'un droit acquis à l'exploitation d'un « cabaret ».

Après avoir examiné la grille des spécifications, le juge Dussault conclut que, bien qu'aucun trait n'y ait été apposé vis-à-vis la classe « services commerciaux », ce qui signifie que les usages principaux de cette classe ne sont pas permis, il n'en demeure pas moins que l'usage « restaurant ou bar avec spectacles ou films érotiques » (586) n'y est pas précisément interdit. Or, rien n'empêchait la municipalité de procéder à une telle interdiction, à preuve, elle a expressément interdit l'usage « hôtel, motel, maison de touristes » (181), qui fait partie de la même classe. Affirmant que cette constatation est « déterminante pour le sort du litige » (par. 17), le juge Dussault rejette l'appel de la municipalité.

V. Questions en litige

Les questions en litige sont les suivantes :

A. Quelle est l'étendue de la protection conférée par droits acquis en matière de zonage municipal?

B. Le passage d'un bar présentant des spectacles de type « western » à un bar présentant des spectacles érotiques équivaut-il au remplacement d'un usage dérogatoire par un autre, entraînant ainsi perte des droits acquis?

VI. Analyse

A. *Les droits acquis*

Le droit municipal québécois trouve ses fondements dans les principes développés par les tribunaux de common law ainsi que dans la législation provinciale pertinente. De même, les règles entourant la protection des droits acquis face à la réglementation d'aménagement du territoire ont d'abord été développées par les tribunaux, puis la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* les a en quelque sorte « codifiées » en faisant référence aux « droits acquis » à son art. 113.

The protection conferred by acquired rights reflects a compromise between the principle that a statute takes immediate effect and the rights of ownership, as pointed out by Chouinard J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Huot v. L'Ange-Gardien (Municipalité de)*, [1992] R.J.Q. 2404, at p. 2409:

[TRANSLATION] Although it is not easy to define "acquired rights" with precision, let us say that it is a necessary compromise that limits rational land development while protecting the equity of the property owners and possibly of others who have made some non-conforming but legal and legitimate use prior to a statute or regulation.

If these rights were not recognized, the provisions of the municipality's land use by-law would apply in their entirety, without regard for whatever use of the land had been exercised prior to the by-law coming into force. If the use being made of the land were to be prohibited, the user would be unjustly deprived of the tangible exercise of his or her rights of ownership by the stroke of a pen.

Acquired rights therefore confer immunity on the actual use being exercised before the change to the by-law, while merely contemplated use will not enjoy the same immunity (E. McQuillin, *The Law of Municipal Corporations* (3rd ed. rev.), vol. 8A, at p. 37; *Toronto v. Board of Trustees of R.C. Separate Schools for Toronto*, [1925] 3 D.L.R. 880 (P.C.); *Central Jewish Institute v. City of Toronto*, [1948] S.C.R. 101). This distinction between a prior actual use and a potential use that has not yet materialized, between a right that exists and is being exercised and a mere ability, is a decisive factor in delineating acquired rights in municipal zoning matters. The distinction has in fact been recognized many times by the Quebec courts (see, in particular, *Syndics des écoles protestantes de la Cité d'Outremont v. Cité d'Outremont*, [1951] Que. K.B. 676, and *Lafontaine (Municipalité du Village) v. Ouellette*, [1976] C.S. 1488, referring to *Toronto v. Board of Trustees* and *Central Jewish Institute*, *supra*; see also *Montréal (Ville de) v. Bijouterie Lucien Gervais Inc.*, [1981] J.M. 21 (C.A.), and *Bernard v. Belœil (Ville de)*, C.A.

La protection par droits acquis donne effet à un compromis entre le principe d'application immédiate de la loi et les droits de propriété, ainsi que le soulignait le juge Chouinard de la Cour d'appel du Québec dans *Huot c. L'Ange-Gardien (Municipalité de)*, [1992] R.J.Q. 2404, p. 2409 : 59

Même s'il n'est pas facile de définir avec précision les «droits acquis», retenons qu'il s'agit d'un compromis nécessaire restreignant d'une part l'aménagement rationnel du territoire mais protégeant d'autre part l'équité quant aux propriétaires d'immeuble et même d'autres personnes qui ont exercé un usage dérogatoire mais légal et légitime antérieurement aux dispositions d'une loi ou d'un règlement.

En l'absence de reconnaissance de ces droits, les prescriptions de la réglementation d'aménagement du territoire s'appliqueraient dans toute leur intégralité, sans égard à quelque utilisation du fonds effectuée antérieurement à leur entrée en vigueur. Du coup, advenant la prohibition de l'usage auquel était destiné le fonds, l'usager serait injustement privé de la mise en œuvre concrète de ses droits de propriété. 60

Les droits acquis permettent donc d'immuniser l'usage effectivement exercé avant le changement à la réglementation, alors que celui qui aurait pu l'être ne jouira pas d'une telle immunité (E. McQuillin, *The Law of Municipal Corporations* (3e éd. rév. 1994), vol. 8A, p. 37; *Toronto c. Board of Trustees of R.C. Separate Schools for Toronto*, [1925] 3 D.L.R. 880 (C.P.); *Central Jewish Institute c. City of Toronto*, [1948] R.C.S. 101). Cette distinction, entre un usage concret et préalable et un usage potentiel et non-encore matérialisé, entre un droit né et exercé et une simple faculté, est déterminante quant à la délinéation des droits acquis en matière de zonage municipal. Elle a d'ailleurs été reconnue à plusieurs reprises par la jurisprudence des tribunaux québécois (voir notamment les arrêts *Syndics des écoles protestantes de la Cité d'Outremont c. Cité d'Outremont*, [1951] B.R. 676, et *Lafontaine (Municipalité du Village) c. Ouellette*, [1976] C.S. 1488, référant aux arrêts *Toronto c. Board of Trustees* et *Central Jewish Institute*, précités; voir aussi *Montréal (Ville de) c. Bijouterie Lucien Gervais Inc.*, [1981] 61

Montréal, No. 500-09-000857-896, November 29,1990, J.E. 91-20).

62 This does not mean, however, that the doctrine of acquired rights fails to take into account the normal evolution that will occur in some uses with the passage of time. Accordingly, a use protected by acquired rights may be exercised more intensively (*Anjou (Ville d') v. Vanier*, C.A. Montréal, No. 500-09-001305-788, J.E. 83-325; *Huot v. L'Ange-Gardien (Municipalité de)*, *supra*; *Soudure Mobile D. Pilon Inc. v. Larose*, [1990] R.L. 93 (C.A.)) and adapt to the demands of the market or the technology that are relevant to it (*Chutes-de-la-Chaudière*, *supra*, at p. 624, Tourigny J.A. dissenting). However, its original nature must always remain the same.

63 If the use undertaken after the change to the by-law is of the same nature as the actual use under the former by-law, it will be protected by acquired rights. If, on the other hand, it is even minimally different, the protection will be lost. That is, I reiterate, because any use that has not yet materialized must, as a general rule, be excluded from the sphere protected by acquired rights. Therefore, in order to determine whether the nature of the use has changed, the use that was actually exercised prior to the prohibition created by the by-law must first be precisely defined. Based on that preliminary determination, the real and reasonable expectations flowing naturally from the exercise of that concrete use can be taken into account. On that point, in *Syndics des écoles protestantes de la Cité d'Outremont*, *supra*, at p. 692, Bissonnette J. held:

> [TRANSLATION] It is well known that acquired rights are part of our patrimony and cannot be taken away without causing a grave injustice and depriving us of what we had a right to expect in their regard. In order to know and understand the extent of these rights, we need only ask what the real and natural expectation of the school board was prior to 1925, before the municipal by-law was enacted. [Emphasis added.]

64 While this part of the analysis of the nature of the use relates mainly to the protection of individual rights of ownership, it will also have to be

J.M. 21 (C.A.), et *Bernard c. Belœil (Ville de)*, C.A. Montréal, nº 500-09-000857-896, 29 novembre 1990, J.E. 91-20).

Cela ne signifie cependant pas que la doctrine des droits acquis ne tienne pas compte de l'évolution normale que doivent subir certains usages avec le passage du temps. Aussi l'exercice d'un usage protégé par droits acquis peut-il augmenter en intensité (*Anjou (Ville d') c. Vanier*, C.A. Montréal, nº 500-09-001305-788, J.E. 83-325); *Huot c. L'Ange-Gardien (Municipalité de)*, précité; *Soudure Mobile D. Pilon Inc. c. Larose*, [1990] R.L. 93 (C.A.)) et s'adapter aux exigences du marché ou de la technologie qui lui est propre (*Chutes-de-la-Chaudière*, précité, p. 624, madame le juge Tourigny, dissidente). Cependant, sa nature originaire devra toujours rester la même.

Si l'usage entrepris suite à la modification réglementaire est de même nature que celui effectivement exercé sous l'ancienne réglementation, il sera protégé par droits acquis. Si, par contre, il se trouve à être, même minimalement, de nature différente, la protection sera perdue. Car, je le réitère, tout usage non-encore matérialisé doit en principe être exclu de la sphère protégée par droits acquis. Ainsi, afin de déterminer s'il y a eu changement de nature, l'on doit avant tout circonscrire avec précision l'usage exercé dans les faits avant l'interdiction réglementaire. À partir de cette détermination préalable, les expectatives réelles et raisonnables, résultant naturellement de la mise en œuvre de cet usage concret, pourront être prises en compte. À cet effet, dans l'affaire *Syndics des écoles protestantes de la Cité d'Outremont*, précitée, p. 692, le juge Bissonnette affirmait :

> Les droits acquis, on le sait bien, sont ces droits qui font partie de notre patrimoine et qui ne peuvent nous être enlevés, sans causer une grave injustice et sans nous dépouiller de ce qu'on avait raison d'en attendre. Pour savoir et connaître l'étendue de ces droits, il suffit de se demander quelle était l'expectative réelle et naturelle de la commission scolaire avant 1925, avant l'adoption du règlement municipal. [Je souligne.]

Si cette partie de l'analyse de la nature d'un usage est davantage liée à la protection des droits individuels de propriété, il faudra d'autre part éva-

determined whether the changes in the use of the land are relevant, having regard to the primary purposes of zoning by-laws, such as harmonious land development and the well-being of the inhabitants (McQuillin, *supra*, at p. 99). An affirmative response to this question will tend to demonstrate that the nature of the protected use has been altered and will mean the loss of the acquired rights. In my view, this approach allows a balance to be struck between individual rights and the collective interests that the zoning by-law is designed to further.

In addition, although s. 113 of the *Act Respecting Land Use Planning and Development* allows municipalities to regulate certain aspects of acquired rights, it is still up to the courts to determine whether those rights are lost when an initial prohibited use is replaced by a different prohibited use. Because that question, by its very nature, can arise only out of a precise fact situation, only a court will be in a position to resolve it. A municipality may of course decide to override the protection provided by acquired rights by passing a by-law for that express purpose. Very different questions will then arise. In this case, however, the only question that is presented is whether one use has been replaced by another, and it is inevitably up to the courts to determine the outcome of that question.

That being said, it is then apparent that the lower courts erred in suggesting that acquired rights must be determined on the basis of categories or classes of uses created by by-laws. The approach taken by those courts derives from the reasons of Baudouin and Proulx JJ.A. in *Chutes-de-la-Chaudière*, *supra*. In that case, the issue was whether there had been a loss of acquired rights when the protected use, the manufacture of heating systems, boilers and burners, had subsequently been replaced by the manufacture of prefabricated sections of acrylic polymer concrete. In the meantime, any industrial use had been prohibited by the Regional County Municipality's interim control by-law. That by-law, and documents from the municipal affairs department, grouped those two uses together in the same categories, that is, in [TRANS-

luer si les changements qui ont été apportés à l'exploitation du bien-fonds sont pertinents eu égard aux fins premières poursuivies par la réglementation de zonage, tels le développement harmonieux du territoire et le bien-être des citoyens (McQuillin, *op. cit.*, p. 99). Une réponse positive à cette dernière question tendra à démontrer une altération de la nature de l'usage protégé et signifiera la perte des droits acquis. Une telle approche permet, à mon avis, d'établir un équilibre entre les droits individuels et les intérêts collectifs poursuivis par la réglementation de zonage.

65 Par ailleurs, bien que l'art. 113 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* permette aux municipalités de réglementer certains aspects des droits acquis, il appartient toujours aux tribunaux de déterminer s'il y a eu perte de ces droits suite au remplacement d'un premier usage prohibé par un usage prohibé différent. En effet, une telle question ne pouvant par essence surgir que d'une situation factuelle précise, seul un tribunal sera apte à la résoudre. Certes, une municipalité peut décider d'exclure la protection par droits acquis à l'aide d'une disposition réglementaire expresse. Des questions toutes différentes se poseront alors. En l'espèce, cependant, seule la question de savoir s'il y a eu remplacement d'un usage par un autre se pose et il appartient inévitablement aux tribunaux d'en déterminer l'issue.

66 Cela étant dit, il devient apparent que les tribunaux inférieurs se sont trompés en suggérant que les droits acquis doivent être déterminés à partir des catégories ou classes d'usages créées par règlement. Leur approche est inspirée des motifs des juges Baudouin et Proulx dans l'arrêt *Chutes-de-la-Chaudière*, précité. Il s'agissait alors de déterminer s'il y avait eu perte des droits acquis, alors que l'usage protégé, en l'occurrence la fabrication de systèmes de chauffage, chaudières et brûleurs, avait été par la suite remplacée par la fabrication de panneaux préfabriqués en béton polymère acrylique. Tout usage industriel avait entre temps été interdit par le règlement de contrôle intérimaire de la municipalité régionale de comté. Or, ce règlement, ainsi que des documents émanant du ministère des Affaires municipales, groupaient ces deux

LATION] "metal product manufacturing industries" and [TRANSLATION] "manufacturing industries". Noting how strict the Quebec courts are on the question of protecting acquired rights, Baudouin J.A. held (at p. 625):

[TRANSLATION] . . . while that strict approach can be understood where there is no statute or by-law governing the matter, it seems to me that the situation must be different when the enacting authority has specifically provided rules dealing with acquired rights and changes in use. I am then of the view that reference must be made to the statute or by-law itself. [Emphasis added.]

67 Concurring with this analysis, Proulx J.A. was of the view that the earlier case law, which applied the test of the nature of the operation or the type of product manufactured, could not be applied because the context of the by-law had to be considered in order to interpret the word "use". Tourigny J.A., dissenting, rejected that methodology, stating that she was in favour of holding to a factual analysis.

68 This approach, which I would describe as the "category" approach for the purposes of this discussion, suggests that the protection conferred by acquired rights extends to any use included in the by-law category to which the use exercised prior to the change in the by-law belongs. Accordingly, the implementation of one use would trigger a protection that extends to all potential uses included in the same category. It seems plain to me that this analysis misses the mark because it deviates from the factual source from which the protection of the acquired rights derives. Although s. 113, para. 18 of the *Act Respecting Land Use Planning and Development* delegates to municipalities the power to make certain rules concerning acquired rights, that provision cannot have operated to change the very nature of these rights. Rather, the judicial definition of those rights has been recognized and incorporated by the legislature.

69 Moreover, in the absence of any previous zoning by-law, it seems to me that this approach cannot be used to determine the extent of acquired rights. In that situation, we must either fall back on

usages au sein de mêmes catégories, c'est-à-dire, respectivement, dans les catégories « industries manufacturières de fabrication de produits en métal » et « industries manufacturières ». Prenant note de la sévérité de la jurisprudence québécoise en matière de protection de droits acquis, le juge Baudouin affirmait à la p. 625 que :

. . . si cette sévérité peut se comprendre en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires touchant la question, il me paraît devoir en être différemment lorsque le législateur a spécifiquement prévu des règles disposant des droits acquis et des changements d'usage. Il me semble qu'alors c'est au texte de la loi ou du règlement que l'on doit se référer. [Je souligne.]

Le juge Proulx souscrivait à cette analyse, étant d'avis que la jurisprudence antérieure, qui faisait appel au critère de la nature de l'exploitation ou du type de produit fabriqué, ne pouvait s'appliquer car il fallait se placer dans le contexte du règlement pour interpréter le mot « usage ». Madame le juge Tourigny, dissidente, rejetait quant à elle cette méthodologie et se déclarait en faveur du maintien de l'analyse factuelle.

Cette approche, que je qualifierai de « catégorielle » pour les fins de la discussion, suggère que la protection octroyée par droits acquis s'étend à tout usage compris dans la catégorie réglementaire à laquelle s'attachait l'usage exercé préalablement au changement à la réglementation. Ainsi, la mise en œuvre d'un seul usage déclencherait une protection s'étendant à tous les usages potentiels compris par une même catégorie. Il m'apparaît d'emblée que cette analyse fait fausse route en ce qu'elle s'éloigne de la source factuelle propre à la protection des droits acquis. Même si l'art. 113, par. 18 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* délègue aux municipalités le pouvoir d'énoncer certaines règles quant aux droits acquis, cette disposition ne peut avoir eu pour effet de modifier la nature même de ces droits. Leur définition prétorienne a plutôt été reconnue et importée par le législateur.

Par ailleurs, en l'absence de toute réglementation de zonage préalable, cette approche m'apparaît inutilisable afin de déterminer l'étendue de droits acquis. En une telle situation, ou bien l'on se

the traditional concrete analysis or recognize acquired rights to whatever use is being exercised on the land, which will make any attempt at land use planning quite futile. Even if a prior by-law exists, the "category" analysis automatically, and without applying any other consideration, uses categories created for a specific purpose (establishing authorized and prohibited uses for a part of a territory) for a completely different purpose (determining the protection conferred by acquired rights). Relying on categories such as these, which are sometimes overly general or even residual, creates a risk both of granting disproportionate protection to those who enjoy the acquired rights and significantly fettering municipal planning powers. Tourigny J.A. sounded that warning in *Chutes-de-la-Chaudière*, *supra*, at p. 624, when she observed:

[TRANSLATION] If we review the list drawn up by the Department, we find, for example, that group 39 is entitled "miscellaneous manufacturing industries". I cannot imagine that a category such as this can confer any right whatsoever, in terms of determining identity of use, or that someone can claim to have acquired rights based on belonging to a sub-group that is described so vaguely and is so insignificant.

The provisions of the interim control by-law classifying industries have been enacted so that permits may be issued in zones where industrial use is permitted. In my view, therefore, this classification also cannot be the basis for claiming identity of use for the purpose of establishing acquired rights in zones where the use is non-conforming.

In general, those comments reflect the criticism of the "category" analysis made by Professor Lorne Giroux in his article "Questions controversées en matière de droits acquis" published in *Développements récents en droit municipal (1994)*, 131, at pp. 148-52 (see also *Girard v. St-Irénée (Municipalité de)*, [2000] R.J.Q. 2689 (Sup. Ct.)).

In the instant case, the lower courts first recognized, based on the "category" analysis, that the respondents enjoyed acquired rights to operate a "cabaret", and then went on to consider whether

verra obligé de se rabattre sur l'analyse concrète traditionnelle, ou bien on reconnaîtra des droits acquis à quelque utilisation que ce soit du bien-fonds, ce qui rendra bien vaine toute tentative d'aménagement du territoire. Enfin, même en présence d'une réglementation préalable, l'analyse catégorielle utilise automatiquement et sans autre forme de considération des catégories créées pour une fin précise (celle de fixer les usages permis et prohibés sur une partie du territoire) à une toute autre fin (celle de déterminer la protection conférée par droits acquis). Or, de s'autoriser de telles catégories, parfois excessivement générales, voire résiduelles, risque tout autant d'accorder une protection démesurée aux bénéficiaires de droits acquis et de restreindre significativement les pouvoirs municipaux en matière d'urbanisme. Le juge Tourigny servait d'ailleurs un tel avertissement dans l'affaire *Chutes-de-la-Chaudière*, précitée, p. 624, alors qu'elle faisait remarquer :

Si l'on examine la liste du Ministère, on constate par exemple que le groupe 39 s'intitule « industries manufacturières diverses ». Je ne peux, pour ma part, concevoir que ce type de regroupement puisse, dans le cadre de l'appréciation de l'identité d'usage, conférer un quelconque droit et qu'on puisse se réclamer de l'appartenance à un sous-groupe aussi généralement décrit et aussi peu significatif pour prétendre à des droits acquis.

De leur côté, les dispositions du règlement de contrôle intérimaire qui classifient les industries se font pour des fins d'émission de permis à l'intérieur de zones dans lesquelles l'usage industriel est permis. Cela ne peut donc non plus, à mon avis, être le fondement de l'identité d'usage pour les fins d'établir des droits acquis dans des zones où l'usage est dérogatoire.

Les remarques qui précèdent reflètent généralement la critique de l'analyse catégorielle qu'offrait le professeur Lorne Giroux dans son article « Questions controversées en matière de droits acquis » publié dans *Développements récents en droit municipal (1994)*, 131, p. 148-152 (voir aussi l'arrêt *Girard c. St-Irénée (Municipalité de)*, [2000] R.J.Q. 2689 (C.S.)). 70

Or, dans le cas qui nous occupe, suivant l'analyse catégorielle, les tribunaux inférieurs ont d'abord reconnu que les intimés bénéficiaient de droits acquis à l'exploitation d'un « cabaret » pour 71

bars that present erotic entertainment were expressly prohibited by the new zoning by-law. In my view, the requirement for such an express prohibition is unnecessary, since it is based directly on the erroneous use of abstract categories to determine the extent of the protection conferred by acquired rights.

72 In any event, after reviewing the specifications grid for the zone in question, I am satisfied that the appellant in fact prohibited uses "restaurant or bar with entertainment" (585) and "restaurant or bar with erotic entertainment or films" (586) by refraining from inserting a line opposite the "commercial services" class. In fact, in *St-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875, at p. 883, the Quebec Court of Appeal held:

> [TRANSLATION] Although the *Act Respecting Land and Use Planning and Development* requires municipal corporations to provide for authorized and prohibited uses in each zone within the municipality, it does not require a zone by zone listing of all prohibited uses. The exercise of the power to prohibit may be exercized by implication, if certain authorized uses are listed, or expressly, if specific uses are prohibited.

73 Both the respondents and Dussault J.A., for the Court of Appeal, observed that use "hotel, motel, guest house" (181) is expressly prohibited on the grid, although it belongs to the same class. They concluded that if the municipality had really wanted to prevent establishments that present erotic entertainment from being protected by acquired rights, it could have done the same thing in respect of use 586. It seems, however, that the specific prohibition of use 181 only became necessary because of the express authorization of use [TRANSLATION] "restaurants and places where meals and beverages are served" (581), which could have been relied on as authority to operate a hotel, motel or guest house. Accordingly, the fact that this was specified leaves no room for an interpretation *a contrario* of the by-law, whereby the appellant would be required to expressly isolate use 586 in order to prohibit it.

ensuite examiner si les bars présentant des spectacles érotiques étaient expressément interdits par le nouveau règlement de zonage. À mon avis, l'exigence d'une telle interdiction expresse est inutile, puisque dérivant directement de l'utilisation erronée de catégories abstraites afin de fixer l'étendue de la protection par droits acquis.

En tout état de cause, mon examen de la grille des spécifications pour la zone pertinente me convainc que l'appelante a effectivement interdit les usages « restaurant ou bar avec spectacles » (585) et « restaurant ou bar avec spectacles ou films érotiques » (586) en se gardant de mettre un trait aux côtés de la classe « service commercial ». D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec affirmait dans l'affaire *St-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875, p. 883 :

> Si la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* oblige les corporations municipales à prévoir les usages qui sont permis et ceux qui sont prohibés dans chacune des zones de la municipalité, elle n'exige toutefois pas une énumération zone par zone de tous les usages défendus. Le pouvoir de prohibition peut s'exercer soit implicitement, par le truchement de l'énumération des usages autorisés, soit expressément, par l'énumération des usages spécifiques interdits.

Les intimés, ainsi que le juge Dussault pour la Cour d'appel, font remarquer que l'usage « hôtel, motel, maison de touristes » (181) est expressément interdit à la grille, alors qu'il fait partie de cette même classe. Ils en concluent que si la municipalité avait vraiment voulu éviter que les établissements présentant des spectacles érotiques ne soient pas protégés par droits acquis, elle aurait pu en faire autant pour l'usage 586. Or, il appert que l'interdiction précise de l'usage 181 n'ait été rendue nécessaire qu'en raison de l'autorisation expresse de l'usage « restaurants et lieux où l'on sert des repas et boissons » (581), dont certains auraient pu s'autoriser afin d'exploiter un hôtel, motel ou une maison de touristes. Aussi cette précision ne laisse-t-elle pas place à une interprétation *a contrario* du règlement, selon laquelle l'appelante se devait d'isoler expressément l'usage 586 afin d'en assurer l'interdiction.

Since I am satisfied that zoning by-law 273-90 prohibits uses 585 and 586, the issue that remains to be determined is whether replacing a country and western bar by a bar that presents erotic entertainment constitutes the replacement of a non-conforming use by another non-confirming use, which is prohibited by both the doctrine of acquired rights and s. 204 of the appellant's zoning by-law.

B. *Replacement of Use*

As indicated above, a change in the nature of the use actually made prior to the zoning amendment will result in loss of the immunity conferred by acquired rights. Whether such a change has occurred must be determined on the basis of the real and natural expectations of the user and the relevance of the changes as regards the purposes of land use by-laws. Nevertheless, each case turns on its own facts and the nature of the use protected by acquired rights must be determined by the court having regard to the unique facts of each situation.

In the instant case, a country and western bar was replaced by a bar that presented erotic entertainment. The respondents contend that the building has never housed anything but a bar with entertainment and that the nature of the entertainment provided should not have any effect on acquired rights. With respect, I am unable to agree with that assertion. First, I do not believe that the real and natural expectations of the owner of a country and western bar include operating a bar with nude dancers. There is a significant *prima facie* difference in the nature of the entertainment being presented. Whereas erotic entertainment seeks to sexually arouse the audience by the stripping and suggestive behaviour engaged in by the performers, country and western shows seek to entertain by providing a showcase for the special talents of singers, musicians or dancers. That difference is further apparent in some of the physical alterations made to the building and the business it houses because of the transformation from a country and western bar to a bar with nude dancers. Among other things, five closed booths were

Étant convaincu que le règlement de zonage 273-90 interdit les usages 585 et 586, il reste maintenant à déterminer la question de savoir si le remplacement d'un bar western par un bar présentant des spectacles érotiques constitue le remplacement d'un usage dérogatoire par un autre usage dérogatoire, tel qu'interdit par la doctrine des droits acquis et l'art. 204 du règlement de zonage de l'appelante. 74

B. *Remplacement d'usage*

Comme je l'ai indiqué précédemment, un changement dans la nature de l'usage exercé concrètement avant la modification au zonage signifiera la perte de l'immunité conférée par droits acquis. La présence d'un tel changement doit être déterminée à partir des expectatives réelles et naturelles de l'usager ainsi qu'à partir de la pertinence des modifications eu égard aux fins poursuivies par la réglementation d'aménagement du territoire. Chaque cas demeure néanmoins un cas d'espèce et la nature de l'usage protégé par droits acquis devra être déterminée par le tribunal en tenant compte des faits propres à chaque situation. 75

Dans le cas qui nous occupe, un bar western a été transformé en un bar présentant des spectacles érotiques. Les intimés prétendent que le bâtiment n'a toujours abrité qu'un bar spectacle et que la nature des spectacles présentés ne devrait pas avoir d'incidence quant aux droits acquis. Avec égards, je ne puis me rallier à une telle proposition. D'abord, je ne crois pas que les expectatives réelles et naturelles d'un propriétaire de bar western comprennent celle d'exploiter un bar de danseuses nues. À prime abord, en effet, il est une profonde différence dans la nature des spectacles présentés. Alors que les spectacles érotiques cherchent à attiser l'excitation sexuelle des spectateurs par la dénudation et le comportement suggestif des exécutantes, les spectacles westerns cherchent à divertir en mettant en valeur les talents particuliers de chanteurs, musiciens ou danseurs. Cette différence est par ailleurs mise en évidence par certaines des modifications matérielles qu'ont subi le bâtiment et l'entreprise qu'il abrite en raison du passage d'un bar western à un bar de danseuses nues. Notamment, cinq isoloirs ont été ajoutés afin 76

added so that customers could be offered erotic dances in a private setting. I further find it relevant to note the contrast between private dances performed in booths and country and western entertainment presented in public. In my view, these factors provide further support for the impression that one use has indeed been replaced by another, rather than that the same use has been continued.

77 The foregoing exercise therefore plainly leads me to finding that there is an obvious difference between a bar that presents country and western entertainment and a bar that presents erotic entertainment, even if we disregard individual opinion about the moral value of erotic entertainment. However, that distinction becomes even more germane when we examine it with the objectives of harmonious development and welfare, which land use legislation is intended to advance, in mind. Efforts to advance those objectives may indeed be informed by considerations of a moral nature, as long as those considerations relate to the primary purposes of the by-laws. For example, it would obviously be proper, for the purposes of those by-laws, to distinguish between establishments that serve liquor and establishments that do not. *A fortiori*, it should be apparent that there is a fundamental difference between an establishment that presents country and western entertainment and another establishment that presents entertainment of an erotic nature. As well, the observation that both types of entertainment are legal does nothing to advance the analysis, since by definition, land use planning presupposes a classification of legal uses for the purposes of dividing and organizing the territory.

78 Nonetheless, the nature of an activity must be defined in reference to the perception and values of the society. Accordingly, while it may be legal to operate establishments that present erotic entertainment, those establishments have a particular social and moral connotation that justifies treating them as distinct for land use planning purposes. First, the kind of entertainment presented involves an increased possibility of indecent excesses and illegal acts (see, for example,

d'offrir à la clientèle des danses érotiques dans l'intimité. Je considère d'ailleurs pertinent de relever le contraste existant entre des danses privées effectuées dans des isoloirs et des spectacles westerns présentés devant public. À mon avis, ces éléments viennent renforcer l'impression qu'il y a véritablement eu remplacement d'un usage par un autre plutôt que continuation d'un même usage.

Le précédent exercice m'amène donc d'emblée à constater qu'il existe une différence notoire entre un bar présentant des spectacles westerns et un autre présentant des spectacles érotiques, même abstraction faite des opinions de chacun à l'égard de la valeur morale des spectacles érotiques. Une telle distinction acquiert cependant encore davantage de pertinence lorsqu'examinée en regard des objectifs de développement harmonieux et de bien-être poursuivis par la législation d'aménagement du territoire. Or, la poursuite de ces objectifs peut certainement être informée par des considérations d'ordre moral, en autant que celles-ci se rattachent aux fins premières de la réglementation. Pour ces fins, par exemple, il serait manifestement légitime de distinguer les établissements servant des boissons alcoolisées de ceux n'en servant pas. À plus forte raison devrait-on alors constater une différence fondamentale entre un établissement présentant des spectacles westerns et un autre présentant des spectacles à teneur érotique. D'autre part, de constater que les deux types de spectacle sont licites ne contribue pas à faire avancer l'analyse, puisque, par définition, l'aménagement du territoire suppose une classification d'usages licites pour des fins de répartition et d'organisation.

La nature d'une activité doit néanmoins se définir en fonction de la perception et des valeurs de la société. Ainsi, bien que leur exploitation soit licite, les établissements présentant des spectacles érotiques possèdent une connotation sociale et morale particulière qui justifie qu'ils soient traités distinctement pour des fins d'aménagement du territoire. D'abord, le type de spectacle présenté comporte une possibilité accrue de débordements indécents et d'actes illégaux (voir, par exemple, l'al.

s. 163(2)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46: exhibiting an indecent show; s. 167: immoral theatrical performance; and s. 173(1): indecent act). Second, that kind of entertainment tends to condone the violation of respect for and the dignity of the performers, whose sexuality and persons are then subservient to and exploited for lewd and commercial purposes. And third, it is worth noting that the police officer, Gelly, testified at trial that the opening of an establishment presenting erotic entertainment prompted the police service to tighten its surveillance in the surrounding neighbourhood, and that it was attracting a criminal element.

163(2)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (montrer un spectacle indécent); l'art. 167 (représentation théâtrale immorale) et le par. 173(1) (action indécente)). Ensuite, ces spectacles tendent à cautionner une atteinte au respect et à la dignité des exécutantes, dont la sexualité et la personne sont assujetties et exploitées à des fins lubriques et commerciales. Enfin, il n'est pas inutile de remarquer qu'en première instance le policier Gelly a témoigné à l'effet que l'ouverture de l'établissement présentant des spectacles érotiques a incité le service de police à resserrer sa surveillance aux alentours de l'établissement et que plusieurs individus « criminalisés » fréquentaient l'endroit.

The decisive question of whether the conversion of an establishment that presents entertainment that is devoid of any sexual or erotic aspect into an establishment that presents erotic entertainment means that the protection offered by acquired rights is lost has only seldom been addressed by the courts. In Quebec, there is only *Saint-Raymond (Ville) v. Entreprises Benoît Demers Inc.*, [1996] Q.J. No. 4387 (QL) (Sup. Ct.), in which Goodwin J. held that a transformation of this sort had resulted in replacement of one prohibited use by another, and led to the loss of the acquired rights. The courts of the other provinces of Canada do not seem to have had occasion to deal specifically with this question. The American courts, however, have examined it on a few occasions. 79

La question déterminante de savoir si la conversion d'un établissement présentant des spectacles dénués de tout aspect sexuel ou érotique en un établissement présentant des spectacles érotiques signifie la perte de la protection offerte par droits acquis n'a que rarement été abordée par les tribunaux. Ainsi, au Québec n'y a-t-il que l'affaire de *Saint-Raymond (Ville) c. Entreprises Benoît Demers Inc.*, [1996] A.Q. nº 4387 (QL) (C.S.), dans laquelle le juge Goodwin décidait qu'une telle transformation avait donné lieu au remplacement d'un usage prohibé par un autre entraînant perte des droits acquis. Quant aux tribunaux des autres provinces canadiennes, ils ne semblent pas avoir eu l'occasion de traiter précisément de cette question. La jurisprudence américaine s'y est toutefois attardée en quelques occasions.

In *Squillante v. Zoning Board of Appeals of the City of Hartford*, 1997 Conn. Super. Lexis 2612, the plaintiffs had obtained a certificate of occupancy from the municipality to operate a "Café Liquor" (p. 2). At the time the certificate was issued, it would have been open to them to present "adult" entertainment under the by-laws then in force. However, there was nothing in the evidence to show that they had done any such thing. The city then amended its zoning by-laws, and "adult" entertainment establishments were prohibited in the zone where the plaintiffs' business was located. The plaintiffs subsequently began to operate an establishment of that nature. The city had issued a notice of violation to the plaintiffs, who then 80

Ainsi, dans *Squillante c. Zoning Board of Appeals of the City of Hartford*, 1997 Conn. Super. Lexis 2612, les demandeurs avaient obtenu de la municipalité un certificat d'utilisation pour l'exploitation d'un [TRADUCTION] « café servant des boissons alcoolisées » (p. 2). À l'époque de l'émission du certificat, il leur aurait été loisible de présenter des spectacles « pour adultes » en vertu de la réglementation de zonage en vigueur. Cependant, rien dans la preuve ne tendait à démontrer qu'ils en avaient fait autant. La ville a par la suite modifié sa réglementation de zonage et les établissements de divertissement « pour adultes » ont été interdits dans la zone où se situait le commerce des demandeurs. Ces derniers ont subséquemment

claimed that their activities were protected by acquired rights. The court rejected that argument, stating, at pp. 12-13:

> [T]he simple fact is that the record reflects that no adult entertainment was actually being provided on the premises prior to the time the municipal code was amended on May 9, 1994, to exclude adult entertainment from a B-1 zone.
>
> Accordingly, because a "Café Liquor" and an adult entertainment establishment are entirely different in nature, operation of the former could not mean that operation of the latter was protected by acquired rights.

81 In *Marzocco v. City of Albany*, 629 N.Y.S.2d 847 (App. Div. 1995), the petitioner had purchased a tavern featuring male strippers as entertainment, which catered primarily to the area gay population. That use was prohibited by the zoning by-laws in force, but was protected by acquired rights. The petitioner first replaced the male strippers with topless female dancers. He then decided to surrender his liquor licence and establish a "juice bar", and present totally nude female dancers and other forms of erotic entertainment. He therefore applied to the City of Albany Board of Building, Zoning and Housing Appeals for permission to change the use of the premises. When the request was denied, he turned to the courts, which affirmed the Board's decision. The Appellate Division of the New York State Supreme Court held, at p. 848:

> Initially, we agree with Supreme Court that there is rational basis and substantial evidence in the record to support respondent's factual determination that petitioner's change in the character of his property was sufficient to require a use variance. . . . Notably, the abandonment of petitioner's tavern trade and surrender of his liquor license freed him from the restrictions (and the public from the protections) of the Alcoholic Beverage Control Law and the rules of the State Liquor Authority. In the same connection, the primary purpose and profit motive of the business changed from the sale of food and beverages, with adult entertainment a mere inciden-

commencé à exploiter un tel établissement. La ville ayant émis un constat de violation à leur égard, ceux-ci ont prétendu que leurs activités étaient protégées par droits acquis. Le tribunal a rejeté cette prétention, affirmant, aux p. 12-13 :

> [TRADUCTION] [I]l s'avère tout simplement que, selon le dossier, aucun spectacle pour adultes n'était effectivement offert sur les lieux avant que le code municipal soit modifié, le 9 mai 1994, pour exclure les spectacles pour adultes de la zone B-1.
>
> Ainsi, un café servant des boissons alcoolisées et un établissement de divertissement pour adultes étant de natures toutes différentes, l'exploitation du premier ne put faire en sorte que celle du second soit protégée par droits acquis.

D'autre part, dans *Marzocco c. City of Albany*, 629 N.Y.S.2d 847 (App. Div. 1995), le demandeur avait acquis un débit de boisson présentant des spectacles de danseurs nus et ayant pour principale clientèle la population homosexuelle des environs. Cette utilisation était prohibée par la réglementation de zonage en vigueur mais était protégée par droits acquis. Or, le demandeur remplaça d'abord les danseurs par des danseuses aux seins nus. Puis il décida d'abandonner son permis d'alcool, d'établir un « bar à jus » et de présenter des spectacles de danseuses complètement nues ainsi que d'autres formes de divertissement à caractère érotique. Il présenta donc une demande au « Board of Building, Zoning and Housing Appeals » de la ville d'Albany afin d'obtenir la permission de changer l'utilisation des lieux. Ayant essuyé un refus, il recourut aux tribunaux. Ceux-ci confirmèrent cette décision. La Division d'appel de la Cour suprême de l'État de New York affirma, à la p. 848 :

> [TRADUCTION] Tout d'abord, nous sommes d'accord avec la Cour suprême pour dire qu'un fondement rationnel et une preuve pertinente au dossier étayent la conclusion de fait de l'intimée selon laquelle la propriété du requérant a suffisamment changé de nature pour qu'une autorisation d'usage dérogatoire soit requise. [. . .] Notamment, l'abandon par le requérant de son commerce de restauration et la renonciation à son permis d'alcool l'ont libéré des contraintes que lui imposaient l'*Alcoholic Beverage Control Law* et les règles de la *State Liquor Authority* (et ont privé le public de leur protection). De même, l'objet principal et la recherche

tal attraction, to the exhibition of nude dancing, thereby effecting a fundamental change in the character of the clientele and, as a consequence, the impact of the business on the neighborhood. [Emphasis added.]

de profit de l'entreprise ont changé : les spectacles de danseuses nues ont remplacé la vente de nourriture et de boissons, à laquelle pouvaient se greffer accessoirement des spectacles pour adultes comme simple divertissement, ce qui a changé fondamentalement le type de clientèle et, partant, les effets du commerce sur le voisinage. [Je souligne.]

The dissimilarity between a country and western bar and a bar that presents entertainment involving nude dancers is also revealed by a line of more general cases concerning the validity of land use planning provisions governing establishments that present erotic entertainment. In *Val-d'Or (Ville de) v. 2550-9613 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2090 (C.A.), it was argued that the distinction made by the municipality between [TRANSLATION] "taverns, bars and night clubs" and establishments that present entertainment with male and female nude dancers was discriminatory, as that term is understood in administrative law. Chamberland J.A., writing for the Court of Appeal, rejected that argument and stated in his reasons, at p. 2095:

82

Les natures dissemblables d'un bar western et d'un bar présentant des spectacles de danseuses nues sont également révélées par une jurisprudence plus générale concernant la validité d'instruments d'aménagement du territoire réglementant les établissements présentant des spectacles érotiques. Ainsi, dans l'affaire *Val-d'Or (Ville de) c. 2550-9613 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2090 (C.A.), l'on a prétendu que la distinction faite par la municipalité entre les « tavernes, bars et boîtes de nuit » et les établissements présentant des spectacles de danseuses et danseurs nus était discriminatoire au sens du droit administratif. Rejetant cette prétention, le juge Chamberland, pour la Cour d'appel, affirmait dans ses motifs, à la p. 2095 :

[TRANSLATION] It is clear from the evidence in this case that the adoption of the zoning by-law (June 7, 1993) and the decision to refuse the [respondent's] request to amend the by-law (July 17, 1995) were based on considerations involving the proximity of a church and an elementary school, child protection, crime prevention and the safety and welfare of the public, as well as the improvement of the image of downtown Val-d'Or. These are relevant considerations in zoning and urban planning matters.

En effet, il découle de la preuve au dossier que l'adoption du règlement de zonage (le 7 juin 1993) et la décision de refuser la demande de [l'intimée] de modifier ce règlement (le 17 juillet 1995) reposent sur des considérations liées à la proximité d'une église et d'une école primaire, à la protection des enfants, à la prévention du crime, à la sécurité et au bien-être des citoyens, à l'amélioration de l'image du centre-ville de Val-d'Or. Il s'agit de considérations pertinentes en matière de zonage et d'urbanisme.

The distinction was therefore held to be permitted under the *Act Respecting Land Use Planning and Development*. As well, in *Moncton (City) v. Steldon Enterprises Ltd.* (2000), 225 N.B.R. (2d) 11 (Q.B.), it was concluded that a by-law adopted under the *Community Planning Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-12, prohibiting the operation of "adult cabarets" within the city, was valid. Those cases are also consistent with the opinion stated by the United States Supreme Court regarding the validity of similar zoning ordinances (*Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976); *Renton (City of) v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986)).

Une telle distinction fut donc jugée permise en vertu de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*. Aussi, dans *Moncton (City) c. Steldon Enterprises Ltd.* (2000), 225 R.N.-B. (2e) 11 (B.R.), l'on conclut à la validité d'un règlement adopté en vertu de la *Loi sur l'urbanisme*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-12, interdisant l'exploitation de « cabarets pour adultes » sur le territoire de la ville. Ces arrêts rejoignent par ailleurs l'opinion exprimée par la Cour suprême des États-Unis quant au caractère légitime de règlements de zonage apparentés (*Young c. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976); *Renton (City of) c. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986)).

83 As a final point, I consider it worth noting that in Ontario, the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, specifically delegates to municipalities the power to regulate "adult entertainment parlours" (see, for example, *538745 Ontario Inc. v. Windsor (City)* (1988), 64 O.R. (2d) 38 (C.A.)). Section 225 of that Act provides:

(1) By-laws may be passed by the councils of local municipalities for licensing, regulating, governing, classifying and inspecting adult entertainment parlours or any class or classes thereof and for revoking or suspending any such licence and for limiting the number of such licences to be granted, in accordance with subsection (3).

. . .

(3) Despite subsection 257.2 (4), a by-law passed under this section may define the area or areas of the municipality in which adult entertainment parlours or any class or classes thereof may or may not operate and may limit the number of licences to be granted in respect of adult entertainment parlours or any class or classes thereof in any such area or areas in which they are permitted.

84 To conclude, I believe that these are significant indications that the distinction between a bar that presents country and western entertainment and a bar that presents entertainment involving nude dancers is relevant in the exercise of general land use planning powers.

85 I am of the view therefore that operating a bar that presents erotic entertainment constitutes the illegal replacement of the original non-confirming use by a different non-conforming use. Replacing the one with the other accordingly results in loss of the protection conferred by acquired rights.

VII. Conclusion

86 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and order the respondents to immediately cease using the premises located at 643 4th Avenue in Saint-

Finalement, je considère pertinent de mentionner qu'en Ontario, la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, délègue spécifiquement aux municipalités le pouvoir de réglementer les « locaux de divertissement pour adultes » (voir, par exemple, *538745 Ontario Inc. c. Windsor (City)* (1988), 64 O.R. (2d) 38 (C.A.)). Ainsi, l'art. 225 de cette loi énonce :

(1) Les conseils des municipalités locales peuvent adopter des règlements municipaux pour assujettir à l'obtention de permis, réglementer, régir, classer et inspecter les locaux de divertissement pour adultes ou une ou plusieurs catégories de ceux-ci ainsi que pour révoquer ou suspendre les permis et pour limiter le nombre de permis accordés conformément au paragraphe (3).

. . .

(3) Malgré le paragraphe 257.2 (4), le règlement municipal adopté en vertu du présent article peut définir un ou plusieurs secteurs de la municipalité dans lesquels l'exploitation de locaux de divertissement pour adultes ou d'une ou plusieurs catégories de ceux-ci est interdite ou permise, et peut restreindre le nombre de permis accordés pour des locaux de divertissement pour adultes ou d'une ou plusieurs catégories de ceux-ci dans le ou les secteurs où leur exploitation est permise.

En somme, ce sont là, je crois, des indicateurs probants, attestant de la pertinence de la distinction entre un bar présentant des spectacles westerns et un bar présentant des spectacles de danseuses nues en regard de l'exercice de pouvoirs d'aménagement du territoire en général.

Je considère donc que l'exploitation d'un bar présentant des spectacles érotiques constitue le remplacement illégal de l'usage dérogatoire originaire par un usage dérogatoire différent. Aussi un tel remplacement entraîne-t-il la perte de la protection par droits acquis.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et d'ordonner aux intimés de cesser immédiatement d'utiliser comme bar présentant des spec-

Romuald as a bar that presents erotic entertainment, with costs throughout.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* BASTARACHE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Pothier Delisle, Sainte-Foy.

Solicitors for the respondents: Daignault & Associés, Québec.

tacles érotiques les locaux sis au numéro 643 de la 4e avenue à Saint-Romuald, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *et* BASTARACHE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Pothier Delisle, Sainte-Foy.

Procureurs des intimés : Daignault & Associés, Québec.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 6, 2001 Vol. 2

and Tables

2 S.C.R. { **i-lvi** **943-1133**

6e cahier, 2001 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2001] 2 R.C.S. { **i-lvi** **943-1133**

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

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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, 2001.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

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 xlv

Authors Cited xlix

Index 1119

671122 Ontario Ltd. *v.* Sagaz Industries Canada Inc. 983

Torts — Vicarious liability — Employee versus independent contractor — Original supplier suffering substantial losses when it was replaced as supplier because of bribery scheme in large commercial transaction — Whether rival supplier vicariously liable to original supplier for tortious conduct of its consultant.

Trial — Evidence — Re-opening of trial to admit fresh evidence — Trial judge declining to reopen trial to admit fresh evidence on a motion brought after release of reasons but before formal judgment entered — Whether Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of trial judge in decision to reopen trial.

Ludco Enterprises Ltd. *v.* Canada 1082

Income tax — Deductions — Interest — Legal test for interest deductibility — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

Income tax — Deductions — Interest — Taxpayers seeking deduction of interest paid on borrowed money used to purchase shares in foreign companies — Taxpayers receiving $600,000 in dividends and incurring $6 million in interest costs during period shares held in foreign companies — Whether interest costs deductible — Whether money borrowed "used for the purpose of earning income" — Concepts of "purpose" and "income" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

Income tax — Deductions — Interest — Corporate taxpayer seeking deduction of interest paid on borrowed money used to purchase shares in foreign companies — Shares disposed of in rollover transaction — Whether taxpayer entitled to deduct interest costs incurred after rollover transaction — Whether taxpayer established link between original eligible use property and current eligible use property — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

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 xlvii

Doctrine citée xlix

Index 1127

671122 Ontario Ltd. *c.* Sagaz Industries Canada Inc. 983

Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Employé par opposition à entrepreneur indépendant — Fournisseur initial subissant des pertes considérables après avoir été remplacé à la suite du versement d'un pot-de-vin dans le cadre d'une opération commerciale d'envergure — La responsabilité du fait d'autrui du fournisseur rival est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de son consultant?

Procès — Preuve — Réouverture du procès pour admettre un nouvel élément de preuve — Juge de première instance refusant de rouvrir le procès pour admettre un nouvel élément de preuve à la suite d'une motion présentée en ce sens après le dépôt des motifs, mais avant l'inscription du jugement formel — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès?

Entreprises Ludco Ltée *c.* Canada 1082

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêts — Critère juridique de déductibilité des intérêts — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêts — Déduction par les contribuables des intérêts payés sur un emprunt utilisé pour acheter des actions de sociétés étrangères — Durant la période où ils ont détenu les actions, les contribuables ont reçu 600 000 $ en dividendes et fait des frais d'intérêt de 6 millions de dollars — Ces intérêts sont-ils déductibles? — L'argent emprunté a-t-il été « utilisé en vue de tirer un revenu »? — Concepts de « fin » et de « revenu » — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêts — Déduction par la société contribuable des intérêts payés sur un emprunt utilisé pour acheter des actions de sociétés étrangères — Disposition des actions par voie de transfert libre d'impôt — Le contribuable a-t-il le droit de déduire les frais d'intérêt faits

Suite à la page suivante

Costs — Special costs — Revenue Canada denying taxpayers' interest deductions and aggressively pressing its case against taxpayers — Revenue Canada's reassessment set aside — Whether special costs should be awarded — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Naylor Group Inc. *v.* Ellis-Don Construction Ltd. 943

Contracts — Bid depository system — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Subcontractor's workers not members of International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) — Prime contractor later refusing to enter into subcontract — Prime contractor subsequently contracting with IBEW subcontractor at same bid price — Legal obligations of prime contractors to prospective subcontractors under rules of structured bid depository — Whether contract terms breached.

Contracts — Doctrine of frustration — Bid depository system — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Subcontractor's workers not members of International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) — Ontario Labour Relations Board (OLRB) deciding prime contractor must use only IBEW-affiliated subcontractors — Whether contract frustrated by OLRB decision.

Contracts — Remedies — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Prime contractor later refusing to enter into subcontract — Manner of assessing damages for wrongful refusal to contract.

Singleton *v.* Canada 1046

Income tax — Deductions — Interest — Taxpayer using equity in law firm to purchase house then refinancing law firm equity with borrowed money — Whether interest payments made on borrowed money deductible — Whether borrowed money "used for the purpose of earning income from a business" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

Van de Perre *v.* Edwards 1014

Family law — Custody and access — Standard of appellate review — Custody dispute between unmarried Caucasian mother and African-American father over four-year-old child — Mother awarded sole custody at trial — Father and his wife granted custody on appeal — Whether Court of Appeal applied appropriate standard of appellate review — Whether trial judge made material error or ignored relevant evidence — Importance of race in determining custody of child of mixed racial heritage — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 24(1).

Continued on next page

après le transfert libre d'impôt? — Le contribuable a-t-il établi l'existence d'un lien entre le bien initial dont l'utilisation était admissible et le bien actuel dont l'utilisation est admissible? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

Dépens — Dépens spéciaux — Refus des déductions par Revenu Canada, qui a vigoureusement défendu sa thèse — Annulation des nouvelles cotisations établies par Revenu Canada — Y a-t-il lieu d'accorder des dépens spéciaux? — Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

Naylor Group Inc. *c.* Ellis-Don Construction Ltd. 943

Contrats — Système de soumissions — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Employés du sous-traitant non membres de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (FIOE) — Entrepreneur principal refusant par la suite de conclure le contrat de sous-traitance — Entrepreneur principal concluant ensuite un contrat avec un sous-traitant affilié à la FIOE au même prix que celui proposé dans la soumission — Obligations juridiques d'un entrepreneur principal envers un sous-traitant éventuel en vertu des règles d'un régime structuré de dépôt des soumissions — Y a-t-il eu violation des conditions d'un contrat?

Contrats — Théorie de l'impossibilité d'exécution — Système de soumissions — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Employés du sous-traitant non membres de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (FIOE) — Décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO) selon laquelle l'entrepreneur principal ne peut retenir que les services de sous-traitants affiliés à la FIOE — La décision de la CRTO a-t-elle rendu le contrat inexécutable?

Contrats — Réparations — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Entrepreneur principal refusant par la suite de conclure le contrat de sous-traitance — Façon d'évaluer les dommages-intérêts pour le refus injustifié de conclure un contrat.

Singleton *c.* Canada 1046

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêts — Utilisation par un contribuable de son avoir dans un cabinet d'avocats pour acheter une maison et rétablissement ultérieur de cet avoir au moyen d'un emprunt — Les intérêts payés sur l'argent emprunté sont-ils déductibles? — L'argent emprunté a-t-il été « utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise »? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Civil procedure — Change of parties — Adding party — Whether Court of Appeal erred in adding father's wife as a party and custodial applicant during appeal hearing — British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, Rule 15(5).

SOMMAIRE (Fin)

Van de Perre *c.* Edwards..... 1014

Droit de la famille — Garde et accès — Norme d'examen en appel — Litige entre une mère célibataire de race blanche et le père afro-américain au sujet de la garde d'un enfant de quatre ans — La mère a obtenu la garde exclusive au procès — Le père et sa femme ont obtenu la garde en appel — La Cour d'appel a-t-elle appliqué la norme appropriée d'examen en appel? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur importante ou négligé de prendre en considération des preuves importantes? — Importance de la race dans la décision touchant la garde d'un enfant ayant un patrimoine racial mixte — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 24(1).

Procédure civile — Changement de parties — Jonction d'une partie — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en joignant la femme du père comme partie et corequérante de la garde au cours de l'audition en appel? — British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, règle 15(5).

2001 Volume 2

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

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2001

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

ERRATA

[2000] 2 S.C.R. p. 344, para. 57, line 3 of the French version. Read "l'intégrité psychologique" instead of "l'intégrité physique".

[2000] 2 S.C.R. p. 344, para. 57, line 13 of the French version. Read "doivent être remplies pour que" instead of "doivent être remplies que".

[2000] 2 S.C.R. p. 344, title (i) of the English version. Read "*Was the Harm to Mr. Blencoe the Result of State-Caused Delay in the Human Rights Process?*" instead of "*Was the Harm to Mr. Blencoe the Result of State-Caused the Human Rights Process?*".

[2000] 2 R.C.S. p. 344, par. 57, ligne 3 de la version française. Lire « l'intégrité psychologique » au lieu de « l'intégrité physique ».

[2000] 2 R.C.S. p. 344, par. 57, line 13 de la version française. Lire « doivent être remplies pour que » au lieu de « doivent être remplies que ».

[2000] 2 R.C.S. p. 344, titre (i) de la version anglaise. Lire « *Was the Harm to Mr. Blencoe the Result of State-Caused Delay in the Human Rights Process?* » au lieu de « *Was the Harm to Mr. Blencoe the Result of State-Caused the Human Rights Process?* ».

MOTIONS — REQUÊTES
(July 1 to September 30, 2001 - 1er juillet au 30 septembre 2001)

151730 Canada Inc. c. 167593 Canada Inc. (Qué.), 28271, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

160515 Canada Inc. v. Petra Ltd. (Que.), 28470, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

3017970 Nova Scotia Co. v. Pacifica Papers Inc. (B.C.), 28727, notice of discontinuance filed, 21.9.01, avis de désistement produit.

3088-7459 Québec Inc. c. Pereira (Qué.), 28451, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

3360652 Canada Inc. c. Alexis Jewellery & Accessories Inc. (Qué.), 28430, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

934169 Ontario Ltd. v. Biggerstaff (Ont.), 28409, notice of discontinuance filed, 3.8.01, avis de désistement produit.

A.P. c. É.D. (Qué.), 28352, leave to appeal granted, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

ADI Ltd. v. 052987 N.B. Inc. (N.B.), 28404, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Ahmadi v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28594, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Aitkenhead v. The Queen (Man.) (Crim.), 28659, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Alberta & N.W.T. (District of MacKenzie) Building and Construction Trades Council v. Ledcor Industries Ltd. (Alta.), 28476, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Aleksandrowicz v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28299, leave to appeal dismissed, 5.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Androschuk v. Bell (Alta.), 28447, leave to appeal dismissed with costs, 23.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Antippa c. Durand (Qué.), 28176, leave to appeal dismissed, 16.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd. (F.C.), 28487, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Asselin c. Procureur général du Canada (C.F.), 28462, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Association des communautés scolaires franco-protestantes du Québec c. Procureure générale du Québec (Qué.), 28657, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Association minière du Québec Inc. c. Bourbonnais (Qué.), 28135, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Attorney General of Canada v. Harper (Alta.), 28210, notice of discontinuance filed, 13.8.01, avis de désistement produit.

Attorney General of Canada v. Information Commissioner of Canada (F.C.), 28584, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Attorney General of Canada v. Information Commissioner of Canada (F.C.), 28585, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Attorney General of Nova Scotia v. Founders Square Ltd. (N.S.), 28617, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Auclair c. La Reine (Qué.) (Crim.), 28591, leave to appeal dismissed, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Ayangma v. NAV Canada (P.E.I.), 28426, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bank of Montreal v. Ernst & Young Inc. (Alta.), 28607, leave to appeal granted, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

Banton v. Banton (Ont.), 28587, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Bara Academy of Business Sciences Ltd. v. The Queen (Alta.), 28467, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bastien c. Bastien (Qué.), 28420, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bauman v. Attorney General of Nova Scotia (N.S.), 28619, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Becker v. Director of Employment Standards of Alberta (Alta.), 28415, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bélanger c. Goulet & Bourbeau (Qué.), 28178, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bell v. The Queen (B.C.) (Crim.), 28518, leave to appeal dismissed, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Ben-Hafsia v. City of Vancouver (F.C.), 28454, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Benson v. Brown (Ont.) (Crim.), 28635, leave to appeal granted, 16.8.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

Biron c. La Reine (C.F.), 28327, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Body Rubs of Ontario Inc. v. Corp. of the City of Vaughan (Ont.), 28450, leave to appeal dismissed with costs on a party and party basis, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens comme entre parties.

Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance (Sask.), 28566, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Boies c. La Reine (Qué.) (Crim.), 28468, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Bolt v. Bolt (Ont.), 28632, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Boucher c. Logistik Unicorp Inc. (Qué.), 28458, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Boulianne c. Commission des écoles catholiques de Québec (Qué.), 28359, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Boundary Bay Airport Corp. v. Assessor of Area # 11 × Richmond/Delta (B.C.), 28494, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bourque, Pierre & Fils Ltée v. The Queen (F.C.), 28397, leave to appeal dismissed with costs, 5.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Brazeau c. Guay (Qué.), 28459, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bristol-Myers Squibb Co. v. Harrington (B.C.), 28368, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Buhay v. The Queen (Man.) (Crim.), 28667, leave to appeal granted, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

Buschau v. Rogers Communications Inc. (B.C.), 28448, leave to appeal dismissed, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Canadian Broadcasting Corp. v. Thatcher (Sask.), 28246, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28477, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corp. (B.C.), 28642, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Canadian Union of Public Employees, Local 1190 v. The Queen (N.B.), 28574, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Cardella v. The Queen (F.C.), 28563, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Carrier c. Ministre de la Santé et des Services sociaux (Qué.), 28234, leave to appeal dismissed with costs, 23.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Carrière c. Ambulance Saint-Raymond Inc. (Qué.), 28510, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Chiau v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 28418, leave to appeal dismissed with costs, 16.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Chimitec Ltée c. Ordre des Chimistes du Québec (Qué.), 28501, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Cho v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28551, leave to appeal dismissed, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Club Optimiste de Bromptonville c. Ligue pour la protection de l'enfance de l'Estrie (Qué.), 28398, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Coles v. Canam Enterprises Inc. (Ont.), 28264, leave to appeal granted, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

College of Physicians and Surgeons of British Columbia v. Dr. Q (B.C.), 28553, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Collins v. Abrams (B.C.), 28452, leave to appeal dismissed, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Autobus Jacquart Inc. (Qué.), 28407, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Genest (Qué.), 28436, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Maksteel Québec Inc. (Qué.), 28402, leave to appeal granted, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

Commission Scolaire Seigneurie c. Syndicat des professionnelles et professionnels de commissions scolaires de l'Outaouais (CEQ) (Qué.), 28243, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Corporation of the City of Ottawa v. Goudie (Ont.), 28469, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Corporation of the City of Toronto v. Myshrall (Ont.), 28524, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Cyr c. La Reine (Qué.) (Crim.), 28575, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

D.A.W. v. The Queen (B.C.) (Crim.), 28567, notice of discontinuance filed, 6.7.01, avis de désistement produit.

De la Capitale Dodge Chrysler (Québec) Ltée c. Ratté (Qué.), 28298, leave to appeal dismissed with costs, 16.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Dechant v. Coulter (Alta.), 28292, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Dempsey v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28603, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Dhawan v. Kenniff (Que.), 28581, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Doaktown Lumber Ltd. v. GMAC Commercial Credit Corp. Canada (N.B.), 28554, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Doyon c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec (Qué.), 28569, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Dubé c. Commission scolaire des Portages de l'Outaouais (Qué.), 28493, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Duguid v. Bank of Montreal (Ont.), 27973, notice of discontinuance filed, 2.8.01, avis de désistement produit.

Dupuis c. Themens (Qué.), 28471, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

ECU-Line N.V. v. Z.I. Pompey Industrie (F.C.), 28472, leave to appeal granted, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

EDBE Consulting Ltd. v. Union Gas Ltd. (Alta.), 28441, leave to appeal dismissed, 23.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Enron Canada Corp. v. Campbell's Industrial Supply Ltd. (Alta.), 28332, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Ermineskin Indian Band #942 v. Hodgson (F.C.), 28413, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Estate of Manish Odhavji v. Woodhouse (Ont.), 28425, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Ethier c. Duchesne Tremblay (Qué.), 28473, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Express du Midi Inc. c. Société québécoise de développement de la main-d'œuvre (Qué.), 28269, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Federated Co-Operatives Ltd. v. The Queen (F.C.), 28505, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Fenton v. Baldo (B.C.), 28502, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Figueroa v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 28629, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Fogal v. Attorney General of Canada (Que.), 28579, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Fontaine v. Fontaine (B.C.), 28403, leave to appeal dismissed, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Fortin, ès qualités de syndic à la faillite d'André L'Heureux (Qué.), 27350, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Fraser Park South Estates Ltd. v. Lang Michener Lawrence & Shaw (B.C.), 28422, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Frebold v. The Queen (B.C.) (Crim.), 28624, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Fresco v. City of Montreal (Que.), 28164, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Friedland v. United States of America (Ont.), 27773, notice of discontinuance filed, 30.8.01, avis de désistement produit.

Galati v. The Queen (Ont.), 28345, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

General Accident Assurance Co. of Canada v. Breau (N.B.), 28394, leave to appeal dismissed, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Girard c. Demers (Qué.) (Crim.), 28590, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Gold v. Toronto-Dominion Bank (B.C.), 28595, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Harrison v. The Queen (B.C.) (Crim.), 28651, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Hélicoptères Viking Ltd. c. Laîné (Qué.), 28349, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Hiebert v. Assistant Commmissioner, Corporate Development, Correctional Service of Canada (F.C.), 28557, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Iamgold International African Mining Gold Corp. v. Kinbauri Gold Corp. (Ont.), 28335, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Information Commissioner of Canada v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (F.C.), 28601, leave to appeal granted, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

Informatique Rodan Inc. c. Centre universitaire de santé de l'Estrie (CUSE) (Qué.), 28313, notice of discontinuance filed, 16.7.01, avis de désistement produit.

Irshad v. The Queen (Ont.), 28571, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd. (F.C.), 28525, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Jadwani v. Attorney General of Canada (Ont.), 28539, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Jaminer v. City of Vancouver (B.C.), 28620, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Johnson v. Lester B. Pearson School Board (Que.), 28166, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Johnson v. The Queen (Ont.), 28549, notice of discontinuance filed, 27.9.01, avis de désistement produit.

JTI-MacDonald Corp. c. Conseil Québécois sur le tabac et la santé (Qué.), 28336, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

K.P.N. Holding Ltd. v. West Shore Ventures Ltd. (B.C.), 28649, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Kendarji c. Commission des lésions professionnelles (Qué.), 28446, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Khan v. The Queen (B.C.) (Crim.), 28466, leave to appeal dismissed, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Klein v. Decock (Alta.), 27980, notice of discontinuance filed, 10.9.01, avis de désistement produit.

Koszil v. Bank Canadian National (B.C.), 28535, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Krewenchuk v. The Queen (B.C.) (Crim.), 28664, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Lacroix v. Dino's T.V. Ltd. (Ont.), 28513, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Lang Michener v. United Grain Growers Ltd. (F.C.), 28544, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Lauzon v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28555, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Law Society of New Brunswick v. Ryan (N.B.), 28639, leave to appeal granted, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

Lawrence v. The Queen (N.S.) (Crim.), 28572, leave to appeal dismissed, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Lees v. The Queen (B.C.) (Crim.), 28499, leave to appeal dismissed, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Lessard c. Gaudet (Qué.), 28318, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Lipscomb v. Clark-McMunagle (F.C.), 28611, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Losier c. Trust La Laurentienne du Canada Inc. (Qué.), 28456, notice of discontinuance filed, 16.7.01, avis de désistement produit.

MacCulloch v. Stewart McInnes & McInnes Cooper & Robertson (N.S.), 28463, leave to appeal dismissed with costs, 23.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

MacIver v. The Queen (Man.) (Crim.), 28217, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Macklin v. The Queen (Alta.) (Crim.), 28690, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Madsen v. The Queen (F.C.), 28439, leave to appeal dismissed with costs, 23.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Mailhot c. Ville du Lac Etchemin (Qué.), 28340, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Marchand v. Public General Hospital of Chatham (Ont.), 28379, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Matte c. La Reine (Qué.) (Crim.), 28488, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Mayville c. Nortel (Qué.), 28511, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Mayville c. Union canadienne des travailleurs en communication (unité 4) (Qué.), 28509, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

McLean v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 28498, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Melinte v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 28371, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Millette c. Revenu Canada (C.F.), 28627, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Millette c. Sous-ministre du Revenu du Québec (Qué.), 28277, leave to appeal dismissed, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Minister of Labour for Ontario v. Canadian Union of Public Employees (Ont.), 28396, leave to appeal granted, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

Moneta Porcupine Mines Ltd. v. Gryba (Ont.), 28429, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Monteferrante Tardi v. Caisse Populaire d'Outremont (Que.), 28325, leave to appeal dismissed, 5.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Morand c. Procureur général du Québec (Qué.), 28257, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Mullen v. City of Flin Flon (Man.), 28410, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

N.T. v. Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (Ont.), 28640, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

National Bank of Canada v. Western Surety Co. (N.B.), 28517, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Nu-Pharm Inc. v. Minister of Health and Social Services (Que.), 28247, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Oasis Mont-Royal Ltée c. Ville de Gatineau (Qué.), 28412, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

ORC Management Ltd. v. Infinite Maintenance Systems Ltd. (Ont.), 28445, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Oxford Building Maintenance Engineering v. The Queen (F.C.), 28331, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Pal v. Opoku (Ont.), 28075, notice of discontinuance filed, 4.9.01, avis de désistement produit.

Paquette c. Delfosse (Qué.), 28490, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Pasquan v. The Queen (F.C.), 28478, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Petro-Canada v. Corporation of the District of North Vancouver (B.C.), 28608, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc. (F.C.), 28453, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Pierre Landry Électrique Inc. c. Commission de la construction du Québec (Qué.), 28419, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Plante c. La Reine (Qué.) (Crim.), 28634, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Plucinski v. Mackenzie (B.C.), 28512, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Pluzak v. Gerling Global Life Insurance Co. (Ont.), 28442, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Pollock v. Rural Municipality of Cartier (Man.), 28618, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Procureure générale du Québec c. Syndicat du personnel de l'enseignement du Nord de la Capitale (Qué.), 28431, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Provigo Distribution Inc. c. Ville de St-Léonard (Qué.), 28460, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

R. v. Briggs (Ont.) (Crim.), 28527, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

R. v. Dahl (Alta.) (Crim.), 28638, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

R. v. F.R. (Nfld.) (Crim.), 28564, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

R. c. Roux (Qué.) (Crim.), 28559, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

R. v. Terry Claus and Bay-Walsh Ltd. (Ont.) (Crim.), 28384, notice of discontinuance filed, 26.9.01, avis de désistement produit.

R. in Right of Alberta v. Ell (Alta.), 28261, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

R. in Right of Ontario v. Sutts, Strosberg LLP (Ont.), 28534, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Resurgence Asset Management LCC v. Canadian Airlines Corp. (Alta.), 28388, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Royal-Black c. Procureur général du Québec (Qué.), 28390, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Royal Canadian Mounted Police v. The Queen (N.S.), 28500, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Salomon v. The Queen (Que.) (Crim.), 28568, leave to appeal dismissed, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Sapara v. The Queen (Alta.) (Crim.), 28583, leave to appeal dismissed, 5.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW – Canada) (Sask.), 28406, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Scarlett v. The Queen (B.C.), 28597, leave to appeal dismissed, 5.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Schneider National Carriers Ltd. v. Fowler (N.S.), 28626, notice of discontinuance filed, 17.7.01, avis de désistement produit.

Schreiber v. Federal Republic of Germany (Ont.), 28543, leave to appeal granted, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

Servier Canada Inc. v. Wilson (Ont.), 28380, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Shanahan v. Russell (Ont.), 28428, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Sicotte c. Zurich du Canada Compagnie d'assurance-vie (Qué.), 28279, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Siemens v. Attorney General of Manitoba (Man.), 28416, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

Société de l'assurance automobile du Québec c. Viger (Qué.), 28221, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

St-Amand c. Villeneuve (Qué.), 28229, leave to appeal dismissed, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Superior Propane Inc. v. Commissioner of Competition (F.C.), 28593, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Susin v. Chapman (Ont.), 28401, leave to appeal dismissed with costs, 5.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Syndicat des employés de SPC (CNTU) c. Labelle (Qué.), 28219, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Syndicat des employé-es de l'hôpital St-Sacrement c. Centre hospitalier affilié universitaire de Québec, pavillon St-Sacrement (Qué.), 28312, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Syndicat des professionnels-les du CLSC-Ville/Limoilou (CSN) c. CLSC Basse-Ville/Limoilou (Qué.), 28311, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Syndicat des travailleurs(euses) d'abattoir de volaille de St-Jean-Baptiste c. Corriveau (Qué.), 28321, leave to appeal dismissed, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Tang v. The Queen (B.C.) (Crim.), 28506, leave to appeal dismissed, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Tétreault c. Banque Laurentienne du Canada (Qué.), 28339, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Tiffin v. General Conference of Seventh Day Adventists (Ont.), 28580, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Toronto-Dominion Bank v. Corporation of the City of Hamilton (Ont.), 28561, leave to appeal dismissed with costs, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha ata Toyota Motor Corp. v. Lexus Foods Inc. (F.C.), 28376, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Transport Belmire Inc. c. Société québécoise de développement de la main-d'œuvre (Qué.), 28268, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Transport Robert (1973) Ltée c. Société québécoise de développement de la main-d'œuvre (Qué.), 28270, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Transport Thom Ltée c. Gagnon (C.F.), 28609, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

United Grain Growers Ltd. v. Royal Bank of Canada (Sask.), 28615, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Venn v. The Queen (Ont.), 28408, leave to appeal dismissed, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Ville de Chicoutimi c. Municipalité de canton Tremblay (Qué.), 28305, leave to appeal dismissed with costs, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Visual Education Centre Ltd. v. Grant (Ont.), 28484, leave to appeal dismissed with costs, 5.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Vosko v. Goldwater (Que.), 28437, leave to appeal dismissed with costs, 16.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Weeks v. The Queen (F.C.), 28421, leave to appeal dismissed with costs, 30.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Weinberg v. Grey/Bruce Humane Society (Ont.), 28354, leave to appeal dismissed with costs, 9.8.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Woodley v. Yellowknife Education District No. 1 (N.W.T.), 28530, leave to appeal dismissed with costs, 13.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Yashnev v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28661, leave to appeal dismissed, 20.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Zarzour c. La Reine (C.F.), 28438, leave to appeal dismissed with costs, 12.7.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Zellers Inc. - Val D'or No 467 c. Lalonde, ès qualités de Commissaire du travail (Qué.), 28485, leave to appeal dismissed with costs, 27.9.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Zinck v. The Queen (N.B.) (Crim.), 28367, leave to appeal granted, 6.9.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

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

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town) 241
671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc. 983
2858-0702 Québec Inc., Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 743

A

Ainsworth Technologies Inc., Danyluk v. 460
Arcuri, R. v. 828
Attorney General see also "Canada" or the name of province

B

BC Tel, McKinley v. 161
Berendsen v. Ontario 849
Boston v. Boston 413
Bouchard, Marcoux v. 726
British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch), Ocean Port Hotel Ltd. v. 781

C

Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc. 100
Canada, Ludco Enterprises Ltd. v. 1082
Canada, Ludmer v. 1082
Canada, Singleton v. 1046
Chrétien, Fortin v. 500
Commission see also "Canada" or the name of province

PAGE

Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission) 132
Commonwealth Insurance Co., Monenco Ltd. v. 699
CUPE, Local 2589, Sept-Îles (City) v. 670

D

D.R., R. v. 804
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc. 460
Distinction Service D'entretien Inc. v. United Food and Commercial Workers International Union, Local 500 565
Dutton, Western Canadian Shopping Centres Inc. v. 534

E

E. (T.), V. (K.) v. 1014
Edwards, Van de Perre v. 1014
Ellis-Don Construction Ltd., Naylor Group Inc. v. 943

F

Fortin v. Chrétien 500

H

Hudson (Town), 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. 241

I

Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500 565

PAGE

Ivanhoe Inc. v. United Food and Commercial Workers International Union, Local 500 565

K

K.V. v. T.E. 1014

L

Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc. 743
Ludco Enterprises Ltd. v. Canada 1082
Ludco Enterprises Ltd. v. M.N.R. 1082
Ludmer v. Canada 1082
Ludmer v. M.N.R. 1082
Ludmer v. Minister of National Revenue 1082

M

M.N.R., Ludco Enterprises Ltd. v. 1082
M.N.R., Ludmer v. 1082
Marcoux v. Bouchard 726
Mattel Canada Inc., Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. 100
McKinley v. BC Tel 161
Minister see also "Canada" or the name of province
Minister of National Revenue, Ludmer v. 1082
Minister of National Revenue, Singleton v. 1046
Monenco Ltd. v. Commonwealth Insurance Co. 699
Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services) 281

N

Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd. 943
Noël v. Société d'énergie de la Baie James 207

O

Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) 781
Office see also "Canada" or the name of province
Olivier, Saint-Romuald (City) v. 898

PAGE

Ontario (Securities Commission), Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. 132
Ontario, Berendsen v. 849

P

Pan, R. v. 344

Q

Quebec (Labour Court), Sept-Îles (City) v. 670
Quebec (Minister of Health and Social Services), Mount Sinai Hospital Center v. 281
Queen see also "R."

R

R., Singleton v. 1046
R. v. Arcuri 828
R. v. D.R. 804
R. v. Pan 344
R. v. Russell 804
R. v. Sawyer 344
R. v. Ulybel Enterprises Ltd. 867
Russell, R. v. 804

S

Sagaz Industries Canada Inc., 671122 Ontario Ltd. v. 983
Saint-Romuald (City) v. Olivier 898
Sawyer, R. v. 344
Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court) 670
Sept-Îles (City) v. CUPE, Local 2589 670
Singleton v. Canada 1046
Singleton v. Minister of National Revenue 1046
Singleton v. R. 1046
Singleton v. The Queen 1046
Société d'énergie de la Baie James, Noël v. 207

T

T.E., K.V. v. 1014
The Queen see also "R."
The Queen, Singleton v. 1046

PAGE

Therrien (Re) 3

U

Union see also under abbreviated name
UFCW, Local 500, Ivanhoe Inc. v. 565
Ulybel Enterprises Ltd., R. v. 867
United Food and Commercial Workers International Union, Local 500, Distinction Service D'entretien Inc. v. 565
United Food and Commercial Workers International Union, Local 500, Ivanhoe Inc. v. 565

PAGE

V

V. (K.) v. E. (T) 1014
Van de Perre v. Edwards 1014

W

Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton 534

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

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville) 241
671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc. 983
2858-0702 Québec Inc., Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 743

A

Ainsworth Technologies Inc., Danyluk c. 460
Arcuri, R. c. 828

B

BC Tel, McKinley c. 161
Berendsen c. Ontario 849
Boston c. Boston 413
Bouchard, Marcoux c. 726

C

Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc. 100
Canada, Entreprises Ludco Ltée c. 1082
Canada, Ludmer c. 1082
Canada, Singleton c. 1046
Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux) 281
Chrétien, Fortin c. 500
Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch), Ocean Port Hotel Ltd. c. 781
Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières) 132
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province
Commonwealth Insurance Co., Monenco Ltd. c. 699

D

D.R., R. c. 804
Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc. 460
Distinction Service D'entretien Inc. c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 565
Dutton, Western Canadian Shopping Centres Inc. c. 534

E

E. (T.), V. (K.) c. 1014
Edwards, Van de Perre c. 1014
Ellis-Don Construction Ltd., Naylor Group Inc. c. 943
Entreprises Ludco Ltée c. Canada 1082
Entreprises Ludco Ltée c. M.R.N. 1082

F

Fortin c. Chrétien 500

H

Hudson (Ville), 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. 241

PAGE

I

Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500 565
Ivanhoe Inc. c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 565

K

K.V. c. T.E. 1014

L

La Reine voir aussi «R.»
La Reine, Singleton c. 1046
Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc. 743
Ludmer c. Canada 1082
Ludmer c. M.R.N. 1082
Ludmer c. Ministre du Revenu national 1082

M

M.R.N., Entreprises Ludco Ltée c. 1082
M.R.N., Ludmer c. 1082
Marcoux c. Bouchard 726
Mattel Canada Inc., Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. 100
McKinley c. BC Tel 161
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province
Ministre du Revenue national, Ludmer c. 1082
Ministre du Revenue National, Singleton c. 1046
Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co. 699

N

Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd. 943
Noël c. Société d'énergie de la Baie James 207

PAGE

O

Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) 781
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province
Olivier, Saint-Romuald (Ville) c. 898
Ontario (Commission des valeurs mobilières), Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. 132
Ontario, Berendsen c. 849

P

Pan, R. c. 344
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province

Q

Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux), Centre hospitalier Mont-Sinaï c. 281
Québec (Tribunal du travail), Sept-Îles (Ville) c. 670

R

Reine voir aussi «R.»
R., Singleton c. 1046
R. c. Arcuri 828
R. c. D.R. 804
R. c. Pan 344
R. c. Russell 804
R. c. Sawyer 344
R. c. Ulybel Enterprises Ltd. 867
Russell, R. c. 804

S

Sagaz Industries Canada Inc., 671122 Ontario Ltd. c. 983
Saint-Romuald (Ville) c. Olivier 898
Sawyer, R. c. 344
SCFP, section locale 2589, Sept-Îles (Ville) c. ... 670

PAGE

Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail) 670
Sept-Îles (Ville) c. SCFP, section locale 2589 670
Singleton c. Canada 1046
Singleton c. Ministre du Revenue National 1046
Singleton c. R. 1046
Singleton c. La Reine 1046
Société d'énergie de la Baie James, Noël c. 207
Syndicat voir aussi sous nom abrégé

T

T.E., K.V. c. 1014
Therrien (Re) 3
TUAC, section locale 500, Ivanhoe Inc. c. 565
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500, Distinction Service D'entretien Inc. c. 565
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500, Ivanhoe Inc. c. 565

PAGE

U

Ulybel Enterprises Ltd., R. c. 867

V

V. (K.) c. E. (T) 1014
Van de Perre c. Edwards 1014

W

Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton 534

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	[1996] 3 R.C.S. 919	59, 787
353850 Alberta Ltd. v. Horne & Pitfield Foods Ltd.	[1989] A.J. No. 652 (QL)	543
382671 Ontario Ltd. c. London (City) Chief Building Official	(1996), 32 M.P.L.R. (2d) 1	913
538745 Ontario Inc. v. Windsor (City)	(1988), 64 O.R. (2d) 38	940
65302 British Columbia Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 804	120, 1100

A

A. (L.L.) v. B. (A.)	[1995] 4 S.C.R. 536	32
A.P. Pollution Control Board v. Nayudu,	1999 S.O.L. Case No. 53	267
Adam c. Daniel Roy Ltée	[1983] 1 R.C.S. 683	611
Administrator, Transvaal v. Traub	1989 (4) SA 731	301
Ajax (Town) v. CAW, Local 222	[2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23	235, 594, 648, 692
Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222	[2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23	235, 594, 648, 692
Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 963	1071, 1100
Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 963	1071, 1100
Alderman v. North Shore Studio Management Ltd.	[1997] 5 W.W.R. 535	485
Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)	[1993] 4 S.C.R. 371	265
Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec	[1953] 2 R.C.S. 140	223
Aluma Systems Canada Inc.	[1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL)	959
Amos v. Insurance Corp. of British Columbia	[1995] 3 S.C.R. 405	885
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	978
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	530
Angle c. Ministre du Revenu national	[1975] 2 R.C.S. 248	474
Angle v. Minister of National Revenue	[1975] 2 S.C.R. 248	474
Anjou (Ville d') c. Vanier, C.A. Montréal	nº 500-09-001305-788	911, 930
Anonymous Case	Lib. Assisarum 41, 11, 1367	395
Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)	[1994] 1 C.F. 742	343
Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)	[1994] 3 R.C.S. 1100	298

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)	[2000] 4 C.F. 264	306
Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)	[1994] 1 F.C. 742	343
Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)	[1994] 3 S.C.R. 1100	298
Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)	[2000] 4 F.C. 264	306
Appleby c. Erie Tobacco Co.	(1910), 22 O.L.R. 533	907
Arnold v. National Westminster Bank plc	[1991] 3 All E.R. 41	493
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)	[1990] 3 R.C.S. 1170	297
Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.	[1948] 1 K.B. 223	313
Association des hôpitaux du Québec c. Fondation pour le cancer de la prostate, Centre hospitalier de l'Université Laval	[2000] R.R.A. 78	714
Attorney General for Ontario v. City of Mississauga	(1981), 15 M.P.L.R. 212	270
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	514
Attorney General of Quebec v. Farrah	[1978] 2 S.C.R. 638	223, 762
Attorney-General (NSW) v. Quin	(1990), 64 A.L.J.R. 327	300
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 127	798
Attorney-General for Ontario v. Palmer	(1979), 28 O.R. (2d) 35	857
Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.	[1998] 1 R.C.S. 591	775
Aurchem Exploration Ltd. v. Canada	(1992), 91 D.L.R. (4th) 710	297

B

Backman v. Canada	[2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10	1066, 1106
Bacon v. McBride	(1984), 5 C.C.L.I. 146	713
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	58, 114, 266, 297, 337
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	58, 114, 266, 297, 337
Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1989] 2 R.C.S. 1069	544
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	268
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121	268
Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce	[1984] 1 R.C.S. 269	630
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 R.C.S. 411	1100
Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéroastronautique, section locale 2235	[1972] T.T. 1	596
Barry v. Barchi	443 U.S. 55 (1979)	296
Bathurst Paper Ltd. c. Ministre des Affaires municipales du Nouveau-Brunswick	[1972] R.C.S. 471	886
Bathurst Paper Ltd. v. Minister of Municipal Affairs of New Brunswick	[1972] S.C.R. 471	885
Bawolak v. Exroy Resources Ltd.	[1993] R.D.J. 192	307
Bazley v. Curry	[1999] 2 S.C.R. 534	996
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56	47, 271, 794
Becotte c. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301	[1979] T.T. 231	231

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	115
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722	115
Bell v. Miller	(1862), 9 Gr. 385	475
Bell v. Wood	[1927] 1 W.W.R. 580	552
Belleville (Town of) c. Parrillo's, Inc.	416 A.2d 388 (1980)	918
Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1989] 3 C.F. 16	297
Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1989] 3 F.C. 16	297
Berardinelli v. Ontario Housing Corp.	[1979] 1 S.C.R. 275	859
Bernard c. Belœil (Ville de)	C.A. Montréal, nº 500-09-000857-896, 29 novembre 1990, J.E. 91-20	929
Best v. Best	[1999] 2 S.C.R. 868	428
Blackburn v. Victory Credit Union Ltd.	(1998), 36 C.C.E.L. (2d) 94	179
Bloomfield v. Saskatchewan (Minister of Health)	[1986] S.J. No. 675 (QL)	300
Borins c. Toronto (City)	(1988), 50 R.P.R. 43	913
Boston Deep Sea Fishing and Ice Co. v. Ansell	(1888), 39 Ch. D. 339	183
Bourse de Montréal c. Scotia McLeod Inc.	[1991] R.D.J. 626	753
Boykiw c. Calgary (City) Development Appeal Board	(1992), 90 D.L.R. (4th) 558	908
Bracklow v. Bracklow	[1999] 1 S.C.R. 420	447
Bradford Corp. v. Myers	[1916] 1 A.C. 242	858
Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund	(1999), 176 N.S.R. (2d) 173	481
Bridgewater (Town of) c. Chuckran	217 N.E.2d 726 (1966)	918
British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.	(1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1	481
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	205
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)	[1999] 3 S.C.R. 868	205
British Columbia Lottery Corp. v. Vancouver (City)	(1999), 169 D.L.R. (4th) 141	270
Bronfman Trust c. La Reine	[1987] 1 R.C.S. 32	1055, 1066, 1087
Bronfman Trust v. The Queen	[1987] 1 S.C.R. 32	1055, 1066, 1087
Brosseau v. Alberta Securities Commission	[1989] 1 S.C.R. 301	794
Butler v. Canadian National Railways	[1939] 3 W.W.R. 625	181
Butt v. Butt	(1989), 22 R.F.L. (3d) 415	430
Bywater v. Toronto Transit Commission	(1998), 27 C.P.C. (4th) 172	554

C

C.W.C. v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 F.C. 643	341
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983	235
Calgary Power Ltd. v. Copithorne	[1959] S.C.R. 24	293
Campbell v. Campbell	(1998), 40 R.F.L. (4th) 462	433
Campbellton (City) v. Thompson	(1994), 151 N.B.R. (2d) 1	916

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)	[1997] 3 S.C.R. 440	60
Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)	[1996] 3 F.C. 259	306
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941	593
Canada (Attorney General) v. Purcell	[1996] 1 F.C. 644	293
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	114, 146
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	114, 146
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass	[1997] 3 S.C.R. 391	37
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass	[1997] 3 R.C.S. 391	37
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941	593
Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)	[1996] 3 C.F. 259	306
Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)	[1997] 3 S.C.R. 440	60
Canada (Procureur général) c. Purcell	[1996] 1 C.F. 644	293
Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise — M.R.N.) c. Schrader Automotive Inc.	[1999] A.C.F. nº 331 (QL)	117
Canada (Sous-ministre du Revenu national — M.R.N.) c. Harbour Sales (Windsor) Inc.	[1995] A.C.F. nº 173 (QL)	117
Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454	[1998] 1 R.C.S. 1079	235
Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue	[1957] S.C.R. 717	1074
Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454	[1998] 1 S.C.R. 1079	235
Canada v. Antosko	[1994] 2 S.C.R. 312	1100
Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission	[1979] 2 S.C.R. 618	764
Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon	[1984] 1 S.C.R. 509	228
Canadian National Railway Co. v. Fraser-Fort George (Regional District)	(1996), 140 D.L.R. (4th) 23	314
Canadian Occidental Petroleum Ltd. c. District of North Vancouver	(1983), 148 D.L.R. (3d) 255	908
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711	966
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	[1995] 1 S.C.R. 3	788
Canadian Superior Oil Ltd. v. Paddon-Hughes Development Co.	[1970] S.C.R. 932	294
Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp	[1979] 2 S.C.R. 227	593
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	[1995] 1 R.C.S. 3	788
Canderel Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 147	1101
Canderel Ltée c. Canada	[1998] 1 R.C.S. 147	1101
Cape Resort Hotels, Inc. c. Alcoholic Licensing Board of Falmouth	431 N.E.2d 213 (1982)	918
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent	[1985] 2 R.C.S. 643	58, 297
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	58, 297
Carter v. Carter	(1998), 42 R.F.L. (4th) 314	456
Cass. civ. 1re, 16 décembre 1992	Bull. civ. X, nº 316	524
Cass. civ. 1re, December 16, 1992	Bull. civ. X, No. 316	524
Cass. civ. 2e, 11 mars 1992	Bull. civ. III, nº 79	524
Cass. civ. 2e, March 11, 1992	Bull. civ. III, No. 79	524

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Central Jewish Institute v. City of Toronto	[1948] S.C.R. 101	911, 929
Centrale de Chauffage enr. c. Syndicat des employés des Institutions religieuses de Chicoutimi inc.	[1970] R.D.T. 344	596
Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile c. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300	[1982] T.T. 340	637
Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)	[1996] 3 R.C.S. 84	594
Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail	[1990] 1 R.C.S. 1330	232
Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court	[1990] 1 S.C.R. 1330	232
Chancey v. May	(1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265	546
Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales	[1978] C.S. 30	343
Charpentier c. Ville de Lemoyne	[1975] C.A. 870	763
Chutes-de-la-Chaudière (Municipalité régionale de comté des) c. Compagnie 1846-0832 Québec Inc.	[1994] R.J.Q. 618	927
City of London v. Richmond	(1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870	547
Clarke v. St. Helens Borough Council	(1915), 85 L.J.K.B. 17	858
Clayton v. British American Securities Ltd.	[1934] 3 W.W.R. 257	1010
Cleveland Board of Education v. Loudermill	470 U.S. 532 (1985)	296
Clouston & Co. v. Corry	[1906] A.C. 122	177
Co-operators Insurance Association v. Kearney	[1965] S.C.R. 106	994
Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou c. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou, T.T., nº 200-28-000041-90,	11 octobre 1990	606
Collinson v. William E. Coutts Co.	[1995] B.C.J. No. 2766 (QL)	205
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)	[1999] 3 R.C.S. 868	205
Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger	934 P.2d 909 (1997)	715
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)	[1997] 1 R.C.S. 12	308, 339
Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	[1997] 1 S.C.R. 12	308, 339
Comité d'appel du bureau provincial de médecine c. Chèvrefils	[1974] C.A. 123	225
Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)	[2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37	114
Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price Ltée	J.E. 81-866	89
Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport	[1981] C.P. 292	89
Commission hydro-électrique de Kenora (ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.	[1994] 1 R.C.S. 80	308
Commission scolaire Laurenval c. Lalonde	[1997] R.J.Q. 983	607
Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)	[2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37	113

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. c. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277	D.T.E. 92T-1043	606
Conforti c. City of Manchester	677 A.2d 147 (1996)	918
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15	[1997] 1 R.C.S. 487	594
Continental Bank Leasing Corp. v. Canada	[1998] 2 S.C.R. 298	1055, 1106
Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie c. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie	D.T.E. 87T-300	606
Crevier c. Procureur général du Québec	[1981] 2 R.C.S. 220	223, 762
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	223, 762
Curley v. United States	160 F.2d 229 (1947)	841

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	31
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp	[1994] 3 S.C.R. 835	31
Danis v. Saumure	[1956] S.C.R. 403	373
Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council	[1956] A.C. 696	968
Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell	[1999] 3 R.C.S. 281	856
Distribution Réal Chagnon inc. c. Prud'homme, J.E. 90-1027		635
Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson	[1999] 2 R.C.S. 753	632
Dolman v. Dolman	(1998), 38 R.F.L. (4th) 362	456
Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)	[1993] 2 R.C.S. 756	237, 608
Dougherty v. Bathurst Golf Association Ltd.	(1997), 189 N.B.R. (2d) 230	181
Droit de la famille — 1688	[1992] R.J.Q. 2797	450
Drummond-Jackson v. British Medical Association	[1970] 1 All E.R. 1094	557
Dubé c. Beaulieu	C.Q. Beauharnois, nº 760-22-000024-979, 25 juin 1997	527
Dubois c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 350	82, 815
Dubois v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 366	82, 815
Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 795	1102
Duke of Bedford v. Ellis	[1901] A.C. 1	548
Dunn v. M.N.R.	74 D.T.C. 1121	1068

E

E.C. McAfee Co. v. United States	842 F.2d 314 (1988)	119
East Barnet Urban District Council c. British Transport Commission	[1962] 2 Q.B. 484	918
Edwards v. Metropolitan Water Board	[1922] 1 K.B. 291	858
Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[2001] 1 R.C.S. 221, 2001 CSC 4	955
Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	[2001] 1 S.C.R. 221, 2001 SCC 4	955

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Emballages industriels Vulcan ltée c. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106	[1991] T.T. 29	636
Entrepôts Schenker ltée c. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766	[1981] T.T. 420	596
Entreprises Chando-net enr. c. Morin	C.S. Québec, nº 200-05-002218-928, 23 décembre 1992	607
Entreprises Chando-net enr. c. Union des employées et employés de service, section locale 800	[1992] T.T. 620	604
Entreprises Ludco Ltée c. Canada	[2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 SCC 62	1062
Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy	[1987] R.J.Q. 2331	641, 662
Epoch v. Beaver Lumber Co.	(1997), 45 C.C.E.L. (2d) 135	182
États-Unis d'Amérique c. Shephard	[1977] 2 R.C.S. 1067	836
Evans v. Sobeys Capital Inc.	(1995), 15 C.C.E.L. (2d) 197	186

F

Farwell c. La Reine	(1894), 22 R.C.S. 553	474
Farwell v. The Queen	(1894), 22 S.C.R. 553	474
Federal Supply and Cold Storage Co. of South Africa v. Angehrn & Piel	(1910), 80 L.J.P.C. 1	184
Flett v. Flett	(1992), 43 R.F.L. (3d) 24	430
For-Net inc. c. Tribunal du travail	[1992] R.J.Q. 445	607
Forsythe c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 268	815
Forsythe v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 268	815
Fortier c. Thermolec Ltée	[1985] R.D.J. 81	226
François Nolin Ltée c. Commission des relations de travail du Québec	[1968] R.C.S. 168	225
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1985] 2 R.C.S. 455	593
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455	593
Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal v. City of Montreal	[1980] 1 S.C.R. 740	225
Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal c. Ville de Montréal	[1980] 1 R.C.S. 740	225
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316	115
Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie	[1992] 1 R.C.S. 647	766
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co	[1992] 1 S.C.R. 647	766
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	249
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	249
Friesen v. Canada	[1995] 3 S.C.R. 103	1069, 1100

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
G		
Gagnon c. Prévost	C.S. Terrebonne, nº 700-12-019558-923, 13 mai 1996	510
Gagnon v. Prévost	Sup. Ct. Terrebonne, No. 700-12-019558-923, May 13, 1996	510
Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal	[1992] 2 R.C.S. 499	517
Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.	[1992] 2 S.C.R. 499	517
Gatineau (Ville de) c. Syndicat des cols bleus de Gatineau	[1992] T.T. 599	604
Gendron c. Municipalité de la Baie-James	[1986] 1 R.C.S. 401	233
General Instrument Corp. c. Tee-Comm Electronics Inc.	[1993] R.D.J. 374	753
General Motors of Canada Ltd. v. Naken	[1983] 1 S.C.R. 72	492, 557
General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz	[1979] 1 R.C.S. 790	631
Gilbert Steel Ltd. v. University Construction Ltd.	(1976), 12 O.R. (2d) 19	294
Gingras v. Canada	[1990] 2 F.C. 68	300
Girard c. St-Irénée (Municipalité de)	[2000] R.J.Q. 2689	933
Glenelg (Township) c. Davis	(1992), 10 M.P.L.R. (2d) 260	906
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	159
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21	159
Goodman c. Rossi	(1995), 24 O.R. (3d) 359	752
Gordon v. Goertz	[1996] 2 S.C.R. 27	1025
Grainger v. Grainger	(1992), 39 R.F.L. (3d) 101	430
Granger c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada)	[1989] 1 R.C.S. 141	312
Granger v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)	[1989] 1 S.C.R. 141	312
Gravel c. Cité de St-Léonard	[1978] 1 R.C.S. 660	886
Gravel v. City of St-Léonard	[1978] 1 S.C.R. 660	885
Gray Coach Lines Ltd. v. Payne	[1945] S.C.R. 614	191
Greenwood v. Atherton	[1939] 1 K.B. 388	858
Griffiths v. Smith	[1941] A.C. 170	858
Groupe des ex-salariés de Transbéton c. Groupe des ex-salariés de Transmix	[1999] R.J.D.T. 513	636
Guarantee Co. of North America c. Caisse populaire de Shippagan Ltée	(1988), 86 R.N.-B. (2e) 342	553
Guay v. Lafleur	[1965] S.C.R. 12	484
Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon	[1984] 1 R.C.S. 509	228
H		
H. (D.) v. M. (H.)	[1997] B.C.J. No. 2144 (QL)	1037
Haley and Canadian Airlines Employees' Association	(1981), 41 di 311	232
Haley et l'Association canadienne des employés du transport aérien	(1981), 41 di 311	232
Hamelin v. Davis	(1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112	475

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Hamstra (Guardian Ad Litem of) v. British Columbia Rugby Union	[1997] 1 S.C.R. 1092	1009
Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union	[1997] 1 R.C.S. 1092	1009
Haoucher v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs	(1990), 19 A.L.D. 577	304
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	486
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	486
Harman c. Secretary of State for the Home Department	[1983] A.C. 280	752
Harris Steel Group Inc. v. M.N.R.	85 D.T.C. 5140	1069
Hawkshaw c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 668	816
Hawkshaw v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 668	816
Hémond c. Coopérative fédérée du Québec	[1989] 2 R.C.S. 962	229
Heutinck c. Oakland (Township)	(1997), 42 M.P.L.R. (2d) 258	906
Heynen v. Frito-Lay Canada Ltd.	(1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183	485
Hickey v. Hickey	[1999] 2 S.C.R. 51	441, 1022
Hickman Motors Ltd. v. Canada	[1997] 2 S.C.R. 336	1102
Hill c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)	[1997] 1 R.C.S. 69	295
Hill v. Dow Chemical Canada Inc.	(1993), 11 Alta. L.R. (3d) 66	180
Hill v. Nova Scotia (Attorney General)	[1997] 1 S.C.R. 69	295
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377	545
Holloway v. Encor Energy Corp.	(1991), 93 Sask. R. 226	182
Hoogendoorn v. Greening Metal Products and Screening Equipment Co.	[1968] R.C.S. 30	39
Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. c. Perron	[1979] C.A. 567	736
Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent	[1978] 1 S.C.R. 605	1000
Horne v. Canada (Attorney General)	(1995), 129 Nfld. & P.E.I.R. 109	553
Horton v. Niagara (Regional Municipality)	(1987), 9 C.H.R.R. D/4611	202
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959	544
Huot c. L'Ange-Gardien (Municipalité de)	[1992] R.J.Q. 2404	911, 929
Huot v. St-Jérôme (Ville de)	J.E. 93-1052	271
Hutchison v. Hutchison	(1998), 38 R.F.L. (4th) 377	433
Hutfield v. Fort Saskatchewan General Hospital District No. 98 Board	(1986), 49 Alta. L.R. (2d) 256	298
Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.	[1988] 1 R.C.S. 1087	968

I

Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	223
In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Biega v. Druker	[1982] C.A. 181	517
Innisfil (Corporation of the Township of) v. Corporation of the Township of Vespra	[1981] 2 S.C.R. 145	794
Innisfil (Municipalité du canton d') c. Municipalité du canton de Vespra	[1981] 2 R.C.S. 145	794
International Capital Corp. v. Schafer	(1995), 130 Sask. R. 23	553
Iron v. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)	[1993] 6 W.W.R. 1	499
Iurincic v. Iurincic	(1998), 40 R.F.L. (4th) 258	453

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500	[2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47	675, 692
Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500	[2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47	675, 692

J

J.R. v. D.W.	[1992] B.C.J. No. 1610 (QL)	1045
Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900	[1975] T.T. 125	596
Jacobi v. Griffiths	[1999] 2 S.C.R. 570	996
Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du théâtre du Nouveau-Monde	[1979] C.A. 491	226
Jewitt v. Prism Resources Ltd.	(1981), 30 B.C.L.R. 43	180
Justason v. Cox Radio & T.V. Ltd.	(1997), 190 N.B.R. (2d) 228	182

K

Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique	[1980] 1 R.C.S. 1105	794
Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia	[1980] 1 S.C.R. 1105	794
Katz v. Vancouver Stock Exchange	[1996] 3 S.C.R. 405	793
Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.	[1994] 1 S.C.R. 80	308
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87	1045
Kiss c. Phil Dennis Enterprises Ltd.	(1974), 46 D.L.R. (3d) 196	912
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	299
Korte v. Deloitte, Haskins & Sells	(1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337	544
Kuchma v. Rural Municipality of Tache	[1945] S.C.R. 234	261
Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.	(1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1	756

L

L. (A.) v. K. (D.)	(2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455	1024
La Reine c. Golden	[1986] 1 R.C.S. 209	1069
La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 R.C.S. 111	958
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574	545
Ladd v. Marshall	[1954] 1 W.L.R. 1489	1011
Lady Davis v. Royal Trust Co.	[1932] S.C.R. 203	32
Lafontaine (Municipalité du Village) c. Ouellette	[1976] C.S. 1488	929
Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner	[1961] S.C.R. 553	188
Lang v. Pollard	[1957] S.C.R. 858	978
Langley v. North West Water Authority	[1991] 3 All E.R. 610	552
Lapointe c. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 R.C.S. 351	736
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)	[1989] 1 R.C.S. 705	978
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)	[1989] 1 S.C.R. 705	978
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	86

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Law Society of Upper Canada v. Barrie (City)	(2000), 46 O.R. (3d) 620	271
Law Society of Upper Canada v. French	[1975] 2 S.C.R. 767	793
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	86
Laws v. London Chronicle, Ltd.	[1959] 2 All E.R. 285	178
Lazarov c. Canada (Secrétaire d'État)	[1973] C.F. 927	314
Lazarov v. Canada (Secretary of State)	[1973] F.C. 927	314
Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung	[1990] 2 A.C. 374	1003
Lee v. OCCO Developments Ltd.	(1994), 148 N.B.R. (2d) 321	553
LeMoine v. LeMoine	(1997), 185 N.B.R. (2d) 173	456
Lessard v. Gare d'autobus de Sherbrooke ltée	J.E. 94-1854	214
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740	[1990] 3 R.C.S. 644	593, 648, 683, 693
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740	[1990] 3 S.C.R. 644	593, 648, 683, 693
Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) London Borough Council	[1971] 1 Q.B. 222	308
Linton v. Linton	(1990), 1 O.R. (3d) 1	430, 456
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.	[1992] 3 S.C.R. 299	992
Lordon v. Pitman	(1980), 33 N.B.R. (2d) 23	916
Luc Construction inc. c. Syndicat des employés de Ville de Brossard	[1992] T.T. 589	609
Ludco Enterprises Ltd. v. Canada	[2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62	1062
Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)	(1992), 9 C.R.R. (2d) 149	38
Luitjens v. Canada (Secretary of State)	(1992), 9 C.R.R. (2d) 149	38

M

M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba	[1999] 2 R.C.S. 961	268, 275
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961	268, 275
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	802
M.J. Peddlesden Ltd. v. Liddell Construction Ltd.	(1981), 128 D.L.R. (3d) 360	962
M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée	[1999] 1 R.C.S. 619	961
M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.	[1999] 1 S.C.R. 619	961
Machado v. Pratt & Whitney Canada Inc.	(1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132	485
Machin v. Tomlinson	(2000), 194 D.L.R. (4th) 326	475
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 S.C.R. 986	189
Macievich c. Anderson	[1952] 4 D.L.R. 507	908
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796	371
MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia (Minister of Forests)	[1984] 3 W.W.R. 270	314
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	[1995] 4 S.C.R. 725	223, 762
MacNaughton v. Sears Canada Inc.	(1997), 186 N.B.R. (2d) 384	180
Magdalena's Rest Home Ltd. c. Etobicoke (City)	(1992), 12 M.P.L.R. (2d) 316	913
Maison L'Intégrale inc. c. Tribunal du travail	[1996] R.J.Q. 859	591, 682
Malartic Hygrade Gold Mines (Québec) Ltd. c. R. (Québec)	[1982] C.S. 1146	521
Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec	(1982), 142 D.L.R. (3d) 512, [1982] C.S. 1146	521

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada	[1982] 2 S.C.R. 2	315
Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada	[1991] 2 S.C.R. 50	310
Marathon-Delco Inc.	[2000] O.L.R.D. No. 542 (QL)	970
Mark Resources Inc. c. Canada	[1993] A.C.I. nº 265	1066, 1109
Mark Resources Inc. v. The Queen	93 D.T.C. 1004	1066, 1109
Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security	[1968] 3 All E.R. 732	1003
Markt & Co. v. Knight Steamship Co.	[1910] 2 K.B. 1021	548
Martel Building Ltd. v. Canada	[2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60	961
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602	305
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	[1980] 1 S.C.R. 602	305
Marzocco v. City of Albany	629 N.Y.S.2d 847 (1995)	938
Mathews v. Eldridge	424 U.S. 319 (1976)	296
Maurice v. Priel	[1989] 1 S.C.R. 1023	44
Mayer v. J. Conrad Lavigne Ltd.	(1979), 27 O.R. (2d) 129	994
McCannell v. McLean	[1937] S.C.R. 341	191
McCluskey v. Lawtons Drug Stores Ltd.	(1998), 204 N.B.R. (2d) 137	182
McDermid v. Food-Vale Stores (1972) Ltd.	(1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300	968
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough	[1976] 1 S.C.R. 718	229
McGonegal v. Gray	[1952] 2 S.C.R. 274	859
McIntosh v. Parent	[1924] 4 D.L.R. 420	476
McPhillips v. British Columbia Ferry Corp.	(1994), 94 B.C.L.R. (2d) 1	174
Metro Capital Group ltée c. Hamelin	[2000] R.J.D.T. 491	637
Metropolitan Railway Co. v. Jackson	(1877), 3 App. Cas. 193	841
Mezzo c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 802	839
Mezzo v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 802	839
Millette c. 2862-2678 Québec Inc.	C.S. Laval, nº 540-05-002176-968, 27 novembre 1996	527
Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.	(1999), 240 N.R. 381	117
Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand	[1979] 1 S.C.R. 495	793
Minister of National Revenue v. Harbour Sales (Windsor) Inc.	(1995), 90 F.T.R. 317	120
Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh	(1995), 183 C.L.R. 273	305
Ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand	[1979] 1 R.C.S. 495	793
Minott v. O'Shanter Development Co.	(1999), 42 O.R. (3d) 321	491
Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames	[1983] T.T. 227	596, 651
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	447
Moldowan c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 480	1108
Moldowan v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 480	1108
Moncton (City) c. Como	(1990), 103 R.N.-B. (2e) 286	913
Moncton (City) v. Steldon Enterprises Ltd.	(2000), 225 N.B.R. (2d) 11	939
Montreal Tramways Co. c. Léveillé	[1933] R.C.S. 456	632
Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.	[1947] 1 D.L.R. 161	1001
Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 S.C.R. 368	261, 276
Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 R.C.S. 368	261, 276
Montréal (Ville de) c. Bijouterie Lucien Gervais Inc.	[1981] J.M. 21	929

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Morin v. Driscoll College Inc.	[1979] R.P. 198	343
Mulroney c. Canada (Procureur général)	[1996] R.J.Q. 1271	774
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	268, 275
Munyal v. Sears Canada Inc.	(1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58	485

N

Nanaimo (City) c. Brickyard Enterprises Ltd.	[1993] B.C.J. No. 992 (QL)	906
Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13	262, 277
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13	262, 277
Nantais v. Nantais	(1995), 16 R.F.L. (4th) 201	431, 457
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union	[1984] 1 S.C.R. 269	630
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324	116
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	116
Nenn c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 631	293
Nenn v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 631	293
Nepean (City) c. D'Angelo	(1998), 49 M.P.L.R. (2d) 243	920
Neuman c. M.R.N.	[1998] 1 R.C.S. 770	1101
Neuman v. M.N.R.	[1998] 1 S.C.R. 770	1101
Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland	(1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205	552
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)	[1992] 1 R.C.S. 623	801
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)	[1992] 1 S.C.R. 623	801
Nichols v. American Home Assurance Co.	[1990] 1 S.C.R. 801	713
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	58, 297
Nissho Iwai American Corp. v. United States	982 F.2d 505 (1992)	120
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera	[2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24	715
North Western Gas Board v. Manchester Corp.	[1963] 3 All E.R. 442	308
Northern Construction Co. v. Gloge Heating & Plumbing Ltd.	(1986), 19 C.L.R. 281	959

O

O'Connell v. Harkema Express Lines Ltd.	(1982), 141 D.L.R. (3d) 291	968
O'Sullivan Funeral Home Ltd. c. City of Sault Ste. Marie	[1961] O.R. 413	912
Office of Personnel Management v. Richmond	496 U.S. 414 (1990)	308
Old St. Boniface Residents Assn. v. Winnipeg (City)	[1990] 3 S.C.R. 1170	297
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée	[1995] 2 R.C.S. 1031	249
Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)	[2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15	276
Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)	[2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15	276
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1031	249
Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.	(1986), 73 N.B.R. (2d) 389	713
Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.	[1989] 2 S.C.R. 1069	544

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
P		
Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food	[1968] A.C. 997	297
Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 R.C.S. 890	589
Pauzé v. Gauvin	[1954] S.C.R. 15	517
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba	[1991] 2 R.C.S. 869	415
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869	514
Peralta v. Ontario	[1988] 2 S.C.R. 1045	63
Perez v. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.	(1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145	485
Perry v. Sindermann	408 U.S. 593 (1972)	296
Perth (Town) c. Perth Mews Ltd.	(1991), 7 M.P.L.R. (2d) 259	912
Peter Kiewit Sons' Co. v. Eakins Construction Ltd.	[1960] S.C.R. 361	968
Petrogas Processing Ltd. v. Westcoast Transmission Co.	(1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118	968
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	61, 114, 146
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	61, 114, 146
Poucher v. Wilkins	(1915), 33 O.L.R. 125	489
Preston v. British Columbia	(1994), 92 B.C.L.R. (2d) 298	795
Prince Edward Island Museum and Heritage Foundation c. Charlottetown (City)	(1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 56	919
Procureur général de la province de Québec c. Laurendeau	[1985] R.D.J. 513	343
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	514
Procureur général du Québec c. Farrah	[1978] 2 R.C.S. 638	223, 762
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	262, 278
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45	276
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)	[2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45	276
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	114, 152, 589
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	114, 152, 589
Q		
Quebec (Attorney General) v. Girouard	[1988] 2 S.C.R. 254	812
Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours	[1994] 3 R.C.S. 3	1069, 1100
Québec (Procureur général) c. Girouard	[1988] 2 R.C.S. 254	813
R		
R. v. A.G.	[2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17	392
R. c. Clark Bros. & Hughes Ltd.	[1925], 1 D.L.R. 49	909
R. c. Grant	(1983), 23 M.P.L.R. 89	913
R. c. Howard	(1884), 4 O.R. 377	909
R. c. Kelly Landscape Contractors Ltd.	(1980), 13 M.P.L.R. 67	916
R. v. Arkell	[1990] 2 S.C.R. 695	823

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Armstrong	[1922] All E.R. 153	391
R. v. Arthurs, Ex parte Port Arthur Shipbuilding Co.	(1967), 62 D.L.R. (2d) 342	179
R. v. Avetysan	[2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56	397
R. v. Bean	[1991] Crim. L.R. 843	375
R. v. Beauchamp	[2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54	397
R. v. Biniaris	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15	392
R. v. Brandon	(1969), 53 Cr. App. R. 466	375
R. v. Campbell	[1999] 1 S.C.R. 565	401
R. v. Carosella	[1997] 1 S.C.R. 80	401
R. v. Charemski	[1998] 1 S.C.R. 679	811, 836
R. v. Chute	(1997), 160 N.S.R. (2d) 378	881
R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.	[1998] 1 S.C.R. 706	475
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	400
R. v. Corcoran	(1997), 153 Nfld. & P.E.I.R. 318	881
R. v. D. (T.C.)	(1987), 38 C.C.C. (3d) 434	362
R. v. Dyson	[1972] 1 O.R. 744	372
R. v. E. (A.W.)	[1993] 3 S.C.R. 155	372
R. v. Farinacci	(1993), 109 D.L.R. (4th) 97	369
R. v. Find	[2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32	393
R. v. G. (R.M.)	[1996] 3 S.C.R. 362	370
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259	47
R. v. Green	(1987), 36 C.C.C. (3d) 137	810
R. v. Greenbaum	[1993] 1 S.C.R. 674	261, 277
R. v. Hahn	(1995), 62 B.C.A.C. 6	393
R. v. Hasselwander	[1993] 2 S.C.R. 398	820
R. v. Henderson	(1999), 134 C.C.C. (3d) 131	358
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761	820
R. v. Hydro-Québec	[1997] 3 S.C.R. 213	249
R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte M.F.K. Underwriting Agents Ltd.	[1990] 1 W.L.R. 1545	301
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	401
R. v. Kelly	[2001] 1 R.C.S. 741, 2001 SCC 25	38
R. v. Keyowski	[1988] 1 S.C.R. 657	365
R. v. Kirkness	[1990] 3 S.C.R. 74	826
R. v. La	[1997] 2 S.C.R. 680	401
R. v. Lessard	(1992), 74 C.C.C. (3d) 552	393
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	397
R. v. Lippé	[1991] 2 S.C.R. 114	49
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333	474
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711	816
R. v. McClure	[2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14	515
R. v. McCluskey	(1993), 98 Cr. App. R. 216	375
R. v. Mercier	(1973), 12 C.C.C. (2d) 377	376
R. v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd.	[1995] 2 All E.R. 714	300
R. v. Molodowic	[2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16	392

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Monteleone	[1987] 2 S.C.R. 154	839
R. v. Nash	(1949), 94 C.C.C. 288	363
R. v. Nat Bell Liquors Ltd.	[1922] 2 A.C. 128	486
R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan	[2000] 3 All E.R. 850	300
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	401
R. v. Paré	[1987] 2 S.C.R. 618	810
R. v. Perras	(1974), 18 C.C.C. (2d) 47	376
R. v. Putnam	(1991), 93 Cr. App. R. 281	375
R. v. Russell	[2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55	397
R. v. Russell	[2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53	846
R. v. Ryan	(1951), 13 C.R. 363	377
R. v. Sarson	[1996] 2 S.C.R. 223	474
R. v. Savory	(1992), 108 N.S.R. (2d) 245	881
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	389
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan	[1984] 1 W.L.R. 1337	300
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock	[1987] 1 All E.R. 518	300
R. v. Sharma	[1993] 1 S.C.R. 650	258, 276
R. v. Sherratt	[1991] 1 S.C.R. 509	370
R. v. Silveira	[1995] 2 S.C.R. 297	802
R. v. Sophonow (No. 2)	(1986), 25 C.C.C. (3d) 415	393
R. v. Starr	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40	397
R. v. Taillefer	(1995), 100 C.C.C. (3d) 1	393
R. v. Thompson	[1962] 1 All E.R. 65	376
R. v. Vautour	(2000), 226 N.B.R. (2d) 226	881
R. v. W. (G.)	[1999] 3 S.C.R. 597	33
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	150
R. v. Williams	[1998] 1 S.C.R. 1128	374, 1036
R. v. Wilson	(1993), 78 C.C.C. (3d) 568	377
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	392
R. v. Zacharias	(1987), 39 C.C.C. (3d) 280	376
Raison v. Fenwick	(1981), 120 D.L.R. (3d) 622	475
Randhawa v. Everest & Jennings Canadian Ltd.	(1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19	485
Ranjoy Sales and Leasing Ltd. v. Deloitte, Haskins and Sells	[1984] 4 W.W.R. 706	552
Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.	(1994), 17 O.R. (3d) 267	468
Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217	[1975] 2 Can. L.R.B.R. 196	228
Re Albino	(1991), 14 O.S.C.B. 365	150
Re Atco Ltd.	(1980), 15 O.S.C.B. 412	159
Re Canadian Tire Corp.	(1987), 10 O.S.C.B. 857	143
Re Daly and City of Vancouver	(1956), 5 D.L.R. (2d) 474	908
Re Dinnick and McCallum	(1913), 28 O.L.R. 52	908
Re Downing and Graydon	(1978), 21 O.R. (2d) 292	469
Re Electra Investments (Canada) Ltd.	(1983), 6 O.S.C.B. 417	159
Re Genstar Corp.	(1982), 4 O.S.C.B. 326C	159
Re H.E.R.O. Industries Ltd.	(1990), 13 O.S.C.B. 3775	143
Re Lorne Park	(1913), 30 O.L.R. 289	908

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Re Mithras Management Ltd.	(1990), 13 O.S.C.B. 1600	150
Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications	(1976), 14 O.R. (2d) 49	308
Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board	(1975), 52 D.L.R. (3d) 728.	315
Re Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag and Nova Scotia Woodlot Owners' Association	(1975), 61 D.L.R. (3d) 97	314
Re Turbo Resources Ltd.	(1982), 4 O.S.C.B. 403C	169
Re W. D. Latimer Co. and Bray	(1974), 6 O.R. (2d) 129	796
Re Webb and Ontario Housing Corp.	(1978), 22 O.R. (2d) 257	298
Re Weir and The Queen	(1979), 26 O.R. (2d) 326	260
Reade v. Newfoundland Co-Ordinating Council on Deafness	(1987), 63 Nfld. & P.E.I.R. 194	186
Real Canadian Superstore (Saskatchewan) v. United Food and Commercial Workers, Local 1400	(1998), 173 Sask. R. 203	186
Reebok Canada, une division d'Avrecan International Inc. c. Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise – M.R.N.)	[1997] A.C.F. nº 924 (QL)	124
Reebok Canada v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)	(1997), 131 F.T.R. 102	124
Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings	[1933] S.C.R. 269	77
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)	[1991] 2 S.C.R. 525	297
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	189
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	36, 762, 794
Reference: Resolution to amend the Constitution	[1981] 1 S.C.R. 753	77
Regina Auto Court c. Regina (City)	(1958), 25 W.W.R. 167	908
Regina ex rel. Skimmings c. Cappy	(1952), 103 C.C.C. 25	914
Regina v. Walker	(1858), 27 L.J.M.C. 207	1000
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 S.C.R. 252	707
Renton (City of) v. Playtime Theatres, Inc.	475 U.S. 41 (1986)	939
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	189
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	36, 762, 794
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525	297
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753	77
Richardson v. United States	468 U.S. 317 (1984)	402
Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)	[1977] 1 S.C.R. 814	794
Rintjema v. Rintjema	[1996] O.J. No. 4717 (QL)	431
Rivers v. Rivers	(1993), 47 R.F.L. (3d) 90	430
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works	[1974] S.C.R. 1189	711
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	120, 883, 1100
Roberge v. Bolduc	[1991] 1 S.C.R. 374	220
Robertson v. Minister of Pensions	[1949] 1 K.B. 227	308
Robinson c. Films Cinar Inc.	[2001] J.Q. nº 2515 (QL)	773
Robinson v. McQuaid	(1854), 1 P.E.I.R. 103	475

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.	[1990] 2 S.C.R. 440	220
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	297
Rosemère (Ville de) c. St-Arnaud	D.T.E. 97T-1039	607
Ross v. Ross	(1995), 168 N.B.R. (2d) 147	452
Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501	D.T.E. 87T-976	637
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 S.C.R. 411	1101
Ruffo c. Conseil de la magistrature	[1995] 4 R.C.S. 267	42
Rylands c. Fletcher	(1868), L.R. 3 H.L. 330	908

S

S.T.C. c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 C.F. 643	341
Saint-Raymond (Ville) c. Entreprises Benoît Demers Inc.	[1996] A.Q. nº 4387 (QL)	937
Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.	(1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89	491
Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.	(1979), 9 M.P.L.R. 255	265
Schwartz v. Canada	[1996] 1 S.C.R. 254	1100
Schweneke v. Ontario	(2000), 47 O.R. (3d) 97	481
Scotia McLeod Inc. c. Champagne	J.E. 90-1439	753
Scotland v. Canadian Cartridge Co.	(1919), 59 S.C.R. 471	191
Scott v. Cook	[1970] 2 O.R. 769	993
Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi	[1973] R.C.S. 681	223
Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)	[2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48	579
Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)	[2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48	579
Sezerman c. Youle	(1996), 135 D.L.R. (4th) 266	772
Shadbolt v. Shadbolt	(1997), 32 R.F.L. (4th) 253	429, 455
Shaw v. Real Estate Board of Greater Vancouver	(1972), 29 D.L.R. (3d) 774	543
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622	127, 1057, 1101
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	127, 1057, 1101
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	262, 278
Singleton v. Canada	[2001] 2 S.C.R. 1046, 2001 SCC 61	1087, 1117
Skogman c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 93	814
Skogman v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 93	814
Smith v. Dawson Memorial Hospital and Flood	(1978), 29 N.S.R. (2d) 277	186
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal	[1987] 1 R.C.S. 711	966
Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec	[1979] 2 R.C.S. 618	764
Soudure Mobile D. Pilon Inc. c. Larose	[1990] R.L. 93	911, 918, 930
Sous-ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée	[1985] R.D.J. 502	297
Spire Freezers Ltd. v. Canada	[2001] 1 S.C.R. 391, 2001 SCC 11	1106
Squillante v. Zoning Board of Appeals of the City of Hartford	1997 Conn. Super. Lexis 2612	937
St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King	[1950] S.C.R. 211	311
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219	[1986] 1 R.C.S. 704	41

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704	41
St-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.	[1992] R.J.Q. 875	271, 934
Sternthal c. La Reine	74 D.T.C. 6646	1076
Sternthal v. The Queen	74 D.T.C. 6646	1076
Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans	[1952] 1 The Times L.R. 101	1002
Strang v. Strang	[1992] 2 S.C.R. 112	430, 454
Stubart Investments Ltd. c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 536	120, 1069, 1100
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	120, 1069, 1100
Susan Shoe Industries Ltd. v. Ricciardi	(1994), 18 O.R. (3d) 660	497
Swan and Finch Co. v. United States	(1903), 190 U.S. 143	121
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	1069, 1100
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	593
Syndicat des cols bleus de Ville de Saint-Hubert c. Ville de Saint-Hubert	[1999] R.J.D.T. 76	584, 681
Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal	D.T.E. 2000T-113	637
Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval	[1999] R.J.D.T. 1	584, 653, 682
Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie c. Les Coopérants	[1991] R.J.Q. 1248	636
Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives c. Commission scolaire de la Jonquière	[1990] T.T. 419	637
Syndicat des employés de la Communauté régionale de l'Outaouais c. Collines-de-l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des)	[1999] R.J.D.T. 97	584
Syndicat des employés de la Ville de Brossard c. Services d'entretien Fany inc.	[1995] T.T. 423	606
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1989] 2 S.C.R. 879	58
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1989] 2 R.C.S. 879	58
Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau c. Groupe Admari inc	[1991] T.T. 351	604
Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal c. Union des employés de service, section locale 298	[1990] T.T. 398	637
Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Clair et Net ltée	[1992] T.T. 85	604
Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc	D.T.E. 93T-665	604
Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec c. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe	D.T.E. 86T-759	637

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante c. LAB, société en commandite	D.T.E. 94T-13, requête en évocation rejetée, C.S. Québec, nº 200-05-003286-932, 23 février 1994	636
Syndicat des salariés de service d'entretien c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.	[1981] T.T. 273	596
Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 c. Fornet inc.	[1991] T.T. 413	604
Syndicat des travailleurs de S.O.S. c. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502	[1992] T.T. 109	636
Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy c. Prime Hospitality inc.	[1991] T.T. 40	606
Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.	[1987] T.A. 333	637
Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.	D.T.E. 85T-114	637
Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. c. J.-R. Théberge ltée	[1965] R.D.T. 449	595
Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 c. Syndicat des employées et employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval	[2001] R.J.D.T. 134	637
Syndics des écoles protestantes de la Cité d'Outremont c. Cité d'Outremont	[1951] B.R. 676	929

T

Taff Vale Railway Co. v. Amalgamated Society of Railway Servants	[1901] A.C. 426	548
Tanner v. United States	483 U.S. 107 (1987)	383
Tennant c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 305	1066, 1110
Tennant v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 305	1066, 1110
Thames Heliports PLC c. London Borough of Tower Hamlets	(1996), 74 P. & C.R. 164	918
The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.	[1930] S.C.R. 500	311
The King v. Gooderham & Worts, Ltd.	[1928] 3 D.L.R. 109	121
The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 111	958
The Queen v. Golden	[1986] 1 S.C.R. 209	1069
Thoday v. Thoday	[1964] P. 181	484
Thomas v. The Queen	[1980] A.C. 125	39
Thompson v. Boise Cascade Canada Ltd.	(1994), 7 C.C.E.L. (2d) 17	182
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)	[1992] 1 R.C.S. 385	37
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)	[1992] 1 S.C.R. 385	37
Thrasyvoulou v. Environment Secretary	[1990] 2 A.C. 273	475
Toronto (City of) c. Wheeler	(1912), 4 D.L.R. 352	909
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	593
Toronto c. Board of Trustees of R.C. Separate Schools for Toronto	[1925] 3 D.L.R. 880	929

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Township of Uxbridge v. Timber Bros. Sand & Gravel Ltd.	(1975), 7 O.R. (2d) 484	270
Trans-Prairie Pipelines Ltd. c. Ministre du Revenu national	70 D.T.C. 6351	1060, 1076
Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue	70 D.T.C. 6351	1060, 1076
Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)	[1992] 1 R.C.S. 952	608
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers	[2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31	113, 152
Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.	(1996), 31 C.L.R. (2d) 210	976
Tyabji v. Sandana	(1994), 2 R.F.L. (4th) 265	1034

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	114, 151, 580, 648, 675, 692
Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 c. Ultramar Canada inc.	[1999] R.J.D.T. 110	585
Union des employés de service, section locale 298 c. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de Baie-des-Chaleurs	[1973] T.T. 332	622
Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W c. Brasserie Molson-O'Keefe	D.T.E. 91T-914	636
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 S.C.R. 316	115
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	836
United States v. Asmar	827 F.2d. 907 (1987)	310
United States v. Pennsylvania Industrial Chemical Corp.	411 U.S. 655 (1973)	309
United States v. Perez	22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824)	402
United States v. Sanford	429 U.S. 14 (1976)	402
Université McGill c. St-Georges	[1999] R.J.D.T. 9	584, 653, 682
Université McGill c. Union des employées et employés de service, section locale 800	D.T.E. 95T-296	604
Université McGill v. St-Georges	[1999] R.J.D.T. 9	682
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers	[2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31	113, 152

V

Vachon c. Procureur général du Québec	[1979] 1 R.C.S. 555	216
Vachon v. Attorney General of Quebec	[1979] 1 S.C.R. 555	216
Vaise v. Delaval	(1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944	373
Val-d'Or (Ville de) c. 2550-9613 Québec Inc.	[1997] R.J.Q. 2090	917, 939
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	25, 371
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	25, 371
Van Audenhove v. Nova Scotia (Attorney General)	(1994), 134 N.S.R. (2d) 294	553
Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore	(1999), 168 D.L.R. (4th) 637	1026
Vancouver (City of) c. Victoria Block Ltd.	(1964), 45 D.L.R. (2d) 118	906
Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead	[1975] 2 S.C.R. 831	175
Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India	[1996] Supp. 5 S.C.R. 241	267
Verdun (Municipalité de) c. Doré	[1995] R.J.Q. 1321	765

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Veres v. Veres	(1987), 9 R.F.L. (3d) 447	430
Victoria Wood Development Corp. v. Ondrey	(1978), 92 D.L.R. (3d) 229	968
Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.	[1992] 2 R.C.S. 1065	763
Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes c. Vetroform inc.	[1990] T.T. 514	604
Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1085	200

W

Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	172
Wallworth v. Holt	(1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238	547
Wamboldt v. Department of National Defence	(1983), 4 C.H.R.R. D/1479	202
Wartime Housing Ltd. v. Madden	[1945] S.C.R. 169	32
Webb v. Ireland	[1988] I.R. 353	300
Weber v. Ontario Hydro	[1995] 2 S.C.R. 929	41, 236
Widrig v. Strazer	[1964] S.C.R. 376	978
Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.	[1986] 3 F.C. 553	1000
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada	[2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36	120, 1100
Wilson c. La Reine	[1983] 2 R.C.S. 594	474
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594	474
Wirth Ltd. c. Acadia Pipe & Supply Corp.	(1991), 79 Alta. L.R. (2d) 345	779
Woelk v. Halvorson	[1980] 2 S.C.R. 430	978
Wong v. Shell Canada Ltd.	(1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182	475

Y

Young v. American Mini Theatres, Inc.	427 U.S. 50 (1976)	939

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-5
s. 138 ... 281
s. 139.1 ... 281

Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1
s. 128(1)(b) ... 500

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68
Rule 42 ... 344

B

British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90
Rule 15(5) ... 1014

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 7 ... 344
s. 11(h) ... 344
s. 15 ... 3

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12
s. 5 ... 743
s. 10 ... 3
s. 18.1 ... 3
s. 18.2 ... 3
s. 20 ... 3
s. 23 ... 743

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19
s. 410 ... 241

PAGE

Civil Code of Québec
art. 6 ... 743
art. 7 ... 743
art. 35 ... 743
art. 36 ... 743
art. 37 ... 743
art. 1411 ... 500
art. 1417 ... 500

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25
art. 13 ... 743
art. 33 ... 207
art. 55 ... 207
art. 61 ... 500
art. 100 ... 281

Constitution Act, 1867
preamble ... 3

Court of Justice Act, R.S.Q., c. T-16
s. 95 ... 3

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 231(5) ... 804
s. 649 ... 344

Criminal Records Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 12
s. 5 ... 3

Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)
s. 48(4) ... 100
s. 48(5)(*a*)(iv) ... 100
s. 48(5)(*a*)(v) ... 100

F

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128
s. 24(1) ... 1014

Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14
s. 72(1) ... 867

PAGE

I

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 20(1)(*c*)(i) 1046, 1082

L

Labour Code, R.S.Q., c. C-27
s. 1 565
s. 45 ..... 565, 670
s. 46 ..... 565, 670
s. 139 565

Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15
s. 45(1)(g) 849

Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1996, c. 267
s. 30 781

PAGE

P

Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38
s. 7(1) 849

S

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5
s. 127(1), para. 3 132

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26
s. 2 3
s. 40(1) 3
s. 47 1082

T

Town of Hudson By-Law 270 241

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

A

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68
règle 42 344

B

British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90
règle 15(5) 1014

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 7 344
art. 11h) 344
art. 15 3

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12
art. 5 743
art. 10 3
art. 18.1 3
art. 18.2 3
art. 20 3
art. 23 743

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 231(5) 804
art. 649 344

Code civil du Québec
art. 6 743
art. 7 743
art. 35 743
art. 36 743
art. 37 743
art. 1411 500
art. 1417 500

PAGE

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25
art. 13 743
art. 33 207
art. 55 207
art. 61 500
art. 100 281

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27
art. 41 565
art. 45 ..... 565, 670
art. 46 ..... 565, 670
art. 139 565

F

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128
art. 24(1) 1014

L

Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1996, ch. 267
art. 30 781

Loi constitutionnelle de 1867
préambule 3

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)
art. 20(1)c)(i) 1046, 1082

Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. 1985, ch. S-26
art. 2(1) 3
art. 40(1) 3
art. 47 1082

Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15
art. 45(1)g) 849

PAGE

Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1
art. 128(1)b) 500

Loi sur le casier judiciaire, S.R.C. 1970 (1er suppl.), ch. 12
art. 5 3

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19
art. 410 241

Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.)
art. 48(4) 100
art. 48(5)a)(iv) 100
art. 48(5)a)(v) 100

Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14
art. 72(1) 867

PAGE

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5
art. 138 281
art. 139.1 281

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16
art. 95 3

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5
art. 127(1), disposition 3 132

Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38
art. 7(1) 849

R

Règlement 270 de la ville de Hudson 241

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf). 231

Alberta. Alberta Rules of Court Binder. Practice Note on the Very Long Trial. Practice Note No. 7, September 1, 1995 561

Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. *Class Actions*. Edmonton: The Institute, 2000. 551

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1982. 496

Andal, Ramon V., and Thomas Donnelly. "Liability Insurance" in Craig Brown, *Insurance Law in Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 1). 715

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : Association du Barreau canadien, 1988. 530

Atiyah, P. S. *The Sale of Goods*, 8th ed. London: Pitman Publishing, 1990. 125

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967. 996

Bankier, Jennifer K. "Class Actions for Monetary Relief in Canada: Formalism or Function?" (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229 546

Bankier, Jennifer K. « Les recours collectifs au Canada pour obtenir le dégrèvement financier : formalisme ou fonction? » (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229. 547

Barré, Alain. « La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail* après l'affaire C.S.R.O. » (1991), 32 *C. de D.* 179. 622

Barreau du Québec. École du Barreau. *Collection de droit 1999-2000*, vol. 1, *Barreau et pratique professionnelle*, ch. X. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995. 532

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998. ..... 736, 777

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998. ..... 517, 631

Beetz, Jean. Présentation du premier conférencier de la Conférence du 10e anniversaire de l'Institut canadien d'administration de la justice, propos recueillis dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal: Thémis, 1995. 75

Bispham, George Tucker. *The Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts of Chancery*, 9th ed. By Joseph D. McCoy. New York: Banks Law Publishing, 1916. 546

Black's Law Dictionary, 6th ed. West Publishing Co.: St. Paul, Minn., 1990, "forfeiture". 891

Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000. 230

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada.* Vancouver: Western Legal Publications, 1998. 549

Brière, Germain. *Donations, substitutions et fiducie.* Montréal : Wilson & Lafleur, 1988. 631

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law.* Toronto: Edmond Montgomery, 1993. 761

Brisson, Jean-Maurice. *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867.* Montréal : Thémis, 1986. 762

Brisson, Jean-Maurice. « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte.* Aix-Marseille, France : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 93 764

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2). 299, 484

Brown, Raymond E. "The 'Arbitrary', 'Discriminatory' and 'Bad Faith' Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 412. 231

Brunelle, Christian. "La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif" (1995), 29 *R.J.T.* 313. 94

Buckingham, Donald E., et al. *Legal Ethics in Canada — Theory and Practice.* Toronto: Harcourt Brace Canada, 1996. 531

Calvert, Frederic. *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*, 2nd ed. London: W. Benning, 1847. 546

Cameron, James, and Juli Abouchar. "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in David Freestone and Ellen Hey, eds., *The Precautionary Principle and International Law.* The Hague: Kluwer Law International, 1996. 267

Canada. *CEPA Issue Elaboration Paper No. 18 — CEPA and the Precautionary Principle/Approach.* Paper prepared by Dr. David VanderZwaag, Director of Marine and Environmental Law Program (MELP), Dalhousie Law School. Ottawa: Environment Canada, 1995. 267

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal.* Ottawa : La Commission, 1980. 383

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 16. *Le Jury.* Ottawa : La Commission, 1982. 384

Canada. *Document d'élaboration des enjeux 18 — La LCPE et le principe ou l'approche précaution.* Document publié par David VanderZwaag, directeur, Marine and Environmental Law Program (MELP), Dalhousie Law School. Ottawa: Environment Canada, 1995. 267

Canada. Law Reform Commission. Report 16. *The Jury.* Ottawa: The Commission, 1982. 384

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials.* Ottawa: The Commission, 1980. 383

Canada. *Proposal for Reform of the Criminal Records Act* – Explanatory document by the Solicitor General of Canada, Recommendation No. 7. Ottawa: Solicitor General of Canada, July 20, 1991. 75

Canada. *Proposition de réforme de la Loi sur le casier judiciaire* — Document explicatif du Solliciteur général du Canada, Recommandation nº 7. Ottawa : Solliciteur général du Canada, 20 juillet 1991.... 80

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct.* Ottawa: Canadian Bar Association, 1988. 530

Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges.* Ottawa: Canadian Judicial Council, 1998. 75

Chafee, Zechariah, Jr. *Some Problems of Equity.* Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1950. 547

Chopra, Sonia R., and James R. P. Ogloff. "Evaluating Jury Secrecy: Implications for Academic Research and Juror Stress" (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190. 397

Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire.* Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1998. 75

PAGE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. ..... 81, 270

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 81, 270

Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, rel. 1). 772

Dainow, Joseph. « The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison » (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419. 764

Davis, Kenneth Culp, and Richard J. Pierce, Jr. *Administrative Law Treatise*, 3rd ed., vol. 2. Boston: Little, Brown, 1994. 309

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995. 304

Deleury, Edith, et Christine Tourigny. « L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements dans la province de Québec », dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993, 191. 761

Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997. 632

"Developments in the Law – The Paths of Civil Litigation" (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806. 550

Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2e éd. Comité de rédaction : Paul-André Crépeau et autres. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991. 520

Douglas, William O. "Vicarious Liability and Administration of Risk I" (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584. ... 1001

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Buttersworths,1983. ..... 883, 1100

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994. ..... 123, 264, 883

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001. 770

Ducharme, Léo. "La proclamation de l'existence en droit québécois de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité: Lac d'Amiante, une décision judiciaire erronée" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 435 771

Ducharme, Léo. « La proclamation de l'existence en droit québécois de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité : Lac d'Amiante, une décision judiciaire erronée » (2000), 79 *R. du B. can.* 435. 771

Ducharme, Léo. « Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit » (1983), 43 *R. du B.* 969. 770

Duff, David G. "Interpreting the *Income Tax Act* — Part 2: Toward a Pragmatic Approach" (1999), 47 *Can. Tax J.* 741. 1070

Dumont, Hélène. « Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours? », dans Les Journées Maximilien-Caron 1995, *Le respect de la vie privée dans l'entreprise : de l'affirmation à l'exercice d'un droit.* Montréal : Université de Montréal, 1996. 81

Dumont, Hélène. *Pénologie — Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences.* Montréal : Thémis, 1993. 77

Duplessis, Yvon, et Jean Hétu. *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement*, 2e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1994. 260

Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985. 279

Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. I, 2e éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 1984. 279

Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois.* Montréal : Wilson & Lafleur, 1998. 631

Eizenga, Michael A., Michael J. Peerless and Charles M. Wright. *Class Actions Law and Practice.* Toronto: Butterworths, 1999. 549

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997. ..... 220, 343, 763

Flannigan, Robert. "Enterprise control: The servant-independent contractor distinction" (1987), 37 *U.T.L.J.* 25. 997

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998. 996

Forsyth, Christopher. "*Wednesbury* protection of substantive legitimate expectations" [1997] *Pub. L.* 375. 301

Freestone, David, and Ellen Hey, eds. *The Precautionary Principle and International Law.* The Hague: Kluwer Law International, 1996. 267

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999. 968

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990. 996

Friedenthal, Jack H., Mary Kay Kane and Arthur R. Miller. *Civil Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1993. 554

Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada.* Ottawa: Report prepared for the Canadian Judicial Council, 1995. 35

Friedland, Martin L. *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada.* Ottawa : Rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, 1995. 35

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999. ..... 362, 630, 689

Gall, Gerald L. *The Canadian Legal System.* Toronto: Carswell, 1977. 76

Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1996. 279

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998. 343

Giroux, Lorne. « Questions controversées en matière de droits acquis », dans *Développements récents en droit municipal (1994).* Cowansville : Yvon Blais, 1994, 131. 933

Glenn, H. Patrick. « Indépendance et déontologie judiciaires » (1995), 55 *R. du B.* 295. 45

Goubau, Dominique. "The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada" (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333. 450

Grand Larousse de la langue française, t. 1. Paris : Librairie Larousse, 1971, « cabaret ». 905

Grand Robert de la langue française, t. 2, 2e éd. Paris : Le Robert, 1986, « cabaret ». 905

Halsbury's Laws of England, vol. 12, 4th ed., London: Butterworths, 1975. 979

Handley, K. R. "Res Judicata: General Principles and Recent Developments" (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214. 482

Héron, Jacques. "Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé" (1988), 7 *Droits* 85. 520

Hétu, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. *Droit Municipal : Principes généraux et contentieux.* Montréal: Hébert Denault, 1998. 277

Heymann, Philip B., and Lance Liebman. *The Social Responsibilities of Lawyers: Case Studies.* Westbury, N.Y.: Foundation Press, 1988. 532

Hilliker, Gordon. *Liability Insurance Law in Canada*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 2001. 715

Hoehn, Felix. *Municipalities and Canadian Law: Defining the Authority of Local Governments.* Saskatoon: Purich Publishing, 1996. 278

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997. 457

PAGE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2000, release 1). 269

Holmested, George Smith, and Garry D. Watson. *Ontario Civil Procedure*, vol. 3 Supp. Toronto: Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2000, release 3). 474

Hovius, Berend, and Timothy G. Youdan. *The Law of Family Property*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991. 435

Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993. 631

Johnston, David, and Kathleen Doyle Rockwell. *Canadian Securities Regulation*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1998. 151

Kagan, Ira T. "But I Do Not Want to Be Legal" (1993), 13 M.P.L.R. (2d) 252. 915

Kazanjian, John A. "Class Actions in Canada" (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397. 546

Kidner, Richard. "Vicarious liability: for whom should the 'employer' be liable?" (1995), 15 *Legal Stud.* 47. 1002

Kouri, Robert P., et Suzanne Philips-Nootens. *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins*. Sherbrooke : Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1999. 737

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 1108

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2000. 475

Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992. 180

Lluelles, Didier, avec la collaboration de Benoît Moore. *Droit québécois des obligations*, vol. 1. Montréal: Thémis, 1998. 517

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000 (loose-leaf). 532

MacLauchlan, H. Wade. "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 281. 313

Manitoba. Commission de réforme du droit. Report #100. *Class Proceedings*. Winnipeg : La Commission, 1999. 551

Manitoba. Law Reform Commission. Report #100. *Class Proceedings*. Winnipeg: The Commission, 1999. 551

Martin de la Moutte, Jacques. *L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit civil*. Paris: Imprimerie Bernard Frères, 1951. 520

Matthews, Paul, and Hodge M. Malek. *Discovery*. London: Sweet & Maxwell, 1992. 772

Mazeaud, Henri, et Léon, Jean Mazeaud et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations — théorie générale*, 9e éd. Paris: Montchrestien, 1998. 523

McDonald, Patrick. "Contradictory Government Action: Estoppel of Statutory Authorities" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 160. 308

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997. 976

McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law" (1997), 9 *J. Env. L.* 221. 267

McLeod, James G. Annotation to *Shabdolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253. 429

McQuillin, Eugene. *The Law of Municipal Corporations*, 3rd. ed. Revised vol. 8A by Julie Rozwadowski and James Solheim. Mundelein, Ill.: Callaghan, 1994. 914, 929

McRoy, Ruth G., and Christine C. Iijima Hall. "Transracial Adoptions: In Whose Best Interest?" in Maria P. P. Root, ed., *The Multiracial Experience*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, 1996, 63. 1037

Milner, James Bryce. *Community Planning: A Casebook on Law and Administration*. Toronto: University of Toronto Press, 1963. 908

Moore, Benoît. "De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain" (1997), 31 *R.J.T.* 276. 520

Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal: Wilson & Lafleur, 1998. 228

Morissette, Yves-Marie. "Figure actuelle du juge dans la cité" (1999), 30 *R.D.U.S.* 1. 76

Mullan, David J. "'Confining the Reach of Legitimate Expectations' Case Comment: *Sunshine Coast Parents for French v. School District No. 46 (Sunshine Coast)*" (1991), 44 Admin. L.R. 245. 303

Mullan, David J. *Administrative Law.* Toronto: Irwin Law, 2001. 301

Mullan, David. J. "*Canada Assistance Plan* — Denying Legitimate Expectation a Fair Start?" (1993), 7 Admin. L.R. (2d) 269. 307

Nadin-Davis, R. Paul. "Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How Not to Expunge Criminal Convictions" (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221. 82

Nations Unies. Assemblée générale. Préparatifs de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Rapport de la Commission économique pour l'Europe sur la Conférence de Bergen, annexe I, « *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable* », A/CONF.151/PC/10, 6 août 1990, par. 7. 266

Neville, Mark K., Jr., "'First-Sale-For-Export' Rule Represents a Major Victory for Importers" (1996), 7 *J. Int'l Tax'n* 72. 122

Ontario Law Reform Commission. *Report on Class Actions.* Ontario: Ministry of the Attorney General, 1982. 549

Ouellette, Yves. *Les tribunaux administratifs au Canada: Procédure et preuve.* Montréal: Thémis, 1997. 61

Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. XIX. Oxford: Clarendon Press, 1989. 80

Payne, Julien W., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law.* Toronto: Irwin Law, 2001. 451

Perry, Twila L. "The Transactional Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination" (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33. 1039

Picod, Yves. *Répertoire de droit civil*, t. VII, 2e éd., « Nullité ». Paris : Dalloz, 2001. 519

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 3e éd. Montréal: Thémis, 1996. 517

Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989. 978

Pollack, Gayle. "The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children" (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603. 1037

Popovici, Adrian. « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec? » (1973), 8 *R.J.T.* 189. 764

Potvin, Louise. *L'obligation de renseignement du médecin: Étude comparée du droit québécois, français et du common law canadien.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1984. 737

Pound, Roscoe. *Readings on the History and System of the Common Law*, 2nd ed. Boston: Boston Book, 1913. 395

Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons, 2nd ed. Editorial Committee: Paul-André Crépeau et al. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991. 520

Québec. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Lignes directrices pour l'application de l'article 18.2*, 12 mai 1988. 95

Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. Document de consultation. *La révision de la procédure civile.* Ste-Foy, Qué.: Le Comité, 2000. 526

Quinlan, Paul. "Secrecy of Jury Deliberations – Is the Cost Too High?" (1993), 22 C.R. 396 (4th) 127. 396

Roberts, Thomas A. *The Principles of Equity, as Administered in the Supreme Court of Judicature and Other Courts of Equitable Jurisdiction*, 3rd ed. London: Butterworths, 1877. 547

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, Cum. Supp. to vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2001, release 1). 258, 277

PAGE

Rogers, Ruth. "A Uniform Class Actions Statute", in Uniform Law Conference of Canada. *Proceedings of the Seventy-Seventh Annual Meeting*, Appendix O. Ottawa: The Conference 1995. 551

Rogers, Ruth. « Vers une loi uniforme sur le recours collectif », dans Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Compte rendu de la soixante-dix-septième réunion annuelle*, Annexe O. Ottawa : La Conférence, 1995 551

Roy, Claudine. *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993. 297

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995. 220

Russell, Peter H. The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987 35

Sarna, Lazar. « Examination on Discovery: The Full Disclosure Rule » (1984), 44 *R. du B.* 179 770

Schønberg, Søren J. *Legitimate Expectations in Administrative Law.* New York: Oxford University Press, 2000. 299

Sherman, Saul L., and Hinrich Glashoff. *Customs Valuation: Commentary on the GATT Customs Valuation Code*, 2nd ed. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988 130

Simler, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques.* Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969. 523

Singleton, Thomas J. "La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 456 80

Singleton, Thomas J. « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens » (1993), 72 *R. du B. can.* 456. 80

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. 491

Spencer Bower, George, and Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 3rd ed. by K. R. Handley. London, U.K.: Butterworths, 1996. 481

Stevenson, W. A., and J. E. Côté. *Civil Procedure Guide.* Edmonton : Juriliber, 1996 772

Stevenson, William Alexander, and Jean E. Côté. *Civil Procedure Guide, 1996.* Edmonton: Juriliber, 1996. 552

Stewart, Cameron. "Substantive Unfairness: A New Species of Abuse of Power?" (2000), 28 *Fed. L. Rev.* 617. 301

Story, Joseph. *Commentaries on Equity Pleadings and the Incidents Thereof, according to the Practice of the Courts of Equity of England and America*, 10th ed. by John M. Gould. Boston: Little, Brown, 1892. 546

Swaigen, John. "The *Hudson* Case: Municipal Powers to Regulate Pesticides Confirmed by Quebec Courts" (2000), 34 C.E.L.R. (N.S.) 162. 250

Tancelin, Maurice. « Comment un droit peut-il être mixte? », dans Frederick Parker Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada.* Toronto : Butterworths, 1980, 1 762

Tancelin, Maurice. "How can a legal system be a mixed system", in Frederick Parker Walton, *The Scope and Interpretation of Civil Code of Lower Canada.* Toronto: Butterworths, 1980, 1. 762

United Nations. General Assembly. Preparatory Committee for the United Nations Conference on Environment and Development. Report of the Economic Commission for Europe on the Bergen Conference, Annex I, "*Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Developments*", A/CONF.151/PC/10, August 6, 1990, para. 7. 266

Veaux, Daniel. « Contrats et obligations — Nullité ou rescision des conventions », *Juris-Cl. civil*, Fasc. 50, nº 84 523

Veilleux, Diane. « Le devoir de représentation syndicale, Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes » (1993), 48 *Relat. ind.* 661 231

Waddams, S.M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997. 976

Walker, Tom. "Double Dipping: 'Can a Pension Be Both Property and Income?'", in *Best of Money & Family Law*, vol. 9, No. 12, 1994. 436

Watson, G. D., et al. *Civil Litigation Cases and Materials*, 4th ed. Toronto : Edmond Montgomery, 1991. 771

Watson, Garry D. "Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623. 491

Watson, Garry D. « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623. 491

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961. 373

Woog, Jean-Claude. *Pratique professionnelle de l'avocat*, 3e éd. Paris: Gazette du Palais: Litec, 1993..... 530

Wright, Charles Alan, Arthur R. Miller, and Mary Kay Kane. *Federal Practice and Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986. 546

Wright, Charles Alan, Arthur R. Miller and Richard L. Marcus. *Federal Practice and Procedure*, 2nd ed., vol. 8. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1994. 772

Wright, David. "Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 139. 303

Yeazell, Stephen C. "Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action" (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 866. 546

Ellis-Don Construction Ltd. *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Naylor Group Inc. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: NAYLOR GROUP INC. *v.* ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD.

Neutral citation: 2001 SCC 58.

File No.: 27321.

2001: January 22; 2001: September 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Bid depository system — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Subcontractor's workers not members of International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) — Prime contractor later refusing to enter into subcontract — Prime contractor subsequently contracting with IBEW subcontractor at same bid price — Legal obligations of prime contractors to prospective subcontractors under rules of structured bid depository — Whether contract terms breached.

Contracts — Doctrine of frustration — Bid depository system — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Subcontractor's workers not members of International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) — Ontario Labour Relations Board (OLRB) deciding prime contractor must use only IBEW-affiliated subcontractors — Whether contract frustrated by OLRB decision.

Contracts — Remedies — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid —

Ellis-Don Construction Ltd. *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

Naylor Group Inc. *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : NAYLOR GROUP INC. *c.* ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD.

Référence neutre : 2001 CSC 58.

N° du greffe : 27321.

2001 : 22 janvier; 2001 : 27 septembre.

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

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

Contrats — Système de soumissions — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Employés du sous-traitant non membres de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (FIOE) — Entrepreneur principal refusant par la suite de conclure le contrat de sous-traitance — Entrepreneur principal concluant ensuite un contrat avec un sous-traitant affilié à la FIOE au même prix que celui proposé dans la soumission — Obligations juridiques d'un entrepreneur principal envers un sous-traitant éventuel en vertu des règles d'un régime structuré de dépôt des soumissions — Y a-t-il eu violation des conditions d'un contrat?

Contrats — Théorie de l'impossibilité d'exécution — Système de soumissions — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Employés du sous-traitant non membres de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (FIOE) — Décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO) selon laquelle l'entrepreneur principal ne peut retenir que les services de sous-traitants affiliés à la FIOE — La décision de la CRTO a-t-elle rendu le contrat inexécutable?

Contrats — Réparations — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepre-

Prime contractor later refusing to enter into subcontract — Manner of assessing damages for wrongful refusal to contract.

The Oakville-Trafalgar Memorial Hospital ("OTMH") called for tenders for the construction of an addition and renovation of its hospital through the Toronto Bid Depository. Ellis-Don Construction Ltd., one of the largest construction firms in Ontario, approached Naylor Group Inc. in November 1991 to bid for the electrical work on the project. Naylor volunteered the important information that its workers were not affiliated with the International Brotherhood of Electrical Workers ("IBEW"). It was told there would be no objection on that account. Ellis-Don had been in a continuing if sporadic argument over bargaining rights with the IBEW for the previous 30 years. The dispute, in which the IBEW claimed to have been the exclusive bargaining agent for Ellis-Don electrical workers since 1962, came before the Ontario Labour Relations Board ("OLRB") in 1990. The OLRB ruling was still under reserve in January 1991. Ellis-Don was aware, as Naylor was not, of the details of the IBEW grievance and whether an adverse ruling would cause it serious difficulty on the OTMH job. Nevertheless, Ellis-Don "carried" Naylor's low bid for the electrical work in its own tender for the prime contract and as a result was low bidder for the OTMH project. The OLRB decision was released in February 1992, confirming Ellis-Don's collective bargaining commitment to use only electrical subcontractors whose employees were affiliated with the IBEW.

On May 6, 1992, OTMH awarded the prime contract to Ellis-Don. The prime contract contained an article under which Ellis-Don undertook to hire Naylor. Ellis-Don offered to subcontract the electrical work to Naylor at the bid price if Naylor would align itself with the IBEW. Naylor, which already had a union, declined. A week later Ellis-Don wrote to Naylor to say that, because of the OLRB decision, it was unable to enter into a subcontract agreement with the firm. It subsequently awarded the electrical subcontract to an IBEW subcontractor. Naylor sued for breach of contract and unjust enrichment. Its contractual claim was dismissed but the trial judge, out of an abundance of caution, assessed the damages that would have been awarded in contract, if the claim had succeeded, at $730,286. He

neur principal incluant celle du sous-traitant — Entrepreneur principal refusant par la suite de conclure le contrat de sous-traitance — Façon d'évaluer les dommages-intérêts pour le refus injustifié de conclure un contrat.

Le Oakville-Trafalgar Memorial Hospital (« OTMH ») a déposé au Bureau de dépôt des soumissions de Toronto un appel d'offres pour l'agrandissement et la rénovation de ses installations. En novembre 1991, Ellis-Don Construction Ltd., l'une des plus importantes entreprises de construction en Ontario, a invité Naylor Group Inc. à soumissionner les travaux d'électricité du projet. Naylor a alors spontanément indiqué que ses travailleurs n'étaient pas affiliés à la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (« FIOE »). On lui a dit que cela ne poserait aucun problème. Au cours des 30 dernières années, Ellis-Don avait débattu constamment, sinon sporadiquement, la question des droits de négociation avec la FIOE. Le différend, dans lequel la FIOE affirmait être l'agent négociateur exclusif des électriciens de Ellis-Don depuis 1962, a abouti devant la Commission des relations de travail de l'Ontario (« CRTO ») en 1990. La CRTO n'avait pas encore rendu sa décision en janvier 1991. Contrairement à Naylor, Ellis-Don connaissait les détails du grief de la FIOE et savait si une décision défavorable lui causerait de graves problèmes en ce qui concernait les travaux de l'OTMH. Ellis-Don a néanmoins inclus la soumission basse de Naylor pour les travaux d'électricité dans la soumission qu'elle a elle-même présentée en vue d'obtenir le contrat principal et qui a, de ce fait, été la plus basse pour le projet de l'OTMH. Dans la décision qu'elle a rendue en février 1992, la CRTO a confirmé l'engagement, pris par Ellis-Don dans sa convention collective, de n'avoir recours qu'à des sous-traitants en électricité dont les employés étaient affiliés à la FIOE.

Le 6 mai 1992, l'OTMH a accordé le contrat principal à Ellis-Don. Ce contrat comportait un article dans lequel Ellis-Don s'engageait à retenir les services de Naylor. Ellis-Don a offert à Naylor de lui accorder le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité au prix de la soumission si elle acceptait de s'affilier à la FIOE. Naylor, qui avait déjà un syndicat, a refusé. Une semaine plus tard, Ellis-Don a informé par écrit Naylor que, en raison de la décision de la CRTO, elle était dans l'impossibilité de lui accorder un contrat de sous-traitance. Elle a, par la suite, accordé le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité à une entreprise affiliée à la FIOE. Naylor a intenté une action pour inexécution de contrat et enrichissement sans cause. Son action en responsabilité contractuelle a été rejetée, mais le juge de

did allow a claim for unjust enrichment in the amount of $14,560, which corresponded to the costs of preparing the bid. Naylor appealed and was awarded damages for breach of contract in the amount of $182,500. Ellis-Don appeals from that decision on the issue of liability alone. Naylor cross-appeals on the issue of quantum of damages.

Held: The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

The various terms and conditions governing the Toronto Bid Depository, when read together, compel the conclusion that, when Ellis-Don chose to carry Naylor's bid in its tender to OTMH, it committed itself to subcontract the electrical work to Naylor in the absence of a reasonable objection. The prime contractor's protection lies in the contractual right to object. The subcontractor's protection lies in the concept of "reasonableness". What is "reasonable" depends on the facts of the case. Ellis-Don's only objection to Naylor was the fact it was not an IBEW subcontractor. In light of Ellis-Don's conduct, however, it was not "reasonable" of Ellis-Don to object to Naylor's union affiliation. Ellis-Don with full knowledge of that fact chose to carry Naylor instead of an IBEW affiliated subcontractor. It thereby won the prime contract. It was held by the OLRB to have previously promised the work to IBEW electricians. Ellis-Don could not simultaneously fulfill its obligation to Naylor and to the IBEW, but it had knowingly placed itself in a position of conflict. In the circumstances there was no unfairness in requiring Ellis-Don to compensate Naylor for its non-performance. It had gone out of its way to assure Naylor that its in-house union affiliation was no cause for concern and would be no basis for objection. It carried Naylor's bid in its tender for the prime contract, with full knowledge of both the IBEW proceedings before the OLRB and Naylor's non-IBEW union affiliation. It affirmed its agreement to use Naylor when it put forward Naylor's addendum price in its submission to OTMH, more than two weeks after it had received full notice of the OLRB ruling. It formally affirmed Naylor's expected role in the actual contract between OTMH and Ellis-Don, dated May 6, 1992.

première instance, faisant preuve de beaucoup de prudence, a évalué à 730 286 $ les dommages-intérêts pour inexécution de contrat qui auraient été accordés si Naylor avait eu gain de cause. Il a accordé la somme de 14 560 $ à titre de dommages-intérêts pour enrichissement sans cause, laquelle somme correspondait aux dépenses engagées pour préparer la soumission. Naylor a interjeté appel et a obtenu la somme de 182 500 $ à titre de dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Ellis-Don se pourvoit contre cette décision uniquement en ce qui concerne la question de la responsabilité. Naylor forme un pourvoi incident sur la question du montant des dommages-intérêts.

Arrêt : Le pourvoi principal est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

Compte tenu de l'ensemble des diverses modalités régissant le Bureau de dépôt des soumissions de Toronto, force est de conclure que, lorsque Ellis-Don a choisi d'inclure la soumission de Naylor dans celle qu'elle a présentée à l'OTMH, elle s'est engagée à confier les travaux d'électricité en sous-traitance à Naylor en l'absence d'objection raisonnable. La protection de l'entrepreneur principal réside dans le droit contractuel de formuler une objection. La protection du sous-traitant réside dans la notion du « caractère raisonnable ». Ce qui est « raisonnable » dépend des faits de l'affaire. La seule objection de Ellis-Don concernant Naylor émanait du fait que cette dernière n'était pas un sous-traitant affilié à la FIOE. Toutefois, compte tenu de la conduite de Ellis-Don, il n'était pas « raisonnable » qu'elle s'oppose à l'affiliation syndicale de Naylor. Alors qu'elle était parfaitement au courant de la situation de Naylor sur le plan syndical, Ellis-Don a choisi d'inclure cette dernière au lieu d'un sous-traitant affilié à la FIOE. Elle s'est ainsi assurée l'obtention du contrat principal. La CRTO a jugé que Ellis-Don avait déjà promis de confier l'exécution des travaux aux électriciens affiliés à la FIOE. Ellis-Don ne pouvait pas s'acquitter à la fois de son obligation envers Naylor et de son obligation envers la FIOE, mais elle s'était elle-même sciemment placée en situation de conflit. Dans ces circonstances, il n'était pas inéquitable d'exiger que Ellis-Don indemnise Naylor pour son inexécution de contrat. Elle avait pris la peine d'assurer à Naylor que son affiliation à un syndicat maison n'était pas une source de préoccupation et ne susciterait aucune objection. Elle a inclus la soumission de Naylor dans celle qu'elle a présentée pour l'obtention du contrat principal, alors qu'elle était parfaitement au courant de l'engagement des procédures de la FIOE devant la CRTO et du fait que Naylor n'était pas affiliée à la FIOE. Elle a confirmé qu'elle consentait à recourir aux services de Naylor en incluant le prix proposé par

Its belated objection to Naylor, in light of this history, was unreasonable.

The doctrine of frustration is inapplicable. There has been no "supervening event" in the required sense. The OLRB decision recognized and affirmed Ellis-Don's pre-existing obligation to the IBEW. It created no new obligation. Accordingly, when Ellis-Don approached Naylor to do the OTMH work with non-IBEW workers, and subsequently carried the bid to OTMH, it was promising work that, so far as the OLRB and the IBEW were concerned, Ellis-Don had already bargained away. The OLRB decision simply precipitated the claim in damages. Moreover, the parties specifically provided their own test to deal with supervening circumstances, i.e., if Ellis-Don had had good reason it could have "reasonably" objected to the awarding of the subcontract to Naylor. Where parties have made specific provision for supervening circumstances, the doctrine of frustration is inapplicable.

The normal measure of damages in the case of a wrongful refusal to contract in the building context is the contract price less the cost of executing or completing the work, i.e., the loss of profit. The Court of Appeal was entitled to substitute its own view of a proper award since the trial judge failed to consider relevant factors such as the unexpectedly severe site problems and made "a palpably incorrect" assessment of the damages. There was no reason to interfere with the assessment of the Court of Appeal in this respect. However, the evidence did not justify the Court of Appeal's further reduction of Naylor's loss of profit for unduly speculative contingencies related to possible action or inaction by the OLRB, and potential work-sharing arrangements between Naylor and IBEW subcontractors, and the cross-appeal, to that extent, was allowed. There was no need to examine

cette dernière au sujet de l'addenda dans la soumission qu'elle a présentée à l'OTMH, plus de deux semaines après avoir été pleinement informée de la décision de la CRTO. Elle a officiellement confirmé le rôle prévu de Naylor dans le contrat qu'elle a conclu avec l'OTMH le 6 mai 1992. Compte tenu de ces faits, son objection tardive concernant Naylor était déraisonnable.

La théorie de l'impossibilité d'exécuter le contrat est inapplicable. Aucun « événement nouveau » au sens requis n'est survenu. La décision de la CRTO a reconnu et confirmé l'obligation préexistante de Ellis-Don envers la FIOE. Elle n'a pas créé une nouvelle obligation. Par conséquent, lorsque Ellis-Don a communiqué avec Naylor pour faire exécuter les travaux du projet de l'OTMH par des ouvriers non affiliés à la FIOE et qu'elle a, par la suite, inclus la soumission de Naylor dans celle qu'elle a présentée à l'OTMH, elle promettait du travail qui, en ce qui concernait la CRTO et la FIOE, avait déjà été confié à quelqu'un d'autre. La décision de la CRTO n'a fait qu'entraîner l'action en dommages-intérêts. De plus, les parties avaient expressément prévu le critère qui serait appliqué pour faire face à des circonstances nouvelles — c'est-à-dire que, si Ellis-Don avait eu un motif valable de le faire, elle aurait pu s'opposer « raisonnablement » à l'attribution du contrat de sous-traitance à Naylor. La théorie de l'impossibilité d'exécution ne s'applique pas dans le cas où les parties ont expressément prévu ce qui doit être fait pour faire face à des circonstances nouvelles.

Le montant des dommages-intérêts qui doit être accordé normalement pour le refus injustifié de conclure un contrat dans le domaine de la construction est le prix indiqué au contrat, moins ce qu'il en aurait coûté pour exécuter ou terminer les travaux, c'est-à-dire la perte de profits. La Cour d'appel avait le droit de substituer sa propre perception du montant approprié de dommages-intérêts étant donné que le juge de première instance n'a pas tenu compte de facteurs pertinents tels les problèmes plus graves que prévu qui sont survenus sur le chantier, et que son appréciation des dommages-intérêts était « manifestement incorrecte ». Il n'y avait aucune raison de modifier l'évaluation effectuée par la Cour d'appel à cet égard. Cependant, la preuve ne permettait pas à la Cour d'appel de réduire davantage la perte de profits de Naylor due à des impondérables trop conjecturaux liés à l'action ou à l'omission éventuelle de la CRTO, et à des ententes de partage du travail susceptibles d'être intervenues entre Naylor et des sous-traitants affiliés à la FIOE. Le pourvoi incident a été accueilli dans cette mesure. Il n'était pas nécessaire d'examiner le moyen

the alternative ground of unjust enrichment relied upon by the trial judge.

Cases Cited

Applied: *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; **referred to:** *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221, 2001 SCC 4; *Northern Construction Co. v. Gloge Heating & Plumbing Ltd.* (1986), 19 C.L.R. 281; *Aluma Systems Canada Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL); *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *M.J. Peddlesden Ltd. v. Liddell Construction Ltd.* (1981), 128 D.L.R. (3d) 360; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Peter Kiewit Sons' Co. v. Eakins Construction Ltd.*, [1960] S.C.R. 361; *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696; *Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1087; *McDermid v. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300; *O'Connell v. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291; *Petrogas Processing Ltd. v. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118; *Victoria Wood Development Corp. v. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229; *Marathon-Delco Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 542 (QL); *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210; *Lang v. Pollard*, [1957] S.C.R. 858; *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Widrig v. Strazer*, [1964] S.C.R. 376.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, ss. 48(18), (19), 104(1)(b), (2), 161(4) [formerly R.S.O. 1990, c. L.2, s. 147(4)].

Authors Cited

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Halsbury's Laws of England, vol. 12, 4th ed. London: Butterworths, 1975.

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

subsidiaire de l'enrichissement sans cause retenu par le juge de première instance.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; **arrêts mentionnés :** *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221, 2001 CSC 4; *Northern Construction Co. c. Gloge Heating & Plumbing Ltd.* (1986), 19 C.L.R. 281; *Aluma Systems Canada Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL); *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *M.J. Peddlesden Ltd. c. Liddell Construction Ltd.* (1981), 128 D.L.R. (3d) 360; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Peter Kiewit Sons' Co. c. Eakins Construction Ltd.*, [1960] R.C.S. 361; *Davis Contractors Ltd. c. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696; *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087; *McDermid c. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300; *O'Connell c. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291; *Petrogas Processing Ltd. c. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118; *Victoria Wood Development Corp. c. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229; *Marathon-Delco Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 542 (QL); *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210; *Lang c. Pollard*, [1957] R.C.S. 858; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Widrig c. Strazer*, [1964] R.C.S. 376.

Lois et règlements cités

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(18), (19), 104(1)b), (2), 161(4) [auparavant *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 147(4)].

Doctrine citée

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Halsbury's Laws of England, vol. 12, 4th ed. London : Butterworths, 1975.

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London : Sweet & Maxwell, 1997.

Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1989.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 43 O.R. (3d) 325, 171 D.L.R. (4th) 243, 119 O.A.C. 182, 49 B.L.R. (2d) 45, 45 C.L.R. (2d) 42, [1999] O.J. No. 913 (QL), allowing the respondent's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1996), 30 C.L.R. (2d) 195, [1996] O.J. No. 3247 (QL). Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Earl A. Cherniak, Q.C., Kirk F. Stevens and *Sandra L. Coleman*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Alan A. Farrer and *Leah K. Bowness*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — This appeal raises the issue of a prime contractor's legal obligations (if any) to a prospective subcontractor whose bid it has incorporated in its own successful tender for a construction project under the rules of a structured bid depository. The appellant's Project Manager testified that a bid depository "is just a fancy name for somebody collecting prices". This, as will be seen, is something of an understatement.

2 The appellant, Ellis-Don Construction Ltd. ("Ellis-Don"), one of the largest construction firms in Ontario, acknowledges that it generally subcontracts with the trades "carried" in its own bid for a job, but says it has no legal obligation to do so. In this case, the respondent subcontractor, Naylor Group Inc. ("Naylor"), was deemed unacceptable because its employees belonged to the wrong trade union. The respondent subcontractor replies that the appellant not only knew from the outset that the respondent's workers belonged to an in-house union (the "Employees Association of Naylor

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1997.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 43 O.R. (3d) 325, 171 D.L.R. (4th) 243, 119 O.A.C. 182, 49 B.L.R. (2d) 45, 45 C.L.R. (2d) 42, [1999] O.J. No. 913 (QL), accueillant l'appel de l'intimée contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1996), 30 C.L.R. (2d) 195, [1996] O.J. No. 3247 (QL). Pourvoi principal rejeté et pourvoi incident accueilli.

Earl A. Cherniak, c.r., Kirk F. Stevens et *Sandra L. Coleman*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Alan A. Farrer et *Leah K. Bowness*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Il est question, dans le présent pourvoi, des obligations juridiques (s'il en est) qu'assume, en vertu des règles d'un régime structuré de dépôt des soumissions, un entrepreneur principal envers un sous-traitant éventuel dont il a inclus l'offre dans sa propre soumission retenue relativement à un projet de construction. Dans son témoignage, le gestionnaire de projet de l'appelante a déclaré que le système de soumissions [TRADUCTION] « n'est qu'une façon recherchée d'indiquer que quelqu'un se fait proposer des prix ». Comme nous le verrons, c'est là un euphémisme.

L'appelante, Ellis-Don Construction Ltd. (« Ellis-Don »), l'une des plus importantes entreprises de construction en Ontario, reconnaît qu'elle conclut généralement des contrats de sous-traitance avec les corps de métier « inclus » dans les soumissions qu'elle présente pour des travaux, mais ajoute qu'elle n'est pas légalement tenue de le faire. En l'espèce, elle a jugé que l'intimée, Naylor Group Inc. (« Naylor »), était un sous-traitant inacceptable parce que ses employés n'étaient pas membres du bon syndicat. Le sous-traitant intimé rétorque que non seulement l'appelante

Group Incorporated"), but with full knowledge of that fact invited it to bid for the electrical work on a multi-million dollar project for renovations and additions to the Oakville-Trafalgar Memorial Hospital (the "owner" or "OTMH"). Worse, the appellant used the respondent's low bid to get the job, then "shopped" its bid elsewhere to get the work done at a very favourable price. All of this, says the respondent, undermined the integrity of the Bid Depository process and breached the terms of the tender contract.

savait depuis le début que ses travailleurs étaient membres d'un syndicat maison (« Employees Association of Naylor Group Incorporated »), mais encore qu'elle était parfaitement au courant de ce fait lorsqu'elle l'a invitée à soumissionner les travaux d'électricité d'un projet de rénovation et d'agrandissement, de plusieurs millions de dollars, du Oakville-Trafalgar Memorial Hospital (le « propriétaire » ou l'« OTMH »). Pis encore, l'appelante s'est servie de la soumission basse de l'intimée pour obtenir le contrat et a ensuite « marchandé » cette soumission ailleurs en vue de faire exécuter les travaux à un prix très favorable. L'intimée affirme que ces agissements ont porté atteinte à l'intégrité du processus de dépôt des soumissions et qu'ils contrevenaient aux conditions de l'appel d'offres.

The Ontario Court of Appeal rejected the appellant's arguments. It held that the terms of the contract governing this particular tender required the appellant to enter into the electrical subcontract with the respondent in the absence of reasonable cause not to do so. I think that on the facts of this particular tender arrangement, this conclusion is correct. The issue, then, is whether reasonable cause existed. The appellant had invited the respondent to participate with the assurance that there would be no objection at a later date to its union affiliation, and affirmed this position repeatedly thereafter. The appellant's eventual reversal of that position was unreasonable. It is in accordance with the tendering contract that it bear the commercial consequences. The appeal must therefore be dismissed.

3 La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les arguments de l'appelante. Elle a statué que les conditions du contrat régissant l'offre exigeaient que l'appelante conclue avec l'intimée le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité, en l'absence de motif raisonnable de ne pas le faire. J'estime que cette conclusion est juste d'après les faits relatifs à l'appel d'offres. Il s'agit donc de déterminer s'il existait un motif raisonnable. L'appelante avait invité l'intimée à participer au processus en l'assurant qu'elle ne s'opposerait pas ultérieurement à son affiliation syndicale, ce qu'elle avait réitéré à maintes reprises par la suite. Le revirement qui s'est ensuivi de la part de l'appelante était déraisonnable. C'est en vertu du contrat d'appel d'offres qu'elle doit assumer les conséquences sur le plan commercial. Le pourvoi doit donc être rejeté.

The respondent subcontractor cross-appeals the award of damages. It says it was entitled to its loss of profit on the lost contract (which the trial judge assessed at $730,286) and that this figure was inappropriately reduced by the Ontario Court of Appeal to $182,500 because of alleged "contingencies" which were not established in the evidence. I think the respondent is partly correct in this respect. Accepting the dollar figures generated by the courts below, but deleting one of the contingencies allowed by the Ontario Court of Appeal, I

4 Le sous-traitant intimé forme un pourvoi incident relativement aux dommages-intérêts accordés. Il affirme qu'il avait droit à l'indemnisation de la perte de profits résultant de la perte du contrat (perte de profits que le juge de première instance a évaluée à 730 286 $), et que la Cour d'appel de l'Ontario a eu tort de réduire la somme en cause à 182 500 $ en raison de prétendus « impondérables » dont l'existence n'a pas été démontrée par la preuve. Je considère que l'intimée a partiellement raison à cet égard. Acceptant les sommes fixées

would allow the cross-appeal and give judgment for the respondent in the sum of $365,143.

I. Facts

5 In 1991, OTMH called for tenders for the construction of an addition and renovation of its hospital through the Toronto Bid Depository.

1. *The Bid Depository System*

6 A bid depository is, in effect, a structured bidding process. The model used here was devised in the late 1950s by the construction industry with the participation of the Ontario government. It is designed to achieve fairness on building construction projects where the owner requires a lump-sum tender based on plans and specifications, and where a multitude of prime contractors, trade contractors and suppliers are expected to get involved in the tendering process. At the relevant time, it worked as follows.

7 The Bid Depository's staff was notified of a new project by an owner who wished to make use of their services. A date was fixed by which the prequalified subcontractors were to submit on a standard form document (for ease of comparison) a breakdown of their prices. Identical project documentation was made available to all interested bidders in each of the subtrades. Their tenders were sealed and delivered to the Bid Depository office by a specified date and time and deposited in a designated locked box. On the due date, the subtrade bid documents were made available to interested prime contractors who selected the subcontractors (not necessarily the lowest bidder) they wanted to carry as part of their own bid to the owner. Prime contractor bids were required to be filed on a standard form on a fixed date (here, two days after the opening of the subtrade bids). The system offered conformity and comparability. The prime contractor bids were open for the owner's

par les instances inférieures, mais supprimant l'un des impondérables admis par la Cour d'appel de l'Ontario, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident et d'accorder à l'intimée la somme de 365 143 $.

I. Les faits

En 1991, l'OTMH a déposé au Bureau de dépôt des soumissions de Toronto un appel d'offres pour l'agrandissement et la rénovation de ses installations.

1. *Le système de soumissions*

Un système de soumissions est, en réalité, un processus d'appel d'offres structuré. Le modèle utilisé en l'espèce a été conçu à la fin des années 50 par l'industrie de la construction, en collaboration avec le gouvernement ontarien. Il vise à assurer l'équité dans les projets de construction immobilière lorsque le propriétaire exige le dépôt d'une soumission globale fondée sur des plans et un devis descriptif, et que l'on s'attend à ce qu'une multitude d'entrepreneurs principaux, d'entrepreneurs spécialisés et de fournisseurs répondent à l'appel d'offres. À l'époque pertinente, la procédure était la suivante.

Le personnel du Bureau de dépôt des soumissions était avisé de tout nouveau projet par le propriétaire qui souhaitait avoir recours aux services du Bureau. On fixait alors le délai dans lequel les sous-traitants présélectionnés devaient remettre un document type contenant la ventilation de leurs prix (afin de faciliter la comparaison). Tous les soumissionnaires intéressés de chaque corps de métier avaient accès à la même documentation descriptive du projet. Leurs soumissions qui devaient être remises au Bureau de dépôt des soumissions dans des enveloppes scellées, au plus tard à une date et à une heure précises, étaient placées dans une boîte fermée à clé. À la date prévue, les soumissions des corps de métier étaient mises à la disposition des entrepreneurs principaux intéressés, qui choisissaient alors les sous-traitants qu'ils souhaitaient inclure dans leur propre soumission au propriétaire (et qui n'étaient pas nécessairement les plus bas soumissionnaires). Les entrepreneurs prin-

acceptance for a fixed period (here 90 days) and the subcontractor bids were open for acceptance by the prime contractor for a fixed period after the award of the prime contract (here seven days). Each prime contractor was required to undertake "to place a Sub-Contract with one of the trade contractors who used the Bid Depository" (Rule 13(c) of the *Ontario Bid Depository Standard Rules and Procedures*, also known as the rules of the Toronto Bid Depository). These were not informal arrangements for the convenience of prime contractors (i.e., "just a fancy name for somebody collecting prices"). Each participant in the tendering process bound itself by contract to certain obligations and acquired thereby certain rights. The content of those rights and obligations is the subject matter of this litigation.

Thomas Hitchman, President of the respondent, explained it thus:

> . . . the purpose of the bid depository is that the sub-trade contractors submit their price through the bid depository and then the general contractor has a time frame, in this case two days, to assemble his bid and in so doing he can use the numbers that come out of the various sub-trades that bid through the bid depository two days earlier.
>
> Q. I gather in the process there are more than just electrical sub-contractors tendering, is that correct?
>
> A. Yes.

The process is considered fair to all participants because all parties bid on identical information, and their bids are disclosed to the relevant parties at the same time. In particular, it assures subtrades that their bids will not be "shopped" by a prime contractor to competing subcontractors to lever a

cipaux devaient utiliser un formulaire type pour produire leurs soumissions à une date déterminée (en l'espèce deux jours après l'ouverture des soumissions des corps de métier). Ce système assurait la conformité et la comparabilité. Le propriétaire disposait d'un délai déterminé (en l'espèce 90 jours) pour accepter les soumissions des entrepreneurs principaux, et ces derniers disposaient également d'un délai déterminé (en l'espèce sept jours), après l'attribution du contrat principal, pour accepter les soumissions des sous-traitants. Chaque entrepreneur principal devait s'engager [TRADUCTION] « à conclure un contrat de sous-traitance avec l'un des entrepreneurs spécialisés qui avaient eu recours au système de soumissions » (alinéa 13c) des *Ontario Bid Depository Standard Rules and Procedures*, également connues sous le nom de « règles du Bureau de dépôt des soumissions de Toronto »). Il ne s'agissait pas là de mesures officieuses destinées à répondre aux besoins des entrepreneurs principaux (c'est-à-dire « une façon recherchée d'indiquer que quelqu'un se fait proposer des prix »). Chaque participant au processus d'appel d'offres s'engageait par contrat à remplir certaines obligations et acquérait ainsi certains droits. Le contenu de ces droits et obligations fait l'objet du présent litige.

Thomas Hitchman, président de l'intimée, a donné les explications suivantes : 8

> [TRADUCTION] . . . le système de soumissions permet aux entrepreneurs spécialisés de soumettre leurs prix, et l'entrepreneur général dispose ensuite d'un délai, en l'espèce deux jours, pour préparer sa soumission; ce faisant, il peut utiliser les chiffres fournis par les divers corps de métier qui ont soumissionné deux jours plus tôt par l'intermédiaire du système de soumissions.
>
> Q. Si je comprends bien, il y a plus que les soumissions présentées des sous-traitants en électricité, n'est-ce pas?
>
> R. Oui.

On considère que ce processus est équitable pour tous les participants parce que toutes les parties s'appuient sur les mêmes données pour présenter leurs soumissions, qui sont communiquées simultanément aux parties concernées. Il garantit notamment aux corps de métier que l'entrepreneur 9

price advantage. "Bid shopping" was defined by the trial judge as "the practice of soliciting a bid from a contractor, with whom one has no intention of dealing, and then disclosing or using that in an attempt to drive prices down amongst contractors with whom one does intend to deal" ((1996), 30 C.L.R. (2d) 195, at p. 200). The Court of Appeal thought it sufficient if the "shopping" was to get a bid "for the same value or less" ((1999), 43 O.R. (3d) 325, at p. 330, footnote 3).

2. *The Bidding History in This Case*

10 The owner notified the Toronto Bid Depository of the project and a timetable was established whereby the bids of interested trade subcontractors were required to be made by December 12, 1991. A preliminary procedure was established by the owner and its architect to "pre-qualify" acceptable subcontractors by reference to such factors as their competence, track record on other projects, and financial viability. It being in the interest of prime contractors to have as many qualified firms as possible competing for the subcontracts, the appellant approached the respondent in early November 1991 to bid on the job. The respondent volunteered the important information that its workers were not affiliated with the International Brotherhood of Electrical Workers ("IBEW"). It was told there would be no objection on that account. The then head of the respondent's construction division, Mr. Colin Harkness, testified as follows:

A. Mr. Quinless [the appellant's senior estimator] was inquiring whether or not we would, indeed, be bidding the job. I returned the call to Mr. Quinless and spoke to him personally. We had never worked with Ellis-Don. I wanted to advise him at that time of what our union situation was. I told him we were not affiliated with the I.B.E.W.

principal ne « marchandera » pas leurs soumissions avec des sous-traitants concurrents en vue d'obtenir un meilleur prix. Selon le juge de première instance, le [TRADUCTION] « marchandage de soumissions consiste à solliciter une soumission auprès d'un entrepreneur avec lequel on n'a pas l'intention de traiter, et à utiliser ou à divulguer ensuite cette soumission dans le but d'inciter les entrepreneurs avec lesquels on a effectivement l'intention de traiter à baisser leurs prix » ((1996), 30 C.L.R. (2d) 195, p. 200). La Cour d'appel a estimé qu'il suffisait que le « marchandage » ait pour but d'obtenir une soumission [TRADUCTION] « d'une valeur égale ou moindre » ((1999), 43 O.R. (3d) 325, p. 330, renvoi 3).

2. *Historique des soumissions en l'espèce*

Le propriétaire a avisé de son projet le Bureau de dépôt des soumissions de Toronto, et on a fixé au 12 décembre 1991 la date limite à laquelle les sous-traitants intéressés pourraient présenter leurs soumissions. Le propriétaire et son architecte ont établi une procédure préliminaire qui permettait de « présélectionner » les sous-traitants acceptables en fonction de diverses considérations telles leur compétence, leurs réalisations antérieures et leur viabilité financière. Comme les entrepreneurs principaux ont intérêt à ce que le plus grand nombre possible d'entreprises compétentes se disputent les contrats de sous-traitance, l'appelante a, au début de novembre 1991, invité l'intimée à soumissionner les travaux. L'intimée a alors spontanément indiqué que ses travailleurs n'étaient pas affiliés à la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (« FIOE »). On lui a dit que cela ne poserait aucun problème. Monsieur Colin Harkness, qui était alors chef de la division de la construction de l'intimée, a affirmé ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION]

R. Monsieur Quinless [l'estimateur principal de l'appelante] voulait savoir si nous soumissionnerions les travaux. J'ai rappelé M. Quinless et je lui ai parlé. Nous n'avions jamais travaillé avec Ellis-Don. Je voulais l'informer de notre situation syndicale. Je lui ai dit que nous n'étions pas affiliés à la FIOE.

THE COURT: Hold on, please. Mm-hmm.

A. And in that conversation Mr. Quinless identified to me that Ellis-Don were not bound to work with contractors affiliated with the I.B.E.W. and they could work with anyone. I asked him if we were low bidder through the bid depository and met the bidding requirements, that is, our tender form etc. were correct, would they carry us. He identified that if we were low bidder they would carry us.

. . .

A. We have had requests from contractors in the past to quote jobs and they say you must be "union" and I usually call to clarify what that implies. Quite often general contractors have told me that we must be affiliated with the international union of electrical workers. We had never worked with Ellis-Don through Naylor and I wanted to clarify with them that we, indeed, could work with them.

Q. After that telephone conversation, what impression were you left with about the union issue?

A. I was under the impression there was no problem whatsoever from their side.

Q. And do you recall whether you communicated this conversation at some point to Mr. Hitchman?

A. I definitely did.

Mr. Quinless, in his testimony, confirmed the substance of that conversation, and added that prior to giving the assurances, he had "checked it out" with responsible people in the appellant organization, as mentioned below. (See para. 66 of these reasons.)

The fact is that the appellant had been in a continuing if sporadic argument over bargaining rights with the IBEW for the previous 30 years. The dispute, in which the IBEW claimed to have been the *exclusive* bargaining agent for electrical workers on the appellant's jobs since 1962, came to a head in an 18-day hearing before the Ontario Labour Relations Board ("OLRB") in 1990. The issues before the OLRB were whether the IBEW had validly obtained bargaining rights in 1962 and, if so, whether those rights had been subsequently aban-

LA COUR : Un instant s'il vous plaît. Mm-hmm.

R. Et au cours de cette conversation, M. Quinless m'a dit que Ellis-Don n'était pas tenue de traiter avec des entrepreneurs affiliés à la FIOE et qu'elle pouvait traiter avec n'importe qui. Je lui ai demandé si elle nous inclurait si nous étions le plus bas soumissionnaire et que nous remplissions les conditions de l'appel d'offres, c'est-à-dire si notre formule de soumission, etc., était correcte. Il a répondu que si nous étions le plus bas soumissionnaire, Ellis-Don nous inclurait.

. . .

R. Dans le passé, des entrepreneurs nous ont demandé de proposer un prix pour des travaux, en précisant que nous devions être « affiliés à un syndicat »; habituellement, j'appelle pour demander ce que cela signifie. Très souvent, des entrepreneurs généraux m'ont dit que nous devions être affiliés à la Fraternité internationale des ouvriers en électricité. Nous n'avions jamais traité avec Ellis-Don par l'intermédiaire de Naylor et je souhaitais leur préciser que nous pouvions le faire.

Q. Après cette conversation téléphonique, quelle était votre impression au sujet de la question syndicale?

R. J'avais l'impression que cela ne leur posait aucun problème.

Q. Et vous rappelez-vous avoir fait état de cette conversation à M. Hitchman?

R. Je m'en souviens très bien.

Dans son témoignage, M. Quinless a confirmé l'essentiel de cette conversation et a ajouté qu'avant de donner des garanties il avait [TRADUCTION] « fait des vérifications » auprès des personnes responsables au sein de l'organisation appelante, comme nous le verrons plus loin. (Voir par. 66 des présents motifs.) 11

En réalité, au cours des 30 dernières années, l'appelante a débattu constamment, sinon sporadiquement, la question des droits de négociation avec la FIOE. Le différend, dans lequel la FIOE affirmait être l'agent négociateur *exclusif* des électriciens de l'appelante depuis 1962, a abouti à une audience de 18 jours devant la Commission des relations de travail de l'Ontario (« CRTO ») en 1990. La CRTO devait déterminer si la FIOE avait validement obtenu des droits de négociation en 1962 et, dans l'affirmative, si elle avait renoncé à 12

doned. The OLRB ruling was still under reserve in January 1991. The appellant was undoubtedly convinced of the correctness of its position before the OLRB, but it was aware, whereas the respondent was not, of the details of the IBEW grievance and whether or not an adverse ruling would cause it serious difficulty on the OTMH job.

13 The respondent tendered a price of $5,539,000. Approximately six weeks of work and 118 pages of calculations went into preparation of the bid. The next lowest bid for the electrical work was from Comstock Canada ("Comstock"), an IBEW subcontractor, whose bid was $411,000 higher than the respondent's bid. Comstock also bid for the mechanical work.

14 The appellant carried the respondent's low bid for the electrical work and Comstock's bid for the mechanical work in its own tender for the prime contract. It was low bidder at $38,135,900 for the OTMH project. The trial judge found as a fact that if the appellant had carried Comstock's bid for the electrical work instead of the respondent's bid, it would not have been low bidder overall and might on that account have lost the prime contract.

15 By January 1992 it was common knowledge in the industry that the appellant had submitted the lowest bid. Acting on the appellant's assurances that its "in-house" union affiliation presented no problem, the respondent "assigned personnel to study drawings, set crew sizes and plan the phasing of the electrical work". At no time did it receive any formal communication from the appellant that it would get the subcontract.

16 Nor had the appellant received confirmation of the prime contract from the owner. The hospital is partly funded by the Ontario government, and there ensued an unexpected delay in obtaining a commitment of government funds. In February

ces droits par la suite. La CRTO n'avait pas encore rendu sa décision en janvier 1991. L'appelante était sans aucun doute convaincue de la justesse de sa position devant la CRTO, mais, contrairement à l'intimée, elle connaissait les détails du grief de la FIOE et savait si une décision défavorable lui causerait de graves problèmes en ce qui concernait les travaux de l'OTMH.

Le prix indiqué dans la soumission de l'intimée était de 5 539 000 $. La préparation de la soumission a nécessité environ six semaines de travail et 118 pages de calculs. La deuxième plus basse soumission pour les travaux d'électricité était celle de Comstock Canada (« Comstock »), un sous-traitant affilié à la FIOE, dont la soumission était de 411 000 $ de plus que celle de l'intimée. Comstock a également soumissionné les travaux mécaniques.

L'appelante a inclus la soumission basse de l'intimée pour les travaux d'électricité, et celle de Comstock pour les travaux mécaniques, dans la soumission qu'elle a elle-même présentée en vue d'obtenir le contrat principal. Sa soumission de 38 135 900 $ pour le projet de l'OTMH a été la plus basse. Le juge de première instance a tenu pour avéré que si l'appelante avait inclus la soumission de Comstock pour les travaux d'électricité au lieu de celle de l'intimée, elle n'aurait pas présenté la soumission globale la plus basse et aurait pu ainsi perdre le contrat principal.

Dès janvier 1992, il était notoire dans l'industrie que l'appelante avait présenté la soumission la plus basse. Se fondant sur les garanties de l'appelante que son affiliation à un syndicat « maison » ne posait aucun problème, l'intimée [TRADUCTION] « a chargé des membres de son personnel d'étudier les plans, d'établir la taille des équipes et de planifier les diverses phases des travaux d'électricité ». En aucun temps, l'appelante ne l'a informée officiellement qu'elle obtiendrait le contrat de sous-traitance.

Le propriétaire n'avait pas non plus confirmé à l'appelante qu'elle obtiendrait le contrat principal. L'hôpital est partiellement financé par le gouvernement ontarien et l'obtention d'un engagement de fonds gouvernementaux a été retardée de façon

1992, the owner, OTMH, asked the appellant to extend the date for acceptance of its tender for 60 days (i.e., until May 1992). The appellant, in turn, asked for similar extensions from the subcontractors it had carried in its tender, including the respondent. The respondent prudently requested from the appellant a letter confirming its intent to give it the subcontract for the electrical work, if its prime bid was accepted. The appellant declined, it said, "because it was Ellis-Don's practice not to enter into letters of intent prior to the award of the prime contract".

The OLRB decision was released on February 28, 1992 ([1992] O.L.R.D. No. 695 (QL)). The IBEW grievance was upheld. The OLRB decision confirmed the appellant's collective bargaining commitment to use only electrical subcontractors whose employees were affiliated with the IBEW. The details of this dispute are set out at length in the decision of this Court upholding the OLRB decision: *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221, 2001 SCC 4. The appellant acknowledged in pre-trial discovery that the OLRB decision had been received by its in-house Director of Legal and Labour Operations, Mr. Paul Richer, on that date or soon thereafter although apparently it was not communicated to their manager on the OTMH project, Mr. Bruno Antidormi, until about March 10, 1992.

In the meantime, the owner had incorporated various changes to its project into Bid Revision No. 1 (also known as Post Tender Addendum No. 1). Despite the OLRB ruling, the appellant asked the subtrades, *including the respondent*, to submit prices for the contract changes by March 12. The respondent quoted $132,192 (bringing its total bid to $5,671,192). This quote, too, was carried by the appellant in its tender to the owner on March 17, 1992, i.e., three weeks after the OLRB decision and seven days after the appellant's *project* management had been made fully aware of the

inattendue. En février 1992, le propriétaire, l'OTMH, a demandé à l'appelante de proroger de 60 jours (c'est-à-dire jusqu'en mai 1992) le délai d'acceptation de sa soumission. Pour sa part, l'appelante a demandé des prorogations analogues aux sous-traitants qu'elle avait inclus dans sa soumission, y compris l'intimée. Par prudence, cette dernière a demandé à l'appelante une lettre confirmant son intention de lui accorder le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité si sa soumission principale était retenue. L'appelante a refusé en faisant valoir [TRADUCTION] « que Ellis-Don n'avait pas coutume de signer des lettres d'intention avant l'attribution du contrat principal ».

17 La CRTO a rendu sa décision le 28 février 1992 ([1992] O.L.R.D. No. 695 (QL)). Le grief de la FIOE a été maintenu. La décision de la CRTO a confirmé l'engagement, pris par l'appelante dans sa convention collective, de n'avoir recours qu'à des sous-traitants en électricité dont les employés étaient affiliés à la FIOE. Ce différend est exposé en détail dans l'arrêt de notre Cour confirmant la décision de la CRTO : *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221, 2001 CSC 4. L'appelante a admis, pendant l'interrogatoire préalable, que son directeur interne des affaires juridiques et des relations de travail, M. Paul Richer, avait reçu la décision de la CRTO à cette date ou peu après, mais que cette décision n'avait manifestement été communiquée à son gestionnaire du projet de l'OTMH, M. Bruno Antidormi, que vers le 10 mars 1992.

18 Dans l'intervalle, le propriétaire avait apporté diverses modifications à son projet dans le premier appel d'offres modifié (également connu sous le nom de premier addenda complémentaire). Malgré la décision de la CRTO, l'appelante a demandé aux corps de métier, *y compris l'intimée*, de soumettre, au plus tard le 12 mars, des prix pour les modifications apportées au contrat. L'intimée a proposé le prix de 132 192 $ (portant sa soumission totale à 5 671 192 $). L'appelante a également inclus ce prix dans la soumission qu'elle a présentée au propriétaire le 17 mars 1992, c'est-à-dire trois semaines après la décision de la CRTO et sept jours après que ses gestionnaires de *projet* eurent

contents of the decision, and had given themselves sufficient time to digest its impact.

19 When word reached the respondent from some of its suppliers that the appellant was seeking bids from competing electrical subcontractors, one of its managers, Mr. Colin Harkness, called the appellant's Project Manager to confront him with this information. Mr. Harkness recorded his version of the call on April 15, 1992 in a contemporaneous handwritten note:

Q. Perhaps you could read to the Court given that it is in your handwriting what this note says.

A. It says, "Informed by Bruno Antidormi during phone conversation that he is seeking other electrical prices but is unable to get anyone to do it at our price. Actual comments . . ." and this is in italics, ". . . I can't use Naylor on this project and I can't get anyone else to do it at your price."

20 The respondent concluded, quite understandably in the trial judge's view, that the appellant was now "'shopping' Naylor's bid" to rival firms.

21 On May 3, 1992, the President of the respondent wrote a letter to the owner, OTMH, complaining of the appellant's apparent double game. He obtained no satisfaction. On May 6, 1992, the owner awarded the prime contract, incorporating Bid Revision No. 1 (Post Tender Addendum No. 1), to the appellant, who at that time still had no other electrical subcontractor prepared to do the project at the respondent's price. In fact, the prime contract contained Article 10.2 under which the appellant ostensibly undertook to hire the respondent:

10.2 The Contractor agrees to employ those Subcontractors proposed by him in writing and accepted by the Owner at the signing of the Contract.

été mis parfaitement au courant du contenu de la décision et qu'ils se furent donné suffisamment de temps pour en saisir toute la portée.

Lorsque l'intimée a appris de certains de ses fournisseurs que l'appelante sollicitait des soumissions auprès de sous-traitants en électricité concurrents, l'un de ses gestionnaires, M. Colin Harkness, a téléphoné au gestionnaire de projet de l'appelante pour lui demander des explications. Monsieur Harkness a alors immédiatement noté par écrit sa version de la conversation téléphonique du 15 avril 1992 :

[TRADUCTION]

Q. Comme il s'agit d'une note manuscrite, peut-être pourriez-vous la lire à la cour.

R. Il est écrit « Informé par Bruno Antidormi, au cours d'une conversation téléphonique, qu'il sollicite d'autres prix pour les travaux d'électricité, mais qu'il est incapable d'obtenir que quelqu'un le fasse au prix que nous lui avons fixé. Commentaires véritables . . . » et ceci est en italique « . . . je ne peux pas recourir aux services de Naylor pour ce projet et je ne peux pas obtenir que quelqu'un d'autre le fasse à votre prix. »

L'intimée a conclu, à juste titre selon le juge de première instance, que l'appelante [TRADUCTION] « "marchandait" [alors] la soumission de Naylor » avec des entreprises rivales.

Le 3 mai 1992, le président de l'intimée a fait parvenir au propriétaire, l'OTMH, une lettre dans laquelle il se plaignait du double jeu auquel se livrait apparemment l'appelante. Il n'a pas obtenu satisfaction. Le 6 mai 1992, le propriétaire a accordé le contrat principal, incluant le premier appel d'offres modifié (premier addenda complémentaire), à l'appelante qui, à l'époque, n'avait encore trouvé aucun autre sous-traitant en électricité disposé à réaliser le projet au prix fixé par l'intimée. En fait, le contrat principal comportait l'article 10.2 dans lequel l'appelante s'engageait apparemment à retenir les services de l'intimée :

[TRADUCTION]

10.2 L'entrepreneur convient d'avoir recours aux services des sous-traitants qu'il a proposés par écrit et qui ont été acceptés par le propriétaire lors de la signature du contrat.

On May 5, 1992, the appellant offered to subcontract the electrical work to the respondent at the bid price if the respondent would align itself with the IBEW. The respondent, which already had a union, understandably saw this offer as a ploy by the appellant to download its union problems onto the respondent and its workforce. It declined.

Le 5 mai 1992, l'appelante a offert à l'intimée de lui accorder le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité au prix de la soumission si elle acceptait de s'affilier à la FIOE. L'intimée, qui avait déjà un syndicat, a considéré à juste titre que cette offre constituait un stratagème de l'appelante pour se débarrasser de ses problèmes syndicaux en les lui refilant à elle et à ses employés. Elle a refusé. 22

On May 13, 1992, the appellant wrote to the respondent to say that because of the OLRB decision of February 28, 1992, "we regrettably will be unable to enter into a Subcontract Agreement with your firm for the electrical work".

Le 13 mai 1992, l'appelante a informé par écrit l'intimée que, en raison de la décision rendue par la CRTO le 28 février 1992, elle [TRADUCTION] « ser[ait] malheureusement dans l'impossibilité d'accorder à [l']entreprise [de l'intimée] le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité ». 23

In July 1992, the appellant provided Guild Electric (an IBEW subcontractor) with a letter of intent to award the electrical subcontract for $5,671,192, precisely the same amount as had been bid by the respondent. Guild Electric had been pre-qualified for the OTMH project, but had decided not to submit a bid. It was therefore an ineligible subcontractor under Rule 13(c) of the Bid Depository, which was treated by the appellant as of no further relevance. The final subcontract was subsequently signed with Guild Electric with a minor price difference which was conceded to be insignificant.

En juillet 1992, l'appelante a fait parvenir à Guild Electric (un sous-traitant affilié à la FIOE) une lettre indiquant son intention de lui accorder le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité au prix de 5 671 192 $, soit exactement le prix que l'intimée avait proposé dans sa soumission. Guild Electric avait été présélectionnée pour le projet de l'OTMH, mais avait décidé de ne pas présenter de soumission. Elle n'était donc pas un sous-traitant admissible en vertu de l'alinéa 13c) des règles applicables au dépôt de soumissions, que l'appelante considérait désormais comme inapplicable. Le contrat final de sous-traitance conclu, par la suite, avec Guild Electric comportait une différence de prix reconnue comme étant négligeable. 24

The respondent sued for breach of contract and unjust enrichment. Its contractual claim was dismissed but it was awarded damages for unjust enrichment at trial in the amount of $14,560, an amount corresponding to the costs of preparing its bid. The respondent appealed and was awarded damages for breach of contract in the amount of $182,500 plus pre-judgment interest and costs. The appellant appeals from that decision on the issue of liability alone. The respondent cross-appeals on the issue of quantum of damages.

L'intimée a intenté une action pour inexécution de contrat et enrichissement sans cause. Son action en responsabilité contractuelle a été rejetée, mais elle a obtenu en première instance la somme de 14 560 $ à titre de dommages-intérêts pour enrichissement sans cause, laquelle somme correspondait aux dépenses engagées pour préparer sa soumission. L'intimée a interjeté appel et a obtenu la somme de 182 500 $ à titre de dommages-intérêts pour inexécution de contrat, plus des intérêts avant jugement et des dépens. L'appelante se pourvoit contre cette décision uniquement en ce qui concerne la question de la responsabilité. L'intimée forme un pourvoi incident sur la question du montant des dommages-intérêts. 25

II. Judgments

1. *Ontario Court (General Division)* (1996), 30 C.L.R. (2d) 195

26 Langdon J. concluded that, under the tender process agreed to by the parties, the award of the prime contract to the appellant did not automatically trigger a subcontract between the appellant and the respondent for the electrical work. According to traditional rules of contract formulation, communication of acceptance was required, and the appellant had never communicated its acceptance to the respondent. In any event, if any such contract for the electrical work had come into existence, it was frustrated by the OLRB decision of February 28, 1992, which precluded the appellant from contracting with a non-IBEW electrical subcontractor. He concluded that, if he was in error on the issue of liability, he would have awarded the respondent's damages for breach of contract as the lost profit on the project, which he assessed at $730,286.

27 The trial judge then allowed the respondent's claim for unjust enrichment. He analysed the work of the estimators in preparing the bid, and the costs of overhead relating to same, and gave judgment to the respondent for $14,560.

2. *Court of Appeal for Ontario* (1999), 43 O.R. (3d) 325

28 Weiler J.A., for the court, held that the prevention of bid shopping is one the objectives of the Bid Depository. She concluded that the appellant had acted in an "unethical" manner in negotiating the respondent's bid price with Guild Electric.

29 On the contract issue, she proceeded in accordance with the analysis of tendering procedures set out in *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1

II. Les jugements

1. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1996), 30 C.L.R. (2d) 195

Le juge Langdon a conclu que, selon la procédure d'appel d'offres convenue par les parties, l'attribution du contrat principal à l'appelante n'entraînait pas automatiquement la formation d'un contrat de sous-traitance des travaux d'électricité entre cette dernière et l'intimée. Les règles traditionnelles de la formation des contrats exigent que l'acceptation soit communiquée, et l'appelante n'a jamais communiqué son acceptation à l'intimée. Quoi qu'il en soit, si tant est qu'un contrat relatif aux travaux d'électricité ait pu se former, la décision de la CRTO, en date du 28 février 1992, l'a rendu inexécutable du fait qu'elle interdisait à l'appelante de conclure un contrat avec un sous-traitant en électricité non affilié à la FIOE. Le juge a affirmé que, dans l'hypothèse où il aurait commis une erreur au sujet de la responsabilité de l'appelante, il accorderait à l'intimée des dommages-intérêts de 730 286 $ pour inexécution de contrat en vue de l'indemniser de la perte de profits relative au projet en question.

Le juge de première instance a ensuite accueilli l'action de l'intimée pour enrichissement sans cause. Après avoir analysé le travail que les estimateurs avaient accompli pour préparer la soumission et les frais généraux qui s'y rattachaient, le juge a accordé à l'intimée la somme de 14 560 $.

2. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 43 O.R. (3d) 325

Madame le juge Weiler a statué, au nom de la cour, que le système de soumissions vise notamment à empêcher le marchandage de soumissions. Elle a conclu que l'appelante avait agi de manière [TRADUCTION] « contraire à l'éthique » en négociant avec Guild Electric le prix proposé par l'intimée dans sa soumission.

Quant au contrat, elle a appliqué l'analyse de la procédure d'appel d'offres contenue dans l'arrêt *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S.

S.C.R. 111. Those using the Bid Depository system mutually agree to be bound by its terms, so that upon submission of a bid by a subcontractor or of a tender by a prime contractor, this "signifies acceptance of all the terms of the Bid Depository System and constitutes a preliminary contract or contract A". The rules stipulated that the respondent's bid was irrevocable for a period of time. The bidding process is dependent upon subcontractors being bound by their bids once they have been incorporated into a prime contractor's tender and the tender has become irrevocable: *Northern Construction Co. v. Gloge Heating & Plumbing Ltd.* (1986), 19 C.L.R. 281 (Alta. C.A.).

111. Ceux qui ont recours au système de soumissions conviennent mutuellement d'être liés par ses conditions, de sorte que la présentation d'une soumission par un sous-traitant ou par un entrepreneur principal [TRADUCTION] « entraîne l'acceptation de toutes les conditions du système de soumissions et la conclusion d'un contrat préliminaire ou contrat A ». Les règles prévoyaient que la soumission de l'intimée était irrévocable pendant un certain délai. Le processus d'appel d'offres repose sur le principe selon lequel les sous-traitants sont liés par leur soumission lorsque celle-ci a été incorporée dans la soumission d'un entrepreneur principal et que cette dernière est devenue irrévocable : *Northern Construction Co. c. Gloge Heating & Plumbing Ltd.* (1986), 19 C.L.R. 281 (C.A. Alb.).

In exchange for binding itself to an irrevocable bid, the subcontractor also acquires rights under Contract A. It is not automatically entitled to the award of the subcontract for the electrical work (Contract B), but such an award must be made unless the appellant (or the owner) has a "reasonable objection" pursuant to Article 10 of the *General Conditions* of the standard form contract.

30 En contrepartie, le sous-traitant lié par une soumission irrévocable acquiert des droits en vertu du contrat A. Il n'a pas automatiquement droit au contrat de sous-traitance des travaux d'électricité (contrat B), mais ce contrat doit lui être accordé à moins que l'appelante (ou le propriétaire) ne soulève une « objection raisonnable » conformément à l'article 10 des conditions générales du contrat type.

Weiler J.A. held that the appellant's objection to the respondent was not reasonable because she found that: (a) Ellis-Don "shopped" Naylor's bid; (b) Ellis-Don ought to have made efforts to remove the impediment to its objection by applying to the OLRB to clarify whether it could contract with Naylor; and (c) Ellis-Don should have allowed Naylor the opportunity to enter into an arrangement with an IBEW-affiliated company to retain a share of the profit from the subcontract. In her view, the OLRB decision did not necessarily prohibit the appellant from employing the respondent. On the contrary, citing the OLRB decision in *Aluma Systems Canada Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL), she stated that "the OLRB is sensitive to the prejudice a prime contractor may suffer once it has submitted a tender by which it is bound. It appears that, in such instances, the union would be estopped from claiming any damages" (p. 343). The appellant having failed to demonstrate that its objection was reasonable, it was held

31 Madame le juge Weiler a décidé que l'objection de l'appelante au sujet de l'intimée n'était pas raisonnable pour les raisons suivantes : a) Ellis-Don a « marchandé » la soumission de Naylor, b) Ellis-Don aurait dû s'efforcer de supprimer l'obstacle auquel se heurtait son objection en demandant à la CRTO de clarifier si elle pouvait conclure un contrat avec Naylor, et c) Ellis-Don aurait dû donner à Naylor la possibilité de s'entendre avec une société affiliée à la FIOE pour conserver une partie des profits découlant du contrat de sous-traitance. Selon elle, la décision de la CRTO n'interdisait pas nécessairement à l'appelante de recourir aux services de l'intimée. Au contraire, citant la décision de la CRTO dans l'affaire *Aluma Systems Canada Inc.*, [1994] O.L.R.D. No. 4398 (QL), le juge Weiler a affirmé que [TRADUCTION] « la CRTO tient compte du préjudice qu'un entrepreneur principal peut subir lorsqu'il a soumis une offre qui le lie. Il semble que, dans un tel cas, le syndicat ne pourrait pas réclamer des dommages-

to have breached the terms of Contract A with the respondent.

32 Weiler J.A. accepted the trial judge's estimate of the respondent's loss of profit on the job ($730,286). She then discounted this figure by 50 percent for job site contingencies, and the resulting figure by a further 50 percent to account for the contingency that the OLRB would not have allowed the contract to be awarded to Naylor or that Naylor may have had to enter into a sub-subcontract with another electrical subcontractor with IBEW affiliation. With these factors in mind, the court allowed the appeal and awarded the respondent damages of $182,500.

III. Analysis

33 The prospect of a major construction job generally initiates a cascade of invitations to bid from the owner to prime contractors to the subcontractors to the suppliers and other participants. The invitations generate a corresponding flow of tenders upwards along the same food chain. The Bid Depository system promotes itself as designed to protect the reasonable expectations of all participants. It does this by establishing clear rules, fixed deadlines, simultaneous disclosure of bids, and an orderly contracting procedure. Those submitting bids incur the obligation to keep them open for acceptance for a fixed period of time. This of course ties up their resources and, depending on the circumstances, may incur some financial risk. In exchange, the tendering parties are assured that they will be fairly dealt with according to the rules established under the particular tendering procedure.

34 For the last 20 years, the legal effect of tendering arrangements has been approached in accordance with the Contract A/Contract B analysis adopted in *Ron Engineering*, *supra*, *per* Estey J., at p. 119:

intérêts » (p. 343). L'appelante n'ayant pas démontré que son objection était raisonnable, on a jugé qu'elle avait contrevenu au contrat A conclu avec l'intimée.

Madame le juge Weiler a accepté l'estimation de la perte de profits de l'intimée (730 286 $) faite par le juge de première instance. Elle a réduit ce montant de moitié pour tenir compte des impondérables du chantier, puis a réduit de moitié ce nouveau montant afin de tenir compte du fait que la CRTO aurait pu refuser que le contrat soit attribué à Naylor ou que Naylor aurait pu devoir conclure un contrat avec un autre sous-traitant en électricité affilié à la FIOE. À la lumière de ces considérations, la cour a accueilli l'appel et a accordé à l'intimée la somme de 182 500 $ à titre de dommages-intérêts.

III. Analyse

La perspective d'un important projet de construction déclenche généralement une suite d'invitations à soumissionner qui va du propriétaire jusqu'aux entrepreneurs principaux, aux sous-traitants, aux fournisseurs et à d'autres participants. Suit une série de soumissions en réponse à ces invitations. Le système de soumissions vise, selon ses propres termes, à protéger les attentes raisonnables de tous les participants. Cet objectif est réalisé grâce à l'établissement de règles claires, de délais précis et d'une procédure ordonnée en matière de formation de contrats, et à la divulgation simultanée des soumissions. Les soumissionnaires sont tenus de maintenir leur offre pendant une période déterminée. Cela a évidemment pour effet d'immobiliser leurs ressources et peut, selon les circonstances, présenter un risque financier. En contrepartie, ils ont l'assurance d'un traitement équitable conforme aux règles établies par la procédure d'appel d'offres applicable.

Au cours des 20 dernières années, l'effet juridique des appels d'offres a été abordé en fonction de l'analyse fondée sur l'existence d'un contrat A et d'un contrat B effectuée par le juge Estey dans l'arrêt *Ron Engineering*, précité, p. 119 :

There is no question when one reviews the terms and conditions under which the tender was made that a contract arose upon the submission of a tender between the contractor and the owner whereby the tenderer could not withdraw the tender for a period of sixty days after the date of the opening of the tenders. Later in these reasons this initial contract is referred to as contract A to distinguish it from the construction contract itself which would arise on the acceptance of a tender, and which I refer to as contract B.

Il ressort manifestement de l'examen des conditions auxquelles la soumission a été faite que sa présentation a donné lieu à un contrat entre l'entrepreneur et la propriétaire, en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission pendant les soixante jours suivant la date d'ouverture des soumissions. Plus loin dans les présents motifs, j'appellerai ce premier contrat le contrat A pour le distinguer du contrat d'entreprise lui-même qui résulte de l'acceptation de la soumission et que j'appellerai le contrat B.

Subsequently, in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, the Court allowed the appeal of an unsuccessful bidder against the award of a prime contract to an unqualified bidder, contrary to an implied term in Contract A. The Court took the opportunity on that occasion to affirm that Contract A does not automatically spring into existence upon the making of a tender, and if it does, its terms must be ascertained as with any other contract, and not be derived from some abstract legal paradigm. Iacobucci J. reinforced this point at para. 17:

35 Par la suite, dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, la Cour a accueilli le pourvoi que l'auteur d'une soumission non retenue avait formé à la suite de l'attribution d'un contrat principal à un soumissionnaire non qualifié, contrairement à une condition implicite du contrat A. La Cour a saisi l'occasion pour confirmer que le contrat A ne prend pas naissance automatiquement dès la présentation d'une soumission et que, si un tel contrat se forme, il faut en déterminer les conditions de la même manière que pour tout autre contrat, et non appliquer un quelconque modèle juridique abstrait. Le juge Iacobucci a insisté sur ce point, au par. 17 :

> . . . it is always possible that Contract A does not arise upon the submission of a tender, or that Contract A arises but the irrevocability of the tender is not one of its terms, all of this depending upon the terms and conditions of the tender call.

> . . . il est toujours possible que le contrat A ne soit pas formé dès la présentation d'une soumission, ou qu'il y ait formation du contrat A mais que l'irrévocabilité de la soumission n'en soit pas une condition; cela dépend des conditions de l'appel d'offres.

See also *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at para. 80.

Voir aussi *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 80.

Both *Ron Engineering*, *supra*, and *M.J.B. Enterprises* dealt with owners and prime contractors. The present appeal raises an issue at a lower level of the cascade. Nevertheless, as those decisions made clear, the Contract A/Contract B approach rests on ordinary principles of contract formation, and there is no reason in principle why the same approach should not apply at this lower level. The existence and content of Contract A will depend on the facts of the particular case. Accordingly, the prime contract having been awarded in this case to the appellant, the issue is whether the respondent had any contractual rights under its Contract A with the appellant either to the making of Contract

36 Dans les deux arrêts *Ron Engineering* et *M.J.B. Enterprises*, précités, il était question de propriétaires et d'entrepreneurs principaux. En l'espèce, le problème se situe à un échelon inférieur. Quoi qu'il en soit, ces arrêts indiquent clairement que l'interprétation fondée sur l'existence d'un contrat A et d'un contrat B repose sur les principes ordinaires de formation des contrats. En principe, rien ne s'oppose à ce que cette méthode soit appliquée à cet échelon inférieur. L'existence et le contenu du contrat A dépendent des faits de chaque affaire. Par conséquent, étant donné que le contrat principal a été accordé à l'appelante en l'espèce, il faut se demander si l'intimée avait droit, en vertu de

B (the electrical subcontract) or to damages for the appellant's refusal to do so.

37 This appeal thus raises five issues:

1. Was a Contract A formed between the appellant and respondent with respect to this project and, if so, what were its terms?

2. Was the contract frustrated by reason of the OLRB decision of February 28, 1992?

3. If not, did the appellant breach the terms of Contract A?

4. If so, what are the damages?

5. In the alternative, is the respondent entitled to recover on the basis of unjust enrichment?

38 There lurked in the background to some of the respondent's submissions in this Court occasional allegations which seemed grounded in tort, including negligent misrepresentation. However, tort was neither pleaded nor argued in the courts below and tort law will play no role in the disposition of this appeal.

1. *Was There a Contract A and, if so, What Were the Terms?*

39 The respondent contended at trial that the appellant, upon winning the prime contract, became automatically obligated to it under the terms of Contract A to enter into the electrical subcontract, i.e., Contract B. The respondent relies in this respect on the decision of the British Columbia Supreme Court in *M.J. Peddlesden Ltd. v. Liddell Construction Ltd.* (1981), 128 D.L.R. (3d) 360.

40 It is possible that under a different set of bidding rules this *could* be the outcome, but there is nothing in the call for tender or related documents in

son contrat A avec l'appelante, à la conclusion du contrat B (le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité) ou encore à des dommages-intérêts en raison du refus de l'appelante de conclure le contrat B.

Le présent pourvoi soulève donc cinq questions :

1. Y a-t-il eu formation d'un contrat A entre l'appelante et l'intimée relativement au projet en cause et, dans l'affirmative, quelles en étaient les conditions?

2. La décision de la CRTO, en date du 28 février 1992, a-t-elle rendu ce contrat inexécutable?

3. Sinon, l'appelante a-t-elle violé les conditions du contrat A?

4. Dans l'affirmative, quel montant de dommages-intérêts doit être accordé?

5. Subsidiairement, l'intimée a-t-elle droit à une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause?

Certains arguments avancés devant notre Cour par l'intimée cachaient parfois des allégations qui semblaient tenir de la responsabilité délictuelle, y compris des allégations de déclaration inexacte faite par négligence. Or, la responsabilité délictuelle n'a été ni invoquée ni plaidée devant les cours d'instance inférieure et elle n'interviendra pas dans le règlement du présent pourvoi.

1. *Y a-t-il eu formation d'un contrat A et, dans l'affirmative, quelles en étaient les conditions?*

L'intimée a soutenu au procès qu'après avoir obtenu le contrat principal l'appelante était dès lors tenue, en vertu du contrat A, de conclure avec elle le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité, c'est-à-dire le contrat B. L'intimée invoque à cet égard la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *M.J. Peddlesden Ltd. c. Liddell Construction Ltd.* (1981), 128 D.L.R. (3d) 360.

Ce *pourrait* être le cas si un ensemble différent de règles s'appliquait au dépôt de soumissions, mais rien dans le présent appel d'offres ou dans les

this case to give rise to such a result. On the contrary, as pointed out by Weiler J.A. in the Ontario Court of Appeal, the tender documents clearly contemplate the possible substitution of a subcontractor that is different from the firm carried in the tender for the prime contract. Article 10.3 of the *General Conditions* that govern the tender provides that the owner may, on reasonable grounds, object to a subcontractor and, if so, the prime contractor is required to employ another subcontractor. Article 10.5 states that the prime contractor shall not be required to employ as a subcontractor a person or firm to whom he may reasonably object. These terms are incorporated into Contract A and are plainly inconsistent with the respondent's theory of a "deemed Contract B". In accordance with the usual principles of contract formation, communication of acceptance was required to make Contract B.

documents connexes ne peut avoir cet effet. Au contraire, comme l'a souligné madame le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario, le dossier d'appel d'offres prévoyait clairement la possibilité de substituer un autre sous-traitant à celui inclus dans la soumission présentée pour l'obtention du contrat principal. L'article 10.3 des conditions générales de l'appel d'offres prévoit que le propriétaire peut, pour des motifs raisonnables, s'opposer à un sous-traitant et, le cas échéant, l'entrepreneur principal doit faire appel à un autre sous-traitant. Selon l'article 10.5, l'entrepreneur principal n'est pas tenu de retenir, comme sous-traitant, une personne ou une entreprise à laquelle il peut raisonnablement s'opposer. Ces conditions sont incorporées dans le contrat A et sont manifestement incompatibles avec la thèse du « présumé contrat B » préconisée par l'intimée. Conformément aux principes habituels de la formation des contrats, la communication de l'acceptation était nécessaire à la formation du contrat B.

The tender documents are equally clear, however, that the prime contractor is not free under Contract A of contractual obligation to the subtrades it has carried in its own bid. The Bid Depository does not operate simply for the prime contractor's convenience.

Cependant, le dossier d'appel d'offres établit tout aussi clairement que l'entrepreneur principal a, en vertu du contrat A, des obligations envers les sous-traitants qu'il a inclus dans sa propre soumission. Le système de soumissions n'est pas là seulement pour la commodité de l'entrepreneur principal. 41

The *Ontario Bid Depository Standard Rules and Procedures* assure participants that it "provides for the sanctity of the bid during the tendering process", and specifically assures a subcontractor that he or she is "[a]ble to bid Prime Contractors knowing his bid will not be 'shopped'". The mechanism by which this is achieved is by instructing prime contractors in Article 16.1 of the *Instructions to Bidders*:

16.1 Bidders shall submit with Bid Documents . . . names of the Subcontractors bidder proposes to perform work under the Contract, and to include in the Agreement he would sign with the Owner.

Les *Ontario Bid Depository Standard Rules and Procedures* garantissent aux participants que le système de soumissions [TRADUCTION] « assure la protection de l'intégrité de la soumission pendant le processus d'appel d'offres » et, en particulier, garantit au sous-traitant qu'il [TRADUCTION] « [p]eut présenter une soumission à des entrepreneurs principaux en sachant que celle-ci ne fera pas l'objet d'un "marchandage" ». C'est en ce sens que les entrepreneurs principaux reçoivent la directive suivante à l'article 16.1 des directives aux soumissionnaires (*Instructions to Bidders*) : 42

[TRADUCTION]

16.1 Le soumissionnaire doit soumettre avec le dossier d'appel d'offres [. . .] le nom des sous-traitants à qui il entend confier l'exécution des travaux prévus au contrat et qu'il compte inclure dans le contrat qu'il signera avec le propriétaire.

The attached printed form that is required of prime contractors to submit to the owner includes as Article 3 the term:

> 3. In the Stipulated Price the following Subcontractors are carried and they will perform the work indicated. . . . [Emphasis added.]

43 The appellant was therefore required to and did include as Article 3 of its tender for the prime contract:

> 3. In the Stipulated Price the following Subcontractors are carried and they will perform the work indicated: . . . Electrical . . . Naylor Group Incorporated. [Emphasis added.]

44 Further, as noted above, the final contract between the owner and the appellant, which was in a standard form stipulated pursuant to the Bid Depository rules, provided as Article 10.2 of the *General Conditions of the Stipulated Price Contract*:

> 10.2 The Contractor agrees to employ those Subcontractors proposed by him in writing and accepted by the Owner at the signing of the Contract.

45 Outside the framework of a bid depository or comparable scheme, such provisions might operate solely between the owner and the prime contractor, and be of no assistance to a stranger to their contract, such as an aspiring subcontractor. However, in this case, there was a structured Bid Depository, and these standard printed-form documents between the prime contractor and the owner constituted part of the Bid Depository regime as implemented, and formed the contractual basis on which the subcontractors tendered. Indeed, it was on this basis that the Bid Depository *could* assure them that their bids would not be "shopped". The assurance of a subcontract to the carried subcontractor, subject to *reasonable* objection, was

Le formulaire joint que les entrepreneurs principaux doivent soumettre au propriétaire comporte la condition suivante à l'article 3 :

[TRADUCTION]

> 3. Les sous-traitants suivants sont inclus dans le marché à forfait et ils exécuteront les travaux indiqués. . . [Je souligne.]

L'appelante devait donc inclure la disposition suivante et elle l'a fait à l'article 3 de son offre visant à obtenir le contrat principal :

[TRADUCTION]

> 3. Les sous-traitants suivants sont inclus dans le marché à forfait et ils exécuteront les travaux indiqués : [. . .] à savoir : [. . .] Électricité [. . .] Naylor Group Incorporated. [Je souligne.]

En outre, comme nous l'avons vu, le contrat final conclu entre le propriétaire et l'appelante, qui était un contrat type conforme aux règles applicables au dépôt de soumissions, prévoyait à l'article 10.2 des conditions générales du marché à forfait (*Stipulated Price Contract*) :

[TRADUCTION]

> 10.2 L'entrepreneur convient d'avoir recours aux services des sous-traitants qu'il a proposés par écrit et qui ont été acceptés par le propriétaire lors de la signature du contrat.

En dehors d'un régime de dépôt des soumissions ou d'un autre régime comparable, de telles dispositions pourraient ne s'appliquer qu'entre le propriétaire et l'entrepreneur principal et n'être d'aucun secours à un tiers, tel un candidat sous-traitant. En l'espèce, toutefois, un régime structuré de dépôt des soumissions était en place, et ces documents types entre l'entrepreneur principal et le propriétaire faisaient partie du régime de dépôt des soumissions appliqué et formaient l'assise contractuelle du dépôt de soumissions par les sous-traitants. En fait, c'était ce qui expliquait pourquoi le système de soumissions *pouvait* leur garantir que leurs soumissions ne ferait pas l'objet d'un « marchandage ». La garantie de la conclusion d'un contrat avec le sous-traitant inclus, sous réserve d'une objection *raisonnable*, représentait

for subcontractors the most important term of Contract A.

This interpretation of Contract A is entirely consistent with the answers provided on discovery by the Vice-President of the appellant who actually signed the OTMH bid:

Question 91: Is it fair to say on the afternoon of December 10th, which was the closing of the sub-trade bids, you and Mr. Quinless decided you were going to use the Naylor Group for the electrical job.

COUNSEL: He indicated the word was "carrying" and not "using".

THE DEPONENT: We would carry their price.

Then on 93, the question is:

Question 93: So if the hospital accepted your bid you would then turn around and award the electrical subcontract to Naylor at the price indicated.

Answer: Subject to certain clarifications I can't say that it would be an absolute given.

Question 94: You have mentioned "certain clarifications". What do you mean by that?

Answer: We have a process where we will sit down with the sub-contractor and go through the job. We have to be assured that he is doing it in accordance with our schedule and he does have a complete scope of the work and certain things of that nature are in order. We would tender the job to the owner and based on the way the process is we are assuming that is the case.

The "certain clarifications" mentioned by the appellant's witness would, if lacking, go to the issue of reasonable objection. No other conditions precedent were mentioned.

I therefore reject the dismissive expression of the appellant's Project Manager that the Bid Depository was "just a fancy name for somebody collecting prices". It was contrary to the rules of the Bid Depository that a subcontractor's bid, once disclosed, would become merely a bargaining

pour les sous-traitants la condition la plus importante du contrat A.

Cette interprétation du contrat A concorde en tous points avec les réponses données lors de l'interrogatoire préalable par le vice-président de l'appelante qui avait signé la soumission présentée à l'OTMH : 46

[TRADUCTION]

Question 91 : N'est-il pas exact que, dans l'après-midi du 10 décembre, date de clôture des soumissions des sous-traitants, M. Quinless et vous-même avez décidé de recourir aux services de Naylor Group pour les travaux d'électricité?

L'AVOCAT : Il a dit qu'il avait été question d'« inclure » et non de « recourir aux services ».

LE DÉPOSANT : Nous inclurions leur prix.

Puis, au numéro 93, la question est la suivante :

Question 93 : Donc, si l'hôpital acceptait votre soumission, vous attribueriez alors le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité à Naylor au prix indiqué.

Réponse : Sous réserve de certaines clarifications, je ne puis faire une affirmation aussi catégorique.

Question 94 : Vous avez mentionné « certaines clarifications ». Qu'entendez-vous par là?

Réponse : Notre façon de procéder consiste à rencontrer le sous-traitant et à passer en revue les travaux à exécuter. Nous devons notamment nous assurer qu'il respectera notre échéancier et qu'il a une idée exacte des travaux à exécuter. Nous présenterions la soumission au propriétaire et, compte tenu du processus en place, nous présumons qu'il en serait ainsi.

Si elles sont insuffisantes, les « certaines clarifications » mentionnées par le témoin de l'appelante devront être analysées à la lumière du principe de l'objection raisonnable. Aucune autre condition préalable n'a été mentionnée.

Par conséquent, je rejette le commentaire sarcastique du gestionnaire de projet de l'appelante, selon lequel le système de soumissions n'est [TRADUCTION] « qu'une façon recherchée d'indiquer que quelqu'un se fait proposer des prix ». Il était contraire aux règles applicables au dépôt de sou- 47

lever against other electrical subcontractors to obtain the same or a lower price.

48 The appellant complains that it did not "shop" the respondent's bid, as the trial judge defined it, because at the time it solicited the bid it *did* intend to subcontract the work to the respondent if it turned out to be the low bidder, and it subsequently used the respondent's price as "a budget" to get the work done, not as a lever to obtain a still lower price from other subcontractors. This, while plausible, misses the point. The question at this stage is not whether the appellant engaged in bid shopping as defined by the trial judge but whether the rules of the Bid Depository created an effective contractual barrier to the practice, which was a leading selling point to the industry. In my view, the documentation referred to above, read in light of the rules of the Toronto Bid Depository, were intended to and did bring into existence, upon tender, a Contract A which required the successful prime contractor to subcontract to the firms carried in the absence of a reasonable objection.

49 The appellant also complains that in effect the court here would be "implying" a term into Contract A without meeting the stringent requirements laid down in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, and *Martel Building, supra*. In my view, however, the obligation to contract, subject to reasonable objection, arises directly out of the rules of the Bid Depository and related (and required) standard form documentation, and does not resort to an "implied" term.

50 Finally, the appellant warns that this conclusion "imposes highly dysfunctional constraints on the ability of prime contractors and owners to deal with unusual problems that may arise in the course

missions que la soumission d'un sous-traitant, une fois divulguée, serve simplement à négocier avec d'autres sous-traitants en électricité en vue d'obtenir un prix équivalent ou inférieur.

L'appelante se défend d'avoir « marchandé » la soumission de l'intimée, au sens donné à cette expression par le juge de première instance, parce qu'au moment où elle a demandé la soumission elle *avait* l'intention d'accorder le contrat de sous-traitance à l'intimée si sa soumission était la plus basse. L'appelante prétend avoir par la suite utilisé le prix proposé par l'intimée comme « budget » des travaux à exécuter et non pour obtenir un prix encore moins élevé de la part d'autres sous-traitants. Bien qu'elle soit plausible, cette affirmation passe à côté de la question. À ce stade, il s'agit non pas de savoir si l'appelante s'est livrée au marchandage de soumissions au sens donné par le juge de première instance, mais de déterminer si les règles applicables au dépôt de soumissions créaient effectivement un obstacle contractuel à cette pratique qui constituait un argument de vente majeur pour l'industrie. À mon avis, les documents susmentionnés, interprétés à la lumière des règles du Bureau de dépôt des soumissions de Toronto, visaient à faire naître et ont fait naître, dès la présentation de la soumission, un contrat A obligeant l'entrepreneur principal retenu à sous-traiter, en l'absence d'objection raisonnable, avec les entreprises incluses dans sa soumission.

L'appelante prétend aussi qu'en fait la cour en l'espèce « conclurait à l'existence » d'une condition dans le contrat A sans respecter les conditions strictes établies dans les arrêts *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, et *Martel Building*, précité. J'estime, toutefois, que l'obligation de conclure un contrat, sous réserve d'une objection raisonnable, découle directement des règles applicables au dépôt de soumissions et des documents types connexes (requis), et qu'elle ne procède pas d'une condition « implicite ».

Enfin, l'appelante prévient que cette conclusion [TRADUCTION] « impose des contraintes très paralysantes qui limitent la capacité des entrepreneurs principaux et des propriétaires de régler les pro-

of the tendering/bidding process". It seems to me the rules of the Bid Depository are *intended* to impose constraints. The prime contractor is protected by Article 10 of the *General Conditions of the Stipulated Price Contract* that would eliminate a subcontractor if the owner had "reasonable cause" to object (Article 10.3) or if the prime contractor itself "may reasonably object" (Article 10.5). The prime contractor's protection lies in the contractual right to object. The subcontractor's protection lies in the concept of "reasonableness". An unreasonable objection does not suffice. If other participants in the Bid Depository system agree with the appellant that such a constraint is "dysfunctional", the rules can always be amended.

blèmes inhabituels qui peuvent survenir dans le processus d'appel d'offres ou de soumissions ». Il me semble que les règles applicables au dépôt de soumissions sont *destinées* à imposer des contraintes. L'entrepreneur principal est protégé par l'article 10 des conditions générales du marché à forfait (*Stipulated Price Contract*), qui permet d'écarter un sous-traitant lorsque le propriétaire a un [TRADUCTION] « motif raisonnable » de s'y opposer (article 10.3), ou lorsque l'entrepreneur principal [TRADUCTION] « peut formuler une objection raisonnable » (article 10.5). La protection de l'entrepreneur principal réside dans le droit contractuel de formuler une objection. La protection du sous-traitant réside dans la notion du « caractère raisonnable ». Une objection déraisonnable n'est pas suffisante. Si d'autres participants au régime de dépôt des soumissions conviennent avec l'appelante qu'une telle contrainte est « paralysante », les règles peuvent toujours être modifiées.

I therefore agree with Weiler J.A. that the various terms and conditions governing the Toronto Bid Depository, when read together, compel the conclusion that, when the appellant chose to carry the respondent's bid in its tender to the owner, it committed itself to subcontract the electrical work to the respondent in the absence of a reasonable objection. What is "reasonable" depends on the facts of the case.

51 Je souscris donc à l'opinion de madame le juge Weiler que, compte tenu de l'ensemble des diverses modalités régissant le Bureau de dépôt des soumissions de Toronto, force est de conclure que, lorsque l'appelante a choisi d'inclure la soumission de l'intimée dans celle qu'elle a présentée au propriétaire, elle s'est engagée à confier les travaux d'électricité en sous-traitance à l'intimée en l'absence d'objection raisonnable. Ce qui est « raisonnable » dépend des faits de l'affaire.

2. *Was Contract A Frustrated by Reason of the OLRB Decision of February 28, 1992?*

The appellant says that even if it was bound by Contract A, whatever its terms, it was nevertheless relieved of any obligation by the supervening event of the OLRB decision dated February 28, 1992 which required it to use IBEW electricians on its projects. The respondent's employees were members of a different union. Accordingly, it says, the possibility of a subcontract was out of the question.

2. *La décision de la CRTO, en date du 28 février 1992, a-t-elle rendu le contrat A inexécutable?*

52 L'appelante affirme que, même si elle était liée par le contrat A, quelles qu'en fussent les conditions, la décision rendue le 28 février 1992 par la CRTO — qui l'obligeait à recourir aux services d'électriciens affiliés à la FIOE pour ses projets — a néanmoins eu pour effet de la libérer de toute obligation envers l'intimée. Les employés de l'intimée étaient membres d'un autre syndicat. Le contrat de sous-traitance devenait donc impossible, selon l'appelante.

Frustration occurs when a situation has arisen for which the parties made no provision in the contract and performance of the contract becomes "a

53 Il y a impossibilité d'exécution lorsque survient une situation que les parties n'ont pas prévue dans le contrat et qui fait en sorte que l'exécution du

thing radically different from that which was undertaken by the contract": *Peter Kiewit Sons' Co. v. Eakins Construction Ltd.*, [1960] S.C.R. 361, *per* Judson J., at p. 368, quoting *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (H.L.), at p. 729.

54 Earlier cases of "frustration" proceeded on an "implied term" theory. The court was to ask itself a hypothetical question: if the contracting parties, as reasonable people, had contemplated the supervening event at the time of contracting, would they have agreed that it would put the contract to an end? The implied term theory is now largely rejected because of its reliance on fiction and imputation.

55 More recent case law, including *Peter Kiewit*, adopts a more candid approach. The court is asked to intervene, not to enforce some fictional intention imputed to the parties, but to relieve the parties of their bargain because a supervening event (the OLRB decision) has occurred without the fault of either party. For instance, in the present case, the supervening event would have had to alter the nature of the appellant's obligation to contract with the respondent to such an extent that to compel performance despite the new and changed circumstances would be to order the appellant to do something radically different from what the parties agreed to under the tendering contract: *Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1087; *McDermid v. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300 (Q.B.); *O'Connell v. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291 (Ont. Co. Ct.), at p. 304; *Petrogas Processing Ltd. v. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118 (Q.B.); *Victoria Wood Development Corp. v. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229 (Ont. C.A.), at p. 242; and G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at pp. 677-78.

contrat devient [TRADUCTION] « quelque chose de radicalement différent des engagements pris au contrat » : *Peter Kiewit Sons' Co. c. Eakins Construction Ltd.*, [1960] R.C.S. 361, le juge Judson, p. 368, citant l'arrêt *Davis Contractors Ltd. c. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (H.L.), p. 729.

La jurisprudence plus ancienne relative à l'« impossibilité d'exécution » faisait appel à la thèse de la « condition implicite ». Le tribunal devait se poser la question hypothétique suivante : si, au moment de conclure le contrat, les parties contractantes avaient, en tant que personnes raisonnables, prévu l'événement qui est survenu, auraient-elles convenu qu'il mettrait fin au contrat? Cette thèse de la condition implicite est désormais largement rejetée parce qu'elle repose sur la fiction et l'imputation.

La méthode utilisée dans la jurisprudence plus récente, notamment l'arrêt *Peter Kiewit*, est plus réaliste. L'intervention de la cour est sollicitée non pas pour mettre à exécution une intention fictive imputée aux parties, mais pour libérer les parties de leur marché en raison d'un événement nouveau (en l'occurrence, la décision de la CRTO) qui est survenu sans qu'il n'y ait eu faute de la part de l'une ou l'autre des parties. Par exemple, il faudrait en l'espèce que l'événement nouveau ait tellement modifié la nature de l'obligation de l'appelante de conclure un contrat avec l'intimée que contraindre cette dernière à l'exécuter, malgré le changement de circonstances, reviendrait à lui ordonner de faire quelque chose de radicalement différent de ce qui a été convenu par les parties dans le contrat d'appel d'offres : *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087; *McDermid c. Food-Vale Stores (1972) Ltd.* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 300 (B.R.); *O'Connell c. Harkema Express Lines Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 291 (C. cté Ont.), p. 304; *Petrogas Processing Ltd. c. Westcoast Transmission Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 118 (B.R.); *Victoria Wood Development Corp. c. Ondrey* (1978), 92 D.L.R. (3d) 229 (C.A. Ont.), p. 242; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4e éd. 1999), p. 677-678.

While the second approach ("a radical change in the obligation") is to be preferred and is now the established test, the appellant's argument would fail under either view. There has been no "supervening event" in the sense required by either approach to the doctrine of frustration and in fact the OLRB ruling against the appellant was a foreseeable outcome.

Bien que cette seconde méthode (« un changement radical de l'obligation ») soit préférable et constitue maintenant le critère établi, l'argumentation de l'appelante ne pourrait être acceptée ni en vertu de l'ancienne méthode ni en vertu de la nouvelle. Aucun « événement nouveau » n'est survenu au sens requis par l'une ou l'autre façon d'aborder la théorie de l'impossibilité d'exécution et, en fait, il était prévisible que la CRTO rendrait une décision défavorable à l'appelante. 56

With all due respect to the learned trial judge, who concluded that any contractual obligation arising under Contract A had been frustrated by the OLRB decision of February 28, 1992, the appellant is in no better position than someone who sells his house to two successive buyers. At issue was the right to do the electrical work. The IBEW said that in 1962 it was promised for its members the electrical work on the appellant's projects and the OLRB found that the appellant had largely observed this collective bargaining obligation over the next 30 years. The OLRB decision of February 28, 1992 recognized and affirmed the appellant's obligation to the IBEW. It did not create it. Accordingly, when the appellant approached the respondent to do the OTMH work with non-IBEW workers, and subsequently carried the bid to the owner, it was promising work that, so far as the IBEW was concerned, the appellant had already bargained away.

En toute déférence pour le juge de première instance qui a conclu que la décision rendue le 28 février 1992 par la CRTO a rendu inexécutable toute obligation découlant du contrat A, j'estime que l'appelante n'est pas dans une meilleure situation que la personne qui vend sa maison à deux acheteurs successifs. C'était le droit d'exécuter les travaux d'électricité qui était en cause. La FIOE a affirmé qu'on lui avait promis, en 1962, que l'exécution des travaux d'électricité liés aux projets de l'appelante serait confiée à ses membres, et la CRTO a jugé que l'appelante avait largement respecté cette obligation émanant de la négociation collective, au cours des 30 années subséquentes. La décision rendue le 28 février 1992 par la CRTO a reconnu et confirmé l'existence de l'obligation de l'appelante envers la FIOE; elle n'a pas créé cette obligation. Par conséquent, lorsque l'appelante a communiqué avec l'intimée pour faire exécuter les travaux du projet de l'OTMH par des ouvriers non affiliés à la FIOE et qu'elle a, par la suite, inclus la soumission de l'intimée dans celle qu'elle a présentée au propriétaire, elle promettait du travail qui, en ce qui concernait la FIOE, avait déjà été confié à quelqu'un d'autre. 57

In my view, the OLRB decision no more qualified as a "supervening event" than would a court decision upholding the validity of the first of two inconsistent contracts for the sale of a house. The judicial decision, far from frustrating and putting to an end the second contract, simply lays the basis for a claim in damages by the second purchaser. The OLRB merely affirmed a pre-existing obligation voluntarily entered into by the appellant that was too late disclosed to the respondent.

Selon moi, la décision de la CRTO n'était pas plus un « événement nouveau » que ne le serait une décision judiciaire confirmant la validité du premier de deux contrats de vente incompatibles d'une maison. La décision judiciaire, loin de rendre le second contrat inexécutable et d'y mettre fin, jette simplement les bases d'une action en dommages-intérêts par le second acheteur. La CRTO n'a fait que confirmer la validité d'une obligation préexistante contractée librement par l'appelante et divulguée trop tard à l'intimée. 58

59 There is another reason why the doctrine of frustration is inapplicable. Contract A left open the possibility that for some good reason the appellant might "reasonably object" to the awarding of the subcontract to the respondent. The owner and the appellant had satisfied themselves about the respondent's qualifications on the basis of information known to them at the time of carrying its bid in the tender for the prime contract. However, there might obviously have arisen subsequent events (e.g., loss of key personnel) or belatedly disclosed information (e.g., financial insolvency) that would render an objection reasonable. The parties to Contract A specifically provided their own test to deal with supervening circumstances by means of a flexible exit option based on reasonableness. As a matter of construction, there is no need here to consider court-imposed remedies based on the allegation of a radical change to the significance of the contractual obligation.

Une autre raison s'oppose, selon moi, à l'application de la théorie de l'impossibilité d'exécution. Le contrat A n'a pas écarté la possibilité que l'appelante « s'oppose raisonnablement », pour un motif valable, à l'attribution du contrat de sous-traitance à l'intimée. Le propriétaire et l'appelante s'étaient assurés que l'intimée était qualifiée, grâce aux renseignements dont ils disposaient au moment où la soumission de cette dernière a été incluse dans celle présentée pour l'obtention du contrat principal. Toutefois, il est évident que des événements subséquents (comme, par exemple, la perte d'employés indispensables) ou des renseignements communiqués tardivement (comme, par exemple, l'insolvabilité) auraient pu rendre une objection raisonnable. Les parties au contrat A ont expressément prévu le critère qui serait appliqué pour faire face à des circonstances nouvelles au moyen d'un mécanisme de sortie souple fondé sur le caractère raisonnable. Aux fins d'interprétation, il n'est pas nécessaire ici d'examiner les réparations imposées par les tribunaux à la suite d'une allégation de changement radical de la portée de l'obligation contractuelle.

60 The legal issue raised on these facts is not the doctrine of frustration but whether, in light of its conduct under the rules of the Bid Depository, it was "reasonable" of the appellant to object to the respondent's union affiliation.

La question de droit que soulèvent les faits de la présente affaire est non pas celle de la théorie de l'impossibilité d'exécution, mais celle de savoir si, compte tenu de la conduite de l'appelante eu égard aux règles applicables au dépôt de soumissions, il était « raisonnable » qu'elle s'oppose à l'affiliation syndicale de l'intimée.

3. *Did the Appellant Breach the Terms of Contract A?*

3. *L'appelante a-t-elle violé les conditions du contrat A?*

61 The appellant has throughout taken the position that its *only* objection to the respondent is the fact that it is not an IBEW subcontractor. In my view, its conduct throughout the OTMH project disentitled it from characterizing such an objection as "reasonable".

L'appelante n'a pas cessé de faire valoir que sa *seule* objection concernant l'intimée émane du fait qu'elle n'est pas un sous-traitant affilié à la FIOE. À mon avis, la conduite qu'elle a adoptée pendant tout le projet de l'OTMH l'empêche de qualifier cette objection de « raisonnable ».

62 This is not to understate the importance of the OLRB's affirmation of IBEW bargaining rights. I do not agree, as will be seen, with the Court of Appeal's optimism that the OLRB ruling could be abated or circumnavigated. (Neither, it seems does the OLRB itself: *Marathon-Delco Inc.*, [2000]

Cela ne revient pas à minimiser l'importance de la confirmation par la CRTO des droits de négociation de la FIOE. Je ne partage pas, comme nous le verrons, l'optimisme de la Cour d'appel qui estime que la décision de la CRTO pourrait être tempérée ou contournée (la CRTO elle-même ne semble pas

O.L.R.D. No. 542 (QL).) The IBEW, having established the correctness of its position at much effort and expense, could be expected to insist on the fruits of victory. The respondent says that the appellant simply acted duplicitously and crassly. Depending on who got the electrical subcontract, it knew it was going to be sued by either the IBEW or the respondent. It apparently viewed a suit by the respondent as the softer option. This observation may have a measure of truth, but the more important fact is that the OLRB ruling is backed up by a statutory enforcement scheme that the appellant is obliged to recognize as paramount. An employer is required by the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A (formerly *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2), to comply with an OLRB order (s. 48(18)) which may be enforced in the same manner as an order of the Ontario Superior Court (s. 48(19)). A corporation that contravenes an order is guilty of an offence carrying a fine of not more than $25,000 (s. 104(1)(b)) and each day of a continuing contravention is a separate offence (s. 104(2)). (References are to the present numbering of the relevant sections of the Act.)

non plus être de cet avis : *Marathon-Delco Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 542 (QL)). On pourrait s'attendre à ce que, après avoir fait chèrement et durement reconnaître le bien-fondé de sa position, la FIOE cherche à récolter les fruits de sa victoire. L'intimée affirme que l'appelante a simplement agi de manière sournoise et grossière. Elle savait qu'elle serait poursuivie soit par la FIOE soit par l'intimée, selon l'entreprise qui obtiendrait le contrat de sous-traitance des travaux d'électricité. Elle a apparemment considéré qu'il valait mieux être poursuivi par l'intimée. Cette observation peut être véridique jusqu'à un certain point, mais ce qui est plus important c'est que la décision de la CRTO s'appuie sur un régime légal d'exécution dont l'appelante est forcée de reconnaître la primauté. La *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A (auparavant *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2), exige d'un employeur qu'il se conforme à une ordonnance de la CRTO (par. 48(18)) qui peut être mise à exécution de la même manière qu'une ordonnance de la Cour supérieure de l'Ontario (par. 48(19)). La personne morale qui viole une ordonnance commet une infraction punissable d'une amende maximale de 25 000 $ (al. 104(1)b)), et une infraction distincte est commise chaque jour que la violation se poursuit (par. 104(2)). (Les numéros d'articles mentionnés sont les numéros actuels des dispositions pertinentes de la Loi.)

The appellant's argument, with respect, sets up a straw man. The severity of the Act's provisions simply exposes the folly of the appellant's assurances and conduct at a time when the OLRB decision was looming. If the appellant had instead been subjected to a court order to sell its house to an earlier purchaser (to revive the analogy), disobedience to the order of specific performance would also bring dire consequences, but nevertheless the court order would not relieve the appellant from its obligation to pay damages to the disappointed second purchaser. And so it is with Contract A. The appellant chose to carry the respondent instead of its IBEW affiliated rival, Comstock, and thereby assured itself as low bidder of winning the prime contract. It was held by the OLRB to have previ-

63 En toute déférence, l'argument de l'appelante est faible. La rigueur des dispositions de la Loi ne fait que souligner l'absurdité de la conduite de l'appelante et des assurances qu'elle a données alors que la décision de la CRTO était imminente. Si l'appelante avait plutôt fait l'objet d'une ordonnance judiciaire lui enjoignant de vendre sa maison à un acheteur antérieur (pour reprendre l'analogie évoquée plus haut), l'omission de se conformer à l'ordonnance d'exécution intégrale entraînerait également de graves conséquences, mais l'ordonnance judiciaire ne la libérerait pas de l'obligation de verser des dommages-intérêts à l'acheteur évincé. Il en va de même avec le contrat A. L'appelante a choisi d'inclure l'intimée au lieu de sa rivale affiliée à la FIOE, Comstock, et elle s'est

ously promised the work to IBEW electricians. By reason of that earlier obligation, it was unable to fulfill its subsequent obligation under Contract A. It couldn't keep both sets of promises. It is perfectly fair that it compensate the respondent for its non-performance of Contract A.

ainsi assurée l'obtention du contrat principal en présentant la soumission la plus basse. La CRTO a jugé qu'elle avait déjà promis de confier l'exécution des travaux aux électriciens affiliés à la FIOE. Cette obligation antérieure l'empêchait de s'acquitter de l'obligation subséquente qui lui incombait en vertu du contrat A. Elle ne pouvait pas tenir ses deux promesses. Il est tout à fait équitable qu'elle indemnise l'intimée pour son inexécution du contrat A.

64 The appellant's dilemma is not without its sympathetic aspects. The OLRB decision was pending for about a year. In the meantime the appellant, as a practical operator, had either to bid carrying IBEW subcontractors (perhaps unnecessarily) and risk losing major projects, or bid carrying non-IBEW subcontractors (perhaps wrongly) and risk the subsequent wrath of the IBEW and, perhaps, the OLRB. The problem, in the end, is that it purported to solve its dilemma at the respondent's expense.

Le dilemme de l'appelante n'est pas sans susciter une certaine compassion. La CRTO a mis un an avant de rendre sa décision. Dans l'intervalle, l'appelante, en tant que gestionnaire pragmatique, devait soit présenter une soumission incluant des sous-traitants affiliés à la FIOE (peut-être inutilement) et risquer de perdre d'importants projets, soit inclure des sous-traitants non affiliés à la FIOE (peut-être à tort) et s'exposer à la colère du syndicat et, peut-être, de la CRTO. Somme toute, le problème réside dans le fait qu'elle a tenté de résoudre son dilemme aux dépens de l'intimée.

65 The appellant, with full knowledge of the IBEW situation, had gone out of its way to assure the respondent that its in-house union affiliation was no cause for concern and would be no basis for objection. It carried the respondent's bid in its tender for the prime contract in December 1991, with full knowledge both of the IBEW proceedings before the OLRB and the respondent's non-IBEW union affiliation. It affirmed its agreement to use the respondent when it put forward the respondent's addendum price in its submission to the owner on March 17, 1992, more than two weeks after its Director of Legal and Labour Operations had received full notice of the OLRB ruling and began to seek advice on its impact. It formally affirmed the respondent's expected role in the actual contract between the owner and the appellant dated May 6, 1992 because otherwise it would have been obliged to admit it was signing a multi-million dollar contract including major electrical work without anyone in sight who was prepared and IBEW-equipped to perform it at the respondent's price. The appellant was not prepared to give the electrical work to Comstock, which was

Alors qu'elle était parfaitement au courant de la situation concernant la FIOE, l'appelante avait pris la peine d'assurer à l'intimée que son affiliation à un syndicat maison n'était pas une source de préoccupation et ne susciterait aucune objection. En décembre 1991, elle a inclus la soumission de l'intimée dans celle qu'elle a présentée pour l'obtention du contrat principal, alors qu'elle était parfaitement au courant de l'engagement des procédures de la FIOE devant la CRTO et du fait que l'intimée n'était pas affiliée à la FIOE. Elle a confirmé qu'elle consentait à recourir aux services de l'intimée en incluant le prix proposé par cette dernière au sujet de l'addenda dans la soumission qu'elle a présentée au propriétaire le 17 mars 1992, soit plus de deux semaines après que son directeur des affaires juridiques et des relations de travail eut été pleinement informé de la décision de la CRTO et qu'il eut entrepris des consultations au sujet de son incidence. Elle a officiellement confirmé le rôle prévu de l'intimée dans le contrat qu'elle a conclu avec le propriétaire le 6 mai 1992, parce que, si elle ne l'avait pas fait, elle aurait dû reconnaître qu'elle concluait un contrat de plusieurs millions

already on the job as mechanical contractor, whose bid price had been $411,000 higher than the respondent.

de dollars portant notamment sur des travaux d'électricité majeurs, sans avoir d'entrepreneur affilié à la FIOE qui soit prêt à les exécuter au prix soumis par l'intimée. L'appelante n'était pas disposée à confier les travaux d'électricité à Comstock qui participait déjà au projet comme entrepreneur en mécanique et dont la soumission dépassait de 411 000 $ celle de l'intimée.

The evidence on these matters was clear and uncontradicted. The potential IBEW problem was flagged by the respondent itself at the initial contact in early November 1991. The "no problem" assurance was given after consultation within the appellant organization by Mr. Paul Quinless, who as the senior estimator had responsibility for bidding on the OTMH project. Mr. Quinless testified as follows:

66 À ces égards, la preuve était claire et n'a pas été contredite. L'intimée a elle-même signalé le problème potentiel de l'affiliation à la FIOE lorsqu'elle a été approchée pour la première fois au début du mois de novembre 1991. À la suite de consultations au sein de l'organisation appelante, M. Paul Quinless qui, en sa qualité d'estimateur principal, était chargé de préparer la soumission relative au projet de l'OTMH, a donné l'assurance qu'il n'y aurait aucun problème. Monsieur Quinless a fait la déposition suivante :

[TRADUCTION]

A. . . . My first job would be to contact all the prequalified sub-contractors, all of the invited sub-contractors and basically invite them to bid on the job so a fax would be sent out, or a letter sent out inviting them to bid.

. . .

A. I had a specific question from Naylor asking, explaining the fact that they were non-union, or non I.B.E.W., that they had their own in-house union affiliation and the question was asked could we use them? I checked it out and my response to Naylor was that we could use them. [Emphasis added.]

R. . . . Ma première tâche était de communiquer avec tous les sous-traitants présélectionnés, tous les sous-traitants invités et, essentiellement, de les inviter à présenter une soumission. Ils ont donc été invités, par courrier ou par télécopie, à soumissionner.

. . .

R. Naylor m'a posé une question particulière, expliquant que l'entreprise n'était pas syndiquée ou plutôt qu'elle n'était pas affiliée à la FIOE, qu'elle avait un syndicat maison, et elle a demandé si nous pouvions recourir à ses services. J'ai fait des vérifications et j'ai répondu à Naylor que nous pouvions le faire. [Je souligne.]

This erroneous advice was not corrected until a month and a half *after* the adverse OLRB ruling. Indeed, the appellant's Project Manager on the OTMH job, Mr. Bruno Antidormi, acknowledged that the respondent was not even given the signal that IBEW storm clouds *might* be gathering on the horizon:

67 Ce n'est qu'un mois et demi *après* la décision défavorable de la CRTO que cet avis erroné a été corrigé. En fait, le gestionnaire de projet de l'appelante pour les travaux de l'OTMH, M. Bruno Antidormi, a reconnu que l'intimée n'a même pas été prévenue qu'il *pourrait* y avoir un problème avec la FIOE :

[TRADUCTION]

Q. You could have written to Naylor and said "We have had this hearing. We may lose the hearing. There could be a problem down the road."

Q. Vous auriez pu écrire à Naylor et lui dire : « Nous avons eu cette audience. Il se peut que nous perdions. Il pourrait y avoir un problème. »

A. Okay, a bit of good advice.

Q. But you didn't do that.

A. No, we didn't do that.

68 On March 17, 1992 — well after the appellant acknowledges receiving and considering the OLRB decision — it affirmed its selection of the respondent by approving and submitting Naylor's price in its response to Bid Revision No. 1 (Post Tender Addendum No. 1). The appellant's Project Manager so testified:

Q. This letter of March 17th is some 18 days or so after the Ontario Labour Relations Board decision was placed into the hands of Ellis-Don?

A. That is correct. I was aware of the [OLRB] decision at this point.

69 Even more remarkably, the appellant signed the prime contract dated May 6, 1992 — about two months after the appellant was fully aware of the OLRB decision — undertaking to the owner once again to use the respondent to do the electrical work. This was confirmed in testimony by Bruno Antidormi, the appellant's Project Manager:

Q. . . . In that paragraph [2.2] in the [prime] contract which you signed, sir, says "The contractor . . ." which is yourself there, Ellis-Don. . .

A. Mm-hmm.

Q. ". . . agrees to employ those sub-contractors proposed in writing and accepted by the owner at the signing of the contract." Do you agree with me?

A. I agree with you.

Q. Up until that date, May 6th, had you proposed in writing any other sub-contractor for electrical work other than Naylor?

A. On May 6th? No, we did not. . . .

70 I agree with the appellant that the OLRB ruling of February 28, 1992 put an end to the lawful abil-

R. D'accord, un bon conseil.

Q. Mais vous n'avez pas fait ça.

R. Non, nous ne l'avons pas fait.

Le 17 mars 1992 — c'est-à-dire bien après la date à laquelle l'appelante reconnaît avoir reçu et examiné la décision de la CRTO — elle a confirmé son choix de l'intimée en approuvant et en soumettant le prix de Naylor en réponse au premier appel d'offres modifié (premier addenda complémentaire). Le gestionnaire de projet de l'appelante a déclaré ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. La lettre du 17 mars a été rédigée quelque 18 jours après que Ellis-Don eut reçu la décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario?

R. C'est exact. J'étais au courant de la décision [de la CRTO] à ce stade.

Fait encore plus remarquable, environ deux mois après avoir eu pleinement connaissance de la décision de la CRTO, l'appelante a signé le contrat principal daté du 6 mai 1992, dans lequel elle s'engageait encore une fois envers le propriétaire à recourir aux services de l'intimée pour les travaux d'électricité. Le gestionnaire de projet de l'appelante, M. Bruno Antidormi, a confirmé cela dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. . . . Cette clause [2.2] du contrat [principal] que vous avez signé, Monsieur, prévoit : « L'entrepreneur . . . », c'est-à-dire, vous-même, Ellis-Don . . .

R. Mm-hmm.

Q. « . . . convient d'avoir recours aux services des sous-traitants qui ont été proposés par écrit et qui ont été acceptés par le propriétaire lors de la signature du contrat. » Êtes-vous d'accord avec moi?

R. Je suis d'accord.

Q. Jusqu'à cette date, le 6 mai, aviez-vous proposé par écrit un autre sous-traitant que Naylor pour exécuter les travaux d'électricité?

R. Le 6 mai? Non. . .

Je conviens avec l'appelante que la décision rendue par la CRTO le 28 février 1992 a mis fin à sa

ity to use the services of the respondent. In my view, however, the fact it lost its OLRB gamble is not sufficient to absolve it of the financial consequences to the respondent. Its belated objection to the respondent, in light of this history, was unreasonable.

capacité légale de recourir aux services de l'intimée. La perte du pari qu'elle avait fait relativement à cette décision ne me paraît pas toutefois suffisante pour la dégager de toute responsabilité pour les conséquences financières qui en ont résulté pour l'intimée. Compte tenu de ces faits, son objection tardive concernant l'intimée était déraisonnable.

The respondent takes a darker view of the appellant's conduct. It contends that non-disclosure of the IBEW problem and the other matters referred to above were far from innocent. It insists that if the appellant had carried the lowest IBEW subcontractor (Comstock) for the electrical work, it would not have been low bidder on the OTMH project. The respondent says its bid was "used" to obtain the prime contract and "used" again to secure a substitute electrical subcontract at the same price from Guild Electric, all of which it says was contrary to the rules of the Toronto Bid Depository. The appellant's denial lacked much conviction:

71 L'intimée a une perception moins favorable de la conduite de l'appelante. Elle prétend que la non-divulgation du problème concernant la FIOE et les autres agissements mentionnés plus haut étaient loin d'être innocents. Elle soutient que si l'appelante avait inclus la plus basse soumission d'un sous-traitant affilié à la FIOE (Comstock) pour les travaux d'électricité, sa soumission relative au projet de l'OTMH n'aurait pas été la plus basse. L'intimée affirme que l'appelante a « utilisé » sa soumission pour obtenir le contrat principal et l'a « utilisée » de nouveau pour obtenir qu'un autre sous-traitant en électricité, Guild Electric, accepte d'exécuter les travaux au même prix, tout cela en contravention des règles du Bureau de dépôt des soumissions de Toronto. Les démentis de l'appelante manquaient beaucoup de conviction :

[TRADUCTION]

Q. So, Mr. Antidormi, you went to them, knowing Naylor's price, knowing their bid amount, told the full amount and said to Guild, "Do the job for this".

Q. Alors, M. Antidormi, vous vous êtes tournés vers Guild, alors que vous connaissiez le prix de Naylor, le montant de sa soumission, vous lui avez révélé le montant et lui avez dit « Faites les travaux pour ce montant ».

A. Yes.

R. Oui.

Q. To your way of thinking that is not "shopping" the Naylor price.

Q. Et vous ne pensez pas que vous « marchandiez » le prix de Naylor.

A. I didn't tell them to match the price. I said this is what you can do the job for.

R. Je ne leur ai pas dit de demander un prix équivalent. J'ai dit que c'est ce qu'ils pouvaient avoir pour les travaux.

While both the trial judge and Weiler J.A. in the Ontario Court of Appeal found the appellant's conduct in this respect distasteful, I think it is sufficient to dispose of the case on the narrow contractual ground that the appellant could only extricate itself from Contract A by demonstrating that, in all

72 Bien que le juge de première instance et madame le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario aient tous deux considéré comme déplorable le comportement de l'appelante à cet égard, je crois qu'il suffit de trancher la présente affaire en fonction du motif restreint selon lequel l'appelante ne pouvait se dégager du contrat A qu'en démontrant que son objection était « raisonnable »

the circumstances, its objection was "reasonable", and this it has failed to do.

compte tenu de l'ensemble des circonstances, ce qu'elle n'a pas fait.

4. *What Are the Respondent's Damages for Breach of Contract A?*

4. *À quel montant de dommages-intérêts l'intimée a-t-elle droit pour l'inexécution du contrat A?*

73 The well-accepted principle is that the respondent should be put in as good a position, financially speaking, as it would have been in had the appellant performed its obligations under the tender contract. The normal measure of damages in the case of a wrongful refusal to contract in the building context is the contract price less the cost to the respondent of executing or completing the work, i.e., the loss of profit: *M.J.B. Enterprises Ltd.*, *supra*, at p. 650; *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 225-26; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3rd ed. 1997), at para. 5.890; *McGregor on Damages* (16th ed. 1997), at para. 1154.

Le principe bien établi veut que l'intimée soit placée dans une aussi bonne situation, financièrement parlant, qu'elle l'aurait été si l'appelante s'était acquittée des obligations qui lui incombait en vertu du contrat d'appel d'offres. Le montant des dommages-intérêts qui doit être accordé normalement pour le refus injustifié de conclure un contrat dans le domaine de la construction est le prix indiqué au contrat, moins ce qu'il en aurait coûté à l'intimée pour exécuter ou terminer les travaux, c'est-à-dire la perte de profits: *M.J.B. Enterprises Ltd.*, précité, p. 650; *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 225-226; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3e éd. 1997), par. 5.890; *McGregor on Damages* (16e éd. 1997), par. 1154.

74 The appellant accepts these general propositions as correct and, in the event of liability being found against it, does not contest the Court of Appeal's assessment. It is the respondent who complains in its cross-appeal that this award is too low. Its claim for lost profit was $1,769,412. This was a figure calculated by the President of the respondent, Mr. Hitchman, based on an average mark-up of 12.4 percent on the contract price plus addendum, grossed up to an average mark-up of 31.2 percent on the entire job because of Mr. Hitchman's demonstrated capacity to squeeze profit out of contract extras.

L'appelante reconnaît que ces propositions générales sont exactes et, dans l'hypothèse où elle serait tenue responsable, elle ne conteste pas l'évaluation effectuée par la Cour d'appel. C'est l'intimée qui, dans le pourvoi incident, prétend que ce montant est trop bas. Sa réclamation pour perte de profits est de 1 769 412 $. Le président de l'intimée, M. Hitchman, est arrivé à cette somme en appliquant une marge bénéficiaire moyenne de 12,4 pour 100 du prix du contrat plus l'addenda, majorée à 31,2 pour 100 de la totalité des travaux en raison de la capacité démontrée de M. Hitchman de réaliser des profits grâce aux suppléments contractuels.

75 The trial judge concluded that Mr. Hitchman's projected profit of $1,769,412 was overly optimistic, and held the respondent to a more realistic mark-up of 11.2 percent plus minor adjustments, producing a figure of $730,286. In making what he called a "highly speculative assessment", he noted that Guild Electric had suffered a significant financial loss on the job.

Le juge de première instance a conclu que M. Hitchman était trop optimiste en calculant des profits de 1 769 412 $, et il a plutôt appliqué une marge plus réaliste de 11,2 pour 100 et apporté quelques corrections mineures pour arriver au chiffre de 730 286 $. Effectuant ce qu'il a appelé une [TRADUCTION] « évaluation très conjecturale », il a souligné que Guild Electric avait subi d'importantes pertes financières en exécutant les travaux.

The trial judge recognized that there had been unanticipated site problems including what he referred to as "[t]he disaster on the demolition/wireway". Guild Electric had allowed almost twice the time as the respondent for the "demolition/wireway" (between 300 and 400 hours), but in fact spent 3,000 hours investigating and altering the existing electrical conduits. The trial judge deducted $100,000 from the respondent's claimed loss of profit on this account.

Le juge de première instance a reconnu que des problèmes imprévus étaient survenus sur le chantier, notamment ce qu'il a décrit comme [TRADUCTION] « [l]e désastre de la démolition de la goulotte guide-fils ». Guild Electric avait prévu près du double du temps alloué par l'intimée pour cette étape (entre 300 et 400 heures), mais a en fait consacré 3 000 heures à examiner et à modifier les canalisations électriques existantes. Le juge a, pour cette raison, retranché 100 000 $ de la réclamation de l'intimée pour perte de profits. 76

The trial judge concluded that the respondent was better placed than Guild Electric had been to turn a profit on the OTMH job because it was a tightly-managed local Oakville firm with previous hands-on work experience at OTMH, and had a labour rate advantage over its IBEW affiliated rivals.

Le juge de première instance a conclu que l'intimée était mieux en mesure que Guild Electric de réaliser des profits en exécutant les travaux du projet de l'OTMH, du fait que cette entreprise située à Oakville même était bien gérée, avait déjà œuvré à l'OTMH et possédait un avantage sur ses rivales affiliées à la FIOE en raison du taux de rémunération qu'elle pratiquait. 77

He further found that the institutional construction market in Ontario went into a steep decline in 1992. "[T]he economic climate in this industry from 1992 to 1995", he concluded, "was disastrous". Accordingly, he ruled that the respondent was in no position to mitigate its damages with other work, and had not succeeded in doing so.

Le juge a par ailleurs conclu que le marché ontarien de la construction d'établissements institutionnels avait subi une forte baisse en 1992. Selon lui, [TRADUCTION] « cette industrie a connu de 1992 à 1995 un climat économique désastreux ». Il a donc décidé que l'intimée n'était pas en mesure de réduire le montant de ses dommages en exécutant d'autres travaux et qu'elle n'avait pas réussi à le faire. 78

The Court of Appeal reduced the $730,286 by 50 percent because it felt the trial judge had failed to take into account a number of relevant features of the unexpectedly adverse conditions on the job site. It then reduced the resulting figure of $365,143 by a further 50 percent (i.e., to $182,500) for the contingency that the OLRB (if asked) might not have allowed the award of the contract to Naylor, or that Naylor might have been required to enter into an unprofitable arrangement with an IBEW subcontractor to carry out the OTMH work.

La Cour d'appel a réduit de moitié la somme de 730 286 $ parce que, selon elle, le juge de première instance avait omis de prendre en considération certains aspects pertinents des conditions défavorables imprévues qui avaient régné sur le chantier. Elle a ensuite répété l'opération sur la somme de 365 143 $ ainsi obtenue (la réduisant à 182 500 $) pour tenir compte du fait que la CRTO (si on lui avait demandé de le faire) n'aurait peut-être pas autorisé l'attribution du contrat à Naylor ou que Naylor n'aurait peut-être pas été tenue de conclure un marché non rentable avec un sous-traitant affilié à la FIOE en vue d'effectuer les travaux de l'OTMH. 79

It is common ground that the Court of Appeal was not entitled to substitute its own view of a proper award unless it could be shown that the trial

Tous reconnaissent que la Cour d'appel ne peut substituer sa propre perception du montant approprié de dommages-intérêts que s'il est possible de 80

judge had made an error of principle of law, or misapprehended the evidence (*Lang v. Pollard*, [1957] S.C.R. 858, at p. 862), or it could be shown there was no evidence on which the trial judge could have reached his or her conclusion (*Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430, at p. 435), or the trial judge failed to consider relevant factors in the assessment of damages, or considered irrelevant factors, or otherwise, in the result, made "a palpably incorrect" or "wholly erroneous" assessment of the damages (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, at p. 235; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 810; *Widrig v. Strazer*, [1964] S.C.R. 376, at pp. 388-89; *Woelk*, *supra*, at pp. 435-37; *Waddams*, *supra*, at para. 13.420; and H. D. Pitch and R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2nd ed. 1989), at 15§5). Where one or more of these conditions are met, however, the appellate court is obliged to interfere.

démontrer que le juge de première instance a commis une erreur quant au principe de droit applicable ou qu'il a mal compris la preuve (*Lang c. Pollard*, [1957] R.C.S. 858, p. 862), s'il est possible de démontrer qu'aucun élément de preuve ne justifiait la conclusion du juge de première instance (*Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430, p. 435), si le juge de première instance n'a pas tenu compte de facteurs pertinents pour évaluer les dommages-intérêts ou s'il a pris en considération des facteurs non pertinents, ou encore si, en définitive, son appréciation des dommages-intérêts était « manifestement incorrecte » ou entachée d'une « erreur sérieuse » (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, p. 235; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 810; *Widrig c. Strazer*, [1964] R.C.S. 376, p. 388-389; *Woelk*, précité, p. 435-437; Waddams, *op. cit.*, par. 13.420; H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2e éd. 1989), 15§5. Toutefois, si une seule ou plusieurs de ces conditions sont remplies, la Cour d'appel doit intervenir.

81 I agree with Weiler J.A. that the trial judge failed to relate the unexpectedly severe site problems, which he found as facts to exist, to his rather summary treatment of lost profits. The severity of the site conditions raised highly relevant considerations that were not restricted to the "demolition/wireway". Guild Electric may not have been a local Oakville firm, but it was a large, successful and experienced electrical contractor which, unlike the respondent, had previously done major jobs of this size. While recognizing the disastrous site conditions, the trial judge preferred to rest his calculation on the respondent's bidding practices and historical profit levels on other jobs rather than (apart from an imputed loss on the "demolition/wireway") on the facts of this particular job.

Je suis d'accord avec madame le juge Weiler pour dire que le juge de première instance n'a pas établi un lien entre les problèmes plus graves que prévu qui, selon ce qu'il a constaté, sont survenus sur le chantier et son traitement plutôt sommaire de la perte de profits. Des considérations extrêmement pertinentes, non limitées à la démolition de la goulotte guide-fils, découlaient des conditions difficiles régnant sur le chantier. Guild Electric n'était peut-être pas un entrepreneur local d'Oakville, mais elle était un entrepreneur en électricité important, prospère et expérimenté qui, contrairement à l'intimée, avait déjà exécuté des travaux de cette envergure. Tout en reconnaissant l'existence de conditions désastreuses sur le chantier, le juge de première instance a préféré fonder ses calculs sur les pratiques de l'intimée en matière de soumission et sur les niveaux de profits qu'elle avait réalisés dans le cadre d'autres travaux, plutôt que sur la réalité des travaux ici en cause (exception faite d'une perte théorique relative à la démolition de la goulotte guide-fils).

I propose to deal separately with the two contingencies applied by the Court of Appeal.

(a) Unanticipated Job Site Conditions

The hospital no longer retained "as-built" drawings and immense time was wasted during construction trying to identify the source and purpose of various wiring installations before demolition could proceed. Moreover, as the hospital continued to function during demolition and renovation of various parts, scheduling became a serious constraint, as the appellant's Mr. Antidormi explained:

A. . . . if we had a renovation in a sensitive area such as the operating rooms or the intensive care facilities, it has to be properly scheduled, given the day to day delicate functions at the Oakville Hospital, which does a lot of eye surgery, there is no vibration allowed, no noise, no fumes. . . .

Guild Electric had estimated a total labour cost of 46,000 hours for the project (working within the budget established by the respondent). It expended 66,000 hours. The trial judge found almost a 50 percent cost overrun (20,000 hours) in labour hours, only about half of which was paid for in "extras" by the owner.

While some of these factors were noted by the trial judge, they were not integrated into his calculation of loss of profit. They ought to have been. The correct principle is stated in *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1975), vol. 12, at p. 437:

1137. *Possibilities, probabilities and chances.* Whilst issues of fact relating to liability must be decided on the balance of probability, the law of damages is concerned with evaluating, in terms of money, future possibilities and chances. In assessing damages which depend on the court's view as to what will happen in the future, or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will happen or would have happened and reflect those chances,

Je traiterai séparément les deux impondérables pris en considération par la Cour d'appel. 82

a) Conditions imprévues sur le chantier

L'hôpital n'avait plus les plans de l'ouvrage fini et, avant d'entreprendre les travaux de démolition, il a fallu consacrer énormément de temps à déterminer le point d'origine et la fonction de diverses installations de câblage. De plus, comme l'hôpital demeurait ouvert pendant les travaux de démolition et de rénovation de divers secteurs, l'établissement d'un calendrier des travaux est devenu très problématique, comme l'a expliqué M. Antidormi, témoignant pour l'appelante : 83

[TRADUCTION]

R. . . . si des travaux de rénovation devaient être exécutés dans des secteurs névralgiques comme des salles d'opération ou des salles de soins intensifs, ils devaient être planifiés soigneusement en raison des soins délicats prodigués chaque jour à l'hôpital d'Oakville, où se fait beaucoup de chirurgie oculaire : aucune vibration n'était permise, aucun bruit, aucune émanation . . .

Guild Electric avait prévu consacrer en tout 46 000 heures au projet (en se fondant sur le budget établi par l'intimée). Elle en a consacré 66 000. Le juge de première instance a constaté que le nombre d'heures de travail prévues a été dépassé de presque 50 pour 100 (20 000 heures), dont environ la moitié seulement a été payée par le propriétaire à titre de « suppléments ». 84

Bien que le juge de première instance ait relevé certains de ces facteurs, il ne les a pas intégrés dans son calcul de la perte de profits. Il aurait dû le faire. Le principe applicable est énoncé dans *Halsbury's Laws of England* (4e éd. 1975), vol. 12, p. 437 : 85

[TRADUCTION] 1137. *Possibilités, probabilités et éventualités.* Bien que les questions de fait en matière de responsabilité doivent être tranchées selon la prépondérance des probabilités, le droit applicable aux dommages-intérêts vise à donner une valeur pécuniaire à des possibilités et à des éventualités futures. Lorsqu'il évalue des dommages-intérêts en fonction de sa perception de ce qui se produira ultérieurement ou de ce qui se serait produit si quelque chose n'était pas arrivé dans le passé, le tribunal doit évaluer les possibilités qu'un évé-

whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.

86 The site conditions and related performance problems persuaded Weiler J.A. to reduce the loss of profit to $365,143 and, given the necessarily speculative nature of the exercise, we have been given no reason to interfere on this point.

(b) IBEW-Related Difficulties

87 Weiler J.A., having ruled that the appellant erred in refusing to contract with the respondent because the OLRB might have sanctioned a subcontract with the respondent, then reduced the respondent's damages to $182,500 on the basis that the OLRB might *not* have done so. In that event, the respondent might have had to do some sort of deal with an IBEW subcontractor, which would have further squeezed the respondent's profit, she concluded.

88 I think this line of reasoning carries the "speculative" exercise too far. As the appellant points out, "[t]he options posited by the Court of Appeal were contrary to what the parties had accepted as common ground (i.e., that the O.L.R.B. decision meant Ellis-Don could not sub-contract with Naylor)" (factum, at para. 64). Section 161(4) of the *Labour Relations Act, 1995* (formerly s. 147(4)) provides that a collective agreement is binding on the parties when the union obtains bargaining rights and the Act does not provide for any exemptions from that result. As to a potential business arrangement between the respondent and another electrical subcontractor, the respondent itself wrote to the appellant on May 11, 1992 stating that it would be "impossible" for it to consider aligning itself with an IBEW affiliate. I agree with the appellant that there was no basis to expect any indulgence from the OLRB or the IBEW.

nement particulier survienne ou soit survenu et tenir compte de ces possibilités, même si elles sont plus ou moins égales, pour établir le montant de dommages-intérêts qui sera accordé.

Les conditions sur le chantier et les problèmes d'exécution des travaux qui en ont découlé ont convaincu madame le juge Weiler de réduire la perte de profits à 365 143 $ et, compte tenu de la nature nécessairement conjecturale de cette évaluation, on ne nous a donné aucun motif d'intervenir sur ce point.

b) Les difficultés liées à la FIOE

Après avoir décidé que l'appelante avait eu tort de refuser de conclure un contrat de sous-traitance avec l'intimée de crainte que la CRTO condamne l'opération, madame le juge Weiler a réduit à 182 500 $ les dommages-intérêts accordés à l'intimée pour le motif que la CRTO aurait pu *ne pas* condamner cette opération. Selon elle, l'intimée aurait peut-être alors dû conclure un marché quelconque avec un sous-traitant affilié à la FIOE, ce qui aurait eu pour effet de réduire encore davantage ses profits.

Je crois que ce raisonnement pousse trop loin la « conjecture ». Comme l'appelante le fait remarquer, [TRADUCTION] « [l]es options énoncées par la Cour d'appel allaient à l'encontre de ce qui avait été reconnu par les deux parties (à savoir que la décision de la C.R.T.O. signifiait que Ellis-Don ne pouvait pas conclure un contrat de sous-traitance avec Naylor) » (mémoire, par. 64). Le paragraphe 161(4) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (auparavant le par. 147(4)) prévoit qu'une convention collective lie les parties lorsque le syndicat obtient le droit de négocier, et la Loi ne prévoit aucune exception à cet égard. Au sujet de la possibilité de conclure une entente commerciale avec un autre sous-traitant en électricité, l'intimée a elle-même écrit à l'appelante, le 11 mai 1992, qu'il lui serait « impossible » d'envisager une association avec une entreprise affiliée à la FIOE. Je conviens avec l'appelante que rien ne justifiait de compter sur l'indulgence de la CRTO ou de la FIOE.

However, on the somewhat different view I take of this case, it was not necessary to establish liability for the respondent to show that the OLRB might have been persuaded to grant the appellant an indulgence. The unreasonableness of the appellant's objection relates to its own prior conduct and representations, not to speculation about the help the OLRB might have offered had the appellant sought its assistance to award Contract B to the respondent. The fact the OLRB might have been of no help at all is equally irrelevant.

Toutefois, selon la perception quelque peu différente que j'ai de la présente affaire, j'estime qu'il n'était pas nécessaire, pour établir la responsabilité, que l'intimée démontre que la CRTO aurait pu se laisser convaincre de faire preuve d'indulgence envers l'appelante. Le caractère déraisonnable de l'objection de l'appelante découle de ses propres conduite et déclarations antérieures, et non pas de conjectures au sujet de l'assistance que la CRTO aurait pu prêter si l'appelante lui avait demandé de l'aider à accorder le contrat B à l'intimée. Le fait que la CRTO n'ait pu être d'aucun secours n'est pas plus pertinent. 89

The award of the subcontract to the respondent would have created severe legal problems for the appellant, but the issue at this point is what impact, if any, those problems would have had on the profitability of the subcontract from the respondent's perspective. If the appellant wished to demonstrate that the respondent could never have turned a profit on a job site already promised to IBEW members (and that the hoped-for Contract B would thus have been a sure loser), or that the respondent's profit would have been reduced by labour disruption, or some other such theory, there ought to have been evidence in that regard. On the contrary, the appellant's witnesses did not suggest that labour problems awaited the respondent on the job site, and the respondent filed a convenient letter dated May 5, 1992 from its lawyers expressing optimism on this point:

L'attribution du contrat de sous-traitance à l'intimée aurait causé de graves problèmes juridiques à l'appelante, mais la question qui se pose, à ce stade, est de savoir quel effet, s'il en est, ces problèmes auraient eu sur la rentabilité du sous-contrat en ce qui concerne l'intimée. Si l'appelante avait voulu démontrer que l'intimée n'aurait jamais pu réaliser de profits sur un chantier déjà promis à des membres de la FIOE (et que le contrat B escompté lui aurait sûrement occasionné des pertes), que des interruptions de travail ou d'autres incidents du genre auraient réduit ses profits, elle aurait dû présenter des éléments de preuve en ce sens. Or, les témoins de l'appelante n'ont jamais laissé entendre que l'intimée aurait des problèmes ouvriers sur le chantier, et cette dernière a, à point nommé, déposé une lettre en date du 5 mai 1992 dans laquelle ses avocats se disaient optimistes à ce sujet : 90

> If the I.B.E.W. pickets the construction project causing either a work slow down or stoppage of work by the various trades visiting the site, the general contractor can apply to the Ontario Labour Relations Board for a cease and desist order. The I.B.E.W. has signed a collective agreement with the Contractors Association thereby rendering any strike activity on their part illegal during the currency of that agreement. If the I.B.E.W. engages in picketing or other activity which causes an illegal strike by another trade, their picketing activity can be enjoined by the Ontario Labour Relations Board. It usually takes anywhere between 48 and 72 hours to proceed to a hearing before the Ontario Labour Relations Board and obtain a cease and desist order.

> [TRADUCTION] Si la F.I.O.E. dresse une ligne de piquetage causant un ralentissement ou un arrêt du travail des divers corps de métier oeuvrant sur le chantier, l'entrepreneur général pourra demander à la Commission des relations de travail de l'Ontario de rendre une ordonnance de ne pas faire. La F.I.O.E. a signé une convention collective avec l'Association des entrepreneurs; il serait donc illégal pour elle de faire grève pendant la durée de la convention. Si la F.I.O.E. fait du piquetage ou se livre à une autre activité entraînant une grève illégale de la part d'un autre corps de métier, la Commission des relations de travail de l'Ontario pourra lui interdire de faire du piquetage. Habituellement, une audition devant la Commission des relations de travail de l'Ontario et une ordonnance de ne pas faire peuvent être obtenues dans les 48 à 72 heures.

91 It seems to me the evidence did not justify the Court of Appeal's reduction of the respondent's loss of profit to $182,500 for labour relations contingencies. The cross-appeal, to that extent, should be allowed, and the damage award increased to $365,143.

5. *In the Alternative, Is the Respondent Entitled to Recover on the Basis of Unjust Enrichment?*

92 In light of the conclusion that the respondent is entitled to recover damages for breach of contract, there is no need to examine the alternative ground of unjust enrichment relied upon by the trial judge.

IV. Disposition

93 I would dismiss the appeal with costs to the respondent, and allow the cross-appeal with costs. Judgment will be entered for the respondent in the sum of $365,143 plus pre-judgment interest and costs.

Appeal dismissed with costs and cross-appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Lerner & Associates, London, Ontario.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Thomson, Rogers, Toronto.

Il me semble que la preuve ne permettait pas à la Cour d'appel de réduire à 182 500 $ la perte de profits de l'intimée due à des impondérables liés aux relations de travail. Le pourvoi incident doit donc être accueilli dans cette mesure et les dommages-intérêts doivent être portés à 365 143 $.

5. *Subsidiairement, l'intimée a-t-elle droit à une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause?*

Vu ma conclusion que l'intimée a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat, il n'est pas nécessaire d'examiner le moyen subsidiaire de l'enrichissement sans cause retenu par le juge de première instance.

IV. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée et d'accueillir le pourvoi incident avec dépens. L'intimée aura droit à la somme de 365 143 $ plus les intérêts avant jugement et les dépens.

Pourvoi principal rejeté avec dépens et pourvoi incident accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Lerner & Associates, London, Ontario.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Thomson, Rogers, Toronto.

Sagaz Industries Canada Inc., Sagaz Industries Inc. and Joseph Kavana *Appellants*

v.

671122 Ontario Limited, formerly Design Dynamics Limited *Respondent*

INDEXED AS: 671122 ONTARIO LTD. *v.* SAGAZ INDUSTRIES CANADA INC.

Neutral citation: 2001 SCC 59.

File No.: 27820.

2001: June 19; 2001: September 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Vicarious liability — Employee versus independent contractor — Original supplier suffering substantial losses when it was replaced as supplier because of bribery scheme in large commercial transaction — Whether rival supplier vicariously liable to original supplier for tortious conduct of its consultant.

Trial — Evidence — Re-opening of trial to admit fresh evidence — Trial judge declining to reopen trial to admit fresh evidence on a motion brought after release of reasons but before formal judgment entered — Whether Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of trial judge in decision to reopen trial.

The respondent ("Design") was Canadian Tire's principal supplier of synthetic sheepskin car seat covers for 30 years. In 1984, Design was advised by S, the head of Canadian Tire's automotive division, that the corporate appellants ("Sagaz") would be replacing Design as Canadian Tire's seat cover supplier. S terminated Canadian Tire's supply relationship with Design in favour of Sagaz because of bribery in the form of a "kickback" scheme. Sagaz retained American Independent Marketing Inc. ("AIM"), which was owned and controlled by L, to assist in marketing Sagaz's seat covers. S was to

Sagaz Industries Canada Inc., Sagaz Industries Inc. et Joseph Kavana *Appelants*

c.

671122 Ontario Limited, auparavant Design Dynamics Limited *Intimée*

RÉPERTORIÉ : 671122 ONTARIO LTD. *c.* SAGAZ INDUSTRIES CANADA INC.

Référence neutre : 2001 CSC 59.

N° du greffe : 27820.

2001 : 19 juin; 2001 : 28 septembre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Employé par opposition à entrepreneur indépendant — Fournisseur initial subissant des pertes considérables après avoir été remplacé à la suite du versement d'un pot-de-vin dans le cadre d'une opération commerciale d'envergure — La responsabilité du fait d'autrui du fournisseur rival est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de son consultant?

Procès — Preuve — Réouverture du procès pour admettre un nouvel élément de preuve — Juge de première instance refusant de rouvrir le procès pour admettre un nouvel élément de preuve à la suite d'une motion présentée en ce sens après le dépôt des motifs, mais avant l'inscription du jugement formel — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès?

L'intimée (« Design ») était depuis 30 ans le principal fournisseur de housses de siège d'auto en peau de mouton synthétique de Canadian Tire. En 1984, S, directeur de la division de l'automobile de Canadian Tire, a informé Design qu'elle serait remplacée par un autre fournisseur de housses de siège d'auto, à savoir les sociétés appelantes (« Sagaz »). S a remplacé Design par Sagaz comme fournisseur après s'être vu offrir un pot-de-vin sous forme de commission occulte. Sagaz avait retenu les services de la société American Independent Marketing Inc. (« AIM »), appartenant à L et contrôlée

receive two percent of all sales from L and AIM and incorporated a sham corporation to receive this money. S's wrongdoing was discovered and his employment was terminated. New management at Canadian Tire determined it preferred the seat cover products of Sagaz to those of Design and retained Sagaz as its supplier. Having lost its major customer, Design's manufacturing business went into a steep decline and, in 1989, Design brought an action alleging that AIM, L, Sagaz and K, Sagaz's president, had bribed S and, but for the bribes, Design would have continued as supplier to Canadian Tire. At trial, damages were assessed against L and AIM, jointly and severally, including punitive damages. The action was dismissed as against Sagaz and K. After the trial judge's reasons for judgment were released, but before formal judgment was entered, L, who did not testify at trial, gave Design an affidavit admitting to the conspiracy to bribe S and implicating K in it. On the basis of the affidavit, Design brought a motion to have the trial reopened to hear L's fresh evidence. The trial judge dismissed the motion. The Court of Appeal reversed the decisions of the trial judge, finding that Sagaz was vicariously liable to Design and therefore jointly and severally liable with L and AIM for the damages awarded, with the exception of punitive damages. A new trial was ordered with respect to the liability of K on the basis that the trial judge should have reopened the trial to hear L's evidence.

Held: The appeal should be allowed and the order of the trial judge restored.

The Court of Appeal erred in holding Sagaz vicariously liable to Design. Although the categories of relationships in law that attract vicarious liability are neither exhaustively defined nor closed, the most common one to give rise to vicarious liability is the relationship between master and servant, now more commonly called employer and employee. This is distinguished from the relationship of an employer and independent contractor which, subject to certain limited exceptions, typically does not give rise to a claim for vicarious liability. The main policy concerns justifying vicarious liability are to provide a just and practical remedy for the plaintiff's harm and to encourage the deterrence of future harm. Vicarious liability is fair in principle because the hazards of the business should be borne by

par celui-ci, pour qu'elle l'aide à commercialiser ses housses de siège d'auto. L et AIM devaient verser une commission de 2 pour 100 sur toutes les ventes à S qui, pour toucher cette commission, a créé une société fictive. S a été congédié après la découverte de son acte fautif. Le nouveau directeur chez Canadian Tire a décidé que les produits de Sagaz étaient préférables à ceux de Design et a conservé Sagaz comme fournisseur. Après avoir perdu son principal client, Design a vu son chiffre d'affaires baisser considérablement et a intenté, en 1989, une action dans laquelle elle alléguait que AIM, L, Sagaz et K, président de Sagaz, avaient versé un pot-de-vin à S et que, n'eût été de ce pot-de-vin, elle aurait continué d'approvisionner Canadian Tire. En première instance, L et AIM ont été condamnés solidairement à verser des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts punitifs. L'action a été rejetée en ce qui concernait Sagaz et K. Après le dépôt des motifs du juge de première instance, mais avant l'inscription du jugement formel, L, qui n'avait pas témoigné au procès, a remis à Design un affidavit dans lequel il impliquait K et reconnaissait avoir comploté de verser un pot-de-vin à S. Forte de cet affidavit, Design a présenté au juge de première instance une motion visant la réouverture du procès pour recevoir le nouvel élément de preuve de L. Le juge de première instance a rejeté cette motion. La Cour d'appel a infirmé les décisions du juge de première instance après avoir conclu que Sagaz était responsable du fait d'autrui envers Design et qu'elle était donc solidairement responsable avec L et AIM du paiement des dommages-intérêts accordés, à l'exception des dommages-intérêts punitifs. Un nouveau procès concernant la culpabilité de K a été ordonné pour le motif que le juge de première instance aurait dû rouvrir le procès pour entendre le témoignage de L.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge de première instance est rétablie.

La Cour d'appel a eu tort de décider que Sagaz était responsable du fait d'autrui envers Design. Bien que les catégories de relations juridiques donnant ouverture à l'application de la responsabilité du fait d'autrui ne soient ni définies de manière exhaustive ni limitatives, la relation qui donne le plus souvent naissance à ce type de responsabilité est la relation maître-serviteur, désormais mieux connue sous le nom de relation employeur-employé. Cette relation diffère de la relation employeur-entrepreneur indépendant qui, sous réserve de certaines exceptions limitées, ne donne généralement pas ouverture à une action en responsabilité du fait d'autrui. Les principales considérations de politique générale justifiant la responsabilité du fait d'autrui sont l'idée de fournir un recours juste et pratique pour le préjudice

the business itself; thus, it does not make sense to anchor liability on an employer for acts of an independent contractor, someone who was in business on his or her own account. In addition, the employer does not have the same control over an independent contractor as over an employee to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. There is no one conclusive test which can be universally applied to determine whether a person is an employee or an independent contractor. What must always occur is a search for the total relationship of the parties. The central question is whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account. In making this determination, the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor. However, other factors to consider include whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers, the degree of financial risk taken by the worker, the degree of responsibility for investment and management held by the worker, and the worker's opportunity for profit in the performance of his or her tasks. Although the contract designated AIM as an "independent contractor", this classification is not always determinative for the purposes of vicarious liability. Looking at the non-exhaustive list of factors set out in *Market Investigations*, it is clear, based on the total relationship of the parties, that AIM was an independent contractor. On the totality of the evidence, AIM was in business on its own account. Absent exceptional circumstances which are not present in this case, it follows that the relationship between Sagaz and AIM, as employer and independent contractor, is not one which attracts vicarious liability.

The Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of the trial judge in deciding to reopen the trial. Absent an error of law, an appellate court should not interfere with the exercise by a trial judge of his or her discretion in the conduct of a trial. Appellate courts should defer to the trial judge, who is in the best position to decide whether fairness dictates that the trial be reopened. The case law dictates that the trial judge must exercise his discretion to reopen the trial "sparingly and with the greatest care" so that "fraud and abuse of the Court's processes" do not result. In this case, the trial judge decided not to exercise his discretion to reopen

subi et celle de dissuader de causer un préjudice à l'avenir. La responsabilité du fait d'autrui est équitable en principe parce qu'une entreprise doit assumer elle-même les risques qu'elle entraîne. Il n'est donc pas logique d'imputer à un employeur la responsabilité des actes accomplis par un entrepreneur indépendant qui, par définition, exploite une entreprise pour son propre compte. En outre, l'employeur n'exerce pas sur un entrepreneur indépendant le même contrôle que sur un employé et n'est pas, de ce fait, en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. Aucun critère universel ne permet de déterminer, de façon concluante, si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. Il faut toujours déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles. La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches. Bien que AIM soit désignée dans le contrat comme étant un « entrepreneur indépendant », cette désignation n'est pas toujours déterminante de la responsabilité du fait d'autrui. Compte tenu de la liste non exhaustive de facteurs énumérés dans la décision *Market Investigations* et de la relation globale entre les parties, il est évident que AIM était un entrepreneur indépendant. D'après l'ensemble de la preuve, AIM exploitait une entreprise pour son propre compte. Par conséquent, à moins qu'il n'y ait des circonstances exceptionnelles — ce qui n'est pas le cas en l'espèce —, la relation employeur-entrepreneur indépendant qui existe entre Sagaz et AIM ne donne pas naissance à la responsabilité du fait d'autrui.

La Cour d'appel a eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès. En l'absence d'une erreur de droit, une cour d'appel ne doit pas toucher à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance au cours d'un procès. Les cours d'appel doivent faire preuve de retenue envers le juge de première instance qui est le mieux placé pour déterminer si l'équité commande la réouverture du procès. La jurisprudence exige que le juge de première instance n'exerce son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès qu'« avec modération et la plus grande prudence » de façon à évi-

the trial because neither of the two steps of the test in *Scott* was met to his satisfaction. First, he could not say that the new evidence, if presented at trial, would probably have changed the result, only that it may have changed the result. Second, the trial judge found that L's evidence could have been obtained before trial. L's affidavit evidence contradicts his sworn evidence on discovery, particularly with respect to the existence of the bribery scheme which L avoids acknowledging on discovery. Evidence which is not presumptively credible may fail to probably change the result under the first branch of the test in *Scott*. This is how the trial judge dealt with the affidavit evidence, and he was correct in so doing.

Cases Cited

Referred to: *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Scott v. Cook*, [1970] 2 O.R. 769; *Mayer v. J. Conrad Lavigne Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 129; *Co-operators Insurance Association v. Kearney*, [1965] S.C.R. 106; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553; *Regina v. Walker* (1858), 27 L.J.M.C. 207; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald*, [1952] 1 *The Times* L.R. 101; *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732; *Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung*, [1990] 2 A.C. 374; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092; *Clayton v. British American Securities Ltd.*, [1934] 3 W.W.R. 257; *Ladd v. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 59.06(2)(a).

Authors Cited

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.

ter « la supercherie et le recours abusif aux tribunaux ». En l'espèce, le juge de première instance a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès parce qu'il estimait que l'on n'avait satisfait à ni l'un ni l'autre des deux volets du critère de la décision *Scott*. Premièrement, il lui était possible d'affirmer non pas que l'issue du procès aurait vraisemblablement été différente si le nouvel élément de preuve avait été présenté, mais seulement qu'elle aurait pu être différente. Deuxièmement, le juge de première instance a décidé que l'élément de preuve de L aurait pu être obtenu avant le procès. L'affidavit de L contredit le témoignage qu'il a fait sous serment lors de l'interrogatoire préalable, en particulier en ce qui concerne l'existence du système de pots-de-vin, qu'il avait alors évité de reconnaître. Un élément de preuve qui n'est pas présumé crédible ne contribuera vraisemblablement pas à modifier l'issue du procès, au sens du premier volet du critère de la décision *Scott*. Telle est la façon dont le juge de première instance a traité la preuve constituée d'un affidavit et il a eu raison d'agir ainsi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Scott c. Cook*, [1970] 2 O.R. 769; *Mayer c. J. Conrad Lavigne Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 129; *Co-operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553; *Regina c. Walker* (1858), 27 L.J.M.C. 207; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Montreal c. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. c. Macdonald*, [1952] 1 *The Times* L.R. 101; *Market Investigations, Ltd. c. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732; *Lee Ting Sang c. Chung Chi-Keung*, [1990] 2 A.C. 374; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *Clayton c. British American Securities Ltd.*, [1934] 3 W.W.R. 257; *Ladd c. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489.

Lois et règlements cités

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, art. 59.06(2)a).

Doctrine citée

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London : Butterworths, 1967.

Douglas, William O. "Vicarious Liability and Administration of Risk I" (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584.
Flannigan, Robert. "Enterprise control: The servant-independent contractor distinction" (1987), 37 *U.T.L.J.* 25.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998.
Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
Kidner, Richard. "Vicarious liability: for whom should the 'employer' be liable?" (1995), 15 *Legal Stud.* 47.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 46 O.R. (3d) 760, 183 D.L.R. (4th) 488, 128 O.A.C. 46, 2 B.L.R. (3d) 1, 48 C.C.L.T. (2d) 79, 41 C.P.C. (4th) 107, [2000] O.J. No. 121 (QL), reversing the decisions of the Ontario Court (General Division) (1998), 40 O.R. (3d) 229, 42 C.C.L.T. (2d) 50, [1998] O.J. No. 2194 (QL), and [1998] O.J. No. 4018 (QL). Appeal allowed.

H. Lorne Morphy, Q.C., *John B. Laskin* and *M. Paul Michell*, for the appellants.

Martin Teplitsky, Q.C., and *James M. Wortzman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — This appeal raises two issues: the application of vicarious liability for a bribery scheme in a large commercial transaction and the appellate court's review of the trial judge's exercise of discretion not to reopen the trial to admit fresh evidence on a motion brought after the release of his reasons but before formal judgment was entered.

Vicarious liability describes the event when the law holds one person responsible for the misconduct of another because of their relationship. In this case, the respondent (the original supplier) suffered substantial losses when it was replaced as Canadian Tire's synthetic car seat cover supplier. This happened because a bribe was paid by a rival

Douglas, William O. « Vicarious Liability and Administration of Risk I » (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584.
Flannigan, Robert. « Enterprise control : The servant-independent contractor distinction » (1987), 37 *U.T.L.J.* 25.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia : LBC Information Services, 1998.
Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto : Carswell, 1990.
Kidner, Richard. « Vicarious liability : for whom should the "employer" be liable? » (1995), 15 *Legal Stud.* 47.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 46 O.R. (3d) 760, 183 D.L.R. (4th) 488, 128 O.A.C. 46, 2 B.L.R. (3d) 1, 48 C.C.L.T. (2d) 79, 41 C.P.C. (4th) 107, [2000] O.J. No. 121 (QL), infirmant les décisions de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 40 O.R. (3d) 229, 42 C.C.L.T. (2d) 50, [1998] O.J. No. 2194 (QL), et [1998] O.J. No. 4018 (QL). Pourvoi accueilli.

H. Lorne Morphy, c.r., *John B. Laskin* et *M. Paul Michell*, pour les appelants.

Martin Teplitsky, c.r., et *James M. Wortzman*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève deux questions, celle de l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui relativement à un système de pots-de-vin versés dans le cadre d'une opération commerciale d'envergure et celle de l'examen en appel de l'exercice par le juge de première instance du pouvoir discrétionnaire de ne pas rouvrir le procès pour admettre un nouvel élément de preuve à la suite d'une motion présentée en ce sens après le dépôt de ses motifs, mais avant l'inscription du jugement formel. 1

Il y a responsabilité du fait d'autrui lorsqu'une personne est juridiquement tenue responsable de l'inconduite d'une autre personne en raison de la relation qui existe entre elles. En l'espèce, l'intimée (le fournisseur initial) a subi des pertes considérables lorsqu'elle a été remplacée comme fournisseur de housses synthétiques de siège d'auto de 2

supplier's consultant to the head of Canadian Tire's automotive division.

3 The first question is whether the appellant Sagaz (the rival automotive supplier) is vicariously liable for the tortious conduct of its consultant who was hired to assist in securing Canadian Tire's business. In my opinion the appellant Sagaz, the competitive supplier, is not vicariously liable for the bribery scheme perpetrated by its consultant. The consultant was not an employee of the supplier but an independent contractor. Based on policy considerations, the relationship between an employer and independent contractor does not typically give rise to a claim in vicarious liability.

4 On the second question, the motion to reopen the trial to adduce fresh evidence, I conclude for the reasons that follow that the Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of the trial judge.

I. Facts

5 The respondent, 671122 Ontario Limited, formerly Design Dynamics Limited ("Design"), was Canadian Tire Corporation's principal supplier of synthetic sheepskin car seat covers for 30 years. Canadian Tire was the party in the position of strength in the relationship. This is so as it represented more than 60 percent of the Canadian seat cover market and, by 1983, was Design's largest customer accounting for over 50 percent of its sales.

6 In June 1984, Design lost Canadian Tire's business. Robert Summers, the head of Canadian Tire's automotive division, advised Design that another company, the appellants Sagaz Industries Canada Inc. and Sagaz Industries Inc. (collectively "Sagaz"), would be replacing Design as Canadian Tire's seat cover supplier. Sagaz is a Florida cor-

Canadian Tire. Ce changement de fournisseur est survenu à la suite du versement, par un consultant d'un fournisseur rival, d'un pot-de-vin au directeur de la division de l'automobile de Canadian Tire.

La première question qui se pose est de savoir si la responsabilité du fait d'autrui de l'appelante Sagaz (le fournisseur rival de produits pour l'auto) est engagée en raison de la conduite délictueuse du consultant dont elle a retenu les services afin d'obtenir la clientèle de Canadian Tire. Selon moi, la responsabilité du fait d'autrui du fournisseur rival, l'appelante Sagaz, n'est pas engagée en raison du système de pots-de-vin établi par son consultant. Celui-ci était non pas un employé du fournisseur, mais un entrepreneur indépendant. Pour des considérations de politique générale, la relation entre un employeur et un entrepreneur indépendant ne donne pas ouverture habituellement à une action en responsabilité du fait d'autrui.

Quant à la seconde question, celle de la motion visant à rouvrir le procès pour permettre la présentation d'un nouvel élément de preuve, je conclus, pour les raisons qui suivent, que la Cour d'appel a eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance.

I. Les faits

L'intimée, 671122 Ontario Limited, auparavant Design Dynamics Limited (« Design »), était depuis 30 ans le principal fournisseur de housses de siège d'auto en peau de mouton synthétique de la Société Canadian Tire. C'est Canadian Tire qui occupait la position de force dans cette relation du fait qu'elle représentait plus de 60 pour 100 du marché canadien des housses de siège d'auto et qu'en 1983 elle était le client le plus important de Design, comptant pour plus de 50 pour 100 des ventes de cette dernière.

En juin 1984, Canadian Tire a cessé de s'approvisionner chez Design. Robert Summers, directeur de la division de l'automobile de Canadian Tire, a informé Design qu'elle serait remplacée par un autre fournisseur de housses de siège d'auto, à savoir les appelantes Sagaz Industries Canada Inc. et Sagaz Industries Inc. (appelées collectivement

poration and the appellant, Joseph Kavana, is its president. Sagaz Industries Inc. continues to supply Canadian Tire and Sagaz Industries Canada Inc. is inactive.

« Sagaz »). Sagaz est une société floridienne dont le président est l'appelant Joseph Kavana. Sagaz Industries Inc. continue d'approvisionner Canadian Tire, alors que Sagaz Industries Canada Inc. est inactive.

Summers terminated Canadian Tire's supply relationship with Design in favour of Sagaz because of bribery in the form of a "kickback" scheme. Sagaz retained American Independent Marketing Inc. ("AIM"), a New York corporation, to assist in marketing Sagaz's seat covers to Canadian Tire. AIM was owned and controlled by Stewart Landow. It was later determined that Summers accepted a bribe from Landow and AIM in relation to the Sagaz seat cover contract. Specifically, Summers incorporated a sham corporation, International Marketing Consultants ("IMC"), to receive the bribery money. Summers employed a surrogate, Anthony Brathwaite, as a token manager of IMC. Brathwaite was the puppet of Summers who received all the profits of IMC. Summers entered into an agreement with Landow whereby Landow (through AIM) would pay Summers (through IMC) two percent of all sales by Sagaz to Canadian Tire of synthetic seat covers in order to ensure the sales occurred. As a result of the bribe, Summers terminated Canadian Tire's relationship with Design.

7 Monsieur Summers a remplacé Design par Sagaz comme fournisseur après s'être vu offrir un pot-de-vin sous forme de commission occulte. Sagaz avait retenu les services d'une entreprise new-yorkaise, American Independent Marketing Inc. (« AIM »), pour qu'elle l'aide à commercialiser ses housses de siège d'auto chez Canadian Tire. AIM appartenait à Stewart Landow qui en avait également le contrôle. Il a plus tard été établi que M. Summers avait accepté un pot-de-vin de M. Landow et de AIM relativement au contrat de vente de housses de siège d'auto conclu par Sagaz. Plus précisément, M. Summers avait, pour toucher le pot-de-vin, créé une société fictive, International Marketing Consultants (« IMC »), dont il avait confié la gestion à un homme de paille Anthony Brathwaite. Ce dernier était le pantin de M. Summers qui encaissait tous les profits de IMC. Messieurs Summers et Landow avaient conclu un accord en vertu duquel M. Landow (par le truchement de AIM) verserait à M. Summers (par le truchement de IMC) une commission de 2 pour 100 sur toutes les ventes de housses synthétiques de Sagaz à Canadian Tire, et ce, afin de garantir la réalisation de ces ventes. Par suite de ce pot-de-vin, M. Summers a mis fin à la relation de Canadian Tire avec Design.

Summers' wrongdoing was discovered in 1985. His employment with Canadian Tire was terminated and he was eventually convicted of corruptly accepting benefits and went to prison. He later went bankrupt. Brathwaite pleaded guilty to similar charges.

8 L'acte fautif de M. Summers a été découvert en 1985. Il a été congédié et a finalement été condamné à une peine d'emprisonnement pour avoir accepté un avantage par corruption. Par la suite, il a fait faillite. Monsieur Brathwaite a plaidé coupable à des accusations analogues.

Summers was replaced by new management at Canadian Tire which re-evaluated its purchase of synthetic seat covers. Management determined that it preferred the seat cover products of Sagaz to those of Design. Accordingly, Canadian Tire retained its relationship with Sagaz as its supplier.

9 Le remplaçant de M. Summers chez Canadian Tire, après avoir réévalué l'achat de housses de siège synthétiques, a décidé que les produits de Sagaz étaient préférables à ceux de Design. Canadian Tire a donc conservé Sagaz comme fournisseur.

10 Having lost its major customer, Design's manufacturing business went into a steep decline. It sold its assets in 1988. In 1989, Design brought an action against some 13 defendants, including Canadian Tire, Summers, Brathwaite, Landow, AIM, Sagaz and Kavana. At the trial, only AIM, Landow (who did not testify), Sagaz and Kavana remained as defendants. Canadian Tire paid Design $750,000 to settle the action against it. The action against Summers was discontinued when he went bankrupt. Design's action alleged that AIM, Landow, Sagaz and Kavana had bribed Summers and, but for those bribes, Design would have continued as supplier to Canadian Tire.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 40 O.R. (3d) 229

11 The trial judge found that the decision of Canadian Tire management to switch suppliers of seat covers had nothing to do with any belief that the Sagaz product was superior to the Design product. Design's business was lost solely because of the bribe.

12 The bribery scheme was profitable to Landow as commissions on the sales from Sagaz to Canadian Tire would be paid to his solely-owned corporation, AIM. Landow could not hide behind the corporate veil of AIM in his use of the corporation as his agent in the commission of an intentional tort. The trial judge found that Landow and AIM conspired with Summers and IMC to engage in the unlawful conduct of taking away Design's business from Canadian Tire.

13 While the tort of civil conspiracy was sufficient to establish liability, the trial judge found that liability was more directly addressed through the tort

Après avoir perdu son principal client, la société Design a vu son chiffre d'affaires baisser considérablement. Elle a vendu ses actifs en 1988, puis a intenté en 1989 une action contre quelque 13 défendeurs, dont Canadian Tire, AIM et Sagaz ainsi que MM. Summers, Brathwaite, Landow et Kavana. Au procès, il ne restait plus comme défendeurs que AIM et Sagaz ainsi que MM. Landow (qui n'a pas témoigné) et Kavana. Canadian Tire a versé 750 000 $ à Design afin de régler l'action que cette dernière avait intentée contre elle. L'action contre M. Summers a été abandonnée au moment où il a fait faillite. Design a allégué dans son action que AIM, M. Landow, Sagaz et M. Kavana avaient versé un pot-de-vin à M. Summers et que, n'eût été de ce pot-de-vin, elle aurait continué d'approvisionner Canadian Tire.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 40 O.R. (3d) 229

Le juge de première instance a conclu que la décision de la direction de Canadian Tire de changer de fournisseur de housses de siège d'auto n'avait rien à voir avec la conviction que le produit de Sagaz était supérieur à celui de Design. Cette dernière avait perdu son client uniquement en raison du pot-de-vin.

Monsieur Landow a profité de ce système de pots-de-vin en ce sens que les commissions sur les ventes de Sagaz à Canadian Tire étaient versées à la société AIM dont il était l'unique propriétaire. Il ne pouvait pas se cacher derrière le voile de la personnalité morale de son entreprise après s'en être servi pour commettre un délit intentionnel. Le juge de première instance a décidé que M. Landow et AIM avaient comploté avec M. Summers et IMC de faire perdre illégalement à Design la clientèle de Canadian Tire.

Même si le délit de complot civil suffisait à établir la responsabilité, le juge de première instance a estimé que la question de la responsabilité était

of unlawful interference with economic relations, for which Landow and AIM were liable.

There were suspicious business dealings raised at the trial in an attempt to implicate Kavana, President of Sagaz, in the bribery scheme, for instance, commissions that Landow received in respect of the sale of seat covers from Sagaz to Canadian Tire. Before Sagaz secured the seat cover contract with Canadian Tire, it was paying Landow a five percent commission on sales. Sagaz then raised Landow's commission from five to six percent. At the same time, or close to it, Landow entered into the agreement with Summers whereby Landow paid Summers two percent in the form of the kickback scheme. It was Design's theory at trial that Landow's commission was raised from five to six percent to fund the bribe to Summers. That implied that Kavana and Landow agreed to share or split the payment of the two percent bribe. Kavana denied involvement in the bribery scheme. He testified that he was misled by Landow in agreeing to change the commission from five to six percent because Landow told him that he was required to hire someone to provide in-store service in Canada which would entail additional expense. Another suspicious event was the payment of $15,000 by Kavana to Landow in March 1985 which eventually found its way to Robin Addie, a senior buyer for Canadian Tire. Again, Kavana testified and denied any improper conduct. He claimed that Landow told him that this expenditure was tied to the purchase of a car as part of an intended promotion to display the Canadian Tire seat covers. In fact, a car was never purchased.

These suspicious circumstances surrounding Kavana were presented at the trial. The trial judge believed Kavana, found him credible and accepted his evidence that he had trusted Landow and had accepted Landow's explanation about the commis-

mieux abordée sous l'angle du délit d'ingérence illicite dans des relations économiques imputable à M. Landow et à AIM.

14 Au cours du procès, on a tenté d'impliquer M. Kavana, président de Sagaz, dans le système de pots-de-vin en évoquant certaines opérations commerciales louches comme, par exemple, les commissions que M. Landow touchaient pour la vente de housses de siège d'auto de Sagaz à Canadian Tire. Avant de se voir accorder par Canadian Tire le contrat des housses de siège d'auto, Sagaz versait à M. Landow une commission de 5 pour 100 sur les ventes réalisées. Sagaz a ensuite augmenté cette commission à 6 pour 100. Au même moment ou à peu près au même moment, M. Landow a conclu avec M. Summers l'accord en vertu duquel il lui verserait une commission occulte de 2 pour 100. Design a soutenu au procès que la commission de M. Landow avait été majorée à 6 pour 100 dans le but de financer le pot-de-vin versé à M. Summers, ce qui impliquait que MM. Kavana et Landow avaient accepté de partager le paiement du pot-de-vin de 2 pour 100. Monsieur Kavana a nié toute participation au système de pots-de-vin. Il a témoigné que, s'il avait accepté de majorer la commission à 6 pour 100, c'était parce que Landow l'avait induit en erreur en lui affirmant qu'il devait embaucher quelqu'un pour fournir des services en magasin au Canada, ce qui entraînerait des dépenses supplémentaires. Un autre incident louche était le fait que Robin Addie, acheteur principal chez Canadian Tire, s'était retrouvé en possession d'une somme de 15 000 $ que M. Kavana avait versée à M. Landow au mois de mars 1985. Dans son témoignage, M. Kavana a nié encore une fois toute inconduite de sa part. Il a prétendu que M. Landow lui avait déclaré que cette somme servirait à acheter une automobile pour une campagne de publicité visant les housses de siège vendues par Canadian Tire. En fait, aucune auto n'a jamais été achetée.

15 Cette situation louche dans laquelle s'est trouvé M. Kavana a été exposée au procès. Le juge de première instance a jugé M. Kavana crédible et a retenu son témoignage selon lequel il avait fait confiance à M. Landow et avait accepté ses expli-

sion and car purchase. As well Summers did not implicate Kavana in his testimony. The trial judge concluded that Kavana was not involved in the bribery scheme. He pointed out that had Kavana known of the bribe by Landow then Kavana and Sagaz would have been held directly liable and obviously vicarious liability would not have been an issue.

16 The trial judge was brief on the issue of whether Sagaz was vicariously liable to Design for the wrongdoing of Landow and AIM. He held that, on the evidence, AIM was an independent contractor to Sagaz. Citing *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, he held that vicarious liability could not and should not be imposed upon Sagaz for the tortious acts of an independent contractor.

17 Damages were assessed at $1,807,500 against Landow and AIM, jointly and severally, plus $50,000 in punitive damages, and pre-judgment interest. The action was dismissed as against Sagaz and Kavana. The trial judge refused to award Sagaz and Kavana their costs against Design, but awarded Sagaz and Kavana their costs against Landow and AIM under a "Sanderson order".

B. *Ontario Court (General Division)*, [1998] O.J. No. 4018 (QL)

18 After the trial judge's reasons for judgment were released, but before formal judgment was entered, Landow, who did not testify at the trial, gave Design an affidavit admitting to the conspiracy to bribe Summers and implicating Kavana in it. On the basis of the affidavit, Design brought a motion before the trial judge pursuant to rule 59.06(2)(a) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to have the trial reopened to hear Landow's fresh evidence. Design claimed that the fresh evi-

cations au sujet de la commission et de l'achat d'une automobile. De même, M. Summers n'a pas impliqué M. Kavana dans son témoignage. Le juge de première instance a conclu que M. Kavana n'avait pas participé au système de pots-de-vin. Il a souligné que, si M. Kavana avait été au courant du versement d'un pot-de-vin par M. Landow, sa responsabilité et celle de Sagaz auraient alors été directement engagées et, de toute évidence, la question de la responsabilité du fait d'autrui ne se serait pas posée.

Le juge de première instance a examiné brièvement la question de savoir si Sagaz était responsable envers Design de l'acte fautif de M. Landow et de AIM. Il a conclu que la preuve démontrait que AIM était un entrepreneur indépendant de Sagaz. Citant l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, il a ajouté que la responsabilité du fait d'autrui de Sagaz ne pouvait et ne devait pas être engagée en raison des actes délictueux d'un entrepreneur indépendant.

Le juge a condamné M. Landow et AIM, solidairement, à verser la somme de 1 807 500 $ à titre de dommages-intérêts, plus la somme de 50 000 $ à titre de dommages-intérêts punitifs, ainsi que des intérêts avant jugement. L'action a été rejetée en ce qui concernait Sagaz et M. Kavana. Le juge a refusé de condamner Design à payer les dépens de Sagaz et de M. Kavana, mais il a rendu une ordonnance de type Sanderson enjoignant à M. Landow et à AIM de payer les dépens de ces deux parties.

B. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1998] O.J. No. 4018 (QL)

Après le dépôt des motifs du juge de première instance, mais avant l'inscription du jugement formel, M. Landow, qui n'avait pas témoigné au procès, a remis à Design un affidavit dans lequel il impliquait M. Kavana et reconnaissait avoir comploté de verser un pot-de-vin à M. Summers. Forte de cet affidavit, Design a présenté au juge de première instance une motion fondée sur l'al. 59.06(2)a) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194, en vue d'obtenir la réouverture du

dence would show that Kavana was involved in and had knowledge of the tortious activity of Landow, and was also liable to Design.

The trial judge dismissed the motion. He found that there was no direct evidence at trial that Kavana was a party to the bribe paid to Summers. Summers dealt directly with Landow. Summers did not implicate Kavana in his testimony. Kavana testified and denied involvement in the bribe. He was subjected to a thorough and rigorous cross-examination and was credible in his testimony. Landow did not testify nor attend the trial. He was represented by counsel throughout the trial. In the cross-examination of Landow on his affidavit given in connection with the fresh evidence motion, Landow acknowledged that he was aware of his right to attend the trial and to testify. He received daily reports about the course of the trial over its duration.

In dismissing the motion to reopen the trial, the trial judge applied a two-part test from *Scott v. Cook*, [1970] 2 O.R. 769 (H.C.). First, would the evidence, if presented at trial, probably have changed the result? Second, could the evidence have been obtained before trial by the exercise of reasonable diligence?

The trial judge found that neither of the two steps was met. He could not say that the new evidence, if presented at trial, would probably have changed the result, only that it may have changed the result. As well, if the trial were reopened, Landow's evidence might well not be believed. His credibility would be very much in issue. On the second part of the test, the trial judge found that Landow's evidence could have been obtained before trial. Design could have compelled Landow

procès pour recevoir le nouvel élément de preuve de M. Landow. Design prétendait que ce nouvel élément de preuve démontrerait que M. Kavana était au fait des actes délictueux de M. Landow et y avait pris part, et que sa responsabilité envers Design était également engagée.

19 Le juge de première instance a rejeté la motion pour le motif qu'aucun élément de preuve soumis au procès n'établissait directement la participation de M. Kavana au versement d'un pot-de-vin à M. Summers. Ce dernier avait traité directement avec M. Landow. M. Summers n'a pas impliqué M. Kavana dans son témoignage. Pour sa part, M. Kavana a nié toute participation au versement d'un pot-de-vin lorsqu'il a lui-même témoigné. Il a également témoigné de façon crédible lors du contre-interrogatoire complet et serré dont il a fait l'objet. Monsieur Landow n'a ni témoigné ni assisté au procès. Un avocat l'a représenté pendant toute la durée du procès. Contre-interrogé au sujet de l'affidavit qu'il avait souscrit relativement à la motion visant l'admission d'un nouvel élément de preuve, M. Landow a reconnu qu'il savait qu'il avait le droit d'assister au procès et de témoigner. Pendant toute la durée du procès, il recevait chaque jour un rapport concernant le déroulement des procédures.

20 En rejetant la motion en réouverture du procès, le juge de première instance a appliqué le critère à deux volets énoncé dans la décision *Scott c. Cook*, [1970] 2 O.R. 769 (H.C.). Premièrement, l'issue du procès aurait-elle vraisemblablement été différente si l'élément de preuve en cause avait été présenté? Deuxièmement, aurait-il été possible d'obtenir l'élément de preuve avant le procès en faisant preuve de diligence raisonnable?

21 Le juge a conclu que l'on n'avait satisfait à ni l'un ni l'autre de ces deux volets. Il pouvait seulement dire que l'issue du procès aurait pu être différente, et non pas qu'elle aurait vraisemblablement été différente, si le nouvel élément de preuve avait été présenté. De même, s'il y avait réouverture du procès, il se pourrait bien que l'on n'ajoute pas foi à l'élément de preuve présenté par M. Landow. Sa crédibilité serait considérablement mise en doute. En ce qui concerne le second volet du critère, le

to testify under oath at trial, although that evidence may not have been helpful to Design. The trial judge concluded that the court would not allow a party to correct what in hindsight was an unsuccessful strategy at trial.

juge de première instance a décidé que l'élément de preuve de M. Landow aurait pu être obtenu avant le procès. Design aurait pu forcer M. Landow à témoigner sous serment au procès, même si son témoignage pouvait ne pas lui être utile. Le juge de première instance a conclu que la cour ne permettrait pas à une partie de corriger ce qui, a posteriori, paraissait avoir été une stratégie de procès infructueuse.

C. *Ontario Court of Appeal* (2000), 183 D.L.R. (4th) 488

C. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 183 D.L.R. (4th) 488

22 The Court of Appeal reversed the decisions of the trial judge. The gist of its view was that Sagaz was vicariously liable to Design. Applying the "organization test" (from *Mayer v. J. Conrad Lavigne Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 129 (C.A.), as previously approved by this Court in *Co-operators Insurance Association v. Kearney*, [1965] S.C.R. 106), the Court of Appeal found that Landow and AIM did their work as part of the "Sagaz sales team". Sagaz was therefore jointly and severally liable with Landow and AIM for the damages awarded, with the exception of punitive damages. For this reason, the Court of Appeal also allowed Landow's and AIM's cross-appeal on the issue of costs and set aside the costs award to Sagaz and Kavana against Landow and AIM. Design was entitled to costs against Sagaz.

La Cour d'appel a infirmé les décisions du juge de première instance. Elle a estimé essentiellement que Sagaz était responsable du fait d'autrui envers Design. Appliquant le « critère d'organisation » (tiré de l'arrêt *Mayer c. J. Conrad Lavigne Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 129 (C.A.), et auparavant approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Co-operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106), la Cour d'appel a jugé que M. Landow et AIM avaient agi en tant que membres de « l'équipe de vendeurs de Sagaz ». Sagaz était donc solidairement responsable avec M. Landow et AIM du paiement des dommages-intérêts accordés, à l'exception des dommages-intérêts punitifs. Pour cette raison, la Cour d'appel a également accueilli l'appel incident de M. Landow et de AIM sur la question des dépens et a annulé la condamnation de ces derniers à payer les dépens de Sagaz et de M. Kavana. Design avait droit au paiement de ses dépens par Sagaz.

23 A new trial was ordered with respect to the liability of Kavana on the basis that the trial judge should have reopened the trial to hear Landow's evidence. The Court of Appeal found that the evidence, if presented at trial and accepted as credible, would implicate Kavana and Sagaz in the bribery scheme. Also, it held that Landow's evidence was not discoverable by reasonable diligence prior to trial as Design made serious efforts to no avail to persuade Landow to co-operate and to testify against Kavana and Sagaz.

Un nouveau procès concernant la culpabilité de M. Kavana a été ordonné pour le motif que le juge de première instance aurait dû rouvrir le procès pour entendre le témoignage de M. Landow. La Cour d'appel a conclu que si cet élément de preuve était présenté au procès et jugé crédible, il impliquerait M. Kavana et Sagaz dans le système de pots-de-vin. Elle a également jugé qu'il n'aurait pas été possible en faisant preuve de diligence raisonnable de découvrir l'élément de preuve de M. Landow avant le procès, étant donné que Design n'avait ménagé aucun effort pour convaincre M. Landow de collaborer et de témoigner contre M. Kavana et Sagaz, mais n'y était pas parvenue.

III. Issues

1. Did the Court of Appeal err in holding Sagaz vicariously liable to Design?

2. Did the Court of Appeal err by substituting its discretion for that of the trial judge in the decision to reopen the trial?

IV. Analysis

A. *Vicarious Liability*

(1) Policy Rationale Underlying Vicarious Liability

Vicarious liability is not a distinct tort. It is a theory that holds one person responsible for the misconduct of another because of the relationship between them. Although the categories of relationships in law that attract vicarious liability are neither exhaustively defined nor closed, the most common one to give rise to vicarious liability is the relationship between master and servant, now more commonly called employer and employee.

In general, tort law attempts to hold persons accountable for their wrongful acts and omissions and the direct harm that flows from those wrongs. Vicarious liability, by contrast, is considered to be a species of strict liability because it requires no proof of personal wrongdoing on the part of the person who is subject to it. As such, it is still relatively uncommon in Canadian tort law. What policy considerations govern its discriminate application?

As Fleming stated in an oft-quoted passage:

[T]he modern doctrine of vicarious liability cannot parade as a deduction from legalistic premises, but

III. Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle eu tort de décider que Sagaz était responsable du fait d'autrui envers Design? 24

2. La Cour d'appel a-t-elle eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès?

IV. Analyse

A. *Responsabilité du fait d'autrui*

(1) Le raisonnement de principe qui sous-tend la responsabilité du fait d'autrui

La responsabilité du fait d'autrui n'est pas un délit distinct. Elle est une théorie selon laquelle une personne est responsable de l'inconduite d'une autre personne en raison de la relation qui existe entre elles. Bien que les catégories de relations juridiques donnant ouverture à l'application de la responsabilité du fait d'autrui ne soient ni définies de manière exhaustive ni limitatives, la relation qui donne le plus souvent naissance à ce type de responsabilité est la relation maître-serviteur, désormais mieux connue sous le nom de relation employeur-employé. 25

En général, le droit de la responsabilité délictuelle vise à tenir les gens responsables de leurs actes ou omissions fautifs ainsi que du préjudice qui en découle directement. Par contre, la responsabilité du fait d'autrui est considérée comme un type de responsabilité stricte parce qu'elle n'exige pas de prouver que la personne qui y est assujettie a accompli personnellement un acte fautif. Pour cette raison, les cas où elle s'applique sont encore relativement rares en droit canadien de la responsabilité délictuelle. Quelles sont les considérations de politique générale qui en régissent l'application restreinte? 26

Pour reprendre un passage souvent cité de Fleming : 27

[TRADUCTION] [L]a règle contemporaine de la responsabilité du fait d'autrui ne peut pas passer pour une déduc-

should be frankly recognised as having its basis in a combination of policy considerations . . . .

(*The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 410, cited in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 26, *per* McLachlin J. (as she then was); see also *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, released concurrently, at para. 29, *per* Binnie J.)

However, McLachlin J. noted in *Bazley*, at para. 27 (cited in *Jacobi*, at para. 29) that "[a] focus on policy is not to diminish the importance of legal principle."

28 The most recent discussion by this Court of the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability was in *Bazley*, at paras. 26-36, where McLachlin J. succinctly reviewed the relevant jurisprudence. She began with La Forest J.'s opinion (dissenting on the cross-appeal) in *London Drugs*, *supra*, which held that vicarious liability is generally considered to rest on one of two logical bases. The first, known as the "master's tort theory", posits that the employer is vicariously liable for the acts of his employee because the acts are regarded as being authorized by him so that in law the acts of the employee are the acts of the employer. The second, known as the "servant's tort theory", attributes liability to the employer simply because the employer was the employee's superior and therefore in charge or command of the employee (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 314-15, and P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at pp. 6-7).

29 However, La Forest J. acknowledged that neither of the logical bases for vicarious liability succeeds completely in explaining the operation of the doctrine, and he found that the vicarious liability regime is a response to a number of policy considerations, including compensation, deterrence and loss internalization (*London Drugs*, *supra*, at

tion fondée sur des prémisses formalistes, mais devrait franchement être reconnue comme reposant sur une combinaison de considérations de politique générale . . .

(*The Law of Torts* (9e éd. 1998), p. 410, cité dans les arrêts rendus simultanément *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, par. 26, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef); voir aussi *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, par. 29, le juge Binnie.)

Madame le juge McLachlin a toutefois souligné, au par. 27 de l'arrêt *Bazley* (cité au par. 29 de l'arrêt *Jacobi*), que « [l]'accent mis sur une politique générale ne doit pas diminuer l'importance des principes juridiques. »

La plus récente analyse que notre Cour a faite des considérations de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui se trouve aux par. 26 à 36 de l'arrêt *Bazley*, dans lesquels madame le juge McLachlin a procédé à un examen succinct de la jurisprudence pertinente. Elle a d'abord évoqué l'opinion du juge La Forest (dissident relativement au pourvoi incident) dans l'arrêt *London Drugs*, précité, selon laquelle on considère généralement que la responsabilité du fait d'autrui repose sur l'un des deux fondements logiques suivants. Le premier, connu sous le nom de « théorie du délit de l'employeur », veut que l'employeur soit responsable des actes de son employé parce qu'il est réputé les avoir autorisés, de sorte que, en droit, les actes de l'employé sont les actes de l'employeur. Le deuxième fondement, connu sous le nom de « théorie du délit de l'employé », veut que la responsabilité de l'employeur soit engagée du seul fait qu'il est le supérieur de l'employé et que ce dernier est donc sous ses ordres (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, p. 314-315, et P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), p. 6-7).

Le juge La Forest a toutefois reconnu qu'aucun de ces fondements logiques ne permet d'expliquer complètement l'application de la règle de la responsabilité du fait d'autrui, et a conclu que cette règle répond à un certain nombre de questions de politique générale liées notamment au dédommagement, à la dissuasion et à l'imputation de la perte

p. 336). McLachlin J. noted that Fleming identified similar policies to justify the imposition of vicarious liability, including the provision of a just and practical remedy for the harm and the deterrence of future harm, and held that these two ideas "usefully embrace the main policy considerations that have been advanced" (*Bazley*, *supra*, at para. 29).

(*London Drugs*, précité, p. 336). Le juge McLachlin a souligné que Fleming a relevé des considérations de politique générale similaires qui justifient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, dont l'idée de fournir un recours juste et pratique pour le préjudice subi et celle de dissuader de causer un préjudice à l'avenir, ajoutant que ces deux idées « englobent utilement les principales considérations de politique générale qui ont été présentées » (*Bazley*, précité, par. 29).

Identification of the policy considerations underlying the imposition of vicarious liability assists in determining whether the doctrine should be applied in a particular case and it is for that reason that the policy considerations set out by this Court in *Bazley* should be briefly reviewed.

30 La détermination des considérations de politique générale qui sous-tendent l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui aide à décider s'il y a lieu d'appliquer la règle dans un cas donné et c'est pourquoi il convient d'examiner brièvement celles que notre Cour a énoncées dans l'arrêt *Bazley*.

First, vicarious liability provides a just and practical remedy to people who suffer harm as a consequence of wrongs perpetrated by an employee. Many commentators are suspicious of vicarious liability in principle because it appears to hold parties responsible for harm simply because they have "deep pockets" or an ability to bear the loss even though they are not personally at fault. The "deep pockets" justification on its own does not accord with an inherent sense of what is fair (see also R. Flannigan, "Enterprise control: The servant-independent contractor distinction" (1987), 37 *U.T.L.J.* 25, at p. 29). Besides an ability to bear the loss, it must also seem just to place liability for the wrong on the employer. McLachlin J. addresses this concern in *Bazley*, *supra*, at para. 31:

31 Premièrement, la responsabilité du fait d'autrui fournit un recours juste et pratique à ceux qui ont subi un préjudice en raison des fautes commises par un employé. Bien des commentateurs se méfient a priori de la notion de responsabilité du fait d'autrui parce qu'elle semble tenir des parties responsables d'un préjudice pour la simple raison qu'elles ont « la bourse bien garnie » ou qu'elles sont en mesure d'assumer la perte, même si elles n'ont rien à se reprocher personnellement. La justification de la « bourse bien garnie » ne concorde pas en soi avec ce qui est perçu comme étant foncièrement équitable (voir également R. Flannigan, « Enterprise control : The servant-independent contractor distinction » (1987), 37 *U.T.L.J.* 25, p. 29). L'imputation de la responsabilité de la faute à l'employeur doit sembler équitable et non pas dépendre uniquement de la capacité de ce dernier d'assumer la perte. Le juge McLachlin aborde cette question au par. 31 de l'arrêt *Bazley*, précité :

> Vicarious liability is arguably fair in this sense. The employer puts in the community an enterprise which carries with it certain risks. When those risks materialize and cause injury to a member of the public despite the employer's reasonable efforts, it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss. This accords with the notion that it is right and just that the person who creates a risk bear the loss when the risk ripens into harm.

> Dans ce sens, il est possible de soutenir que la responsabilité du fait d'autrui est équitable. L'employeur implante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l'employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l'organisme qui a créé l'entreprise et, en conséquence, le risque. Cela concorde avec l'idée qu'il est juste et équitable que la personne à l'origine d'un risque assume la perte qui résulte quand le risque se matérialise et cause un préjudice.

Similarly, Fleming stated that "a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise" (p. 410). McLachlin J. states that while the fairness of this proposition is capable of standing alone, "it is buttressed by the fact that the employer is often in the best position to spread the losses through mechanisms like insurance and higher prices, thus minimizing the dislocative effect of the tort within society" (*Bazley*, at para. 31). Finally on this point, it is noteworthy that vicarious liability does not diminish the personal liability of the direct tortfeasor (Fleming, *supra*, at p. 411; *London Drugs*, *supra*, at p. 460, *per* McLachlin J.).

32 The second policy consideration underlying vicarious liability is deterrence of future harm as employers are often in a position to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. This policy ground is related to the first policy ground of fair compensation, as "[t]he introduction of the enterprise into the community with its attendant risk, in turn, implies the possibility of managing the risk to minimize the costs of the harm that may flow from it" (*Bazley*, *supra*, at para. 34).

(2) Employee Versus Independent Contractor

33 The most common relationship that attracts vicarious liability is that between employer and employee, formerly master and servant. This is distinguished from the relationship of an employer and independent contractor which, subject to certain limited exceptions (see Atiyah, *supra*, at pp. 327-78), typically does not give rise to a claim for vicarious liability. If a worker is determined to be an employee as opposed to an independent contractor such that vicarious liability can attach to the employer, this is not the end of the analysis. The tortious conduct has to be committed by the

De même Fleming a affirmé que [TRADUCTION] « la personne qui emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l'exploitation de son entreprise » (p. 410). Le juge McLachlin précise que, quoique la justesse de cette proposition puisse être évidente en soi, « elle est étayée par le fait que l'employeur est souvent le mieux placé pour répartir les pertes au moyen de mécanismes comme l'assurance et la hausse de prix, et ainsi pour réduire l'effet perturbateur du délit dans la société » (*Bazley*, par. 31). Il convient enfin de noter, à ce sujet, que la responsabilité du fait d'autrui ne diminue en rien la responsabilité personnelle de l'auteur même du délit (Fleming, *op. cit.*, p. 411; *London Drugs*, précité, p. 460, le juge McLachlin).

La seconde considération de politique générale qui sous-tend la responsabilité du fait d'autrui est l'idée de dissuader de causer un préjudice à l'avenir étant donné que les employeurs sont souvent en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. Cette considération de politique générale est liée la première, celle de la juste indemnisation, vu que « [l]'implantation de l'entreprise dans la collectivité avec les risques qu'elle comporte implique, en revanche, la possibilité de gérer le risque afin de réduire les coûts du préjudice qui peut en découler » (*Bazley*, précité, par. 34).

(2) Employé par opposition à entrepreneur indépendant

La relation qui donne le plus souvent naissance à la responsabilité du fait d'autrui est la relation employeur-employé, autrefois appelée relation maître-serviteur. Elle diffère de la relation employeur-entrepreneur indépendant qui, sous réserve de certaines exceptions limitées (voir Atiyah, *op. cit.*, p. 327-378), ne donne généralement pas ouverture à une action en responsabilité du fait d'autrui. Toutefois, l'analyse ne s'arrête pas à la décision qu'un travailleur est un employé et non pas un entrepreneur indépendant et que la responsabilité du fait d'autrui de son employeur peut

employee in the course of employment. For the reasons that follow, this second stage of the analysis is not relevant and need not be analysed in the present appeal.

What is the difference between an employee and an independent contractor and why should vicarious liability more likely be imposed in the former case than in the latter? This question has been the subject of much debate. The answer lies with the element of control that the employer has over the direct tortfeasor (the worker). If the employer does not control the activities of the worker, the policy justifications underlying vicarious liability will not be satisfied. See Flannigan, *supra*, at pp. 31-32:

> This basis for vicarious liability discloses a precise limitation on the scope of the doctrine. If the employer does not control the activities of the worker it is clear that vicarious liability should not be imposed, for then insulated risk-taking [by the employer] does not occur. Only the worker, authorized to complete a task, could have affected the probability of loss, for he alone had control in any respect. Thus, because there is no mischief where employer control is absent, no remedy is required.

Explained another way, the main policy concerns justifying vicarious liability are to provide a just and practical remedy for the plaintiff's harm and to encourage the deterrence of future harm (*Bazley*, *supra*, at para. 29). Vicarious liability is fair in principle because the hazards of the business should be borne by the business itself; thus, it does not make sense to anchor liability on an employer for acts of an independent contractor, someone who was in business on his or her own account. In addition, the employer does not have the same control over an independent contractor as over an employee to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. Each of these policy justifications is relevant to the ability of the employer to control the activities of the employee, justifications which are generally deficient or missing in the case of an independent contractor. As discussed above, the policy justifications for imposing vicarious liabil-

donc être engagée. Il faut encore que l'employé ait accompli l'acte délictueux dans l'exercice de ses fonctions. Pour les raisons qui suivent, il n'est pas nécessaire de passer à cette seconde étape de l'analyse, qui n'est pas pertinente en l'espèce.

Quelle différence y a-t-il entre un employé et un entrepreneur indépendant, et pourquoi la responsabilité du fait d'autrui est-elle plus susceptible d'être imputée dans le premier cas? Cette question a été largement débattue. C'est dans le contrôle exercé par l'employeur sur l'auteur même du délit (le travailleur) que réside la réponse. Si l'employeur ne contrôle pas les activités du travailleur, les considérations de politique générale justifiant la responsabilité du fait d'autrui ne jouent pas. Voir Flannigan, *loc. cit.*, p. 31-32 : 34

> [TRADUCTION] Le fondement de la règle de la responsabilité du fait d'autrui en détermine une restriction précise. Si l'employeur ne contrôle pas les activités du travailleur, il est évident que la responsabilité du fait d'autrui ne doit pas lui être imputée car, dans ce cas, il n'y a pas de prise de risque [par l'employeur] qui soit protégée. Seul le travailleur autorisé à accomplir une tâche peut influer sur la probabilité de perte car c'est lui seul qui exerce un contrôle à cet égard. Ainsi, comme il ne saurait y avoir de méfait en l'absence de contrôle par l'employeur, aucune réparation n'est nécessaire.

En d'autres termes, les principales considérations de politique générale justifiant la responsabilité du fait d'autrui sont l'idée de fournir un recours juste et pratique pour le préjudice subi et celle de dissuader de causer un préjudice à l'avenir (*Bazley*, précité, par. 29). La responsabilité du fait d'autrui est équitable en principe parce qu'une entreprise doit assumer elle-même les risques qu'elle entraîne. Il n'est donc pas logique d'imputer à un employeur la responsabilité des actes accomplis par un entrepreneur indépendant qui, par définition, exploite une entreprise pour son propre compte. En outre, l'employeur n'exerce pas sur un entrepreneur indépendant le même contrôle que sur un employé et n'est pas, de ce fait, en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. Toutes ces considérations de politique générale se rattachent à la capacité de l'employeur de contrôler les activités de l'em- 35

ity are relevant where the employer is able to control the activities of the employee but may be deficient in the case of an independent contractor over whom the employer has little control. However, control is not the only factor to consider in determining if a worker is an employee or an independent contractor. For the reasons discussed below, reliance on control alone can be misleading, and there are other relevant factors which should be considered in making this determination.

ployé, une dimension qui est généralement inexistante ou insuffisante dans le cas d'un entrepreneur indépendant. Comme nous l'avons vu, les considérations de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui sont pertinentes lorsque l'employeur est en mesure de contrôler les activités de l'employé, mais peuvent être insuffisantes dans le cas d'un entrepreneur indépendant sur lequel l'employeur a peu de contrôle. Le contrôle n'est toutefois pas le seul facteur à considérer pour décider si un travailleur est un employé ou un entrepreneur indépendant. Pour les raisons exposées plus loin, l'application de ce seul facteur risque d'induire en erreur, et il y a lieu de tenir compte d'autres facteurs pour en décider.

36 Various tests have emerged in the case law to help determine if a worker is an employee or an independent contractor. The distinction between an employee and an independent contractor applies not only in vicarious liability, but also to the application of various forms of employment legislation, the availability of an action for wrongful dismissal, the assessment of business and income taxes, the priority taken upon an employer's insolvency, and the application of contractual rights (Flannigan, *supra*, at p. 25). Accordingly, much of the case law on point while not written in the context of vicarious liability is still helpful.

Les tribunaux ont établi divers critères pour aider à décider si un travailleur est un employé ou un entrepreneur indépendant. La distinction entre un employé et un entrepreneur indépendant est utile non seulement en matière de responsabilité du fait d'autrui mais aussi lorsqu'il s'agit d'appliquer diverses lois sur l'emploi, de déterminer si une action pour congédiement injustifié peut être intentée, d'établir des cotisations en matière d'impôt sur le revenu ou de taxe d'affaires, de dresser l'ordre de collocation dans le cas où un employeur devient insolvable ou d'appliquer des droits contractuels (Flannigan, *loc. cit.*, p. 25). Il s'ensuit qu'une bonne partie des décisions en la matière ne sont pas moins utiles du fait qu'elles n'ont pas été rendues dans le contexte de la responsabilité du fait d'autrui.

37 The Federal Court of Appeal thoroughly reviewed the relevant case law in *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553. As MacGuigan J.A. noted, the original criterion of the employment relationship was the control test set out by Baron Bramwell in *Regina v. Walker* (1858), 27 L.J.M.C. 207, and adopted by this Court in *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605. It is expressed as follows: "the essential criterion of employer-employee relations is the right to give orders and instructions to the employee regarding the manner in which to

La Cour d'appel fédérale a procédé à un examen détaillé de la jurisprudence pertinente dans l'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553. Comme le juge MacGuigan l'a fait remarquer, c'est le critère de contrôle énoncé par le baron Bramwell dans l'affaire *Regina c. Walker* (1858), 27 L.J.M.C. 207, et adopté par notre Cour dans l'arrêt *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, qui a d'abord été appliqué pour déterminer l'existence d'une relation employeur-employé. Il était ainsi formulé : « le critère essentiel destiné à caractériser les rapports de commettant à préposé est le droit de donner des ordres et instructions au préposé sur la manière de

carry out his work" (*Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*, *supra*, at p. 613).

This criterion has been criticized as wearing "an air of deceptive simplicity" (Atiyah, *supra*, at p. 41). The main problems are set out by MacGuigan J.A. in *Wiebe Door*, *supra*, at pp. 558-59:

A principal inadequacy [with the control test] is its apparent dependence on the exact terms in which the task in question is contracted for: where the contract contains detailed specifications and conditions, which would be the normal expectation in a contract with an independent contractor, the control may even be greater than where it is to be exercised by direction on the job, as would be the normal expectation in a contract with a servant, but a literal application of the test might find the actual control to be less. In addition, the test has broken down completely in relation to highly skilled and professional workers, who possess skills far beyond the ability of their employers to direct.

An early attempt to deal with the problems of the control test was the development of a fourfold test known as the "entrepreneur test". It was set out by W. O. Douglas (later Justice) in "Vicarious Liability and Administration of Risk I" (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584, and applied by Lord Wright in *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (P.C.), at p. 169:

In earlier cases a single test, such as the presence or absence of control, was often relied on to determine whether the case was one of master and servant, mostly in order to decide issues of tortious liability on the part of the master or superior. In the more complex conditions of modern industry, more complicated tests have often to be applied. It has been suggested that a fourfold test would in some cases be more appropriate, a complex involving (1) control; (2) ownership of the tools; (3) chance of profit; (4) risk of loss. Control in itself is not always conclusive.

remplir son travail » (*Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*, précité, p. 613).

On a dit de ce critère qu'il était [TRADUCTION] « d'une simplicité trompeuse » (Atiyah, *op. cit.*, p. 41). Le juge MacGuigan expose les principales difficultés qu'il soulève, dans l'arrêt *Wiebe Door*, précité, p. 558-559 : 38

Ce critère a le grave inconvénient de paraître assujetti aux termes exacts du contrat définissant les modalités du travail : si le contrat contient des instructions et des stipulations détaillées, comme c'est chose courante dans les contrats passés avec un entrepreneur indépendant, le contrôle ainsi exercé peut être encore plus rigoureux que s'il résultait d'instructions données au cours du travail, comme c'est l'habitude dans les contrats avec un préposé, mais une application littérale du critère pourrait laisser croire qu'en fait, le contrôle exercé est moins strict. En outre, le critère s'est révélé tout à fait inapplicable pour ce qui est des professionnels et des travailleurs hautement qualifiés, qui possèdent des aptitudes bien supérieures à la capacité de leur employeur à les diriger.

L'une des premières tentatives faites pour régler les difficultés du critère de contrôle a été l'établissement du critère à quatre volets appelé « critère de l'entreprise ». Ce critère a été énoncé par W. O. Douglas (plus tard nommé juge) dans « Vicarious Liability and Administration of Risk I » (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584, puis appliqué par lord Wright dans l'arrêt *Montreal c. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (C.P.), p. 169 : 39

[TRADUCTION] Dans des jugements antérieurs, on s'appuyait souvent sur un seul critère, comme l'existence ou l'absence de contrôle, pour décider s'il s'agissait d'un rapport de maître à serviteur, la plupart du temps lorsque des questions de responsabilité délictuelle de la part du maître ou du supérieur étaient en cause. Dans les situations plus complexes de l'économie moderne, il faut souvent recourir à des critères plus compliqués. Il a été jugé plus convenable dans certains cas d'appliquer un critère qui comprendrait les quatre éléments suivants : (1) le contrôle; (2) la propriété des instruments de travail; (3) la possibilité de profit; (4) le risque de perte. Le contrôle en lui-même n'est pas toujours concluant.

40 As MacGuigan J.A. notes, a similar general test, known as the "organization test" or "integration test" was used by Denning L.J. (as he then was) in *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald*, [1952] 1 *The Times* L.R. 101 (C.A.), at p. 111:

> One feature which seems to run through the instances is that, under a contract of service, a man is employed as part of the business, and his work is done as an integral part of the business; whereas, under a contract for services, his work, although done for the business, is not integrated into it but is only accessory to it.

41 This decision imported the language "contract of service" (employee) and "contract for services" (independent contractor) into the analysis. The organization test was approved by this Court in *Co-operators Insurance*, *supra* (followed in *Mayer*, *supra*), where Spence J. observed that courts had moved away from the control test under the pressure of novel situations, replacing it instead with a type of organization test in which the important question was whether the alleged servant was part of his employer's organization (from Fleming, *supra*, at p. 416).

42 However, as MacGuigan J.A. noted in *Wiebe Door*, the organization test has had "less vogue in other common-law jurisdictions" (p. 561), including England and Australia. For one, it can be a difficult test to apply. If the question is whether the activity or worker is integral to the employer's business, this question can usually be answered affirmatively. For example, the person responsible for cleaning the premises is technically integral to sustaining the business, but such services may be properly contracted out to people in business on their own account (see R. Kidner, "Vicarious liability: for whom should the 'employer' be liable?" (1995), 15 *Legal Stud.* 47, at p. 60). As MacGuigan J.A. further noted in *Wiebe Door*, if the main test is to demonstrate that, without the work of the alleged employees the employer would be out of business, a factual relationship of mutual dependency would always meet the organization test of

Comme le souligne le juge MacGuigan, le lord juge Denning (plus tard maître des rôles) a appliqué un critère général similaire, appelé « critère d'organisation » ou « critère d'intégration » dans l'arrêt *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. c. Macdonald*, [1952] 1 *The Times* L.R. 101 (C.A.), p. 111 :

> [TRADUCTION] Un élément semble se retrouver dans tous les cas : en vertu d'un contrat de louage de services, une personne est employée en tant que partie d'une entreprise et son travail fait partie intégrante de l'entreprise; alors qu'en vertu d'un contrat d'entreprise, son travail, bien qu'il soit fait pour l'entreprise, n'y est pas intégré mais seulement accessoire.

Cet arrêt a introduit dans l'analyse les expressions « contrat de louage de services » (employé) et « contrat d'entreprise » (entrepreneur indépendant). Notre Cour a approuvé le critère d'organisation dans l'arrêt *Co-operators Insurance*, précité (suivi dans *Mayer*, précité), où le juge Spence a fait remarquer que, sous la contrainte de situations nouvelles, les tribunaux avaient abandonné le critère de contrôle et l'avaient remplacé par une sorte de critère d'organisation faisant intervenir l'importante question de savoir si le soi-disant préposé faisait partie de l'organisation de son employeur (Fleming, *op. cit.*, p. 416).

Le juge MacGuigan signale toutefois dans l'arrêt *Wiebe Door*, précité, p. 561, que le critère d'organisation a été « reçu avec moins d'enthousiasme dans d'autres juridictions de *common law* », dont l'Angleterre et l'Australie. Il peut notamment être difficile à appliquer. Il est généralement possible de répondre par l'affirmative à la question de savoir si l'activité ou le travailleur fait partie intégrante de l'entreprise de l'employeur. Par exemple, la personne chargée du nettoyage des locaux est techniquement indispensable à l'entreprise, mais les services de nettoyage peuvent légitimement être confiés en sous-traitance à des personnes travaillant à leur compte (voir R. Kidner, « Vicarious liability : for whom should the "employer" be liable? » (1995), 15 *Legal Stud.* 47, p. 60). Comme le juge MacGuigan l'a également souligné dans l'arrêt *Wiebe Door*, si le critère principal consistait à démontrer que, sans le travail des soi-disant

an employee even though this criterion may not accurately reflect the parties' intrinsic relationship (pp. 562-63).

Despite these criticisms, MacGuigan J.A. acknowledges, at p. 563, that the organization test can be of assistance:

> Of course, the organization test of Lord Denning and others produces entirely acceptable results when properly applied, that is, when the question of organization or integration is approached from the persona of the "employee" and not from that of the "employer," because it is always too easy from the superior perspective of the larger enterprise to assume that every contributing cause is so arranged purely for the convenience of the larger entity. We must keep in mind that it was with respect to the business of the employee that Lord Wright [in *Montreal*] addressed the question "Whose business is it?" [Emphasis added.]

According to MacGuigan J.A., the best synthesis found in the authorities is that of Cooke J. in *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.), at pp. 737-38 (followed by the Privy Council in *Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung*, [1990] 2 A.C. 374, *per* Lord Griffiths, at p. 382):

> The observations of LORD WRIGHT, of DENNING, L.J., and of the judges of the Supreme Court in the U.S.A. suggest that the fundamental test to be applied is this: "Is the person who has engaged himself to perform these services performing them as a person in business on his own account?" If the answer to that question is "yes", then the contract is a contract for services. If the answer is "no" then the contract is a contract of service. No exhaustive list has been compiled and perhaps no exhaustive list can be compiled of considerations which are relevant in determining that question, nor can strict rules be laid down as to the relative weight which the various considerations should carry in particular cases. The most that can be said is that control will no doubt always have to be considered, although it can no longer be regarded as the sole determining factor; and that factors, which may be of importance, are such matters as whether the man performing the services provides his

employés, l'employeur ne pourrait pas exploiter son entreprise, l'existence d'un lien factuel de dépendance mutuelle satisferait toujours au critère d'organisation d'un employé même s'il se peut que ce critère ne reflète pas exactement la relation intrinsèque des parties (p. 562-563).

43 Le juge MacGuigan reconnaît qu'en dépit de ces critiques le critère d'organisation peut être utile (à la p. 563) :

> De toute évidence, le critère d'organisation énoncé par lord Denning et d'autres juristes donne des résultats tout à fait acceptables s'il est appliqué de la bonne manière, c'est-à-dire quand la question d'organisation ou d'intégration est envisagée du point de vue de l'« employé » et non de celui de l'« employeur ». En effet, il est toujours très facile, en examinant la question du point de vue dominant de la grande entreprise, de présumer que les activités concourantes sont organisées dans le seul but de favoriser l'activité la plus importante. Nous devons nous rappeler que c'est en tenant compte de l'entreprise de l'employé que lord Wright [dans l'arrêt *Montreal*] a posé la question « À qui appartient l'entreprise[?] » [Je souligne.]

44 Selon le juge MacGuigan, c'est le juge Cooke qui a fait la meilleure synthèse du problème dans la décision *Market Investigations, Ltd. c. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.), p. 737-738 (suivie par le Conseil privé dans l'arrêt *Lee Ting Sang c. Chung Chi-Keung*, [1990] 2 A.C. 374, lord Griffiths, p. 382) :

> [TRADUCTION] Les remarques de LORD WRIGHT, du LORD JUGE DENNING et des juges de la Cour suprême des États-Unis laissent à entendre que le critère fondamental à appliquer est celui-ci : « La personne qui s'est engagée à accomplir ces tâches les accomplit-elle en tant que personne travaillant à son compte? » Si la réponse à cette question est affirmative, alors il s'agit d'un contrat d'entreprise. Si la réponse est négative, alors il s'agit d'un contrat de service personnel. Aucune liste exhaustive des éléments qui sont pertinents pour trancher cette question n'a été dressée, peut-être n'est-il pas possible de le faire; on ne peut non plus établir de règles rigides quant à l'importance relative qu'il faudrait attacher à ces divers éléments dans un cas particulier. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il faudra toujours tenir compte du contrôle même s'il ne peut plus être considéré comme le seul facteur déterminant; et que des facteurs qui peuvent avoir une certaine importance sont des questions comme

own equipment, whether he hires his own helpers, what degree of financial risk he takes, what degree of responsibility for investment and management he has, and whether and how far he has an opportunity of profiting from sound management in the performance of his task. [Emphasis added.]

45 Finally, there is a test that has emerged that relates to the enterprise itself. Flannigan, *supra*, sets out the "enterprise test" at p. 30 which provides that the employer should be vicariously liable because (1) he controls the activities of the worker; (2) he is in a position to reduce the risk of loss; (3) he benefits from the activities of the worker; (4) the true cost of a product or service ought to be borne by the enterprise offering it. According to Flannigan, each justification deals with regulating the risk-taking of the employer and, as such, control is always the critical element because the ability to control the enterprise is what enables the employer to take risks. An "enterprise risk test" also emerged in La Forest J.'s dissent on cross-appeal in *London Drugs* where he stated at p. 339 that "[v]icarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents."

46 In my opinion, there is no one conclusive test which can be universally applied to determine whether a person is an employee or an independent contractor. Lord Denning stated in *Stevenson Jordan*, *supra*, that it may be impossible to give a precise definition of the distinction (p. 111) and, similarly, Fleming observed that "no single test seems to yield an invariably clear and acceptable answer to the many variables of ever changing employment relations . . ." (p. 416). Further, I agree with MacGuigan J.A. in *Wiebe Door*, at p. 563, citing Atiyah, *supra*, at p. 38, that what must always occur is a search for the total relationship of the parties:

[I]t is exceedingly doubtful whether the search for a formula in the nature of a single test for identifying a

celles de savoir si celui qui accomplit la tâche fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses aides, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion, et jusqu'à quel point il peut tirer profit d'une gestion saine dans l'accomplissement de sa tâche. [Je souligne.]

Enfin, un critère se rapportant à l'entreprise elle-même est apparu. Flannigan (*loc. cit.*, p. 30) énonce le [TRADUCTION] « critère de l'entreprise » selon lequel l'employeur doit être tenu responsable du fait d'autrui pour les raisons suivantes : (1) il contrôle les activités du travailleur, (2) il est en mesure de réduire les risques de perte, (3) il tire profit des activités du travailleur, (4) le coût véritable d'un bien ou d'un service devrait être assumé par l'entreprise qui l'offre. Pour Flannigan, chaque justification a trait à la régulation du risque pris par l'employeur, et le contrôle est donc toujours l'élément crucial puisque c'est la capacité de contrôler l'entreprise qui permet à l'employeur de prendre des risques. Le juge La Forest a lui aussi formulé un « critère du risque de l'entreprise » dans l'opinion dissidente qu'il a exposée relativement au pourvoi incident dans l'arrêt *London Drugs*. Il a écrit, à la p. 339, que « [l]a responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires. »

À mon avis, aucun critère universel ne permet de déterminer, de façon concluante, si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. Lord Denning a affirmé, dans l'arrêt *Stevenson Jordan*, précité, qu'il peut être impossible d'établir une définition précise de la distinction (p. 111) et, de la même façon, Fleming signale que [TRADUCTION] « devant les nombreuses variables des relations de travail en constante mutation, aucun critère ne semble permettre d'apporter une réponse toujours claire et acceptable » (p. 416). Je partage en outre l'opinion du juge MacGuigan lorsqu'il affirme — en citant Atiyah, *op. cit.*, p. 38, dans l'arrêt *Wiebe Door*, p. 563 — qu'il faut toujours déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles :

[TRADUCTION] [N]ous doutons fortement qu'il soit encore utile de chercher à établir un critère unique per-

contract of service any longer serves a useful purpose .... The most that can profitably be done is to examine all the possible factors which have been referred to in these cases as bearing on the nature of the relationship between the parties concerned. Clearly not all of these factors will be relevant in all cases, or have the same weight in all cases. Equally clearly no magic formula can be propounded for determining which factors should, in any given case, be treated as the determining ones.

Although there is no universal test to determine whether a person is an employee or an independent contractor, I agree with MacGuigan J.A. that a persuasive approach to the issue is that taken by Cooke J. in *Market Investigations*, *supra*. The central question is whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account. In making this determination, the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor. However, other factors to consider include whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers, the degree of financial risk taken by the worker, the degree of responsibility for investment and management held by the worker, and the worker's opportunity for profit in the performance of his or her tasks.

It bears repeating that the above factors constitute a non-exhaustive list, and there is no set formula as to their application. The relative weight of each will depend on the particular facts and circumstances of the case.

(3) Application to the Facts

According to the agreement between Sagaz and AIM dated January 29, 1985, AIM was hired to "provide assistance to Sagaz in retaining the goodwill of [Canadian Tire]". Although the contract designated AIM as an "independent contractor", this classification is not always determinative for the purposes of vicarious liability. The starting point for this analysis is whether AIM, while engaged to perform such services for Sagaz, was in business on its own account. If so, AIM is an independent contractor as opposed to an employee

mettant d'identifier les contrats de louage de services [. . .] La meilleure chose à faire est d'étudier tous les facteurs qui ont été considérés dans ces causes comme des facteurs influant sur la nature du lien unissant les parties. De toute évidence, ces facteurs ne s'appliquent pas dans tous les cas et n'ont pas toujours la même importance. De la même façon, il n'est pas possible de trouver une formule magique permettant de déterminer quels facteurs devraient être tenus pour déterminants dans une situation donnée.

47 Bien qu'aucun critère universel ne permette de déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant, je conviens avec le juge MacGuigan que la démarche suivie par le juge Cooke dans la décision *Market Investigations*, précitée, est convaincante. La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches.

48 Ces facteurs, il est bon de le répéter, ne sont pas exhaustifs et il n'y a pas de manière préétablie de les appliquer. Leur importance relative respective dépend des circonstances et des faits particuliers de l'affaire.

(3) Application aux faits

49 Aux termes de l'accord conclu entre Sagaz et AIM le 29 janvier 1985, AIM était engagée pour [TRADUCTION] « aider Sagaz à obtenir la clientèle de [Canadian Tire] ». Bien que AIM y soit désignée comme étant un « entrepreneur indépendant », cette désignation n'est pas toujours déterminante de la responsabilité du fait d'autrui. Il faut d'abord se demander si, bien qu'elle ait été engagée pour fournir ces services à Sagaz, AIM exploitait une entreprise pour son propre compte. Dans l'affirmative, AIM est un entrepreneur indépendant

of Sagaz and vicarious liability likely will not follow. It is helpful to examine the non-exhaustive list of factors from *Montreal* and *Market Investigations* to assist in this determination.

50 There is some evidence to suggest that Landow and AIM were employees of Sagaz. In other words, in response to the query "whose business is it?", there is some suggestion that Landow worked in what was characterized as a "joint effort" with Sagaz sales managers in order to secure Canadian Tire's business. Specifically, although it was Landow's duty under the contract to obtain Canadian Tire's business and maintain its goodwill, the first letter sent to Canadian Tire on behalf of Sagaz was written by Canadian Tire's national sales manager, David English, who gave price quotations. The first meeting was attended by Landow, English and Kavana. Following that meeting, revised price quotations were sent by English. Landow's role was limited to presenting prices that were set and negotiated by Kavana and English and he required instructions with respect to terms and various other aspects of the business that he was conducting on Sagaz's behalf. Quotations given to Canadian Tire did not disclose Landow as a sales representative. Rather, the space on the invoice for the sales representative was left blank and the account was characterized as a "house account".

51 There was also some issue made about the fact that in a letter dated June 12, 1984, Landow communicated with Canadian Tire directly using Sagaz's letterhead. On cross-examination, Kavana admitted that Landow had been supplied with Sagaz letterhead. The courts below speculated that these factors came about because Canadian Tire preferred to deal with its suppliers, like Sagaz, directly and not through external sales agents.

et non un employé de Sagaz et la responsabilité du fait d'autrui est vraisemblablement écartée. Pour répondre à cette question, il est utile d'examiner la liste non exhaustive de facteurs énumérés dans les décisions *Montreal* et *Market Investigations*.

Certains éléments de preuve indiquent que M. Landow et AIM étaient des employés de Sagaz. En d'autres termes, on laisse entendre, pour répondre à la question « À qui appartient l'entreprise? », que M. Landow participait avec les directeurs des ventes de Sagaz à ce qui a été décrit comme un « effort concerté » en vue d'obtenir la clientèle de Canadian Tire. Plus précisément, même si, aux termes du contrat, il incombait à M. Landow d'obtenir et de conserver la clientèle de Canadian Tire, la première lettre envoyée à cette dernière au nom de Sagaz contenait des propositions de prix et avait été rédigée par le directeur national des ventes de Canadian Tire, David English. Messieurs Landow, English et Kavana ont assisté à la première rencontre. À la suite de cette rencontre, M. English a envoyé de nouvelles propositions de prix. Le rôle de M. Landow se limitait à soumettre les prix qui avaient été établis et négociés par MM. Kavana et English, et il devait suivre des directives en ce qui concernait les modalités et divers autres aspects de la démarche qu'il accomplissait au nom de Sagaz. Monsieur Landow n'était pas non plus désigné comme représentant des ventes dans les propositions de prix soumises à Canadian Tire; aucune inscription ne figurait dans l'espace réservé au représentant des ventes sur la facture, et le compte était décrit comme étant un « compte hors commission ».

On a également insisté jusqu'à un certain point sur le fait qu'une lettre en date du 12 juin 1984 adressée à Canadian Tire avait été écrite par M. Landow sur du papier à correspondance officielle de Sagaz. En contre-interrogatoire, M. Kavana a reconnu que M. Landow avait reçu du papier à correspondance officielle de Sagaz. Les tribunaux d'instance inférieure ont supposé que cela était dû au fait que Canadian Tire préférait traiter directement avec ses fournisseurs, comme Sagaz, plutôt que de traiter avec des représentants commerciaux indépendants.

On the other hand, there are some compelling points which indicate that AIM and Sagaz were separate legal entities, some of which are that AIM had its own offices, located in New York, while the Sagaz head offices were located in Florida. According to the agreement between the parties, AIM was to pay all of its own costs of conducting its business, including travel expenses, commissions and other compensation of salespersons employed by it. AIM remained free to carry on other activities and represent other suppliers provided that it did not take on any competing lines of business.

52 Des éléments convaincants indiquent, par contre, que AIM et Sagaz étaient des entités juridiques distinctes, dont le fait que AIM possédait ses propres bureaux à New York alors que le siège social de Sagaz était situé en Floride. Aux termes de l'accord conclu entre les parties, AIM assumait tous les frais liés à l'exploitation de son entreprise, y compris les frais de déplacement, les commissions et autres rémunérations versées aux vendeurs qu'elle employait. AIM était libre de poursuivre d'autres activités et de représenter d'autres fournisseurs pourvu qu'il ne s'agisse pas d'entreprises rivales.

With respect to AIM's responsibility for investment and management, Sagaz did not either specify or control how much time AIM was to devote to representing them in maintaining their goodwill with Canadian Tire, or to performing in-store services. Similarly, it was up to AIM and Landow to decide how many, if any, trips Landow would take to Toronto. According to the agreement and Kavana's testimony, AIM had no authority to bind the Sagaz company.

53 Quant à la responsabilité de AIM en matière de mises de fonds et de gestion, Sagaz n'a pas précisé pendant combien de temps AIM devrait la représenter auprès de Canadian Tire ou fournir des services en magasin, et elle n'a exercé aucun contrôle à cet égard. De même, il appartenait à AIM et à M. Landow de décider si ce dernier devrait se rendre à Toronto et, le cas échéant, du nombre de fois qu'il le ferait. Il ressort de l'accord et du témoignage de M. Kavana que AIM n'avait pas le pouvoir de lier la société Sagaz.

In terms of a risk of loss or an opportunity for profit, Landow and AIM worked on commission on sales of Sagaz's products. As such, the risk of loss and the opportunity for profit depended on whether AIM's expenses (such as travel expenses) exceeded its commissions.

54 En ce qui concerne le risque de perte ou la possibilité de profit, M. Landow et AIM touchaient une commission sur les ventes des produits de Sagaz. Par conséquent, AIM pourrait subir une perte ou réaliser un profit selon que le montant de ses dépenses (tels les frais de déplacement) serait supérieur ou inférieur à celui des commissions qu'elle toucherait.

Central to this inquiry is the extent of control that Sagaz had over AIM. While Sagaz directed the prices, terms and other conditions that AIM was to negotiate on Sagaz's behalf, AIM was ultimately in control of providing assistance to Sagaz in retaining the goodwill of Canadian Tire. Again, AIM decided how much time to devote to Sagaz and how much time to devote to its services for other supply companies. Although Sagaz controlled what was done, AIM controlled how it was done. This indicates that Landow was not controlled by Sagaz.

55 Le degré de contrôle exercé sur AIM par Sagaz revêt une importance cruciale dans la présente analyse. Alors que Sagaz fixait les prix, les conditions et les autres modalités que AIM devait négocier pour le compte de Sagaz, c'est AIM qui, en définitive, décidait de l'aide apportée à Sagaz en vue d'obtenir la clientèle de Canadian Tire. Là encore, AIM décidait combien de temps elle consacrait respectivement à Sagaz et aux autres fournisseurs qu'elle desservait. Sagaz décidait de ce qu'il y avait à faire alors que AIM déterminait comment le faire. Cela indique que Sagaz n'exerçait aucun contrôle sur M. Landow.

56 In my opinion, the contravening factors such as the suggestion that the Canadian Tire account was a "house account" and the one letter written by Landow on Sagaz's letterhead, while of interest, are not sufficient to show that AIM was an employee as part of the Sagaz "sales team". I agree with the courts below that these factors likely came about because Canadian Tire preferred to deal with its suppliers, like Sagaz, directly and not through external sales agents. Looking at the non-exhaustive list of factors set out in *Market Investigations*, *supra*, including ownership of tools, hiring its own helpers, the degree of financial risk or opportunity for profit by AIM and the responsibility for investment and management, it is clear to me that, based on the total relationship of the parties, AIM was an independent contractor.

À mon avis, en dépit de l'importance qu'ils peuvent avoir, les facteurs contraires, telles l'indication que le compte Canadian Tire était un « compte hors commission » et la lettre écrite par M. Landow sur du papier à correspondance officielle de Sagaz, ne sont pas suffisants pour démontrer que AIM faisait partie de « l'équipe de vendeurs » de Sagaz et était à ce titre un employé. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que cela était vraisemblablement dû au fait que Canadian Tire préférait traiter directement avec ses fournisseurs, comme Sagaz, plutôt que de traiter avec des représentants commerciaux indépendants. Compte tenu de la liste non exhaustive de facteurs énumérés dans la décision *Market Investigations*, précitée, — dont la propriété de l'outillage, l'embauche de ses propres assistants, l'étendue des risques financiers, la possibilité de profit et la responsabilité en matière de mises de fonds et de gestion — ainsi que de la relation globale entre les parties, il me paraît évident que AIM était un entrepreneur indépendant.

57 On the totality of the evidence, I agree with the trial judge that AIM was in business on its own account. Absent exceptional circumstances which are not present in this case (see Atiyah, *supra*, at pp. 327-49), it follows that the relationship between Sagaz and AIM, as employer and independent contractor, is not one which attracts vicarious liability. In finding that AIM was an independent contractor and not an employee in relation to Sagaz, I need not consider the second stage of the analysis which inquires into whether the tortious conduct of an employee was committed within the scope of employment.

Je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que, d'après l'ensemble de la preuve, AIM exploitait une entreprise pour son propre compte. Par conséquent, à moins qu'il n'y ait des circonstances exceptionnelles (voir Atiyah, *op. cit.*, p. 327-349) — ce qui n'est pas le cas en l'espèce —, la relation employeur-entrepreneur indépendant qui existe entre Sagaz et AIM ne donne pas naissance à la responsabilité du fait d'autrui. Puisque j'ai conclu que AIM était un entrepreneur indépendant et non un employé de Sagaz, il n'est pas nécessaire de passer à la deuxième étape de l'analyse, qui vise à déterminer si l'employé a accompli l'acte délictueux dans l'exercice de ses fonctions.

58 Design submitted that if AIM was not an independent contractor, then AIM was an agent of Sagaz and therefore Sagaz was liable for the economic tort committed by AIM in the scope and course of its authority. Absent evidence to the contrary, it cannot be presumed that the scope of AIM's authority in providing "assistance to Sagaz in retaining the goodwill of [Canadian Tire]" was so broad as to include unlawful means such as

Design a prétendu que, si AIM n'était pas un entrepreneur indépendant, elle était alors un mandataire de Sagaz et Sagaz était donc responsable du délit économique commis par AIM dans l'exercice de son pouvoir. En l'absence d'un élément de preuve contraire, on ne saurait présumer le pouvoir de AIM [TRADUCTION] « [d']aider Sagaz à obtenir la clientèle de [Canadian Tire] » était large au point de l'autoriser à recourir à des moyens illé-

bribery. This is confirmed by the finding of the trial judge at p. 241 that "Mr. Kavana was not a party to the conspiracy of Messrs. Summers and Landow". As well he also found at p. 245 "that it has not been proven on a balance of probabilities that Mr. Kavana knew of the bribery by Mr. Landow". In the result, the payment of the bribe by AIM to Summers exceeded the actual and apparent authority of AIM as representative of Sagaz.

B. *Motion to Reopen the Trial*

After the trial judge's reasons were released, but before the formal judgment was entered, Landow, who did not testify at trial, gave Design an affidavit admitting to the conspiracy to bribe and implicating Kavana in the conspiracy. Design brought a motion to have the trial reopened to hear the fresh evidence. The trial judge applied the two-part test from *Scott*, *supra*, to assist in determining whether to exercise his discretion to reopen the trial. First, he decided that the evidence, if presented at trial, probably would not have changed the result. Second, he found that the evidence could have been obtained before trial by the exercise of reasonable diligence. The Court of Appeal overturned the trial judge's decision, having found that he erred on both branches of the test and that the trial should have been reopened to hear Landow's evidence. Was the Court of Appeal in error to reverse the trial judge's exercise of discretion to refuse to reopen the trial?

This Court provided in *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at para. 26:

> It has long been established that, absent an error of law, an appellate court should not interfere with the exercise by a trial judge of his or her discretion in the conduct of a trial.

gaux comme le versement d'un pot-de-vin. Cela est confirmé par la conclusion du juge de première instance que [TRADUCTION] « M. Kavana n'a pas participé au complot de MM. Summers et Landow » (p. 241) et « qu'il n'a pas été prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que M. Kavana était au courant du versement du pot-de-vin par M. Landow » (p. 245). En définitive, le versement par AIM d'un pot-de-vin à M. Summers excédait le pouvoir réel et apparent que possédait AIM en tant que représentante de Sagaz.

B. *Motion visant la réouverture du procès*

59 Après le dépôt des motifs du juge de première instance, mais avant l'inscription du jugement formel, M. Landow, qui n'avait pas témoigné au procès, a remis à Design un affidavit dans lequel il impliquait M. Kavana et reconnaissait avoir comploté de verser un pot-de-vin. Design a présenté une motion en vue d'obtenir la réouverture du procès pour recevoir le nouvel élément de preuve. Le juge de première instance a appliqué le critère à deux volets tiré de la décision *Scott*, précitée, pour déterminer s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès. Premièrement, il a décidé que l'issue du procès n'aurait vraisemblablement pas été différente si l'élément de preuve en cause avait été présenté. Deuxièmement, il a conclu qu'il aurait été possible d'obtenir l'élément de preuve avant le procès en faisant preuve de diligence raisonnable. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance après avoir conclu qu'il avait commis une erreur concernant chacun des deux volets du critère et que le procès aurait dû être rouvert pour entendre le témoignage de M. Landow. La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'infirmer la décision discrétionnaire du juge de première instance de refuser de rouvrir le procès?

60 Notre Cour a affirmé dans l'arrêt *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, par. 26 :

> Il est établi depuis longtemps qu'en l'absence d'une erreur de droit une cour d'appel ne devrait pas toucher à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance au cours d'un procès.

Appellate courts should defer to the trial judge who is in the best position to decide whether, at the expense of finality, fairness dictates that the trial be reopened. See *Clayton v. British American Securities Ltd.*, [1934] 3 W.W.R. 257 (B.C.C.A.), at p. 295:

> [The trial judge] would of course discourage unwarranted attempts to bring forward new evidence available at the trial to disturb the basis of a judgment delivered or to permit a litigant after discovering the effect of a judgment to re-establish a broken-down case with the aid of further proof.

61 Further, the case law dictates that the trial judge must exercise his discretion to reopen the trial "sparingly and with the greatest care" so that "fraud and abuse of the Court's processes" do not result (see *Clayton*, *supra*, at p. 295, cited in *Scott*, at p. 774).

62 In this case, the trial judge decided not to exercise his discretion to reopen the trial because neither of the two steps of the test in *Scott*, *supra*, was met to his satisfaction. First, he found that he could not say that the new evidence, if presented at trial, would probably have changed the result, only that it may have changed the result. If the trial were to be reopened, Landow's evidence might well not be believed. His credibility would be in issue. Second, the trial judge found that Landow's evidence could have been obtained before trial. Design could have compelled Landow to testify under oath at trial. While this carried some risk, the trial judge viewed it as a trial strategy, a conclusion he was entitled to reach.

63 In my opinion, the Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of the trial judge in deciding to reopen the trial. On the first branch of the test set out in *Scott*, the trial judge found that

Les cours d'appel doivent faire preuve de retenue envers le juge de première instance qui est le mieux placé pour déterminer si l'équité exige de faire un accroc au caractère définitif du procès et de le rouvrir. Voir *Clayton c. British American Securities Ltd.*, [1934] 3 W.W.R. 257 (C.A.C.-B.), p. 295 :

> [TRADUCTION] [Le juge de première instance] décourage bien sûr les tentatives injustifiées de présenter un nouvel élément de preuve — qui existe au moment du procès — dans le but d'ébranler le fondement d'un jugement rendu ou de permettre à une partie ayant pris connaissance de l'effet d'un jugement de redresser une preuve chancelante au moyen d'un autre élément de preuve.

De plus, la jurisprudence exige que le juge de première instance n'exerce son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès qu'[TRADUCTION] « avec modération et la plus grande prudence » de façon à éviter « la supercherie et le recours abusif aux tribunaux » (voir *Clayton*, précité, p. 295, cité dans *Scott*, p. 774).

En l'espèce, le juge de première instance a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès parce qu'il estimait que l'on n'avait satisfait à ni l'un ni l'autre des deux volets du critère de la décision *Scott*, précitée. Premièrement, il a conclu qu'il était possible d'affirmer non pas que l'issue du procès aurait vraisemblablement été différente si le nouvel élément de preuve avait été présenté, mais seulement qu'elle aurait pu être différente. Il se pourrait, si le procès était rouvert, que l'on n'ajoute pas foi à l'élément de preuve de M. Landow. Sa crédibilité serait mise en doute. Deuxièmement, le juge de première instance a décidé que l'élément de preuve de M. Landow aurait pu être obtenu avant le procès. Design aurait pu le forcer à témoigner sous serment au procès. Il a estimé qu'en dépit du risque qu'elle comportait une telle démarche était une stratégie de procès, et il lui était loisible de tirer cette conclusion.

Je suis d'avis que la Cour d'appel a eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès. En ce qui concerne le premier volet du cri-

Landow's credibility would be in issue whereas the Court of Appeal found it difficult to see how the trial judge could make this determination without hearing Landow testify. In the Court of Appeal's determination, it was not sufficiently clear that Landow would be disbelieved. I disagree with the Court of Appeal on this point. Landow's affidavit evidence contradicts his sworn evidence on discovery, particularly with respect to the existence of the bribery scheme which Landow avoids acknowledging on discovery. To this significant extent, Landow is akin to a recanting liar. Lord Denning's comments in *Ladd v. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489 (C.A.), at p. 1491, are applicable:

It is very rare that application is made to this court for a new trial on the ground that a witness has told a lie. The principles to be applied are the same as those always applied when fresh evidence is sought to be introduced. To justify the reception of fresh evidence or a new trial, three conditions must be fulfilled: first, it must be shown that the evidence could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial; secondly, the evidence must be such that, if given, it would probably have an important influence on the result of the case, though it need not be decisive; thirdly, the evidence must be such as is presumably to be believed, or in other words, it must be apparently credible, though it need not be incontrovertible.

We have to apply those principles to the case where a witness comes and says: "I told a lie but nevertheless I now want to 'tell the truth'". It seems to me that the fresh evidence of such a witness will not as a rule satisfy the third condition. A confessed liar cannot usually be accepted as being credible. To justify the reception of the fresh evidence, some good reason must be shown why a lie was told in the first instance, and good ground given for thinking the witness will tell the truth on the second occasion. [Emphasis added.]

These comments, in my opinion, apply with equal force to the present case. Landow is akin to a "recanting liar" because he failed to tell his "truth"

tère de la décision *Scott*, le juge de première instance a conclu que la crédibilité de M. Landow serait mise en question, tandis que la Cour d'appel a jugé qu'il était difficile de voir comment le juge de première instance pouvait tirer cette conclusion sans avoir entendu le témoignage de M. Landow. La Cour d'appel a estimé qu'il n'était pas suffisamment évident que M. Landow ne serait pas cru. Je ne suis pas de cet avis. L'affidavit de M. Landow contredit le témoignage qu'il a fait sous serment lors de l'interrogatoire préalable, en particulier en ce qui concerne l'existence du système de pots-de-vin, qu'il avait alors évité de reconnaître. Dans cette large mesure, M. Landow ressemble à un menteur qui se rétracte. Les observations de lord Denning dans l'arrêt *Ladd c. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489 (C.A.), p. 1491, sont pertinentes :

[TRADUCTION] Il arrive très rarement qu'on demande à la cour d'ordonner un nouveau procès parce qu'un témoin a menti. Les principes qui doivent être appliqués sont les mêmes que ceux qui sont toujours appliqués dans le cas d'une demande de présentation de nouveaux éléments de preuve. Trois conditions doivent être remplies pour justifier la réception d'un nouvel élément de preuve ou la tenue d'un nouveau procès. Premièrement, il faut démontrer qu'il n'aurait pas été possible en faisant preuve de diligence raisonnable d'obtenir l'élément de preuve pour le procès. Deuxièmement, il doit s'agir d'un élément de preuve qui, s'il était présenté, aurait probablement une influence importante sur l'issue de l'affaire; il n'est pas nécessaire toutefois qu'il soit déterminant. Troisièmement, l'élément de preuve doit pouvoir être présumé crédible ou, autrement dit, il doit être apparemment crédible, bien qu'il n'ait pas à être irréfutable.

Nous devons appliquer ces principes à la situation où un témoin vient affirmer : « J'ai menti, mais malgré cela, je veux maintenant "dire la vérité" ». Il me semble qu'en principe ce nouvel élément de preuve ne satisfait pas à la troisième condition. Un menteur avoué ne peut habituellement pas être jugé crédible. Pour justifier la réception d'un nouvel élément de preuve, il faut expliquer de façon satisfaisante pourquoi le témoin a d'abord menti et pourquoi on pense qu'il dira maintenant la vérité. [Je souligne.]

J'estime que ces propos sont tout aussi applicables en l'espèce. Monsieur Landow ressemble à un « menteur qui se rétracte », car il a omis de dire 64

when he had the opportunity to do so on discovery and again when he declined to testify at trial. Although the determination in *Ladd* was made under the third branch of the test applied in that case, a branch that is absent from the two-part test in *Scott*, the application of the *Scott* test to the situation of a "recanting liar" has the same result in this case. Evidence which is not presumptively credible may fail to probably change the result under the first branch of the test in *Scott*. This is how the trial judge dealt with the affidavit evidence, and in my view he was correct in so doing. Further, it cannot be ignored that the trial decision imposing liability on Landow and AIM provided incentive for Landow to attempt to shift some responsibility to Kavana in order to share the liability of the corresponding damage award. The trial judge had also seen the evidence of Kavana in the first instance, which he found to be credible even in the face of a vigorous cross-examination.

65 The court in *Scott* mandated that both branches of the test to reopen a trial to admit fresh evidence must be met. Having failed to meet the first branch of the test, it is unnecessary to examine whether the precluded evidence in this case could have been obtained by the exercise of reasonable diligence. It is sufficient to say that that too is a matter largely within the discretion of the trial judge and, absent error by him, that finding should not be interfered with.

V. Disposition

66 The appeal is allowed with costs to the appellants in this Court and in the Court of Appeal. The order of the Court of Appeal is set aside. The order of Cumming J., dated December 23, 1998, is restored.

Appeal allowed with costs.

ce qui était selon lui la vérité lorsqu'il lui était possible de le faire au cours de l'interrogatoire préalable et, de nouveau, lorsqu'il a refusé de témoigner au procès. Bien que la décision *Ladd* ait été fondée sur le troisième volet du critère appliqué dans cette affaire, lequel volet est absent du critère à deux volets de la décision *Scott*, l'application de ce dernier critère à la situation d'un « menteur qui se rétracte » entraîne le même résultat en l'espèce. Un élément de preuve qui n'est pas présumé crédible ne contribuera vraisemblablement pas à modifier l'issue du procès, au sens du premier volet du critère de la décision *Scott*. Telle est la façon dont le juge de première instance a traité la preuve constituée d'un affidavit et j'estime qu'il a eu raison d'agir ainsi. Il ne faut pas oublier non plus que la décision de première instance imputant une responsabilité à M. Landow et à AIM était de nature à inciter M. Landow à tenter d'en faire assumer une partie par M. Kavana pour qu'il participe au paiement des dommages-intérêts accordés. Le juge de première instance avait aussi, dès le départ, pris connaissance du témoignage de M. Kavana qu'il a jugé crédible même après un vigoureux contre-interrogatoire.

Dans la décision *Scott*, la cour précise qu'il ne peut y avoir réouverture d'un procès pour admettre un nouvel élément de preuve que si l'on a satisfait aux deux volets du critère. Étant donné que l'on n'a pas satisfait au premier volet, il n'est pas nécessaire d'examiner s'il aurait été possible en l'espèce d'obtenir l'élément de preuve écarté en faisait preuve de diligence raisonnable. Il suffit de dire que cette question relève elle aussi largement du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance et qu'il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de ce dernier en l'absence d'une erreur de sa part.

V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli avec dépens en faveur des appelants en notre Cour et en Cour d'appel. L'ordonnance de la Cour d'appel est annulée. L'ordonnance du juge Cumming datée du 23 décembre 1998 est rétablie.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellants: Torys, Toronto.

Solicitors for the respondent: Teplitsky, Colson, Toronto.

Procureurs des appelants : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Teplitsky, Colson, Toronto.

Kimberly Van de Perre *Appellant*

v.

Theodore Edwards and Valerie Cooper Edwards *Respondents*

and

African Canadian Legal Clinic, Association of Black Social Workers and Jamaican Canadian Association *Interveners*

INDEXED AS: VAN DE PERRE *v.* EDWARDS

Neutral citation: 2001 SCC 60.

File No.: 27897.

2001: June 14; 2001: September 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Family law — Custody and access — Standard of appellate review — Custody dispute between unmarried Caucasian mother and African-American father over four-year-old child — Mother awarded sole custody at trial — Father and his wife granted custody on appeal — Whether Court of Appeal applied appropriate standard of appellate review — Whether trial judge made material error or ignored relevant evidence — Importance of race in determining custody of child of mixed racial heritage — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 24(1).

Civil procedure — Change of parties — Adding party — Whether Court of Appeal erred in adding father's wife as a party and custodial applicant during appeal hearing — British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, Rule 15(5).

K is a single Caucasian Canadian citizen living in Vancouver. T is an African American and was a professional basketball player. T has been married to V since 1991 and they have twin daughters, born in 1990. K and

Kimberly Van de Perre *Appelante*

c.

Theodore Edwards et Valerie Cooper Edwards *Intimés*

et

African Canadian Legal Clinic, Association of Black Social Workers et Jamaican Canadian Association *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : VAN DE PERRE *c.* EDWARDS

Référence neutre : 2001 CSC 60.

N° du greffe : 27897.

2001 : 14 juin; 2001 : 28 septembre.

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

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

Droit de la famille — Garde et accès — Norme d'examen en appel — Litige entre une mère célibataire de race blanche et le père afro-américain au sujet de la garde d'un enfant de quatre ans — La mère a obtenu la garde exclusive au procès — Le père et sa femme ont obtenu la garde en appel — La Cour d'appel a-t-elle appliqué la norme appropriée d'examen en appel? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur importante ou négligé de prendre en considération des preuves importantes? — Importance de la race dans la décision touchant la garde d'un enfant ayant un patrimoine racial mixte — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 24(1).

Procédure civile — Changement de parties — Jonction d'une partie — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en joignant la femme du père comme partie et corequérante de la garde au cours de l'audition en appel? — British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, règle 15(5).

K est une Canadienne de race blanche, célibataire, vivant à Vancouver. T est un Afro-américain qui était joueur professionnel de basketball. T est marié avec V depuis 1991 et ils ont des filles jumelles, nées en 1990.

T met in the spring of 1996 and commenced a sexual relationship shortly thereafter. Their relationship lasted approximately 18 months. In June 1997, E, the son of K and T, was born. At the end of the 1996-1997 basketball season, T and V returned to North Carolina before the birth of E; however, in September 1997, T returned to Vancouver for the new basketball season and his relationship with K continued. When E was 3 months old, K commenced proceedings against T for custody and child support. The trial judge awarded sole custody to K, four one-week access periods per year being granted to T. T appealed. During the hearing, on the Court of Appeal's invitation, V applied for admission as a party and requested joint custody with her husband. The Court of Appeal granted the application and the joint request for custody; K was to receive generous access.

Held: The appeal should be allowed and the trial decision restored.

The principal determination to be made in cases involving custody is the best interests of the child. In making this determination, the trial judge must consider numerous factors, in particular those stated in the pertinent legislation. The narrow power of appellate review does not allow an appellate court to delve into all custody cases in the name of the best interests of the child where there is no material error. The scope of appellate review does not change because of the type of case on appeal. In this case, the Court of Appeal considered the trial judge's decision and decided that it was within the scope of review to examine all the evidence and determine whether the trial judge weighed the evidence improperly. It is in reconsidering the evidence that the Court of Appeal determined that the trial judge had made manifest errors. When one reconsiders the trial judge's decision in light of the appropriate test for appellate review, it is apparent that there was no basis upon which the Court of Appeal was required to reconsider the evidence.

The first key difficulty the Court of Appeal found in the trial judge's decision related to s. 24(1)(e) of the *Family Relations Act* and the ability of both K and T to exercise the rights and duties of custody. However, the trial judge's reasons indicate that he did consider T's parenting ability. Nor did he "ignore" K's negative attributes. The mere fact that K contested certain access applications is not evidence that she would not follow a court order. Secondly, the Court of Appeal held that the trial judge failed to consider the bonds that exist between E and V, the twins, and their extended family.

K et T se sont rencontrés au printemps 1996 et ont commencé peu après à avoir des rapports sexuels. Leur liaison a duré environ 18 mois. En juin 1997, est né E, le fils de K et de T. À la fin de la saison de basketball 1996-1997, T et V sont rentrés en Caroline du Nord avant la naissance de E; toutefois, en septembre 1997, T est retourné à Vancouver pour la nouvelle saison de basketball et sa liaison avec K s'est poursuivie. E avait 3 mois lorsque K a intenté des procédures contre T pour obtenir la garde et une pension alimentaire pour l'enfant. Le juge de première instance a accordé la garde exclusive à K et quatre périodes d'une semaine d'accès par an à T. T a fait appel. À l'audience et à l'invitation de la Cour d'appel, V a demandé d'être constituée partie à l'instance et a présenté une demande de garde conjointe avec son mari. La Cour d'appel a accueilli la demande et la requête conjointe de garde; K devait avoir des droits de visite généreux.

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

La principale question à apprécier en matière de garde est l'intérêt de l'enfant. Pour définir cet intérêt, le juge de première instance doit prendre en considération plusieurs facteurs, en particulier ceux qui sont énoncés dans la loi applicable. Le pouvoir restreint de révision n'autorise pas une cour d'appel à intervenir au nom de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de garde lorsqu'il n'y a aucune erreur importante. La portée de l'examen en appel ne varie pas selon le type d'affaire. En l'espèce, la Cour d'appel a examiné la décision du juge de première instance et décidé que, dans le cadre de l'examen en appel, il lui revenait d'examiner l'ensemble de la preuve et de déterminer si son appréciation par le juge était inappropriée. C'est en réexaminant la preuve que la Cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait commis des erreurs importantes. L'analyse de la décision du juge de première instance à la lumière du critère applicable à l'examen en appel montre que rien n'exigeait le réexamen de la preuve par la Cour d'appel.

La première difficulté que la Cour d'appel a discernée dans la décision de première instance avait trait à l'al. 24(1)e) de la *Family Relations Act* et à la capacité de K et de T d'exercer les droits et les obligations afférents à la garde. Toutefois, les motifs du juge de première instance indiquent qu'il a pris en considération la compétence parentale de T. Il n'a pas non plus « négligé » les attributs négatifs de K. Le simple fait que K a contesté certaines demandes d'accès ne prouve pas qu'elle ne respecterait pas une ordonnance de la cour. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que le juge de première

In fact, the trial judge discussed the bond between E, V and his sisters. There is no material error in this regard which would open the door to appellate intervention. Thirdly, the Court of Appeal found that the trial judge made findings of credibility but was diverted by the arguments made concerning T's extra-marital affairs and the parties' attitudes towards each other. The trial judge's finding that T and V both blame K for the relationship and believe she is a "gold digger" might be relevant; however, since the parties' attitudes towards and views of each other might impact the emotional well-being of the child and must thus be considered under s. 24(1)(a) of the Act. Moreover, the trial judge did not consider T in isolation from his family. While the negative and positive traits and influences of step-parents must be considered, the objective is to determine the parenting abilities of the specific person who will ultimately receive custody. In this case, it may be said that T's conduct impacts both ss. 24(1)(e) and 24(1)(a), and the trial judge was thus correct in considering it. Finally, it was unclear to the Court of Appeal whether the trial judge considered all s. 24(1) factors or whether he considered the "tender years" doctrine or had a stereotypical view of one or both parties. There is absolutely nothing, however, to give any indication that the trial judge even considered the tender years doctrine. Furthermore, nothing stated by him indicates a bias against Black people in general or Black basketball players in particular.

The question of which parent will best be able to contribute to a healthy racial socialization and overall healthy development of the child is a question of fact to be determined by the courts on a case-by-case basis and weighed by the trial judge with other relevant factors. The weight to be given to all relevant factors is a matter of discretion exercised with regard to the evidence. Racial identity is but one factor that may be considered in determining personal identity; the relevancy of this factor depends on the context. Notwithstanding the role that race may play in custody determinations, the trial judge apparently noted that this issue was not determinative and that, in this case, E would be in a more stable and loving environment if custody was granted to K. He clearly considered the mixed race of E and implied that race may impact s. 24(1)(a) in some cases. By intervening in the consideration of race by the trial judge, the

instance a omis de prendre en considération les liens existant entre E et V, les jumelles et leur famille élargie. En fait, le juge a examiné le lien entre E, V et ses sœurs. À cet égard, les motifs du juge de première instance ne contiennent aucune erreur importante qui puisse donner ouverture à une intervention en appel. Troisièmement, la Cour d'appel a estimé que le juge de première instance a tiré des conclusions sur la crédibilité mais qu'il a été détourné par les arguments concernant les liaisons extra-conjugales de T et l'attitude des parties l'une envers l'autre. La conclusion du juge selon laquelle T et V rejettent tous deux le blâme sur K et estiment tous deux qu'elle est une « aventurière », pourrait être pertinente; toutefois, les attitudes et les opinions réciproques des parties peuvent influer sur le bien-être affectif de l'enfant et doivent donc être prises en considération dans le cadre de l'al. 24(1)a) de la Loi. De plus, le juge n'a pas examiné la situation de T isolément de sa famille. Les traits et les influences négatives et positives des beaux-parents doivent être pris en considération, mais l'objectif est d'évaluer les compétences parentales de la personne précise qui, en dernière analyse, obtiendra la garde. En l'espèce, on peut dire que la conduite de T influe à la fois sur l'al. 24(1)e) et sur l'al. 24(1)a), et que le juge de première instance a donc eu raison de la prendre en considération. Enfin, la Cour d'appel n'était pas certaine que le juge de première instance ait pris en considération tous les facteurs du par. 24(1) ou qu'il ait examiné la doctrine des « enfants en bas âge » ou ait eu une perception stéréotypée de l'une des parties ou des deux. Toutefois, absolument rien n'indique que le juge a même considéré la doctrine des enfants en bas âge. De plus, rien dans ce qu'il a dit ne révèle un préjugé contre les Noirs en général ou les joueurs de basketball noirs en particulier.

La question de savoir quel parent sera le mieux en mesure de contribuer à la saine socialisation raciale et au sain développement global de l'enfant est une question de fait, qu'il appartient aux tribunaux de trancher cas par cas, et au juge de première instance d'apprécier avec tous les autres facteurs. Le poids à donner à tous les facteurs pertinents est matière discrétionnaire, discrétion qui doit s'exercer en fonction de la preuve. L'identité raciale n'est qu'un des facteurs pouvant être considérés dans la détermination de l'identité personnelle; la pertinence de ce facteur dépend du contexte. Nonobstant le rôle que peut jouer la race en matière de garde, le juge de première instance a apparemment indiqué que cette question n'était pas déterminante et qu'en l'occurrence E serait dans un environnement plus stable et affectueux si la garde était confiée à K. À l'évidence, il a pris en considération la double origine raciale

Court of Appeal failed to apply the correct standard of review. In this case, there was absolutely no evidence adduced which indicates that race was an important consideration. Without evidence, it is not possible for any court, and certainly not the Court of Appeal, to make a decision based on the importance of race.

Adding a party on the initiative of the Court of Appeal is unfair to other parties and does not fall within the court's supervisory role. Moreover, even if the Court of Appeal had been correct in finding that the trial judge should have added V by reason of the court's *parens patriae* jurisdiction, it still exceeded its jurisdiction in finding that the trial judge would have awarded custody to T and V jointly had he not made the supposed error.

Cases Cited

Referred to: *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518; *L. (A.) v. K. (D.)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. vi; *Tyabji v. Sandana* (1994), 2 R.F.L. (4th) 265; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *H. (D.) v. M. (H.)*, [1997] B.C.J. No. 2144 (QL), rev'd (1998), 156 D.L.R. (4th) 548, rev'd [1999] 1 S.C.R. 328; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *J.R. v. D.W.*, [1992] B.C.J. No. 1610 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Adoption Act, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 3.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 15, 24(1), (1.1) [ad. 1998, c. 28, s. 1], (3), (4), 35(1.1) [*idem*, s. 2].
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 129(2).
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, Rule 15(5) [am. B.C. Reg. 95/96, s. 4].

Authors Cited

McRoy, Ruth G., and Christine C. Iijima Hall. "Transracial Adoptions: In Whose Best Interest?" in Maria P. P. Root, ed., *The Multiracial Experience*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, 1996, 63.

de E et a laissé entendre que la race pouvait influer sur l'al. 24(1)a) dans certains cas. En intervenant dans l'examen par le juge de première instance de la question de l'origine raciale, la Cour d'appel n'a pas appliqué la norme appropriée de contrôle. En l'espèce, rien en preuve n'indiquait que la race était une considération importante. Faute de preuve, il est impossible pour tout tribunal, et certainement pour la Cour d'appel, de rendre une décision fondée sur l'importance de la race.

Prendre l'initiative de joindre une partie est inéquitable pour les autres parties et n'entre pas dans le rôle de surveillance de la Cour d'appel. De plus, même si la Cour d'appel avait eu raison de conclure que le juge de première instance aurait dû joindre V comme partie en raison de sa compétence *parens patriae*, elle a encore excédé sa compétence en concluant qu'il aurait accordé la garde à T et à V conjointement s'il n'avait pas commis l'erreur supposée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518; *L. (A.) c. K. (D.)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. vi; *Tyabji c. Sandana* (1994), 2 R.F.L. (4th) 265; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *H. (D.) c. M. (H.)*, [1997] B.C.J. No. 2144 (QL), inf. par (1998), 156 D.L.R. (4th) 548, inf. par [1999] 1 R.C.S. 328; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *J.R. c. D.W.*, [1992] B.C.J. No. 1610 (QL).

Lois et règlements cités

Adoption Act, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 3.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 15, 24(1), (1.1) [aj. 1998, ch. 28, art. 1], (3), (4), 35(1.1) [*idem*, art. 2].
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 129(2).
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, art. 15(5) [mod. B.C. Reg. 95/96, art. 4].

Doctrine citée

McRoy, Ruth G., and Christine C. Iijima Hall. « Transracial Adoptions: In Whose Best Interest? » in Maria P. P. Root, ed., *The Multiracial Experience*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, 1996, 63.

Perry, Twila L. "The Transactional Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination" (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33.

Pollack, Gayle. "The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children" (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 74 B.C.L.R. (3d) 122, 136 B.C.A.C. 21, 222 W.A.C. 21, 184 D.L.R. (4th) 486, 4 R.F.L. (5th) 436, [2000] B.C.J. No. 491 (QL), 2000 BCCA 167, allowing the respondents' appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1999] B.C.J. No. 434 (QL). Appeal allowed.

Steven N. Mansfield and *Kenneth B. Oliver*, for the appellant.

F. Ean Maxwell, Q.C., and *Barbara E. Bulmer*, for the respondents.

Sheena Scott and *Marie Chen*, for the interveners the African Canadian Legal Clinic, the Association of Black Social Workers, and the Jamaican Canadian Association.

The judgment of the Court was delivered by

1 BASTARACHE J. — The appellant is a single Caucasian Canadian citizen living in Vancouver. At the time of trial, she was 24 years of age. She did not finish high school and has a spotty work record. Her upbringing was not ideal due to her parents' divorce and her mother's history of illness and drug use. Presently, however, she has a good relationship with both her mother and her father. She was actively involved in the professional basketball scene in Vancouver; this is how she came to know the respondent, Mr. Edwards.

2 Mr. Edwards is an African American. At the time of trial, he was 34 years of age and living in Vancouver. He was a professional basketball player and, since 1989, was a member of numerous

Perry, Twila L. « The Transactional Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination » (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33.

Pollack, Gayle. « The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children » (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 74 B.C.L.R. (3d) 122, 136 B.C.A.C. 21, 222 W.A.C. 21,184 D.L.R. (4th) 486, 4 R.F.L. (5th) 436, [2000] B.C.J. No. 491 (QL), 2000 BCCA 167, qui a accueilli l'appel des intimés contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] B.C.J. No. 434 (QL). Pourvoi accueilli.

Steven N. Mansfield et *Kenneth B. Oliver*, pour l'appelante.

F. Ean Maxwell, c.r., et *Barbara E. Bulmer*, pour les intimés.

Sheena Scott et *Marie Chen*, pour les intervenantes African Canadian Legal Clinic, Association of Black Social Workers et Jamaican Canadian Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — L'appelante est une Canadienne de race blanche, célibataire, vivant à Vancouver. Au moment du procès, elle avait 24 ans. Elle n'a pas terminé l'école secondaire et son dossier d'emploi est lacunaire. Elle n'a pas grandi dans des conditions idéales; ses parents avaient divorcé et sa mère était maladive et toxicomane. À l'heure actuelle, toutefois, elle entretient une bonne relation avec sa mère et son père. Elle était impliquée dans les activités en marge du basketball professionnel à Vancouver; c'est ainsi qu'elle a fait la connaissance de l'intimé, M. Edwards.

Monsieur Edwards est Afro-Américain. Au moment du procès, il avait 34 ans et habitait Vancouver. Il était joueur professionnel de basketball et, depuis 1989, il avait fait partie de plusieurs

National Basketball Association (NBA) teams. At the time of trial and during his relationship with the appellant, Mr. Edwards was a member of the Vancouver Grizzlies NBA team and had been since 1995. Mr. Edwards has been married to the respondent Mrs. Edwards since 1991, one and a half years after the birth of their twin daughters in 1990. Although both had attended university, neither finished their university degrees. During his professional basketball career, Mr. Edwards has played for teams located in several North American cities. While the Edwards' home base is in North Carolina, the family is in the practice of moving with Mr. Edwards at the end of each trade. At the time of trial, the entire family was living in Richmond, British Columbia.

équipes de la National Basketball Association (NBA). Au moment du procès et pendant sa liaison avec l'appelante, M. Edwards était dans l'équipe des Grizzlies de Vancouver, une équipe de la NBA, et ce depuis 1995. Monsieur Edwards est marié avec l'intimée Mme Edwards depuis 1991, soit un an et demi après la naissance de leurs filles jumelles en 1990. Ils ont tous deux fréquenté l'université, mais ni l'un ni l'autre n'a terminé ses études. Pendant sa carrière de professionnel du basketball, M. Edwards a joué dans des équipes de plusieurs villes d'Amérique du Nord. Le port d'attache des Edwards est la Caroline du Nord mais la famille déménage habituellement avec M. Edwards à la fin de chaque échange. Au moment du procès, toute la famille vivait à Richmond, en Colombie-Britannique.

The appellant and the respondent Mr. Edwards met in the spring of 1996 and commenced a sexual relationship shortly thereafter. Their relationship lasted approximately 18 months. On June 3, 1997, Elijah Theodore Van de Perre was born. He is the son of the appellant and Mr. Edwards. Although disputed by the parties, it is clear from Mrs. Edwards' testimony that she learned of Mr. Edwards' extramarital affair with the appellant in December 1996 by accident, just as she did with at least two other affairs. Notwithstanding the circumstances, the respondents have remained married. Mrs. Edwards is a stay-at-home mother. 3

L'appelante et l'intimé M. Edwards se sont rencontrés au printemps 1996 et ont commencé peu après à avoir des rapports sexuels. Leur liaison a duré environ 18 mois. Le 3 juin 1997 est né Elijah Theodore Van de Perre, fils de l'appelante et de M. Edwards. Bien que le fait soit contesté, il ressort du témoignage de Mme Edwards qu'elle a appris la liaison de M. Edwards avec l'appelante en décembre 1996, par accident, comme pour au moins deux autres de ses liaisons. Malgré les circonstances, les intimés sont restés mariés. Madame Edwards est une mère au foyer.

At the end of the 1996-1997 basketball season, the respondents returned to North Carolina. This was before the birth of Elijah; however, in September 1997, Mr. Edwards returned to Vancouver for the new basketball season and his relationship with the appellant continued. Mrs. Edwards and the twins had planned to stay in North Carolina, but after a telephone call with Mr. Edwards wherein she learned he had continued to have relations with the appellant, she decided to return to Vancouver. 4

À la fin de la saison de basketball 1996-1997, les intimés sont rentrés en Caroline du Nord. C'était avant la naissance d'Elijah; toutefois, en septembre 1997, Edwards est retourné à Vancouver pour la nouvelle saison de basketball et sa liaison avec l'appelante s'est poursuivie. Madame Edwards et les jumelles avaient prévu de rester en Caroline du Nord, mais après avoir appris lors d'une conservation téléphonique avec M. Edwards qu'il continuait sa liaison avec l'appelante, elle a décidé de revenir à Vancouver.

When Elijah was 3 months old, the appellant commenced proceedings against Mr. Edwards for 5

Elijah avait 3 mois lorsque l'appelante a intenté des procédures contre M. Edwards pour obtenir la

custody and child support. Mr. Edwards initially sought joint custody and liberal access, but later amended his pleadings to seek sole custody. The trial lasted 26 days, from October 1998 to January 1999. The trial judge's decision was released on February 25, 1999: [1999] B.C.J. No. 434 (QL). Warren J. awarded sole custody to the appellant. The order granted Mr. Edwards access to Elijah for four one-week periods quarterly during the calendar year. The order also entitled Mr. Edwards to share the Christmas holidays and Elijah's birthday and, when in Vancouver, to exercise access upon short notice and for periods of no more than 48 hours.

garde et une pension alimentaire pour l'enfant. Monsieur Edwards a d'abord demandé la garde conjointe et des droits de visite généreux, mais il a par la suite modifié les actes de procédure pour demander la garde exclusive. Le procès a duré 26 jours, d'octobre 1998 à janvier 1999. Dans son jugement rendu le 25 février 1999, [1999] B.C.J. No. 434 (QL), le juge Warren a accordé la garde exclusive à l'appelante. L'ordonnance donnait à M. Edwards accès à Elijah pendant quatre périodes d'une semaine par an et l'autorisait aussi à partager les vacances de Noël et l'anniversaire de l'enfant. En outre, lorsqu'il était à Vancouver, il pouvait exercer ses droits de visite avec un court préavis, pour des périodes de 48 heures au plus.

6 Mr. Edwards became a free agent in June 1998 and was then without a contract. After the trial, the family moved to Miami where Mr. Edwards obtained a one-year contract with the city's NBA team. Subsequently, Mr. Edwards signed to play basketball with the European league and moved to Athens, Greece. His wife and daughters returned to North Carolina.

Devenu agent libre en juin 1998, M. Edwards était alors sans contrat. Après le procès, la famille s'est installée à Miami, où M. Edwards a obtenu un contrat d'un an avec l'équipe NBA de la ville. Par la suite, il a signé un contrat avec la ligue européenne et il a déménagé à Athènes, en Grèce. Sa femme et ses filles sont retournées en Caroline du Nord.

7 Mr. Edwards appealed the trial decision. During the hearing, on the invitation of the Court of Appeal, Mrs. Edwards applied for admission as a party and requested joint custody with her husband. The application and joint request for custody were granted. The court did not state any access provisions except to say that the appellant was to receive generous access: (2000), 184 D.L.R. (4th) 486, 2000 BCCA 167. The decision of the Court of Appeal was stayed pending the appellant's application for leave to this Court.

Monsieur Edwards a interjeté appel de la décision de première instance. Au cours de l'audience, Mme Edwards, à l'invitation de la Cour d'appel, a demandé d'être constituée partie à l'instance et a présenté une demande de garde conjointe avec son mari. Les deux demandes ont été accueillies. La cour n'a pas fixé les droits de visite de l'appelante, disant seulement qu'ils devaient être généreux : (2000), 184 D.L.R. (4th) 486, 2000 BCCA 167. Il a été sursis à la décision de la Cour d'appel quand l'appelante a présenté une demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour.

8 The key issue here is the applicable standard of review to be followed by appellate courts in family law cases involving custody. In the present case, other issues include a determination of whether the Court of Appeal erred in finding that the trial judge erred in his consideration, or lack thereof, of the child's mixed racial heritage, and whether the

La question clé en l'espèce est la norme de contrôle que doivent appliquer les cours d'appel dans les affaires de droit familial concernant la garde d'enfants. D'autres questions se posent également : La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que le juge de première instance avait fait erreur dans sa considération, ou absence de considération, du patri-

Court of Appeal erred in adding Mrs. Edwards as a party.

I. The Applicable Standard of Review for Appellate Courts in Custody Cases

The principal determination to be made in cases involving custody is the best interests of the child. In making this determination, as noted by Warren J., the trial judge must consider numerous factors, in particular those stated in the pertinent legislation, which in this case is the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 ("Act"). Section 24(1) of the Act states:

24 (1) When making, varying or rescinding an order under this Part, a court must give paramount consideration to the best interests of the child and, in assessing those interests, must consider the following factors and give emphasis to each factor according to the child's needs and circumstances:

(a) the health and emotional well being of the child including any special needs for care and treatment;

(b) if appropriate, the views of the child;

(c) the love, affection and similar ties that exist between the child and other persons;

(d) education and training for the child;

(e) the capacity of each person to whom guardianship, custody or access rights and duties may be granted to exercise those rights and duties adequately.

In addition to these factors, the Act authorizes the trial judge to consider the conduct of the parents, but only in so far as it impacts one of the aforementioned factors. Sections 24(3) and (4) state:

(3) If the conduct of a person does not substantially affect a factor set out in subsection (1) or (2), the court must not consider that conduct in a proceeding respecting an order under this Part.

(4) If under subsection (3) the conduct of a person may be considered by a court, the court must consider

moine racial mixte de l'enfant? A-t-elle eu tort de constituer Mme Edwards partie à l'instance?

I. La norme de contrôle applicable par les cours d'appel en matière de garde

La principale question à apprécier en matière de garde est l'intérêt de l'enfant. Pour définir cet intérêt, le juge qui préside l'instance doit, comme l'a souligné le juge Warren, prendre en considération plusieurs facteurs, en particulier ceux qui sont énoncés dans la loi applicable, en l'occurrence la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128 (« la Loi »), dont le par. 24(1) dispose : 9

[TRADUCTION]

24 (1) Lorsqu'il rend, modifie ou annule une ordonnance en application de la présente partie, le tribunal doit accorder une importance prépondérante à l'intérêt de l'enfant, qu'il apprécie en prenant en considération les facteurs suivants, en fonction des besoins de l'enfant et de sa situation :

a) la santé et le bien-être affectif de l'enfant, y compris tout besoin spécial quant aux soins ou au traitement;

b) le point de vue de l'enfant lorsqu'il y a lieu;

c) l'amour, l'affection et autres liens semblables qui existent entre l'enfant et d'autres personnes;

d) l'éducation et la formation de l'enfant;

e) la capacité de chaque personne à qui les droits et devoirs de tutelle, de garde ou de visite sont confiés à s'acquitter convenablement de ces droits et devoirs.

Outre ces facteurs, la Loi autorise le juge à prendre en considération la conduite des parents, mais uniquement dans la mesure où elle influe sur l'un des facteurs susmentionnés. Les paragraphes 24(3) et (4) disposent :

[TRADUCTION]

(3) Dans les procédures engagées en application de la présente partie, le tribunal ne peut pas prendre en considération la conduite d'une personne si cette conduite n'influe pas de façon importante sur l'un des facteurs énumérés aux paragraphes (1) ou (2).

(4) Dans le cas où il peut prendre en considération la conduite d'une personne suivant le paragraphe (3),

the conduct only to the extent that the conduct affects a factor set out in subsection (1) or (2).

10 In preparing reasons in custody cases, a trial judge is expected to consider each of these factors in light of the evidence adduced at trial; however, this is not to say that he or she is obligated to discuss every piece of evidence in detail, or at all, when explaining his or her reasons for awarding custody to one person over another. This would indeed be an unreasonable requirement at the end of a 26-day trial. Because of this, trial judges might sometimes appear to stress one factor over another and, in fact, it may be said that this is inevitable in custody cases which are heavily dependant on the particular factual circumstances at issue. This situation does not open the door to a redetermination of the facts by the Court of Appeal.

11 In reviewing the decisions of trial judges in all cases, including family law cases involving custody, it is important that the appellate court remind itself of the narrow scope of appellate review. L'Heureux-Dubé J. stated in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, at paras. 10 and 12:

[Trial judges] must balance the objectives and factors set out in the *Divorce Act* or in provincial support statutes with an appreciation of the particular facts of the case. It is a difficult but important determination, which is critical to the lives of the parties and to their children. Because of its fact-based and discretionary nature, trial judges must be given considerable deference by appellate courts when such decisions are reviewed.

. . .

There are strong reasons for the significant deference that must be given to trial judges in relation to support orders. This standard of appellate review recognizes that the discretion involved in making a support order is best exercised by the judge who has heard the parties directly. It avoids giving parties an incentive to appeal judgments and incur added expenses in the hope that the appeal court will have a different appreciation of the relevant factors and evidence. This approach promotes finality in family law litigation and recognizes the

le tribunal ne prend cette conduite en considération que dans la mesure où elle influe sur un facteur énuméré aux paragraphes (1) ou (2).

Lorsqu'il élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, le juge est censé prendre en considération chacun de ces facteurs à la lumière de la preuve soumise; cependant, cela ne signifie pas qu'il est tenu d'analyser chaque élément de preuve ou d'analyser chacun en détail lorsqu'il explique les raisons d'accorder la garde à une personne plutôt qu'à une autre. Une telle exigence serait à vrai dire déraisonnable après un procès de 26 jours. C'est pourquoi les juges peuvent parfois sembler privilégier un facteur parmi d'autres et, en fait, cela paraît inévitable dans les affaires de garde car elles dépendent fortement des circonstances factuelles particulières. Cette situation n'ouvre pas la voie à une nouvelle appréciation des faits par la Cour d'appel.

Lorsqu'une cour d'appel examine une décision de première instance, dans tous les domaines, y compris dans les affaires familiales relatives à la garde, il importe qu'elle ne perde pas de vue la portée restreinte du mécanisme de révision. Le juge L'Heureux-Dubé dit ceci dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, par. 10 et 12 :

[Les juges de première instance] doivent, dans l'appréciation des faits, soupeser les objectifs et les facteurs énoncés dans la *Loi sur le divorce* ou dans les lois provinciales relatives aux ordonnances alimentaires. Il s'agit d'une décision difficile mais importante, qui peut s'avérer cruciale dans la vie des ex-époux et de leurs enfants. Vu sa nature factuelle et discrétionnaire, la décision du juge de première instance doit faire l'objet d'une grande déférence par la cour d'appel appelée à réviser une telle décision.

. . .

Il existe des raisons sérieuses de faire preuve d'une grande retenue envers les décisions rendues par les juges de première instance en matière d'aliments. Cette norme d'examen en appel reconnaît que le juge qui a entendu les parties est le mieux placé pour exercer le pouvoir discrétionnaire qu'implique le prononcé d'une ordonnance alimentaire. On dissuade ainsi les parties d'interjeter appel du jugement et d'engager des frais supplémentaires dans l'espoir que la cour d'appel appréciera différemment les facteurs pertinents et la preuve. Cette

importance of the appreciation of the facts by the trial judge. Though an appeal court must intervene when there is a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error in law, it is not entitled to overturn a support order simply because it would have made a different decision or balanced the factors differently. [Emphasis added.]

Hickey involved the appellate review of support orders, but the principles related to appellate review discussed therein are equally applicable to orders concerning child custody. This is where the British Columbia Court of Appeal fell into error. Although Newbury J.A. cited *Hickey* and discussed the narrow scope of review, at para. 6, she stated:

As L'Heureux-Dubé J. observed in *Hickey*, there are strong reasons for this deferential standard in family law cases: most importantly, it promotes finality in family law litigation and recognizes the importance of the appreciation of the facts by the trial judge. Still, the interests of the child, being paramount, must prevail over those of the parties and of society in finality, and appellate courts must do more than "rubber-stamp" trial judgments unless serious errors appear on their face. Otherwise, the possibility for clear injustice exists. As indicated by the passages quoted above, a trial court's ignoring of relevant evidence, or the drawing of incorrect conclusions from the evidence, may also require appellate interference. [Emphasis added.]

This statement seems to imply that *Hickey* and the basic principles of appellate review are not fully applicable to child custody cases. The approach of the Court of Appeal is wrong. The narrow power of appellate review does not allow an appellate court to delve into all custody cases in the name of the best interests of the child where there is no material error as decided in *Hickey*. The Court of Appeal is not in a position to determine what it considers to be the correct conclusions from the evidence. This is the role of the trial judge. The Court of Appeal's reasoning in this case is reaf-

approche est de nature à promouvoir la finalité des affaires en matière familiale et reconnaît l'importance de l'appréciation des faits par le juge de première instance. Bien qu'une cour d'appel doive intervenir lorsqu'elle relève une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit, il ne lui est pas permis d'infirmer une ordonnance alimentaire pour le seul motif qu'elle aurait rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment. [Je souligne.]

Il s'agissait, dans *Hickey*, d'ordonnances alimentaires, mais les principes de l'examen en appel qui y sont examinés s'appliquent également aux ordonnances de garde d'enfants. C'est sur ce point que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait erreur. Bien qu'elle cite l'arrêt *Hickey* et souligne la portée étroite de la révision, le juge Newbury déclare ceci, au par. 6 : 12

[TRADUCTION] Comme le juge L'Heureux-Dubé le fait observer dans *Hickey*, des raisons sérieuses expliquent le recours à une norme rigoureuse de retenue en matière familiale : avant tout, cette retenue est de nature à promouvoir la résolution définitive des litiges de droit familial et reconnaît l'importance de l'appréciation des faits par le juge de première instance. Il n'en demeure pas moins que les intérêts de l'enfant sont primordiaux et doivent prévaloir sur les intérêts que peuvent avoir les parties et la société dans la résolution définitive des litiges, et les tribunaux d'appel doivent faire davantage que simplement entériner les jugements de première instance à moins d'erreurs graves manifestes. Sinon, il y a risque évident d'injustice. Comme l'indiquent les passages précités, le fait que le tribunal de première instance n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents, ou a tiré des conclusions erronées de la preuve, peut aussi requérir l'intervention de la cour d'appel. [Je souligne.]

Cet énoncé semble vouloir dire que l'arrêt *Hickey* et les principes fondamentaux de l'examen en appel ne sont pas pleinement applicables en matière de garde d'enfants. L'approche de la Cour d'appel est erronée. L'arrêt *Hickey* décide que le pouvoir restreint de révision n'autorise pas une cour d'appel à intervenir au nom de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de garde, lorsqu'il n'y a aucune erreur importante. La Cour d'appel n'est pas en mesure de déterminer ce qu'elle estime être les conclusions justes qui se dégagent de la preuve. C'est le rôle du juge de première instance. Le rai-

firmed in the more recent British Columbia Court of Appeal decision in *L. (A.) v. K. (D.)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455. In her concurring decision, Newbury J.A. writes, at para. 23:

> With respect, I must say that where the custody of a child is concerned, statements of the applicable "standard of review", most of which are imported from cases involving civil damages, seem to me ill-suited. To have a child's future depend on whether an error of law has been shown in a trial judgment, or on whether the trial judge has committed a "palpable and overriding" error in fact-finding, instead of simply being wrong, seems contrary to the principle, which has been stated over and over again by Canadian courts, that the best interests of the child is the primary consideration. I have always understood that this was applicable to appellate as well as to trial courts. At the same time, there is no doubt that in cases such as this, where each "side" has much to offer the child, the trial judge has a great advantage in being able to see all the parties over the period of trial and to make the subtle judgment-calls necessary in determining the child's best interests. [Emphasis added.]

13 As I have stated, the Court of Appeal was incorrect to imply that *Hickey*, *supra*, and the narrow scope of appellate review it advocates are not applicable to custodial determinations where the best interests of the child come into play. Its reasoning cannot be accepted. First, finality is not merely a social interest; rather, it is particularly important for the parties and children involved in custodial disputes. A child should not be unsure of his or her home for four years, as in this case. Finality is a significant consideration in child custody cases, maybe more so than in support cases, and reinforces deference to the trial judge's decision. Second, an appellate court may only intervene in the decision of a trial judge if he or she erred in law or made a material error in the appreciation of the facts. Custody and access decisions are inherently exercises in discretion. Case-by-case consideration of the unique circumstances of each child is the hallmark of the process. This discretion vested in the trial judge enables a balanced evaluation of the best interests of the child and permits

sonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce est repris plus récemment dans un autre de ses arrêts, *L. (A.) c. K. (D.)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455. Dans des motifs concordants, le juge Newbury écrit ceci au par. 23 :

> [TRADUCTION] Avec égards, je dois dire que s'agissant de la garde d'enfants, la formulation de la « norme de contrôle » applicable, tirée le plus souvent d'affaires civiles en dommages-intérêts, m'apparaît mal adaptée. Faire dépendre l'avenir d'un enfant de la preuve que le jugement de première instance comporte une erreur de droit, ou que le juge a commis une « erreur manifeste et dominante » dans son appréciation des faits, plutôt que d'avoir simplement fait erreur, semble contraire au principe, maintes et maintes fois réitéré par les tribunaux canadiens, que l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale. J'ai toujours pensé que ce principe vaut autant pour les cours d'appel que pour les cours de première instance. Par ailleurs, dans des affaires comme la présente, où chaque « côté » a beaucoup à offrir à l'enfant, le juge de première instance a incontestablement le grand avantage de pouvoir observer les parties pendant le procès et de porter les subtils jugements que nécessite l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. [Je souligne.]

Je le répète, c'est à tort que la Cour d'appel laisse entendre que *Hickey*, précité, et l'examen restreint en appel qu'il préconise ne s'appliquent pas aux décisions en matière de garde mettant en jeu l'intérêt de l'enfant. Son raisonnement ne peut être accepté. Premièrement, la résolution définitive des litiges n'est pas uniquement un intérêt social; elle est aussi extrêmement importante pour les parties et les enfants en cause dans un litige sur les droits de garde. Un enfant ne devrait pas, comme en l'espèce, rester dans l'incertitude quant à son foyer pendant quatre ans. La résolution définitive des litiges est, en matière de garde d'enfants, une considération peut-être encore plus importante qu'en matière d'obligation alimentaire, et renforce l'obligation de retenue envers la décision de première instance. Deuxièmement, une cour d'appel ne peut intervenir dans la décision du juge de première instance que s'il a fait une erreur de droit ou une erreur importante dans l'appréciation des faits. Les décisions en matière de garde et d'accès sont intrinsèquement discrétionnaires. Elles se caracté-

courts to respond to the spectrum of factors which can both positively and negatively affect a child.

risent par l'examen cas par cas de la situation propre à chaque enfant. Grâce à ce pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance peut procéder à une appréciation pondérée de l'intérêt de l'enfant et prendre en considération l'éventail des facteurs positifs et négatifs pouvant le toucher.

It is clear from this case that it is necessary for this Court to state explicitly that the scope of appellate review does not change because of the type of case on appeal. The Court of Appeal discussed, and the respondents relied heavily on, the decision of McLachlin J. (as she then was) in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27. In that case, the Court found that the trial judge had only mentioned one factor to be considered in determining the best interests of the child. As noted by McLachlin J., there was no way of knowing if the trial judge had considered the other applicable factors. Further, the Court noted that the trial judge had stated that he was relying heavily upon the findings of another judge. As a result, McLachlin J. stated, at para. 52: ". . . one may equally infer that the necessary fresh inquiry was not fully undertaken. . . . [I]t seems clear that the trial judge failed to give sufficient weight to all relevant considerations . . . and it is therefore appropriate for this Court to review the decision and, should it find the conclusion unsupported on the evidence, vary the order accordingly". Rather than indicating that appellate review differs when a court must consider the best interests of the child, *Gordon* is consistent with the narrow scope of appellate review discussed later in *Hickey*, *supra*. The case does not suggest that appellate review is appropriate whenever a trial judge has failed to mention a relevant factor or to discuss a relevant factor in depth.

14 La présente affaire fait clairement ressortir la nécessité pour notre Cour d'énoncer explicitement que la portée de l'examen en appel ne varie pas selon le type d'affaire. La Cour d'appel a analysé le jugement du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, sur lequel les intimés se sont fortement appuyés. Notre Cour a conclu dans cet arrêt que le juge de première instance avait mentionné un seul facteur à considérer pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Comme le soulignait le juge McLachlin, il n'y avait aucune façon de savoir si le juge de première instance avait aussi examiné les autres facteurs applicables. De plus, la Cour a noté que le juge de première instance disait s'être inspiré fortement de constatations d'un autre juge. Ceci a fait dire au juge McLachlin : « . . . on pourrait tout aussi bien inférer qu'il n'a pas effectué de façon exhaustive la nouvelle analyse requise. [. . .] [I]l semble évident que le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes [. . .] de sorte qu'il convient que notre Cour révise la décision et, si elle conclut que la preuve n'appuie pas la conclusion, qu'elle modifie l'ordonnance en conséquence » (par. 52). L'arrêt *Gordon* n'indique pas que l'examen en appel diffère lorsqu'il s'agit d'apprécier l'intérêt de l'enfant et cet arrêt est compatible avec la portée restreinte de l'examen dont il est question ultérieurement dans l'arrêt *Hickey*, précité. Cet arrêt n'indique pas que la révision en appel est appropriée dès lors qu'un juge de première instance omet de mentionner ou d'analyser en profondeur un facteur pertinent.

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appel-

15 Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey*, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment appré-

late court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. As stated in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (B.C.C.A.), leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. vi, an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion. Without this reasoned belief, the appellate court cannot reconsider the evidence.

cié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve.

16 In the present case, the Court of Appeal considered the decision of the trial judge and decided that it was within the scope of review to examine all the evidence and determine whether the trial judge weighed the evidence improperly. It is in reconsidering the evidence that the Court of Appeal determined that the trial judge had made material errors. As discussed above, this is not the proper method of appellate review. If the Court of Appeal had followed the appropriate method, it would not have reconsidered the evidence and found what it described as material errors in Warren J.'s decision. There was no scope for appellate intervention in this case. This can be illustrated by a review of the key difficulties that the Court of Appeal found in the trial decision. These difficulties can be divided into (i) concerns related to s. 24(1)(e) of the Act, (ii) the failure of the trial judge to consider the bonds that exist between Elijah and his paternal family (s. 24(1)(c)), (iii) an emphasis on the attitudes of the parties towards each other and Mr. Edwards' extra-marital affairs, and (iv) the concern that the trial judge based his decision on stereotypical views including the tender years doctrine.

En l'espèce, la Cour d'appel a examiné la décision du juge de première instance et décidé que, dans le cadre de l'examen en appel, il lui revenait d'examiner l'ensemble de la preuve et de déterminer si son appréciation par le juge était inappropriée. C'est en réexaminant la preuve que la Cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait commis des erreurs importantes. Comme je l'ai dit précédemment, ce n'est pas la bonne façon de procéder à l'examen en appel. Si la Cour d'appel avait appliqué la bonne méthode, elle n'aurait pas réexaminé la preuve et n'aurait pas trouvé ce qu'elle décrit comme des erreurs importantes dans la décision du juge Warren. Il n'y avait pas lieu à l'intervention de la Cour d'appel en l'espèce, comme en témoigne l'examen des principales difficultés que la Cour d'appel a discernées dans la décision de première instance. Ces difficultés sont de plusieurs ordres : (i) des préoccupations relatives à l'al. 24(1)e) de la Loi; (ii) l'omission du juge de prendre en considération les liens existant entre Elijah et sa famille paternelle (al. 24(1)c)); (iii) l'importance accordée à l'attitude des parties l'une envers l'autre et aux liaisons extra-conjugales de M. Edwards; et (iv) la crainte que le juge ait fondé sa décision sur des conceptions stéréotypées, telle la doctrine relative aux enfants en bas âge.

A. *Concerns Related to Section 24(1)(e) of the Act*

The Court of Appeal found that Warren J. focussed on the negative attributes of Mr. Edwards while ignoring those of Ms. Van de Perre. In addition, it found that he did not properly consider the parenting ability of each biological parent. The Court of Appeal held that the trial judge ignored the appellant's troubling family background which, it stated, would impact her ability to raise a child, and found that Warren J. erred in finding that the appellant's mother provided "some" childcare when, in fact, the appellant relied heavily on her mother. Finally, the Court of Appeal held that, based on the number of court orders related to access, the appellant might thwart access in the future. In essence, the concerns raised by the Court of Appeal relate to s. 24(1)(e) of the Act: the ability of Ms. Van de Perre and Mr. Edwards to exercise the rights and duties of custody.

Dealing first with the parenting ability of Mr. Edwards, the reasons of the trial judge indicate that he did consider this factor. Warren J. mentioned that he was a good father to his twin daughters; however, he left the day-to-day childcare with his wife. There appears to have been very little additional evidence concerning Mr. Edwards' parenting abilities. As noted by the trial judge, the respondent focussed on the negative attributes of the appellant and her social life, as well as her perceived interference with access, rather than his actual parenting ability. This was acknowledged by the Court of Appeal, which noted that the respondents' counsel focussed primarily on the negative attributes of the appellant. The Court of Appeal also quoted portions of Dr. Korpach's psychological evaluation, which was completed pursuant to s. 15 of the Act. It is noteworthy that there are several concerns regarding the parenting ability of Mr. Edwards stated therein that were not mentioned by the trial judge; for instance, the psychologist's report states that Mr. Edwards spanks his twin daughters and that it will be difficult for him to learn day-to-day childcare requirements. The

A. *Préoccupations relatives à l'al. 24(1)e) de la Loi*

La Cour d'appel estime que le juge Warren s'est attaché aux attributs négatifs de M. Edwards tout en négligeant ceux de Mme Van de Perre. De plus, elle estime qu'il n'a pas correctement pris en considération les aptitudes parentales de chacun des parents biologiques. La Cour d'appel conclut que le juge a négligé de tenir compte du bagage familial trouble de l'appelante, qui, selon elle, influerait sur sa capacité d'élever un enfant, et qu'il a conclu à tort que la mère de l'appelante prodiguait « certains » soins à l'enfant, alors qu'en réalité l'appelante s'appuyait fortement sur sa mère. Enfin, la Cour d'appel a statué que, vu le nombre d'ordonnances déjà rendues sur les droits de visite, l'appelante pourrait entraver l'accès dans l'avenir. Pour l'essentiel, les préoccupations soulevées par la Cour d'appel se rattachent à l'al. 24(1)e) de la Loi : la capacité de Mme Van de Perre et de M. Edwards d'exercer les droits et les obligations afférents à la garde. 17

S'agissant d'abord des compétences parentales de M. Edwards, les motifs du juge de première instance indiquent qu'il a bel et bien pris ce facteur en considération. Le juge Warren dit qu'il est un bon père pour ses filles jumelles; toutefois, il en laisse le soin quotidien à sa femme. La preuve touchant les compétences parentales de M. Edwards paraît se limiter à cela. Comme le souligne le juge, l'intimé a mis l'accent sur les aspects négatifs de l'appelante et de sa vie sociale, ainsi que sur l'impression qu'elle faisait obstacle aux droits de visite, plutôt que sur ses propres compétences véritables comme père. La Cour d'appel le reconnaît d'ailleurs en soulignant que l'avocat de l'intimé insistait surtout sur les attributs négatifs de l'appelante. La Cour d'appel a également cité des extraits de l'évaluation psychologique faite par le Dr Korpach, conformément à l'art. 15 de la Loi. Il convient de noter que plusieurs préoccupations touchant les compétences parentales de l'intimé, qui y sont exprimées, n'ont pas été reprises par le juge : par exemple, le rapport du psychologue indique que l'intimé donne la fessée à ses filles jumelles et qu'il lui sera difficile d'apprendre à s'occuper des 18

Court of Appeal attempts to infer positive evidence of Mr. Edwards' parenting abilities from his success in basketball and his community activities. It can however hardly be said that the failure of the trial judge to discuss an inference made by the Court of Appeal was a material error.

19 Second, the trial judge did not "ignore" the negative attributes of the appellant. These negative attributes, although not focussed on in detail, were referred to throughout the trial judge's reasons. As an example, at para. 6, Warren J. stated:

> During the course of this very lengthy trial it became obvious that the plaintiff was doing her very best to minimize the extent of the conflict between the demands of her social life and the demands of her parental responsibilities, certainly during the first year of E.'s life. Further, it was only when she was faced with the probability of evidence of her relationships with other men that she was forthcoming. Finally, I cannot accept her evidence that she has no memory of many of her long distance telephone calls and trips to the United States and I conclude that she was endeavoring to hide evidence which may have been embarrassing.

20 Third, concerning the way in which the appellant was raised and the difficulties she faced during her childhood, the trial judge mentioned these from the outset. He specifically mentioned the appellant's mother's drug problem and the difficulties that the appellant had with her mother before Elijah was born. It is clear that Warren J. considered this evidence; therefore, there is no material error.

21 Finally, the respondents stress the fact that the appellant objected to numerous access orders and argue that this is evidence that she would not follow access provisions. The Court of Appeal agreed. This is very speculative. There was no evidence raised that indicated that the appellant failed to follow the court orders. The only suggestion of this is found in the wording of the June 15, 2000 order; however, this order was granted post-appeal and was therefore not available to the Court of Appeal or the trial judge for consideration. When

besoins quotidiens d'un enfant. La Cour d'appel tente d'inférer des succès de M. Edwards au basketball et de ses activités dans la communauté la preuve positive de ses compétences parentales. Cependant, on peut difficilement affirmer que le fait que le juge de première instance n'a pas traité d'une inférence faite par la Cour d'appel constitue une erreur importante.

En second lieu, le juge de première instance n'a pas « négligé » les attributs négatifs de l'appelante. Bien qu'il ne les expose pas en détail, le juge Warren évoque ces attributs négatifs tout au long de ses motifs. Par exemple, il dit au par. 6 :

> [TRADUCTION] Durant ce très long procès, il est devenu évident que la demanderesse faisait de son mieux pour minimiser le conflit entre les exigences de sa vie sociale et celles de ses responsabilités parentales, à coup sûr pendant la première année de vie de E. De plus, ce n'est que confrontée à la probabilité que soit présentée une preuve de ses relations avec d'autres hommes qu'elle a été plus franche. Enfin, je ne peux accepter son témoignage selon lequel elle ne souvient pas d'un grand nombre de ses appels interurbains et de ses voyages aux États-Unis, et je conclus qu'elle s'efforçait de dissimuler une preuve qui pouvait s'avérer embarrassante.

En troisième lieu, s'agissant de l'éducation de l'appelante et des difficultés auxquelles elle a fait face dans son enfance, le juge de première instance en parle dès le départ. Il évoque spécifiquement le problème de toxicomanie de sa mère et ses difficultés avec l'appelante avant la naissance d'Elijah. Il est clair que le juge Warren a pris ces preuves en considération; il n'y a donc aucune erreur importante.

Enfin, les intimés soulignent le fait que l'appelante s'est opposée à plusieurs ordonnances d'accès et ils font valoir que cela prouve qu'elle ne se conformerait pas aux dispositions relatives aux droits de visite. La Cour d'appel souscrit à cet argument. Or cette situation est très hypothétique. Rien dans la preuve n'indique que l'appelante n'a pas respecté les ordonnances. Le seul indice à ce sujet se trouve dans le texte de l'ordonnance du 15 juin 2000; toutefois, cette ordonnance a été accordée après l'appel et ne fait donc pas partie de ce

one parent requests an extension of access, the other parent has the right to dispute the application. This does not mean that the appellant would not facilitate access if she were to get custody. Further, this does not imply that a court order will be necessary for all changes in access. The affidavit of Valerie Edwards dated February 14, 2000, almost a month prior to the Court of Appeal decision, supports the view that the appellant has agreed, without court intervention, to some modifications and extensions of access. The mere fact that she contested certain applications with regard to access is not evidence that she would not follow a court order. There is no evidence that the trial judge erred in finding, at para. 45, that "there has been extensive access which, by and large, has been facilitated by the plaintiff rather than thwarted".

qui était soumis à la Cour d'appel ou au juge de première instance. Lorsqu'un parent demande l'élargissement de ses droits d'accès, l'autre parent a le droit de contester la demande. Cela ne signifie pas que l'appelante ne faciliterait pas l'accès si elle devait obtenir la garde. Cela n'implique pas non plus qu'il sera nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire pour chaque modification des droits d'accès. L'affidavit de Valerie Edwards daté du 14 février 2000, près d'un mois avant la décision de la Cour d'appel, étaye l'opinion que l'appelante a accepté, sans intervention judiciaire, certaines modifications et extensions des droits d'accès. Le simple fait qu'elle a contesté certaines demandes relatives aux droits de visite ne prouve pas qu'elle ne respecterait pas une ordonnance de la cour. Rien n'indique que le juge de première instance a commis une erreur en concluant au par. 45 qu' [TRADUCTION] « il y a eu accès étendu, que la demanderesse a, de façon générale, facilité et non entravé ».

B. *The Failure of the Trial Judge to Consider the Bonds that Exist Between Elijah and His Paternal Family (Section 24(1)(c))*

B. *L'omission du juge de première instance de prendre en considération les liens existant entre Elijah et sa famille paternelle (al. 24(1)c))*

The Court of Appeal held that the trial judge failed to consider the bonds that exist between Elijah and Mrs. Edwards, the twins and the respondents' extended family. In fact, the trial judge discussed the bond between Elijah and Mrs. Edwards and his sisters. In addition, he explicitly stated, at para. 19:

> The defendant's family continues to live in North Carolina and he has contributed to their financial needs. Other than knowing that his mother is alive and that he has two brothers and three sisters, I know very little of their circumstances. Mrs. V.E.'s father, a retired New York policeman, recently died. She testified that he was a very important factor in her life. Again, I know very little about other members of Mrs. V.E.'s family.

22 La Cour d'appel conclut que le juge de première instance a omis de prendre en considération les liens existant entre Elijah et Mme Edwards, les jumelles et la famille élargie des intimés. En fait, le juge a examiné le lien entre Elijah et Mme Edwards et ses sœurs. En outre, il dit expressément ceci au par. 19 :

> [TRADUCTION] La famille du défendeur vit toujours en Caroline du Nord et le défendeur pourvoit à ses besoins financiers. À part de savoir que sa mère vit toujours et qu'il a deux frères et trois sœurs, j'en sais très peu sur leur situation. Le père de V.E., policier de New York à la retraite, est décédé récemment. Elle a dit en témoignage qu'il était quelqu'un de très important dans sa vie. Encore là, je sais très peu de choses sur les autres membres de la famille de V.E.

The respondents state, at para. 115 of their factum, that there is evidence that the Edwards are "involved with and close to members of their respective extended families and Elijah knows who they are". However, when reviewing the trial transcript at p. 596 of the respondents' record, it is

Les intimés affirment, au par. 115 de leur mémoire, que la preuve montre que les Edwards [TRADUCTION] « entretiennent des liens étroits avec les membres de leurs familles élargies respectives et Elijah sait qui ils sont ». Toutefois, il ressort de la transcription de l'audience (p. 596 du dossier

clear that Elijah only "knows" who these relatives are through pictures. At the time of trial, he had never met them. There was no evidence that the Edwards presently see or speak to family members mentioned peripherally in their testimony. The respondents simply did not put evidence forward concerning this, and the trial judge mentioned this lack of evidence in his reasons. As such, there is no material error in this regard that would open the door to appellate intervention.

C. *An Emphasis on the Attitudes of the Parties Towards Each Other and Mr. Edwards' Extra-marital Affairs*

23 Aside from the above findings, which implicate ss. 24(1)(e) and 24(1)(c) of the Act, the Court of Appeal found that the trial judge made findings of credibility but was diverted by the arguments made concerning Mr. Edwards' extra-marital affairs and the parties' attitudes towards each other. The Court of Appeal remarked that the trial judge criticized Mrs. Edwards for blaming the appellant for the relationship with Mr. Edwards. It stated that the appellant was in part to blame but, in any event, this had nothing to do with the best interests of the child. I disagree with this conclusion. First, it is irrelevant who is to blame for the extra-marital affair. However, the parties' attitudes towards and views of each other are important. These attitudes might impact the emotional well-being of the child and, as such, must be considered pursuant to s. 24(1)(a) of the Act. A child should be with someone who fosters the relationship between him or her and the non-custodial parent. The trial judge's finding that the respondents both blame the appellant for the relationship and both believe that she is a "gold digger" might be relevant in this respect. This discussion by the trial judge does not justify appellate intervention.

24 With respect to the discussion of Mr. Edwards' extra-marital affairs, the Court of Appeal found that Warren J. incorrectly considered the impact of these relationships on the marriage of the respon-

des intimés) que Elijah « sait » seulement qui sont ces parents sur des photos. Au moment du procès, il ne les avait jamais rencontrés. Rien dans la preuve n'indique que les Edwards voient des membres de la famille dont ils ont cité les noms accessoirement dans leur témoignage. Les intimés n'ont tout simplement pas présenté de preuve à ce sujet et le juge a mentionné cette absence de preuve dans ses motifs. En cela, les motifs du juge de première instance ne contiennent aucune erreur importante qui puisse donner ouverture à une intervention en appel.

C. *L'importance accordée à l'attitude des parties l'une envers l'autre et aux liaisons extra-conjugales de M. Edwards*

Outre les conclusions susmentionnées, qui concernent les al. 24(1)e) et 24(1)c) de la Loi, la Cour d'appel estime que le juge de première instance a tiré des conclusions sur la crédibilité mais qu'il a été détourné par les arguments concernant les liaisons extra-conjugales de M. Edwards et l'attitude des parties l'une envers l'autre. La Cour d'appel fait remarquer que le juge a reproché à Mme Edwards de blâmer l'appelante pour sa liaison avec M. Edwards. Elle dit que l'appelante portait certes une partie du blâme, mais qu'en tout état de cause, cela n'avait rien à voir avec l'intérêt de l'enfant. Je ne partage pas cette conclusion. D'abord, il est inutile de savoir qui est à blâmer pour cette liaison. Mais les attitudes et les opinions réciproques des parties sont importantes. Ces attitudes peuvent influer sur le bien-être affectif de l'enfant et doivent donc être prises en considération dans le cadre de l'al. 24(1)a) de la Loi. L'enfant doit être avec une personne qui favorise sa relation avec le parent non gardien. La conclusion du juge de première instance selon laquelle les intimés rejettent tous deux le blâme sur l'appelante et estiment tous deux qu'elle est une « aventurière », pourrait être pertinente à cet égard. L'analyse qu'a faite le juge de cette question ne justifie pas l'intervention en appel.

Au sujet des liaisons de M. Edwards, la Cour d'appel conclut que le juge Warren a eu tort de prendre en considération l'effet de ces liaisons sur le mariage des intimés. Elle dit qu'une rupture du

dents. It held that a marriage breakdown was speculative and that the trial judge considered Mr. Edwards in isolation from his family. It found that this was a material error of law. Again, I disagree. Warren J. did not consider Mr. Edwards in isolation from his family. Rather, he considered both biological parents as individuals as well as in conjunction with their support network. This is consistent with ss. 24(1)(a), 24(1)(c) and 24(1)(e).

I agree with the Court of Appeal that a trial judge cannot consider a parent completely in isolation from his or her support network. Step-parents and siblings are important in a child's life (s. 24(1)(c)). These individuals play an important role in the child's emotional well-being (s. 24(1)(a)) since they are a part of the family unit in which the child might end up living. The negative and the positive traits and influences of step-parents must be considered. This being said, there is a distinction between taking a step-parent into consideration to determine the family unit in which the child would live if that biological parent were awarded custody and taking a step-parent into consideration to determine if his or her positive qualities are sufficient to override the negative qualities of his or her custody-seeking spouse. Section 24(1)(e) is clear and requires the trial judge to consider the ability of the person who can exercise custody to actually exercise the right and duties adequately. As will be discussed later in this case, this refers to Mr. Edwards and Ms. Van de Perre.

Section 24(1)(e) requires that the trial judge consider the merits of each applicant with regard to the whole context. In most families, the biological parent is not completely alone. He or she will have support networks to help him or her in times of need. In many cases, there is also an actual family unit that must be considered in determining if the parent applying for custody is capable of adequately parenting the child. In some cases, the family unit will assist the custodial parent; in others, it may hinder good parenting. Support networks and family units are, however, only two of

mariage relevait de la conjecture et que le juge a examiné le cas de M. Edwards isolément de sa famille. Elle conclut que c'est une erreur importante de droit. Là non plus, je ne suis pas d'accord. Le juge Warren n'a pas examiné la situation de M. Edwards isolément de sa famille. Il a plutôt considéré les deux parents biologiques comme individus et en relation avec leur réseau de soutien. Cela est conforme aux al. 24(1)a), 24(1)c) et 24(1)e).

25 Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'un juge de première instance ne peut examiner la situation d'un parent de façon complètement isolée de son réseau de soutien. Les beaux-parents et les frères et sœurs sont importants dans la vie d'un enfant (al. 24(1)c)). Ces personnes jouent un rôle important dans son bien-être affectif (al. 24(1)a)) puisqu'elles constituent une partie de la cellule familiale dans laquelle il pourrait éventuellement se retrouver. Les traits et les influences négatives et positives des beaux-parents doivent être pris en considération. Cela dit, il y a une distinction entre prendre en considération un beau-parent pour déterminer la cellule familiale dans laquelle l'enfant vivrait si ce parent biologique obtenait la garde, et prendre un beau-parent en considération pour déterminer si ses qualités positives l'emportent sur les qualités négatives de son conjoint qui demande la garde. L'alinéa 24(1)e) est clair : il exige que le juge prenne en considération l'aptitude de la personne qui peut exercer la garde à effectivement s'acquitter de ses droits et devoirs convenablement. Comme nous le verrons plus loin, il s'agit en l'espèce de M. Edwards et de Mme Van de Perre.

26 L'alinéa 24(1)e) exige que le juge de première instance prenne en considération le mérite de chaque requérant au vu de l'ensemble du contexte. Dans la plupart des familles, le parent biologique n'est pas complètement seul. Il pourra compter sur des réseaux de soutien pour l'aider en cas de besoin. Souvent, il existe aussi une véritable cellule familiale qu'il faut prendre en considération pour déterminer si le parent qui demande la garde est apte à assumer convenablement son rôle parental envers l'enfant. Dans certains cas, la cellule familiale viendra en aide au parent gardien; dans

many factors to be considered. Pursuant to the specific wording of s. 24(1)(e), the objective in every case is to determine the parenting abilities of the specific person who will ultimately receive custody.

27 In the present case, Mrs. Edwards and her daughters are important in determining the best interests of the child because of the bond that might exist between them and Elijah. This is stated in s. 24(1)(c) and, as discussed earlier, was noted by the trial judge.

28 With respect to s. 24(1)(e), the trial judge considered the family unit when he discussed the stability of Mr. Edwards' marriage. He considered the factual circumstances brought out in evidence and possible problems that might arise. Pursuant to s. 24(3) of the Act, the conduct of a parent cannot generally be considered; however, if this conduct impacts a factor stated in s. 24(1), such as the emotional well-being of Elijah or the ability of Mr. Edwards to exercise custody with and without Mrs. Edwards, it is relevant. When considering the family unit, the trial judge found that Mr. Edwards has a weak and unstable marriage. As such, this might impact the parenting support he receives both during the marriage and following a possible marriage breakdown. The appellant, on the other hand, will likely have her parents' support and assistance until their death.

29 Warren J. was also obligated to consider whether Mr. Edwards' conduct might impact his individual ability to exercise the duties and rights of custody. The trial judge and Court of Appeal both found that Mr. Edwards worked long periods of time away from home. He travelled extensively and Dr. Korpach stated that he was unlikely to terminate his work to care for his children. This said, it is important to add that many fathers and mothers work long hours; many are also required to travel extensively. Work commitments do not always have a negative effect on parenting. This is a circumstance which must be considered in light

d'autres, elle pourra inhiber le bon rapport parent-enfant. Les réseaux de soutien et les cellules familiales ne sont, toutefois, que deux parmi de nombreux facteurs à prendre en compte. Selon les termes spécifiques de l'al. 24(1)e), l'objectif dans chaque cas est d'évaluer les compétences parentales de la personne précise qui, en dernière analyse, obtiendra la garde.

En l'espèce, Mme Edwards et ses filles sont importantes dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant à cause du lien qui pourrait exister entre elles et Elijah. C'est ce que dit l'al. 24(1)c) et, comme nous l'avons vu, le juge de première instance en a pris note.

S'agissant de l'al. 24(1)e), le juge de première instance a pris en considération la cellule familiale lorsqu'il a examiné la stabilité du mariage de M. Edwards. Il a pris en compte les circonstances factuelles mises en preuve et les problèmes éventuels. Suivant le par. 24(3) de la Loi, la conduite d'un parent ne peut pas, en règle générale, être prise en considération; toutefois, si cette conduite influe sur un facteur énuméré au par. 24(1), tel le bien-être affectif d'Elijah ou l'aptitude de M. Edwards à assumer la garde avec ou sans Mme Edwards, elle est pertinente. Lorsqu'il a examiné la cellule familiale, le juge a estimé que le mariage de M. Edwards était faible et instable. Cela peut, en soi, influer sur le soutien parental tant durant le mariage qu'advenant une possible rupture. L'appelante, par contre, pourra vraisemblablement compter sur le soutien et l'aide de ses parents jusqu'à leur mort.

Le juge Warren était aussi tenu d'examiner si la conduite de M. Edwards pouvait influer sur son aptitude individuelle à s'acquitter des droits et des devoirs afférents à la garde. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux conclu que son travail obligeait M. Edwards à s'absenter de son foyer pour de longues périodes. Il voyageait beaucoup et, selon le Dr Korpach, tout indique qu'il ne renoncerait pas à son travail pour prendre soin de ses enfants. Cela dit, il importe d'ajouter que beaucoup de pères et de mères ont de longues heures de travail; beaucoup sont aussi obligés de voyager souvent. Les exigences du travail n'ont

of all other relevant facts. In this particular case, Mr. Edwards not only has extremely long periods away from home, but it was also found by the trial judge that while at home, he is very active in the professional basketball social scene and has had several extra-marital affairs. This, combined with the findings that he leaves all the day-to-day child-care activities to his wife, and the evidence of Dr. Korpach, which indicates that he might not learn this role, raises doubt as to his ability to parent on his own.

pas toujours un effet négatif sur l'aptitude parentale. C'est une situation qu'il faut apprécier à la lumière de tous les autres faits pertinents. En l'espèce, M. Edwards est absent du foyer pendant des périodes extrêmement longues, et de plus, comme le constate le juge de première instance, lorsqu'il est à la maison, il est très impliqué dans les activités en marge du basketball professionnel et il a eu plusieurs liaisons extra-conjugales. Ceci, combiné avec la constatation qu'il laisse tout le soin quotidien des enfants à sa femme, et le témoignage de Dr Korpach indiquant qu'il pourrait ne pas apprendre ce rôle, soulève des doutes quant à son aptitude à exercer seul le rôle de parent.

A trial judge cannot give custody to a father merely because his wife is a good mother. Her presence is a factor but, overall, the court must consider if the applicant would make a good father in her absence. Even if the family were stable, this would not be determinative in a s. 24(1)(e) analysis. Here, it is Mr. Edwards' personal capacity to exercise custody that must be considered, and the support provided by his wife is but a factor to be weighed in assessing these parental abilities.

30 Le juge de première instance ne peut confier la garde à un père uniquement parce que sa femme est une bonne mère. Sa présence est certes un facteur mais, avant tout, le tribunal doit se demander si le requérant ferait un bon père en son absence. Même si la famille était stable, cela ne serait pas déterminant dans l'analyse selon l'al. 24(1)e). Ici, c'est l'aptitude personnelle de M. Edwards à exercer la garde qu'il faut considérer et le soutien apporté par sa femme n'est qu'un facteur à évaluer dans l'examen de ses qualités parentales.

As a final note, s. 24(1)(a) might also be affected by the extra-marital affairs. The trial judge found that the daughters of Mr. and Mrs. Edwards were very upset when Mr. Edwards' affair with the appellant was discovered. It is probable that Elijah would be affected in the same way if Mr. Edwards were to have another affair.

31 Pour terminer, les liaisons de l'intimé pourraient faire jouer l'al. 24(1)a). Le juge de première instance a constaté que les filles de M. et Mme Edwards ont été bouleversées lorsqu'elles ont appris la liaison de M. Edwards avec l'appelante. Il est probable qu'Elijah serait troublé de la même manière si M. Edwards devait avoir une autre liaison.

In this case, it may be said that Mr. Edwards' conduct impacts both ss. 24(1)(e) and 24(1)(a), and, as such, the trial judge was correct in considering his conduct. The Court of Appeal criticized Warren J. for not considering similar conduct of the appellant. It is clear from Warren J.'s reasons that he was aware of the appellant's social behaviour; yet, he did not discuss any impact that this might have on her ability to parent Elijah. Instead, he found that the appellant was a good mother. This finding is supported by the evidence of Dr. Korpach who stated that the appellant has acquired good parenting skills since learning of her preg-

32 En l'espèce, on peut dire que la conduite de M. Edwards influe à la fois sur l'al. 24(1)e) et sur l'al. 24(1)a), et, qu'à ce titre, le juge de première instance a eu raison de la prendre en considération. La Cour d'appel reproche au juge Warren de ne pas avoir pris en considération la conduite similaire de l'appelante. Il ressort des motifs du juge Warren qu'il était conscient du comportement social de l'appelante; mais il n'a pas examiné l'impact que cela pourrait avoir sur son aptitude à s'occuper de Elijah. Au contraire, il a estimé que l'appelante était une bonne mère. Cette conclusion est étayée par le témoignage de Dr Korpach qui a dit

nancy. It is unclear how her behaviour might affect her ability to exercise custody pursuant to s. 24(1)(e) either by negatively impacting the family unit or her individual ability. In addition, it is unclear how this behaviour might impact Elijah's emotional well-being. Without an impact on one of the factors in s. 24(1), her conduct is irrelevant and, pursuant to s. 24(3), should not be considered. Past or present conduct by a parent that does not, in the words of the Act, "substantially affect" the best interests of the child has no bearing on a custody determination and does not require comment.

que l'appelante a acquis de bonnes compétences parentales depuis qu'elle a su qu'elle était enceinte. Il n'apparaît pas clairement en quoi son comportement pourrait influer sur son aptitude à exercer la garde suivant l'al. 24(1)e), en affectant négativement soit la cellule familiale, soit son aptitude individuelle. De plus, il n'apparaît pas clairement en quoi ce comportement pourrait influer sur le bien-être affectif d'Elijah. Sans incidence sur l'un des facteurs énumérés au par. 24(1), sa conduite est sans pertinence et, suivant le par. 24(3), ne devrait pas être prise en considération. La conduite antérieure ou présente d'un parent qui, selon les termes de la Loi, « n'influe pas de façon importante » sur l'intérêt de l'enfant n'est pas pertinente dans une décision sur la garde et ne mérite aucun commentaire.

33 Returning to the test for appellate intervention, there is no indication that Warren J. erred materially in considering the attitudes of the parties towards each other or in considering the extra-marital affairs of Mr. Edwards. He noted s. 24(3) which provides that conduct cannot be considered unless it impacts a factor listed in s. 24(1) and, although he did not explicitly refer to the factors in question, he did discuss this conduct with reference to Mr. Edwards' parenting abilities and Elijah's emotional well-being.

Si l'on revient au critère justifiant l'intervention en appel, rien n'indique que le juge Warren a commis une erreur importante en examinant l'attitude des parties l'une envers l'autre ou encore les liaisons extra-conjugales de M. Edwards. Il cite le par. 24(3) qui dispose qu'une conduite ne peut être prise en considération que si elle a une incidence sur un facteur énuméré au par. 24(1) et, bien qu'il n'ait pas mentionné expressément les facteurs en question, il a effectivement examiné cette conduite eu égard aux compétences parentales de M. Edwards et au bien-être affectif d'Elijah.

D. *The Concern that the Trial Judge Based his Decision on Stereotypical Views Including the Tender Years Doctrine*

D. *La crainte que le juge de première instance ait fondé sa décision sur des conceptions stéréotypées, telle la doctrine des enfants en bas âge*

34 The Court of Appeal stated that it was unclear whether the trial judge considered all the factors in s. 24(1) or whether he considered the "tender years" doctrine or had a stereotypical view of one or both parties. First, as noted above, the trial judge clearly stated and discussed all factors listed in s. 24(1). With respect to the tender years doctrine, the trial judge, quoting from the case of *Tyabji v. Sandana* (1994), 2 R.F.L. (4th) 265 (B.C.S.C.), specifically stated that stereotypical gender views have no place in custody determinations. Nowhere in his reasons does the trial judge mention this doctrine or state that it is important for the child to be with the mother during his early

La Cour d'appel dit qu'il n'est pas certain que le juge de première instance a pris en considération tous les facteurs du par. 24(1) ou qu'il a examiné la doctrine des « enfants en bas âge » ou avait une perception stéréotypée de l'une des parties ou des deux. D'abord, on a vu que le juge a clairement énoncé et examiné tous les facteurs énumérés au par. 24(1). Pour ce qui est de la doctrine relative aux enfants en bas âge, le juge, citant un extrait de *Tyabji c. Sandana* (1994), 2 R.F.L. (4th) 265 (C.S.C.-B.), dit spécifiquement que les perceptions stéréotypées n'ont pas leur place en matière de garde. Nulle part dans ses motifs le juge n'évoque cette doctrine ni ne dit qu'il est important pour

years. In other words, there is absolutely nothing to give any indication that the trial judge even considered the tender years doctrine. As for other stereotypical views, the respondents argue that the trial judge incorrectly relied upon stereotypical views of Mr. Edwards as a Black man or as a Black basketball player. It is important to stress that nothing stated by Warren J. indicates a bias against Black people in general or Black basketball players in particular. The respondents rely upon Warren J.'s statements at trial during the cross examination of Dr. Korpach and argue that these indicate that he looked at Mr. Edwards only as a Black athlete. However, as noted by counsel for the appellant in reply, these statements were made as a result of the witness's reference to the influences that the respondents' culture had on his parenting abilities. As a result of this testimony, the court asked several questions related to this cultural impact.

l'enfant d'être avec sa mère dans les premières années de sa vie. En d'autres termes, absolument rien n'indique que le juge a même considéré la doctrine des enfants en bas âge. En ce qui concerne d'autres stéréotypes, les intimés font valoir que le juge s'est fondé sur une perception stéréotypée de M. Edwards comme homme noir ou joueur de basketball noir. Il importe de souligner que rien dans ce que dit le juge Warren ne révèle un préjugé contre les Noirs en général ou les joueurs de basketball noirs en particulier. Les intimés invoquent les propos qu'a tenus le juge Warren au procès durant le contre-interrogatoire de Dr Korpach et y voient l'indication qu'il n'a perçu M. Edwards que comme un athlète noir. Toutefois, comme l'a fait observer l'avocat de l'appelante en réponse, ces propos étaient liés à la référence qu'avait faite le témoin à l'influence de la culture de l'intimé sur ses aptitudes parentales. C'est à la suite de ce témoignage que le juge a posé diverses questions sur cette incidence culturelle.

When one reconsiders the decision of Warren J. in light of the appropriate test for appellate review, there is no indication from his reasons that he made any material error or ignored any relevant evidence. Warren J. discussed all factors listed in s. 24 of the Act. It was not the role of the Court of Appeal to reconsider the evidence and determine if the trial judge properly weighed the evidence discussed in his reasons.

35 Si l'on reconsidère la décision du juge Warren à la lumière du critère applicable à l'examen en appel, rien dans ses motifs n'indique qu'il ait commis une erreur importante ou négligé de prendre en considération des preuves pertinentes. Le juge Warren a examiné tous les facteurs énumérés à l'art. 24 de la Loi. Il n'appartenait pas à la Cour d'appel de réexaminer la preuve pour déterminer s'il avait bien apprécié la preuve analysée dans ses motifs.

II. The Importance of Race in the Custody Determination of a Child of Mixed Racial Heritage

II. L'importance de la race dans la décision touchant la garde d'un enfant ayant un patrimoine racial mixte

The Court of Appeal found that the trial judge gave "no consideration" to issues of race and interracial problems that Elijah might face. In fact, the trial judge noted that there had been some testimony at trial related to the race of Elijah and the importance of being exposed to his heritage and culture as the son of an African-American father. Rather than discussing the child's race in detail, however, the trial judge noted that this child is of

36 La Cour d'appel estime que le juge de première instance n'a accordé [TRADUCTION] « aucune considération » aux questions de race et aux problèmes interraciaux auxquels Elijah pourrait être confronté. En fait, le juge a fait remarquer que certains témoignages au procès concernaient la race d'Elijah et l'importance pour lui d'être exposé à son patrimoine et à sa culture comme fils d'un Afro-Américain. Plutôt que d'examiner en détail la question de la race de l'enfant, toutefois, le juge a souligné qu'il était d'origine raciale mixte et que

mixed race and, as such, his Caucasian Canadian heritage must also be considered.

37 The interveners, the African Canadian Legal Clinic, the Association of Black Social Workers and the Jamaican Canadian Association, submit that race is a critical factor in custody and access cases. In my view, the importance of this factor will depend greatly on many factual considerations. The interveners state that there are key tools a Canadian biracial child will need in order to foster racial identity and pride: the need to develop a means to deal with racism and the need to develop a positive racial identity. The corollary to these needs is the parental ability to meet them. The interveners do not state that the minority parent should necessarily be granted custody; rather, the question is which parent will best be able to contribute to a healthy racial socialization and overall healthy development of the child. This question is one of fact to be determined by the courts on a case-by-case basis and weighed by the trial judge with other relevant factors.

38 The interveners submit that, although some studies show that Black parents are more likely to be aware of the need to prepare their children to cope with racism, the main issue is which parent will facilitate contact and the development of racial identity in a manner that avoids conflict, discord and disharmony. But again, this is only one factor to be considered by the trial judge. I would also add that evidence of race relations in the relevant communities may be important to define the context in which the child and his parents will function. It is not always possible to address these sensitive issues by judicial notice, even though some notice of racial facts can be taken; see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128. The weight to be given to all relevant factors is a matter of discretion, but discretion must be exercised with regard to the evidence. In essence, the interveners argue that race is always a crucial factor and that it should never be ignored, even if not addressed by the parties. They favour forced judicial consideration of race because it is essential in deciding

son patrimoine blanc devait donc aussi être pris en compte.

Les intervenantes, African Canadian Legal Clinic, Association of Black Social Workers et Jamaican Canadian Association, soutiennent que la race est un facteur crucial dans les affaires de garde et d'accès. À mon avis, l'importance de ce facteur dépend grandement de nombreuses considérations factuelles. Les intervenantes affirment qu'un enfant canadien d'origine biraciale aura besoin d'outils pour développer son identité et sa fierté raciales, les outils qui lui permettront de faire face au racisme et de développer une identité raciale positive. Ces besoins ont comme corollaire l'aptitude parentale à y répondre. Les intervenantes n'affirment pas que le parent appartenant à la minorité devrait nécessairement obtenir la garde; il s'agit plutôt de savoir quel parent sera le mieux en mesure de contribuer à la saine socialisation raciale et au sain développement global de l'enfant. Cette question est une question de fait, qu'il appartient aux tribunaux de trancher cas par cas, et au juge de première instance d'apprécier avec tous les autres facteurs.

Les intervenantes font valoir que, bien que certaines études montrent que les parents noirs sont probablement plus conscients du besoin de préparer leurs enfants à faire face au racisme, la principale question est de savoir quel parent facilitera le contact et le développement de l'identité raciale d'une manière qui évitera les conflits, la discorde et le manque d'harmonie. Mais, là encore, ce n'est qu'un des facteurs que le juge de première instance prendra en considération. J'ajouterais qu'il peut aussi être important de présenter une preuve touchant les relations raciales dans les communautés pertinentes afin de définir le contexte dans lequel évolueront l'enfant et ses parents. Il n'est pas toujours possible de traiter ces questions délicates par connaissance judiciaire, même si certains faits raciaux peuvent être reconnus d'office : voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128. Le poids à donner à tous les facteurs pertinents est matière discrétionnaire, mais cette discrétion doit s'exercer en fonction de la preuve. Pour l'essentiel, les intervenantes soutiennent que la race est toujours un

which parent is best able to cope with difficulties biracial children may face. This approach is based on the conclusions reached concerning the present state of race relations in Canada. As I have said, racial identity is but one factor that may be considered in determining personal identity; the relevancy of this factor depends on the context. Other factors are more directly related to primary needs and must be considered in priority (see R. G. McRoy and C. C. Iijima Hall, "Transracial Adoptions: In Whose Best Interest?", in Maria P. P. Root, ed., *The Multicultural Experience* (1996), 63, at pp. 71-73). All factors must be considered pragmatically. Different situations and different philosophies require an individual analysis on the basis of reliable evidence.

There is also a distinction between the role of race in adoption cases and those cases involving two biological parents desiring custody; see G. Pollack, "The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children" (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603, at p. 617. In adoption cases, the situation might arise whereby the court must make an either/or decision; in other words, the child is either granted or denied exposure to his or her own heritage. Here, however, we have two biological parents, each of whom shares a part of the race and culture of the child. Of these two biological parents, one will be granted custody and one will be granted access. The result here is that Elijah will have exposure to both sides of his racial and cultural heritage. There was no evidence introduced to suggest that greater exposure to one's racial background through custody as opposed to access is in the better interests of the child in every case. Consequently, cultural concerns are not the same as those involving prospective adoptive parents who do not share the same race and culture as the child. This said, I wish to note that the approach taken in this case is not new. In *H. (D.) v. M. (H.)*, [1997]

facteur crucial qu'il ne faut jamais négliger, même si la question n'est pas soulevée par les parties. Elles préconisent la prise en considération judiciaire obligatoire de la race parce que c'est un élément essentiel pour décider quel parent est le mieux en mesure d'affronter les difficultés auxquelles les enfants d'origine biraciale sont susceptibles d'être confrontés. Cette approche se fonde sur les conclusions tirées concernant l'état actuel des relations raciales au Canada. Comme je l'ai dit, l'identité raciale n'est qu'un des facteurs pouvant être considérés dans la détermination de l'identité personnelle; la pertinence de ce facteur dépend du contexte. D'autres facteurs sont plus directement liés aux besoins primaires et doivent être traités prioritairement (voir R. G. McRoy et C. C. Iijima Hall, "Transracial Adoptions : In Whose Best Interest?", dans Maria P. P. Root, dir., *The Multicultural Experience* (1996), 63, p. 71-73). Il faut examiner tous les facteurs de façon pragmatique. Des situations et philosophies différentes exigent une analyse individuelle sur la base de preuves fiables.

39 Il faut aussi faire une distinction entre le rôle de la race dans les affaires d'adoption et les affaires où deux parents biologiques se disputent la garde (voir G. Pollack, "The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children" (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603, p. 617). Dans les affaires d'adoption, il peut arriver que le tribunal ait à choisir entre deux options : que l'enfant soit exposé au patrimoine qui lui est propre ou qu'il en soit privé. Ici nous sommes toutefois en présence de deux parents biologiques, dont chacun partage une partie de la race et de la culture de l'enfant. De ces deux parents biologiques, l'un obtiendra la garde et l'autre des droits de visite, de sorte qu'Elijah sera exposé aux deux facettes de son patrimoine racial et culturel. Aucune preuve n'a été produite pour démontrer qu'il est, dans tous les cas, dans l'intérêt de l'enfant d'être davantage exposé à son patrimoine racial par le biais de la garde, plutôt que par le biais des droits de visite. Par conséquent, les préoccupations culturelles ne sont pas du même ordre que dans le cas de parents adoptifs potentiels qui ne sont pas de même race et de même culture que l'enfant. Cela dit, je tiens à souligner que la

B.C.J. No. 2144 (QL) (S.C.), (subsequently conf'd by [1999] 1 S.C.R. 328), Bauman J. considered a case involving an adoption dispute between two sets of grandparents: the mother's biological father and her adoptive parents. The mother of the child was aboriginal and the father was African American. The mother's adoptive parents were Caucasian and her biological father was aboriginal. In that case, counsel for the child's biological grandfather argued that the child's aboriginal heritage should be given great weight especially in light of the *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, which notes the importance of cultural identity of aboriginal children in consideration of their well-being. Bauman J. stated, at paras. 46 and 47, that the child's

> aboriginal heritage and the ability of his biological grandfather to preserve and enhance it are important considerations, but we must not overlook the obvious fact that Ishmael has an African-American background and American citizenship. That heritage is also of importance and it is equally deserving of preservation and nurturing. This is not a case of taking an aboriginal child and placing him with a non-aboriginal family in complete disregard for his culture and heritage. . . .
>
> . . . The submission that Ishmael's aboriginal heritage is virtually a determining factor here, oversimplifies a very complex case. [Emphasis added.]

He next proceeded to consider all factors which impact the best interests of the child, including his aboriginal heritage and, having weighed all these factors, decided that the parenting and family environment of the mother's adoptive parents was superior and better served the child's best interests. This Court upheld this decision. It is therefore clear that, even in adoption cases where it might play a more important role, race is not a determinative factor and its importance will depend greatly on the facts.

40 Race can be a factor in determining the best interests of the child because it is connected to the culture, identity and emotional well-being of the

démarche proposée en l'espèce n'est pas nouvelle. Dans *H. (D.) c. M. (H.)*, [1997] B.C.J. No. 2144 (QL) (C.S.) (conf. ensuite par [1999] 1 R.C.S. 328), le juge Bauman examinait un cas d'adoption mettant aux prises deux familles de grands-parents : le père biologique de la mère et ses parents adoptifs. La mère de l'enfant était d'origine autochtone et le père d'origine afro-américaine. Les parents adoptifs de la mère étaient de race blanche et son père biologique était autochtone. L'avocat du grand-père biologique plaidait qu'on devait accorder un poids considérable au patrimoine autochtone de l'enfant, compte tenu notamment de la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui énonce l'importance de prendre en considération l'identité culturelle des enfants autochtones au moment d'apprécier leur bien-être. Le juge Bauman dit (aux par. 46-47) :

> [TRADUCTION] . . . le patrimoine autochtone de l'enfant et la capacité de son grand-père biologique de le maintenir et de le valoriser sont des facteurs importants, mais nous ne devons pas négliger le fait évident qu'Ishmael a une origine afro-américaine et la citoyenneté américaine. Ce patrimoine revêt aussi une importance et mérite tout autant d'être préservé et nourri. Il ne s'agit pas ici du placement d'un enfant autochtone dans une famille non autochtone au mépris total de sa culture et de son patrimoine. . .
>
> . . . Soutenir que le patrimoine autochtone d'Ishmael est pratiquement un facteur déterminant en l'espèce c'est simplifier à l'extrême une affaire très complexe. [Je souligne.]

Il examine ensuite l'ensemble des facteurs influant sur l'intérêt de l'enfant, dont son patrimoine autochtone, et après les avoir tous soupesés, il décide que l'environnement parental et familial qu'offrent les parents adoptifs de la mère est supérieur et correspond mieux à l'intérêt de l'enfant. Notre Cour a confirmé cette décision. Il est donc clair que, même dans les affaires d'adoption où elle peut jouer un rôle plus important, la race n'est pas un facteur déterminant et que son importance dépend grandement des faits.

La race peut être un facteur dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant parce qu'elle est liée à sa culture, à son identité et à son bien-être affectif. Le

child. New Brunswick, for example, has adopted legislation prescribing mandatory consideration of "cultural and religious heritage" for all custody determinations (*Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1 and 129(2)). British Columbia has included similar language in its provisions regarding adoption, but not in those found in the *Family Relations Act* applicable in this case (*Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 3). The adoption and custody contexts may differ because the adopted child will generally cease to have contact with the biological parent while custody will generally favour contact with both parents. Nevertheless, it is generally understood that biracial children should be encouraged to positively identify with both racial heritages. This suggests the possibility of a biracial identity (i.e. "forming an identity that incorporates . . . multiple racial heritages", see Pollack, *supra*, at p. 619). It is important that the custodial parent recognize the child's need of cultural identity and foster its development accordingly. I would therefore agree that evidence regarding the so-called "cultural dilemma" of biracial children (i.e. the conflict that arises from belonging to two races where one may be dominant for one reason or another) is relevant and should always be accepted. But the significance of evidence relating to race in any given custody case must be carefully considered by the trial judge. Although general public information is useful, it appears to be often contradictory (T. L. Perry, "The Transracial Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination" (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33, at p. 59), and may not be sufficient to inform the judge about the current status of race relations in a particular community or the ability of either applicant to deal with these issues.

Nouveau-Brunswick, par exemple, a adopté une loi prescrivant la prise en considération obligatoire du « patrimoine culturel et religieux » dans toutes les décisions relatives à la garde (*Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1 et 129(2)). La Colombie-Britannique a inclus des termes similaires dans ses dispositions touchant l'adoption (*Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 3), mais non dans les dispositions de la *Family Relations Act* applicables en l'espèce. Les contextes de l'adoption et de la garde peuvent être différents puisque l'enfant adopté cesse en général d'être en contact avec le parent biologique alors que la garde va en général favoriser le contact avec les deux parents. Néanmoins, on considère généralement qu'il convient d'encourager les enfants d'origine biraciale à s'identifier positivement à leurs deux patrimoines raciaux. Ceci atteste la possibilité d'une double identité raciale, ou [TRADUCTION] « de la formation d'une identité qui incorpore [. . .] des patrimoines raciaux multiples » (voir Pollack, *loc. cit.*, p. 619). Il est important que le parent gardien reconnaisse le besoin d'identité culturelle de l'enfant et qu'il favorise son développement en ce sens. Je serais donc d'accord pour dire que la preuve touchant ce qu'on appelle le « dilemme culturel » des enfants issus de deux races (c.-à-d. le conflit résultant de l'appartenance à deux races dont l'une peut dominer pour une raison ou pour une autre) est pertinente et devrait toujours être reçue. Mais, dans une affaire de garde, l'importance de la preuve relative à la race doit être soigneusement examinée par le juge de première instance. Bien que l'information générale soit utile, elle paraît souvent contradictoire (voir T. L. Perry, "The Transracial Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination" (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33, p. 59), et peut ne pas être suffisante pour éclairer le juge sur la situation courante des relations raciales dans une communauté donnée, ou sur l'aptitude de l'un ou l'autre requérant à faire face à ces questions.

41 For the Court of Appeal to intervene, it would have to find a material error. Although Warren J. did not discuss in detail the role that race plays in determining the best interests of the child, he did

41 Pour intervenir, la Cour d'appel doit conclure à l'existence d'une erreur importante. Bien que le juge Warren n'ait pas analysé en détail le rôle que joue la race dans l'appréciation de l'intérêt de l'en-

state that there is an overarching need for the child to be in a stable and loving environment. The limited findings of the trial judge on this issue reflected the minimal weight that the parties themselves placed on the issue at trial. Therefore, notwithstanding the role that race may play in custody determinations, it appears that the trial judge noted that this issue was not determinative and that, in this case, Elijah would be in a more stable and loving environment if custody was granted to the appellant. He clearly considered the mixed race of Elijah and implied that race may impact s. 24(1)(a) in some cases; however, the trial judge obviously was of the view that, even if the biological father provided some benefits as regards fostering a positive racial identity, these benefits did not outweigh the negative findings related to him. By intervening in the consideration of race by the trial judge, the Court of Appeal failed to apply the correct standard of review. It should not have intervened; this issue was given disproportionate emphasis at the initiative of the Court of Appeal.

42 In this case, there was absolutely no evidence adduced which indicates that race was an important consideration. As noted by the appellant in her factum, there was essentially no evidence of racial identity by reason of skin colour or of race relations in Vancouver or North Carolina; there was no evidence of the racial awareness of the applicants or of their attitudes concerning the needs of the child with regard to racial and cultural identity. The issues of race and ethnicity were not argued at trial, nor were written submissions provided in the appeal. The sole evidence relied upon by the respondents in this Court was a blanket statement by Mrs. Edwards that the appellant could not teach Elijah what it was to be Black and the testimony of Dr. Korpach that Elijah would likely be considered to be of Black colour. The Court of Appeal acknowledged this, at para. 48, where it stated:

> Perhaps because of the sensitivity of racial and cultural factors, counsel made very little reference to these matters, although Mrs. Edwards was asked in cross-exami-

fant, il a bel et bien dit que l'enfant a prioritairement besoin d'un environnement stable et affectueux. Les constatations limitées du juge à ce sujet correspondent au poids minime que les parties elles-mêmes ont donné à la question durant le procès. Par conséquent, nonobstant le rôle que peut jouer la race en matière de garde, il semble que le juge a indiqué que cette question n'était pas déterminante et qu'en l'occurrence Elijah serait dans un environnement plus stable et affectueux si la garde était confiée à l'appelante. À l'évidence, il a pris en considération la double origine raciale d'Elijah et a laissé entendre que la race pouvait influer sur l'al. 24(1)a) dans certains cas. Toutefois, il est évident que le juge pensait que, même si le père biologique pouvait présenter des avantages en favorisant une identité raciale positive, ces avantages ne l'emportaient pas sur les constatations négatives le concernant. En intervenant dans l'examen par le juge de première instance de la question de l'origine raciale, la Cour d'appel n'a pas appliqué la norme appropriée de contrôle. Elle n'aurait pas dû intervenir. À l'initiative de la Cour d'appel, cette question a reçu une attention disproportionnée.

En l'espèce, rien en preuve n'indiquait que la race était une considération importante. Comme le souligne l'appelante dans son mémoire, il n'y avait essentiellement aucune preuve d'identité raciale du fait de la couleur de la peau ou des relations raciales à Vancouver ou en Caroline du Nord; il n'y avait aucune preuve de la conscience raciale des requérants ou de leur attitude concernant les besoins de l'enfant en matière d'identité raciale et culturelle. Les questions de race et d'ethnicité n'ont pas été débattues au procès, ni dans l'argumentation écrite en appel. L'unique preuve qu'invoquent les intimés devant notre Cour est la déclaration générale de Mme Edwards, selon laquelle l'appelante ne pouvait enseigner à Elijah ce que c'était que d'être un Noir et le témoignage de Dr Korpach selon lequel Elijah serait vraisemblablement considéré comme étant de couleur noire. La Cour d'appel le reconnaît quand elle dit au par. 48 :

> [TRADUCTION] Peut-être à cause du caractère délicat des facteurs raciaux et culturels, les avocats ont peu parlé de ces questions, bien qu'on ait demandé en contre-interro-

nation whether she agreed that Elijah's "heritage" was a "complicating issue" between the two parents.

In fact, in this Court, counsel for the respondents stated that "neither of the parties wanted to touch it, because it's so politically incorrect to say that race has any bearing" (emphasis added). This is an unacceptable reason for counsel to fail to raise evidence on a factor that he or she believes may impact the best interests of the child. Without evidence, it is not possible for any court, and certainly not the Court of Appeal, to make a decision based on the importance of race. Unfortunately, this is what the Court of Appeal did when Newbury J.A. stated, at para. 50: "If it is correct that Elijah will be seen by the world at large as 'being black', it would obviously be in his interests to live with a parent or family who can nurture his identity. . . ." She further stated, at para. 51:

. . . it seems to me likely that being raised in an Afro-American family in a part of the world where the black population is proportionately greater than it is here, would to some extent be less difficult than it would be in Canada. Elijah would in this event have a greater chance of achieving a sense of cultural belonging and identity and would in his father have a strong role model who has succeeded in the world of professional sports.

III. The Addition of Mrs. Edwards as a Custodial Applicant at the Court of Appeal

The trial was conducted from October 1998 to January 1999. The *Family Relations Act* was amended to add ss. 24(1.1) and 35(1.1) on December 8, 1998. The respondent Mrs. Edwards did not apply to become a custodial parent at this time. The trial judge mentioned that Mrs. Edwards had no custody rights to Elijah and made his order accordingly.

During the Court of Appeal hearing, the Court of Appeal itself invited counsel to make a custody application on behalf of Mrs. Edwards. The Court of Appeal later found that the trial judge had erred in stating that Mrs. Edwards had no custody rights.

gatoire à Mme Edwards si elle convenait que « le patrimoine » d'Elijah « compliquait » la situation entre les deux parents.

43 En fait, devant notre Cour, l'avocat des intimés a dit que [TRADUCTION] « ni l'une ni l'autre partie ne voulait aborder la question, parce qu'il n'est pas conforme à la rectitude politique de dire que la race a une incidence quelconque » (je souligne). Ce n'est pas une raison acceptable de la part d'un avocat pour omettre de présenter une preuve sur un facteur qu'il estime pouvoir influer sur l'intérêt de l'enfant. Faute de preuve, il est impossible pour tout tribunal, et certainement pour la Cour d'appel, de rendre une décision fondée sur l'importance de la race. Malheureusement, c'est ce que fait la Cour d'appel lorsque le juge Newbury dit au par. 50 : [TRADUCTION] « S'il est exact qu'Elijah sera perçu par le monde en général comme "noir", il serait à l'évidence dans son intérêt de vivre avec le parent ou la famille qui peut nourrir son identité ». Elle ajoute ceci au par. 51 :

[TRADUCTION] . . . il me semble vraisemblable qu'être élevé dans une famille afro-américaine, dans une partie du monde où la population noire est proportionnellement plus grande qu'ici, serait dans une certaine mesure moins difficile qu'au Canada. Elijah aurait dans ce cas plus de chance de développer un sentiment d'appartenance et d'identité culturelles et il aurait en son père le modèle de quelqu'un qui a réussi dans le monde du sport professionnel.

III. La jonction de Mme Edwards comme corequérante de la garde en Cour d'appel

44 Le procès a eu lieu d'octobre 1998 à janvier 1999. La *Family Relations Act* a été modifiée par l'ajout des par. 24(1.1) et 35(1.1) le 8 décembre 1998. L'intimée Mme Edwards n'a pas demandé à devenir parent gardien à ce moment. Le juge de première instance a noté qu'elle n'avait aucun droit à la garde d'Elijah et a rendu son ordonnance en conséquence.

45 À l'audience en appel, la Cour d'appel a elle-même invité l'avocat à présenter une demande de garde au nom de Mme Edwards. La Cour d'appel a par la suite conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en disant que Mme

It found that the amended legislation allowed for her to request and be granted custody, and that procedural requirements were not an important impediment since Mrs. Edwards had been questioned at length at trial and the court had *parens patriae* jurisdiction to act in the best interests of the child.

46 When faced with a custody determination, the role of the Court of Appeal is to analyse the trial decision in its proper context. In other words, in making its decision, it must take notice of the persons who are the actual parties before the court. Mrs. Edwards did not apply for custody during the trial. As a result, it can hardly be said that Warren J. erred in not awarding joint custody to her and Mr. Edwards.

47 The Court of Appeal relied upon its *parens patriae* jurisdiction to award custody to a new party together with Mr. Edwards; in my view, adding a party on the initiative of the Court of Appeal is unfair to other parties and does not fall within the court's supervisory role. *Parens patriae* jurisdiction does not justify the avoidance of the rules of civil procedure. The respondents rely on Rule 15(5) of the British Columbia *Supreme Court Rules*, Reg. 221/90, which states:

Rule 15 — Change of Parties

. . .

(5) (a) At any stage of a proceeding, the court on application by any person may

. . .

(ii) order that a person, who ought to have been joined as a party or whose participation in the proceeding is necessary to ensure that all matters in the proceeding may be effectually adjudicated upon, be added or substituted as a party, and

Edwards n'avait aucun droit à la garde. La cour estimait que la loi modifiée lui permettait de demander et d'obtenir la garde, et que les exigences procédurales n'étaient pas un obstacle important étant donné que Mme Edwards avait été longuement interrogée au procès et que la cour pouvait, en vertu de sa compétence *parens patriae*, agir dans l'intérêt de l'enfant.

Lorsqu'elle doit se prononcer sur une question de garde, la cour d'appel a pour rôle d'analyser la décision de première instance dans son juste contexte. En d'autres termes, elle doit, pour rendre sa décision, prendre acte des parties qui sont effectivement devant elle. Puisque Mme Edwards n'a pas présenté de demande de garde pendant le procès, on ne peut pas dire que le juge Warren a commis une erreur en ne lui accordant pas la garde conjointe à elle et à M. Edwards.

La Cour d'appel s'est fondée sur sa compétence *parens patriae* pour accorder à une nouvelle partie la garde conjointe avec M. Edwards. À mon avis, prendre l'initiative de joindre une partie est inéquitable pour les autres parties et n'entre pas dans le rôle de surveillance de la cour d'appel. La compétence *parens patriae* ne justifie pas la non-application des règles de procédure civile. Les intimés invoquent le par. 15(5) des règles de procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, Reg. 221/90, qui dispose :

[TRADUCTION]

Règle 15 — Jonction ou substitution d'une partie

. . .

(5) a) Sur demande, le tribunal peut, par ordonnance au cours de l'instance,

. . .

(ii) joindre ou substituer comme partie la personne qui aurait dû être partie ou celle dont la participation à l'instance est nécessaire à la résolution effective des questions en litige,

(iii) order that a person be added as a party where there may exist, between the person and any party to the proceeding, a question or issue relating to or connected

(A) with any relief claimed in the proceeding, or

(B) with the subject matter of the proceeding,

which in the opinion of the court it would be just and convenient to determine as between the person and that party.

(iii) joindre une personne comme partie lorsqu'il peut exister, entre cette personne et toute partie à l'instance, une question reliée

(A) à toute mesure de redressement demandée en l'instance, ou

(B) à l'objet de l'instance,

qu'il serait, de l'avis du tribunal, juste et convenable de trancher entre la personne et cette partie.

For Mrs. Edwards to be added in accordance with Rule 15, the court must find that she "ought to have been joined" or "is necessary". I do not believe that it can be said that it was "necessary" that she become a party to the proceedings or that she "ought to have been joined" as a party. Rule 15(5)(a) is meant to cover situations where it is practically necessary for a person to be added as a party for the proper determination of the case; in a custody case, where the trial judge finds that both biological parents are suitable, even though they might not be perfect parents, it is not necessary for others to be added as parties, and the court should not try to find on its own a better party to whom custody should be granted. There is no indication that the trial judge in the case at bar erred in this regard, and there is therefore no reason for appellate intervention.

48 Pour que Mme Edwards puisse être jointe comme partie conformément à la règle 15, le tribunal doit conclure qu'elle « aurait dû être partie » ou que sa participation « est nécessaire ». Je ne crois pas qu'on puisse dire l'un ou l'autre. La règle 15(5)a) est censée viser les situations où la jonction d'une personne est pratiquement nécessaire pour la résolution adéquate du litige; quand, dans une affaire de garde, le juge estime que les deux parents biologiques sont des parents convenables, même s'ils ne sont pas des parents parfaits, il n'est pas nécessaire de joindre des tiers à l'instance et le tribunal ne devrait pas chercher de son propre chef une meilleure partie à qui accorder la garde. Rien n'indique que le juge de première instance en l'espèce a fait une erreur à cet égard et il n'y avait donc aucune raison d'intervenir en appel.

In this case, Mrs. Edwards, who was not a party, did not apply for custody at trial, and it was wrong for the Court of Appeal to initiate this process. The parties were Mr. Edwards and Ms. Van de Perre. In suggesting that Mrs. Edwards apply for custody, the Court of Appeal essentially added a party to a custody dispute on its own initiative. If Mrs. Edwards was to be considered, it would have to be by the trial judge, and a decision would have to be taken in light of all relevant evidence and pursuant to a satisfactory cross-examination on that basis. In the circumstances, since Mrs. Edwards was the cornerstone of her husband's case, she had little choice but to apply for custody after the intervention by the appellate court; otherwise, she would have risked irreparable damage to her husband's case. The Court of Appeal had no power to inter-

49 En l'espèce, Mme Edwards n'était pas partie à l'instance, n'avait pas demandé la garde au procès et c'est à tort que la Cour d'appel a engagé ce processus. Les parties étaient M. Edwards et Mme Van de Perre. En suggérant que Mme Edwards présente une demande de garde, la Cour d'appel a essentiellement joint de sa propre initiative une partie à un litige concernant la garde. S'il fallait prendre Mme Edwards en considération, il appartenait au juge de première instance de le faire et la décision devait être prise au vu de l'ensemble de la preuve et à la suite d'un contre-interrogatoire satisfaisant sur cette base. Dans les circonstances, étant donné que Mme Edwards constituait la pierre angulaire de la cause de son mari, elle n'avait d'autre choix que de présenter une demande de garde après l'intervention de la Cour d'appel; sinon, elle risquait de pro-

vene in such a manner and, as a result, exceeded its jurisdiction.

50 It should also be noted that, even if the Court of Appeal had been correct in finding that the trial judge should have added Mrs. Edwards by reason of the court's *parens patriae* jurisdiction, it still exceeded its jurisdiction in finding that the trial judge would have awarded custody to Mr. and Mrs. Edwards jointly, had Warren J. not made this supposed error. Custody determinations are necessarily decisions of mixed law and fact. Even if it were possible in law to allow the pleadings to be amended and award custody to Mrs. Edwards jointly with her husband, this consideration is only the legal aspect of a custody decision; it does not deal with the findings of fact. The only statement made by the trial judge as to Mrs. Edwards' ability to parent Elijah was that if left to her alone, she would fulfill Elijah's best interests. The Court of Appeal inferred from this statement that if the trial judge believed he could grant custody to Mr. and Mrs. Edwards, he would have. The Court of Appeal stated, at para. 44:

> ... I do not believe the procedural deficiency should preclude a custody award in favour of Mr. and Mrs. Edwards jointly. As I read the trial judge's Reasons, this was the outcome he would have preferred, from the viewpoint of Elijah's best interests, had he thought that option was available. [Emphasis added.]

51 Although the trial judge thought very highly of Mrs. Edwards and her parenting ability, he never stated that he would prefer to grant custody to Mrs. Edwards along with Mr. Edwards. Rather, the trial judge said that Mrs. Edwards alone satisfies Elijah's best interests. The trial judge did not think highly of Mr. Edwards, nor did he think his unstable family unit was in the best interests of the child. The Court of Appeal erred in making this finding of fact, which is contrary to the actual findings of the trial judge. If it was open to the Court of Appeal to add Mrs. Edwards as a party, which it was not, this should have been returned to trial for

voquer un préjudice irréparable à la cause de son mari. La Cour d'appel n'était pas habilitée à intervenir de cette façon et a donc excédé sa compétence.

Ajoutons que, même si la Cour d'appel avait eu raison de conclure que le juge de première instance aurait dû joindre Mme Edwards comme partie en raison de sa compétence *parens patriae*, elle a encore là excédé sa compétence en concluant qu'il aurait accordé la garde à M. et à Mme Edwards conjointement s'il n'avait pas commis l'erreur supposée. Les décisions en matière de garde sont inévitablement des décisions mixtes de droit et de fait. Même s'il était possible en droit de permettre la modification des actes de procédure et d'accorder à Mme Edwards la garde conjointe avec son mari, cette considération ne touche que l'aspect juridique de la décision; elle ne touche pas les conclusions de fait. La seule chose que le juge de première instance ait dite sur l'aptitude de Mme Edwards à assumer le rôle de parent à l'égard d'Elijah était que si elle en assumait seule la garde, elle servirait l'intérêt de l'enfant. La Cour d'appel en a déduit que si le juge avait pensé pouvoir accorder la garde à M. et Mme Edwards, il l'aurait fait. La Cour d'appel dit au par. 44:

> [TRADUCTION] Je ne crois pas que le vice de procédure devrait faire obstacle à l'octroi de la garde conjointe à M. et Mme Edwards. Selon la lecture que je fais des motifs du juge de première instance, c'est le résultat qu'il aurait préféré, du point de vue de l'intérêt d'Elijah, s'il avait estimé que cette option était possible. [Je souligne.]

Bien que le juge de première instance ait une très haute opinion de Mme Edwards et de ses compétences parentales, il n'a jamais dit qu'il préférerait lui confier la garde conjointement avec M. Edwards. Il a dit uniquement que Mme Edwards était apte à assurer seule l'intérêt d'Elijah. Le juge n'avait pas une haute opinion de M. Edwards, et il ne pensait pas non plus qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de vivre dans sa cellule familiale instable. La Cour d'appel a commis une erreur en tirant cette conclusion de fait contraire aux véritables conclusions du juge de première instance. S'il avait été loisible à la Cour d'appel de joindre

a determination of the best interests of the child. Upon return to trial, evidence should have been adduced concerning the impact of such a decision. As noted by the appellant, at para. 119 of her factum, the Court of Appeal heard and allowed no argument on this issue. I also note in passing that a contest between biological parents and non-parents gives rise to special considerations which were not addressed here; see *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *J.R. v. D.W.*, [1992] B.C.J. No. 1610 (QL) (S.C.); *L. (A.) v. K. (D.)*, *supra*, at para. 25.

Given the above conclusions, the appeal is allowed. The judgment of the British Columbia Court of Appeal is set aside with costs throughout and the decision of Warren J. is restored.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Bayshore Law Group, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Maxwell, Schuman & Company, Vancouver.

Solicitor for the interveners: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Mme Edwards comme partie, ce qui n'était pas le cas, l'affaire aurait dû être renvoyée en première instance pour appréciation de l'intérêt de l'enfant. Au procès, il aurait fallu présenter une preuve concernant l'impact d'une telle décision. Comme l'a fait observer l'appelante dans son mémoire, au par. 119, la Cour d'appel n'a entendu et n'a permis aucun argument sur cette question. Je note en passant qu'un litige entre des parents biologiques et des personnes autres que des parents fait jouer des considérations particulières qui n'ont pas été traitées ici; voir *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *J.R. c. D.W.*, [1992] B.C.J. No. 1610 (QL) (C.S.); *L. (A.) c. K. (D.)*, précité, par. 25.

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est infirmé avec dépens dans toutes les cours et la décision du juge Warren est rétablie. 52

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Bayshore Law Group, Vancouver.

Procureurs des intimés : Maxwell, Schuman & Company, Vancouver.

Procureur des intervenantes : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John R. Singleton *Respondent*

INDEXED AS: SINGLETON *v.* CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 61.

File No.: 27477.

2001: March 19; 2001: September 28.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Deductions — Interest — Taxpayer using equity in law firm to purchase house then refinancing law firm equity with borrowed money — Whether interest payments made on borrowed money deductible — Whether borrowed money "used for the purpose of earning income from a business" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

The respondent used $300,000 of equity in his law firm to purchase a house. He refinanced his law firm equity with borrowed money. All of the relevant cheques were deposited and honoured. The respondent paid interest of $3,688 in 1988 and $27,415 in 1989. He deducted the interest on his tax return for those years, pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act* claiming that the borrowed money now represented his investment in the law firm. The Minister of National Revenue reassessed and denied the interest deduction on the grounds that the borrowed money was used to finance the purchase of the house and not as a business investment. The Tax Court of Canada dismissed the respondent's appeal. The majority of the Federal Court of Appeal allowed the respondent's appeal.

Held (Bastarache and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The interest payments were deductible under s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*.

Per Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ.: While courts must be sensitive to the economic realities of a transaction and to the general object and spirit

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John R. Singleton *Intimé*

RÉPERTORIÉ : SINGLETON *c.* CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 61.

N° du greffe : 27477.

2001 : 19 mars; 2001 : 28 septembre.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR FÉDÉRALE D'APPEL

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêts — Utilisation par un contribuable de son avoir dans un cabinet d'avocats pour acheter une maison et rétablissement ultérieur de cet avoir au moyen d'un emprunt — Les intérêts payés sur l'argent emprunté sont-ils déductibles? — L'argent emprunté a-t-il été « utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise »? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

L'intimé a utilisé son intérêt de 300 000 $ dans le cabinet d'avocats dont il faisait partie pour acheter une maison et a refinancé sa participation dans le cabinet au moyen d'un emprunt. Tous les chèques pertinents ont été déposés et honorés. L'intimé a payé des intérêts de 3 688 $ en 1988 et de 27 415 $ en 1989. Conformément au sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il a déduit ces sommes dans ses déclarations de revenus pour les années en question, affirmant que l'argent emprunté constituait maintenant son apport en capital dans le cabinet d'avocats. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation dans laquelle il a rejeté la déduction des intérêts au motif que l'argent emprunté avait été utilisé pour financer l'achat de la maison et non pour effectuer un investissement commercial. La Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel formé par l'intimé contre cette décision. À la majorité, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de l'intimé.

Arrêt (les juges Bastarache et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. Les intérêts payés étaient déductibles en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie et Arbour : Quoique les tribunaux doivent prendre en considération l'objet général et l'esprit de la disposition

of the provision, where the provision at issue is clear and unambiguous, as in this case, its terms must simply be applied. Furthermore, absent a sham, window-dressing or other vitiating circumstances, none of which was alleged in this case, the respondent does not have to demonstrate a *bona fide* purpose.

In this case, a direct link can be drawn between the borrowed money and an eligible use, so the respondent was entitled to deduct from his income the relevant interest payments. The transactions in question are properly viewed independently. Regardless of the sequence of the cheques, the respondent used the borrowed funds for the purpose of refinancing his partnership capital account with debt. Viewing the transactions as one simultaneous transaction, thereby treating the borrowed funds as used for financing the purchase of the home, ignores what the respondent actually did: he used the borrowed funds to replace the funds required for his capital account at the firm. Taxpayers are entitled to structure their transactions in a manner that reduces taxes; the fact that the structures may be complex arrangements does not remove the right to do so. The respondent engaged in a legal transaction to which the Court must give effect. It is irrelevant that he used the money he withdrew from the firm to purchase a house, that the transactions occurred on the same day, and that the respondent structured the transaction for tax purposes.

The $300,000 invested in the law firm was not frozen for all time in the form of its original investment. Corporations can refinance equity with debt and deduct the interest on the associated debt. Since fairness requires that the same legal principles must apply to all taxpayers, irrespective of their status as natural or artificial persons, unless the Act specifically provides otherwise, the respondent should be entitled to refinance his partnership equity with debt and deduct the interest. Similarly, if a partner's initial capital investment was financed with borrowed funds, the interest on the original loan and on subsequent refinancing of debt is deductible. It would be inconsistent if a partner who originally financed with his own money and later refinanced with debt could not deduct the interest.

législative en cause ainsi que la réalité économique entourant l'opération, lorsque la disposition est claire et non équivoque, comme c'est le cas en l'espèce, ils doivent se contenter de l'appliquer. En outre, en l'absence de simulacre, d'artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération concernée — aucune allégation de cette nature n'ayant d'ailleurs été formulée en l'espèce —, l'intimé n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une fin véritable.

En l'espèce, un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation admissible, de sorte que l'intimé avait le droit de déduire les versements d'intérêts pertinents de son revenu. Il convient de considérer les opérations en question comme des opérations distinctes. Indépendamment de l'ordre des chèques, l'intimé a utilisé l'argent emprunté pour renflouer son compte de capital dans la société de personnes. Le fait de traiter les opérations comme une seule et même opération et, partant, de considérer que l'argent emprunté a été utilisé pour financer l'achat de la maison ne tient pas compte de ce que l'intimé a réellement fait, à savoir qu'il a utilisé l'argent emprunté pour remplacer les fonds qui devaient être dans son compte de capital. Les contribuables ont le droit de structurer leurs opérations de façon à réduire leurs obligations fiscales; le fait que la structure des opérations soit le résultat de stratégies complexes n'enlève pas aux contribuables le droit de recourir à de telles stratégies. L'intimé a effectué une opération juridique à laquelle notre Cour doit donner effet. Le fait que l'intimé ait utilisé l'argent qu'il a retiré du cabinet pour acheter une maison, que les opérations se soient produites le même jour et qu'il ait structuré l'opération à des fins fiscales n'est pas pertinent.

Les 300 000 $ investis dans le cabinet n'étaient pas figés à jamais sous la forme dans laquelle ils avaient été investis initialement. Les sociétés peuvent refinancer leur participation en capital au moyen d'un emprunt et déduire les intérêts payés sur cet emprunt. Étant donné qu'il faut en toute justice que les mêmes principes de droit s'appliquent à tous les contribuables indépendamment de leur qualité de personne physique ou de personne morale, à moins que la Loi ne dise expressément le contraire, l'intimé devrait avoir le droit de refinancer sa participation dans la société de personnes au moyen d'un emprunt et de déduire les intérêts payés sur celui-ci. De même, si le capital investi initialement par un associé était financé par emprunt, les intérêts sur l'emprunt original et sur le refinancement par voie d'emprunt sont déductibles. Il serait incohérent que l'associé dont l'apport initial provient de fonds propres et qui rétablit ensuite cet apport au moyen d'un emprunt ne puisse pas déduire les intérêts payés sur celui-ci.

Per Bastarache and LeBel JJ. (dissenting): This case does not involve a pure question of law. It turns on the purpose for which the borrowed money was used, and determining the taxpayer's purpose in undertaking the transactions at issue requires an examination of the surrounding facts. Since the Tax Court judge heard all the evidence relevant to determining the taxpayer's purpose, deference should be given to his understanding of the facts.

Although *Shell Canada* weakens the "economic realities" jurisprudence, it does not reject it wholesale. Courts are still required to look beyond the legal instruments used by the taxpayer in those cases where the legal relations were not created *bona fide*. The economic realities of the situation, however, do not grant a court licence to ignore clear statutory language. In order to ensure that clear statutory language is not overlooked, the words-in-total-context approach should be applied in this case.

The interest paid should not be claimed as a deduction from taxable income. Upon considering the economic realities in this case, it is clear that a series of transactions like the one at bar does not constitute a set of *bona fide* legal relations. The respondent funnelled money through his law firm simply to secure a tax advantage; his borrowing was not made with the *bona fide* purpose of generating income from his business. A contextual reading of s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*, leads to the same conclusion. First, the section is an exception to the general rule against deductibility. Second, the purpose of s. 20(1)(*c*)(i) is to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income. Since the deduction is being claimed for a use of borrowed capital that will lead to the purchase of personal property rather than the production of income, the deduction should be denied. Whether the transactions are considered separately or together does not affect the legal relations created by the taxpayer.

It is not unfair to deny a deduction to the respondent even though a corporation which refinances equity with debt would be allowed the interest deduction. By definition, any money borrowed by a corporation will relate to the business, but money borrowed by an individual may relate to the business or, as in this case, to personal matters. Similarly, a partner who originally financed the partnership with his own money will only continue to get the interest deduction on any subsequently borrowed

Les juges Bastarache et LeBel (dissidents) : La présente affaire ne soulève pas une pure question de droit. L'issue de la présente affaire dépend de la fin pour laquelle l'argent emprunté a été utilisé et il faut examiner les circonstances de l'affaire pour déterminer la fin que visait le contribuable lorsqu'il a effectué les opérations en cause. Puisque le juge de la Cour de l'impôt a entendu toute la preuve pertinente pour déterminer la fin recherchée par le contribuable, il convient de faire montre de déférence à l'égard de son appréciation des faits.

Bien que l'arrêt *Shell Canada* apporte des tempéraments à la jurisprudence relative à la « réalité économique », il ne la rejette pas en bloc. Les tribunaux doivent encore aller au-delà des instruments juridiques utilisés par le contribuable dans les affaires où les rapports juridiques n'ont pas un caractère véritable. Toutefois, la réalité économique de la situation n'autorise pas le tribunal à faire abstraction d'un texte législatif clair. Pour garantir qu'il ne sera pas fait abstraction du libellé clair d'une disposition, il faut appliquer la méthode du contexte global en l'espèce.

Les intérêts payés ne devraient pas être déduits du revenu imposable. À la lumière de la réalité économique en l'espèce, il est clair qu'une série d'opérations comme celle qui nous occupe ne constitue pas un ensemble de rapports juridiques véritables. L'intimé a fait transiter des fonds par son cabinet d'avocats simplement en vue d'obtenir un avantage fiscal; il n'a pas emprunté dans le but véritable de tirer un revenu de son entreprise. L'interprétation contextuelle du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mène à la même conclusion. Premièrement, cette disposition est une exception à la règle générale interdisant la déduction des intérêts. Deuxièmement, le sous-al. 20(1)*c*)(i) a pour objet de favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables. Comme la déduction est réclamée à l'égard d'argent emprunté utilisé en vue de financer l'achat d'un bien personnel plutôt que de produire un revenu, elle doit être refusée. Que les deux opérations soient considérées séparément ou conjointement, cela n'a aucune incidence sur les rapports juridiques créés par le contribuable.

Il n'est pas inéquitable de refuser la déduction à l'intimé même si une société qui refinance sa participation en capital au moyen d'un emprunt serait autorisée à déduire les intérêts payés par celui-ci. Par définition, l'argent emprunté par une société se rattachera à l'entreprise, mais l'argent emprunté par une personne physique peut se rattacher à l'entreprise ou, comme en l'espèce, à des biens personnels. De même, l'associé qui utilise son propre argent pour verser à la société son apport initial

money if that money is related to the business. He will not get the deduction for personal spending. The Act requires that the court consider the actual purpose for which the borrowed money was used. The question to be asked in order to ascertain that purpose is, "What was changed by these transactions?" Here it was the acquisition of a house. The financing of the law firm remained the same. Lastly, the "direct link" analysis in *Shell Canada* does not suggest that, under s. 20(1)(*c*)(i), a taxpayer can deduct the interest he paid on money he borrowed for a purpose completely unrelated to his business.

ne bénéficiera de la déduction des intérêts payés sur toute somme empruntée ultérieurement que si ces sommes sont liées à l'entreprise. Il n'aura pas droit à une déduction pour des dépenses personnelles. La Loi exige que le tribunal tienne compte de la fin réelle pour laquelle l'argent emprunté a été utilisé. La question qu'il faut se poser pour déterminer cette fin est : « Quel changement les opérations ont-elles entraîné? » En l'occurrence, ce fut l'acquisition d'une maison. Le capital du cabinet d'avocats est resté le même. Finalement, l'analyse relative au « lien direct » faite dans l'arrêt *Shell Canada* ne suggère pas qu'un contribuable peut, en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i), déduire les intérêts versés sur de l'argent emprunté à une fin dépourvue de tout lien avec son entreprise.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue*, 70 D.T.C. 6351; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62.

By LeBel J. (dissenting)

Shell Canada Ltd. v. Canada, [1999] 3 S.C.R. 622; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305; *Mark Resources Inc. v. The Queen*, 93 D.T.C. 1004; *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10; *Dunn v. M.N.R.*, 74 D.T.C. 1121; *Stubart Investments Ltd v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Harris Steel Group Inc. v. M.N.R.*, 85 D.T.C. 5140; *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue*, 70 D.T.C. 6351; *Sternthal v. The Queen*, 74 D.T.C. 6646.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés : *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Trans-Prairie Pipelines Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 70 D.T.C. 6351; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Shell Canada Ltée c. Canada, [1999] 3 R.C.S. 622; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305; *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] A.C.I. nº 265 (QL); *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10; *Dunn c. M.N.R.*, 74 D.T.C. 1121; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Harris Steel Group Inc. c. M.R.N.*, 85 D.T.C. 5140; *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; *Trans-Prairie Pipelines Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 70 D.T.C. 6351; *Sternthal c. La Reine*, 74 D.T.C. 6646.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(1)(*b*), 20(1)(*c*)(i).

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 18(1)*b*), 20(1)*c*)(i).

Authors Cited

Duff, David G. "Interpreting the *Income Tax Act* — Part 2: Toward a Pragmatic Approach" (1999), 47 *Can. Tax J.* 741.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1999] 4 F.C. 484, 177 D.L.R. (4th) 461, 243 N.R. 110, 99 D.T.C. 5362, [1999] F.C.J. No. 864 (QL), setting aside a judgment of the Tax Court of Canada, [1996] 3 C.T.C. 2873, 96 D.T.C. 1850, [1996] T.C.J. No. 1101 (QL), affirming the Minister's reassessment disallowing the respondent's interest deduction. Appeal dismissed, Bastarache and LeBel JJ. dissenting.

Donald G. Gibson and *Deen C. Olsen*, for the appellant.

John H. Saunders, for the respondent.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

1 MAJOR J. — This appeal raises the issue of whether borrowed money was "used for the purpose of earning income" within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (the "Act"). The respondent had at least $300,000 of equity in his law firm. He decided to use this money to purchase a house and to refinance his law firm equity with borrowed money. The respondent then deducted the interest payments made on the borrowed money pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) of the Act, claiming that the borrowed money now represented his investment in the law firm. The Minister of National Revenue denied the deduction on the grounds that the borrowed money was used to finance the purchase of the house and not as a business investment.

2 The question is whether the borrowed money was used for the purpose of earning income from the law firm or for the purpose of financing the purchase of his house. If the former, the interest is deductible; if the latter, it is not.

Doctrine citée

Duff, David G. « Interpreting the *Income Tax Act* — Part 2 : Toward a Pragmatic Approach » (1999), 47 *Can. Tax J.* 741.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1999] 4 C.F. 484, 177 D.L.R. (4th) 461, 243 N.R. 110, 99 D.T.C. 5362, [1999] A.C.F. nº 864 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1996] 3 C.T.C. 2873, 96 D.T.C. 1850, [1996] A.C.I. nº 1101 (QL), qui avait confirmé la nouvelle cotisation du ministre refusant la déduction des intérêts par l'intimé. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache et LeBel sont dissidents.

Donald G. Gibson et *Deen C. Olsen*, pour l'appelante.

John H. Saunders, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si de l'argent emprunté a été « utilisé en vue de tirer un revenu » au sens du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) (la « Loi »). L'intimé, qui avait un intérêt d'au moins 300 000 $ dans le cabinet d'avocats dont il fait partie, a décidé d'utiliser cet argent pour acheter une maison et de refinancer sa participation dans le cabinet d'avocats au moyen d'un emprunt. Il a ensuite déduit, conformément au sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi, les intérêts payés sur l'argent emprunté, affirmant que cette somme constituait maintenant son apport en capital dans le cabinet d'avocats. Le ministre du Revenu national a refusé la déduction au motif que l'argent emprunté avait servi à financer l'achat d'une maison et non à effectuer un investissement commercial.

Il s'agit de déterminer si l'intimé a utilisé l'argent emprunté pour tirer un revenu de son cabinet d'avocats ou pour financer l'achat de sa maison. Dans le premier cas, les intérêts sont déductibles, alors que dans le second ils ne le sont pas.

I conclude that the borrowed money was used for the purpose of earning income from the law firm. As such, the interest is deductible pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) of the Act. Accordingly, the appeal is dismissed.

I. Facts

The respondent is a partner in the law firm Singleton Urquhart. On October 27, 1988 the amount in the respondent's capital account at the law firm was at least $300,000. The respondent's original capital contributions had not been financed with borrowed funds. On October 27, 1988 the respondent wanted to do a number of things. He wanted to use $300,000 of his equity in the law firm to assist in the purchase of a house. He then wanted to borrow that same amount and use it to refinance his partnership capital account.

There is less than full agreement on how the respondent achieved these results and the record is unclear as to the sequence of the transactions that occurred on October 27, 1988. While not central to this appeal, the transactions occurred in one of two possible ways.

One way was that found by the Tax Court judge, that is that $298,750 of money borrowed from the Bank of British Columbia, along with $1,250 of the respondent's own money, went into the firm trust account. A cheque for $300,000 was then paid into the partnership general account and credited to the respondent's capital account. The partnership then paid $300,000 by cheque to the respondent, who deposited this money into his personal bank account. The respondent then issued a cheque drawn on his personal bank account, payable to the firm, for $300,000. This amount was deposited into a client trust account. The respondent's spouse deposited $147,901 into the same account. The firm issued a cheque for $440,451 drawn on the client trust account and payable to the solicitors for the vendors of the house.

Je conclus que l'intimé a utilisé l'argent emprunté en vue de tirer un revenu de son cabinet d'avocats. En conséquence, les intérêts sont déductibles conformément au sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi. Le pourvoi est par conséquent rejeté. 3

I. Les faits

L'intimé est associé au sein du cabinet d'avocats Singleton Urquhart. Le 27 octobre 1988, le solde créditeur de son compte de capital s'élevait à au moins 300 000 $. L'intimé n'avait pas contracté d'emprunt pour financer ses apports de capitaux initiaux. Ce jour-là, l'intimé a voulu faire un certain nombre de choses. Il a voulu utiliser 300 000 $ de son intérêt dans le cabinet pour financer en partie l'achat d'une maison. Il a ensuite voulu emprunter une somme équivalente et l'utiliser pour refinancer son compte de capital dans la société de personnes. 4

Les parties ne s'entendent pas sur la façon dont l'intimé s'y est pris pour atteindre ces objectifs, et le dossier n'indique pas clairement l'ordre dans lequel se sont déroulées les opérations réalisées le 27 octobre 1988. Bien que cette question ne soit pas cruciale pour trancher le présent pourvoi, les opérations ont pu se passer de deux façons. 5

Suivant la première — celle retenue par le juge de la Cour de l'impôt —, l'intimé a versé dans le compte en fiducie du cabinet la somme de 298 750 $, empruntée à la Bank of British Columbia, ainsi que la somme de 1 250 $ provenant de ses propres fonds. Un chèque de 300 000 $ a ensuite été déposé dans le compte général de la société puis crédité au compte de capital de l'intimé. La société lui a alors remis un chèque de 300 000 $, qu'il a déposé dans son compte bancaire personnel. L'intimé a alors tiré sur ce compte un chèque de 300 000 $ payable au cabinet. Cette somme a été déposée dans le compte en fiducie d'un client. La conjointe de l'intimé a déposé la somme de 147 901 $ dans ce compte. Le cabinet a tiré, sur ce compte en fiducie, un chèque de 440 451 $ payable aux avocats des vendeurs de la maison. 6

7 The other way as found by the Court of Appeal, was that on October 27, 1988, the firm paid the respondent Singleton $300,000 from his capital account. He used the $300,000 to assist in the purchase of a house registered in his wife's name. Later that same day, the respondent borrowed $400,000 from the Bank of British Columbia, only $298,750 of which is relevant to this appeal, and together with $1,250 of his own money, paid $300,000 back into his capital account at the law firm.

Selon l'autre façon — celle retenue par la Cour d'appel — , le cabinet a versé à l'intimé Singleton, le 27 octobre 1988, une somme de 300 000 $ prélevée sur le compte de capital de ces dernier. Singleton a utilisé cette somme pour financer en partie l'achat d'une maison qui a été enregistrée au nom de son épouse. Plus tard le même jour, l'intimé a emprunté de la Bank of British Columbia une somme de 400 000 $, dont une partie seulement — 298 750 $ — est pertinente dans le cadre du présent pourvoi, et, ajoutant à cet argent une somme de 1 250 $ lui appartenant, il a remis 300 000 $ dans son compte de capital au sein du cabinet.

8 Counsel for the respondent conceded that the record is unclear as to whether the $300,000 came out of the firm before the money was borrowed. However, it is undisputed that the respondent had at least $300,000 in his capital account on October 27, 1988. Furthermore, all of the relevant cheques were deposited and honoured.

L'avocat de l'intimé a concédé que le dossier n'indiquait pas clairement si la somme de 300 000 $ avait été tirée du cabinet avant que l'emprunt ait été contracté. Il est toutefois incontesté qu'il y avait au moins 300 000 $ dans le compte de capital de l'intimé le 27 octobre 1988. En outre, tous les chèques pertinents ont été déposés et honorés.

9 The respondent paid interest of $3,688.52 in 1988 and $27,415.46 in 1989 and deducted the interest on his tax return for those years, pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) of the Act. The Minister reassessed and denied the interest deduction on the grounds that the borrowed money was used to finance the purchase of the house. The Tax Court of Canada dismissed the respondent's appeal. The majority of the Federal Court of Appeal allowed the respondent's appeal.

L'intimé a payé des intérêts s'élevant à 3 688,52 $ en 1988 et à 27 415,46 $ en 1989 et, conformément au sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi, il a déduit ces sommes dans ses déclarations de revenus pour les années en question. Le ministre a établi une nouvelle cotisation dans laquelle il a refusé la déduction des intérêts au motif que l'argent emprunté avait été utilisé pour financer l'achat de la maison. La Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel formé par l'intimé contre cette décision. La Cour d'appel fédérale a, à la majorité, accueilli l'appel de l'intimé.

II. Statutory Provisions

II. Les dispositions législatives pertinentes

10 *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)

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

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 rappor-

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 income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

. . .

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

tent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui 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 dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),

. . .

III. Judicial History

A. *Tax Court of Canada*, [1996] 3 C.T.C. 2873

This case was originally heard by Kempo J.T.C.C., who retired before she rendered judgment. As a result, Bowman J.T.C.C. decided this case relying on the transcript and submissions made before him.

Bowman J.T.C.C. began his analysis of whether the interest was deductible with an examination of what the borrowed money was used for. He concluded that, on October 27, 1988, the borrowed money was channelled through the firm and immediately went to the respondent for the purchase of the house. He observed that "[w]ithout suggesting that there was a sham or dissimulation, that is the reality of the situation" (p. 2876). He concluded, at p. 2876:

On any realistic view of the matter it could not be said that the money was used for the purpose of making a contribution of capital to the partnership. The fundamental purpose was the purchase of a house and this purpose cannot be altered by the shuffle of cheques that took place on October 27, 1988.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour canadienne de l'impôt*, [1996] A.C.I. nº 1101 (QL)

La présente affaire a été entendue par madame le juge Kempo, qui a toutefois pris sa retraite avant d'avoir rendu jugement. C'est en conséquence le juge Bowman qui a statué sur l'affaire, à la lumière de la transcription de l'audience et des arguments qui lui ont été présentés. 11

Pour décider si les intérêts étaient déductibles, le juge Bowman s'est d'abord demandé à quelle fin l'argent emprunté avait été utilisé. Il a conclu que, le 27 octobre 1988, après avoir transité par le cabinet, l'argent emprunté avait été remis immédiatement à l'intimé pour servir à l'achat de la maison. Il a souligné que, « [s]ans donner à entendre qu'il y a eu trompe-l'œil ou dissimulation, c'est ce qui s'est réellement produit » (par. 11). Il a tiré la conclusion suivante, au par. 12 : 12

Peu importe le point de vue adopté, on ne peut dire de façon réaliste en l'espèce que l'argent emprunté a été utilisé aux fins d'un apport de capital dans la société. L'objectif fondamental était l'achat d'une maison, et l'échange de chèques qui s'est produit le 27 octobre 1988 n'y change rien.

13 Bowman J.T.C.C. concluded that the borrowed money was used as a "matter of economic reality" (p. 2877) for the purpose of buying the house. He added that the steps of the transaction were "conterminous and interdependent" (p. 2877). He stated that even if the legal validity of the steps was accepted and the tax motivation treated as irrelevant, "one is still left with the inescapable factual determination that the true economic purpose for which the borrowed money was used was the purchase of a house, not the enhancement of the firm's income earning potential by a contribution of capital" (pp. 2878-79). He dismissed the appeal.

B. *Federal Court of Appeal*, [1999] 4 F.C. 484

(1) Rothstein J.A. for the Majority

14 Rothstein J.A. first considered the proper standard of review to apply in this case. He noted that the Tax Court judge used the term "inescapable factual determination" in referring to the "true economic purpose for which the borrowed money was used" (para. 41 (emphasis added by Rothstein J.A.)). Rothstein J.A. stated that what was at issue was how to treat the transaction for the purpose of s. 20(1)(*c*)(i). He held that this raised a question of law and it was appropriate for the Court of Appeal to re-examine the conclusion of the Tax Court judge.

15 Rothstein J.A. then considered whether the transactions should be treated independently or as a series of connected activities. He thought the transactions should be treated independently in order to reflect the reality of what occurred: the respondent had his own funds in his capital account which he withdrew and used to purchase a house and he used the borrowed funds to replenish his capital account. Therefore, the borrowed funds were used for the purpose of refinancing the respondent's capital investment in the law firm. He concluded that s. 20(1)(*c*)(i) does not exclude borrowed funds used for this purpose.

Le juge Bowman a estimé que, « en réalité [. . .] du point de vue économique » (par. 13), l'argent emprunté avait été utilisé en vue d'acheter la maison. Il a ajouté que les divers aspects de l'opération étaient « survenus l'un à la suite de l'autre et étaient [. . .] interdépendants » (par. 13). Il a affirmé que, même si on acceptait la validité en droit des mesures prises et on considérait que l'objectif fiscal est sans importance, « on ne peut nier le fait que la véritable fin économique à laquelle l'argent emprunté a été utilisé était l'achat d'une maison, et non pas l'accroissement de la capacité productive du cabinet au moyen d'un apport de capital » (par. 17). Il a rejeté l'appel.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1999] 4 C.F. 484

(1) Le juge Rothstein, au nom de la majorité

Le juge Rothstein a d'abord examiné la norme de contrôle applicable en l'espèce. Il a souligné que le juge de la Cour de l'impôt avait employé les termes « on ne peut nier le fait » en parlant de la « véritable fin économique à laquelle l'argent emprunté a été utilisé » (par. 41 (soulignements du juge Rothstein)). Selon le juge Rothstein, la question en litige était de savoir de quelle façon il convenait de traiter les opérations pour l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i). Il a estimé que celles-ci soulevaient une question de droit et qu'il était opportun pour la Cour d'appel de réexaminer la conclusion du juge de la Cour de l'impôt.

Le juge Rothstein s'est ensuite demandé si les diverses opérations devaient être considérées soit comme des opérations indépendantes soit comme une série d'opérations liées. D'après lui, il fallait les considérer de la première façon pour tenir compte de la situation véritable : l'intimé a versé son propre argent dans son compte de capital, argent qu'il a retiré pour acheter une maison, et il a utilisé l'emprunt pour renflouer son compte de capital. L'intimé a donc utilisé l'argent emprunté en vue de refinancer son apport de capital dans le cabinet. Le juge Rothstein a conclu que l'argent emprunté et utilisé à une telle fin n'est pas exclu du champ d'application du sous-al. 20(1)*c*)(i).

Rothstein J.A said that two requirements for interest deductibility set out in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, are relevant here. The first is tracing, which the Minister conceded was not at issue. The second is the direct use of the borrowed funds, which he concluded was to refinance the capital account. Rothstein J.A. held that in accordance with *Bronfman Trust*, this direct use could not be ignored.

Rothstein J.A. relied on *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, *per* Bastarache J., who wrote for the Court on this point, in stating that there are three important principles of law relevant to this appeal (at para. 58):

> First, a taxpayer who complies with the provisions of the *Income Tax Act* ought not be denied the benefit of such provisions simply because the transaction was motivated for tax planning purposes. Second, in the absence of evidence that the transaction was a sham or abuse . . . and where the words of the Act are clear, it is not the role of the Court to decide . . . whether the taxpayer is deserving of a deduction. Third, it is an error for the Court to ignore the legal and commercial reality of a transaction.

Rothstein J.A. concluded that the absence of the phrase "series of transactions" from s. 20(1)(*c*)(i) implies that the legislature did not intend that the series test be applied to transactions such as the one at issue.

The majority of the Federal Court of Appeal allowed the appeal and set aside the judgment of the Tax Court and the Minister's reassessment.

(2) Linden J.A. in Dissent

Linden J.A. noted that the focus of the case was whether the borrowed funds were used for the purpose of earning income. He concluded that the Tax

16 Le juge Rothstein a déclaré que deux des conditions énoncées à l'égard de la déductibilité des intérêts dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, étaient pertinentes en l'espèce. La première est la concordance de l'opération avec une utilisation admissible, question qui n'était pas en litige a concédé le ministre. La deuxième a trait à l'utilisation directe de la somme empruntée qui, de conclure le juge Rothstein, a servi à renflouer le compte de capital. Ce dernier a estimé que, conformément à l'arrêt *Bronfman Trust*, on ne pouvait pas omettre de tenir compte de cet usage direct.

17 Se fondant sur l'arrêt *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, le juge Bastarache, qui s'est exprimé pour la Cour sur ce point, le juge Rothstein a affirmé que trois importants principes juridiques étaient pertinents dans le présent pourvoi, au par. 58 :

> Premièrement, le contribuable qui se conforme aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne devrait pas se voir refuser le bénéfice de ces dispositions simplement parce que l'opération en cause était motivée par des considérations de planification fiscale. Deuxièmement, en l'absence d'une preuve que l'opération est un trompe-l'œil ou qu'elle représente un abus [. . .], et lorsque le libellé de la Loi est clair, il n'appartient pas à un tribunal de [déterminer] [. . .] si le contribuable a droit à une déduction. Troisièmement, la Cour commet une erreur en ne tenant pas compte de la réalité juridique et commerciale d'une opération.

18 Le juge Rothstein a conclu que le fait que l'expression « série d'opérations » ne soit pas employée au sous-al. 20(1)*c*)(i) implique que le législateur n'entendait pas que le critère relatif à la série d'opérations s'applique aux opérations semblables à celle en cause.

19 Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont accueilli l'appel et infirmé le jugement de la Cour de l'impôt ainsi que la nouvelle cotisation établie par le ministre.

(2) Le juge Linden, dissident

20 Le juge Linden a indiqué que la question principale consistait à déterminer si l'argent emprunté avait été utilisé en vue de produire un revenu. Il a

Court judge was correct in deciding that the interest was not properly deductible under s. 20(1)(*c*)(i). He gave three reasons for this conclusion (at para. 4):

> 1. The determination of the purpose for which borrowed money was used is primarily a factual determination which should not be interfered with.
>
> 2. Past cases have, without exception, denied the deductibility of interest in transactions such as these.
>
> 3. The task of the Court under paragraph 20(1)(*c*) of the Act is to examine the commercial and economic realities underlying the transaction to determine if the borrowed funds were "used for the purpose of earning income," which, in my view, they were not.

conclu que le juge de la Cour de l'impôt avait eu raison de décider que les intérêts n'étaient pas déductibles en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i). Il a donné trois motifs au soutien de cette conclusion (au par. 4) :

> 1. La détermination des fins auxquelles l'argent emprunté a été utilisé est avant tout une détermination factuelle qui ne doit pas être modifiée.
>
> 2. La déduction des intérêts a toujours par le passé été refusée lorsque des opérations telles que celles-ci étaient conclues.
>
> 3. Il incombe à la Cour, en vertu de l'alinéa 20(1)*c*) de la Loi, d'examiner les réalités commerciales et économiques sous-tendant l'opération en vue de déterminer si l'argent emprunté a été « utilisé en vue de tirer un revenu », ce qui, à mon avis, n'était pas le cas en l'espèce.

IV. Issue

21 Was the borrowed money "used for the purpose of earning income from a business" such that the interest is deductible pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) of the Act?

IV. La question en litige

L'argent emprunté a-t-il été « utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise », de sorte que les intérêts payés sur cet emprunt sont déductibles en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi?

V. Analysis

V. L'analyse

A. *Standard of Review*

A. *La norme de contrôle*

22 Bowman J.T.C.C. concluded that it was an "inescapable factual determination that the true economic purpose for which the borrowed money was used was the purchase of a house" (p. 2878). Linden J.A., in dissent, held that this was a factual determination which should not be interfered with. I respectfully disagree. I adopt the conclusion of Rothstein J.A. That is, this appeal raises the issue of what is the proper legal test under s. 20(1)(*c*)(i). That is a question of law. For the reasons outlined, the Tax Court judge, in searching for the "true economic purpose", applied the wrong legal test.

Le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'« on ne peut nier le fait que la véritable fin économique à laquelle l'argent emprunté a été utilisé était l'achat d'une maison » (par. 17). En dissidence, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale a estimé qu'il s'agissait d'une conclusion de fait qu'il ne convenait pas de modifier. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Je souscris à la conclusion du juge Rothstein, soit que le présent pourvoi soulève la question de savoir quel est le critère juridique approprié pour l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i). Il s'agit là d'une question de droit. Pour les motifs que j'expose, le juge de la Cour de l'impôt a appliqué le mauvais critère juridique en s'interrogeant sur la « véritable fin économique » des opérations.

23 To the extent that the Tax Court judge's characterization of the sequence of the transactions dif-

Pour autant que le juge de la Cour de l'impôt et la Cour d'appel ont décrit différemment l'ordre des

fered from that of the Court of Appeal, it is of no material consequence in the determination of this appeal.

B. *The Legal Principles to Be Applied in this Case*

The law with regard to s. 20(1)(*c*)(i) was recently clarified in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. The decision in *Shell* is determinative of the issue in this case. The key principles from that case bear repeating.

In *Shell*, *supra*, McLachlin J. (later Chief Justice), writing for the Court, confirmed that s. 20(1)(*c*)(i) contains four elements (at para. 28):

> (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. [Emphasis added.]

Only the third element is at issue in this appeal: the borrowed money must be used for the purpose of earning non-exempt income from a business. The *Shell* case confirmed that the focus of the inquiry is not on the purpose of the borrowing *per se*, but is on the taxpayer's purpose in using the money. McLachlin J. agreed with Dickson C.J. in *Bronfman Trust* that the inquiry must be centred on the use to which the taxpayer put the borrowed funds. McLachlin J. made it clear that the deduction is not available where the link between the borrowed money and the eligible use is indirect. However, she made it equally clear that "[i]f a direct link can be drawn between the borrowed money and an eligible use" this third element is satisfied (para. 33).

In examining the Minister's argument about the need to consider the economic realities of a transaction rather than being bound to its strict legal

opérations, ceci n'a aucune conséquence pratique sur l'issue du présent pourvoi.

B. *Les principes juridiques applicables en l'espèce*

Récemment, dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, notre Cour a précisé le droit relatif au sous-al. 20(1)*c*)(i). Cet arrêt est déterminant à l'égard de la question en litige. Il convient de répéter les principes fondamentaux qui y ont été énoncés. 24

Dans l'arrêt *Shell*, précité, par. 28, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour, a confirmé que le sous-al. 20(1)*c*)(i) établissait quatre conditions : 25

> (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. [Je souligne.]

Seule la troisième condition est en litige dans le présent pourvoi : l'argent emprunté doit être utilisé en vue de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise. L'arrêt *Shell* a confirmé que l'examen ne s'attache pas à l'objet de l'emprunt comme tel, mais bien à l'objectif poursuivi par le contribuable en utilisant la somme empruntée. Le juge McLachlin a souscrit à l'opinion du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, à savoir que l'examen doit être axé sur l'usage que le contribuable fait des fonds empruntés. Le juge McLachlin a clairement indiqué qu'il ne pouvait y avoir déduction lorsque le lien entre l'emprunt et l'utilisation admissible est indirect. Elle a toutefois signalé tout aussi clairement que, « [s]i un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation admissible », la troisième condition est respectée (par. 33). 26

Examinant l'argument du ministre selon lequel il faut tenir compte de la réalité économique entourant l'opération et ne pas se sentir lié par ses effets 27

effects, McLachlin J. recognized that the courts must be sensitive to the economic realities of a transaction. However, she stated that (at paras. 39-40):

> . . . this Court has never held that the economic realities of a situation can be used to recharacterize a taxpayer's *bona fide* 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. . . .
>
> Second, it is well established in this Court's tax jurisprudence that a searching inquiry for either the "economic realities" of a particular transaction 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. [References omitted.]

28 The Court in *Shell* emphasized that taxpayers are entitled to structure their transactions in a manner that reduces taxes (see for example paras. 45 and 46). The fact that the structures may be complex arrangements does not remove the right to do so.

29 It is now plain from the reasoning in *Shell* that the issue to be determined is the direct use to which the borrowed funds were put. "It is irrelevant why the borrowing arrangement was structured the way that it was or, indeed, why the funds were borrowed at all" (*Shell*, *supra*, at para. 47).

C. *Application to the Facts in the Case at Bar*

30 The appellant, the Minister in right of the Crown, relied on the reasons of the Tax Court judge and Linden J.A., in dissent, and urged the Court to examine the "economic realities" of the

sur le strict plan juridique, le juge McLachlin a reconnu que les tribunaux devaient effectivement tenir compte de la réalité économique entourant une opération. Elle a cependant affirmé ceci (aux par. 39 et 40) :

> [N]otre 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 . . .
>
> Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre Cour est bien établie : 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 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. [Référence omise.]

Dans l'arrêt *Shell*, notre Cour a souligné que les contribuables ont le droit de structurer leurs opérations de façon à réduire leurs obligations fiscales (voir, par exemple, les par. 45 et 46). Le fait que la structure des opérations soit le résultat de stratégies complexes n'enlève pas aux contribuables le droit de recourir à de telles stratégies.

Il est maintenant manifeste, à la lumière du raisonnement suivi dans l'arrêt *Shell*, que la question à trancher est celle de l'utilisation directe de l'argent emprunté. « 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 » (*Shell*, précité, par. 47).

C. *Application aux faits de l'espèce*

L'appelant, le ministre du chef de Sa Majesté, s'est appuyé sur les motifs du juge de la Cour de l'impôt et sur les motifs de dissidence du juge Linden de la Cour d'appel fédérale et a exhorté notre Cour à examiner la « réalité économique » des opérations du contribuable afin de déterminer

taxpayer's transactions in determining whether the requirements of s. 20(1)(*c*)(i) had been met.

Applying *Shell*, I decline to do so. This Court must simply apply s. 20(1)(*c*)(i) rather than search for the economic realities of the transaction.

In applying s. 20(1)(*c*)(i) here, the relevant question is: to what use were the borrowed funds put? The Tax Court judge found that the purpose in using the money was to purchase a house and that this purpose could not be altered by the "shuffle of cheques" that occurred on October 27, 1988. I respectfully disagree. It is this "shuffle of cheques" that defines the legal relationship which must be given effect. The respondent had at least $300,000 of his own money in the law firm. Surely it follows that the $300,000 invested in the law firm was not frozen for all time in the form of its original investment. The respondent was free to change his mind and decide whether to use his own money or borrowed money to finance the business of his law firm. In reviewing what the respondent did, it is clear that the relevant cheques were deposited and honoured. There is no suggestion that the transaction was a sham. Giving effect to the legal relationships in this case, it is clear that the respondent used the borrowed funds to refinance his capital account.

This characterization of the use of the funds is not altered by the fact that the respondent used the money he withdrew from the firm to purchase a house. Nor is it altered by the fact that the transactions occurred on the same day.

In my respectful opinion, it is an error to treat this as one simultaneous transaction. In order to give effect to the legal relationships, the transactions must be viewed independently. When viewed that way, on either version of the facts (i.e. regardless of the sequence), what the respondent did in this case was use the borrowed funds for the purpose of refinancing his partnership capital account with debt. This is the legal transaction to which the

si les conditions prévues par le sous-al. 20(1)*c*)(i) avaient été respectées.

Appliquant l'arrêt *Shell*, je m'abstiens de le faire. Notre Cour doit simplement appliquer le sous-al. 20(1)*c*)(i) plutôt que de s'interroger sur la réalité économique de l'opération. 31

Dans l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i) en l'espèce, la question pertinente est la suivante : De quelle façon l'argent emprunté a-t-il été utilisé? Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'argent avait été utilisé dans le but d'acheter une maison et que « l'échange de chèques » (par. 12) survenu le 27 octobre 1988 ne changeait rien à cet objectif. En toute déférence, je ne partage pas cet avis. C'est cet « échange de chèques » qui définit les rapports juridiques auxquels il faut donner effet. L'intimé détenait dans le cabinet un capital d'au moins 300 000 $ constitué de fonds propres. Il s'ensuit que les 300 000 $ investis dans le cabinet n'étaient pas figés à jamais sous la forme dans laquelle ils avaient été investis initialement. L'intimé était libre de changer d'idée et de décider d'utiliser soit son propre argent soit de l'argent emprunté pour financer l'entreprise de son cabinet. Il ressort clairement des actes de l'intimé que les chèques pertinents ont été déposés et honorés. Rien n'indique que l'opération constituait un artifice. Eu égard aux rapports juridiques qui existent en l'espèce, il est clair que l'intimé a utilisé l'argent emprunté pour renflouer son compte de capital. 32

Cette qualification de l'usage des fonds n'est pas changée du fait que l'intimé a utilisé l'argent qu'il a retiré du cabinet pour acheter une maison. Le fait que les opérations se soient produites le même jour n'y change rien non plus. 33

En toute déférence, il est erroné de considérer ces démarches comme une seule et même opération. Pour donner effet aux rapports juridiques, il faut considérer les opérations comme des opérations distinctes. Sous cet angle, que l'on retienne l'une ou l'autre version des faits (c.-à-d. indépendamment de l'ordre des événements), l'intimé a en l'espèce utilisé l'argent emprunté pour renflouer son compte de capital dans la société de personnes. 34

Court must give effect. In this regard, I adopt the following reasons of Rothstein J.A. (at para. 54):

> In the case at bar, the direct use of the borrowed funds was to refinance the appellant's capital account at the firm. Treating the borrowed funds as used for financing the purchase of the home ignores what the appellant actually did, i.e. used the borrowed funds to replace the funds required for his capital account at the firm. As stated by Dickson C.J. in *Bronfman Trust*, the Court cannot ignore the direct use to which the appellant put the borrowed money.

35 The fact that the money was borrowed in order to allow the respondent to use his own money to purchase the house is of no moment. The *Shell* decision decided that why the money was borrowed is irrelevant. The fact that money was transferred from the firm to the respondent for the purchase of a residential property has no impact on the application of s. 20(1)(*c*)(i) to the interest incurred on borrowed money which was used directly for the purpose of refinancing the capital, and as such used for the purpose of earning income from the law firm.

36 As the borrowed money was used to refinance the respondent's capital account in his law firm, the issue arises as to whether such refinancing is a direct, eligible use of the funds within s. 20(1)(*c*)(i) of the Act. Relevant to this is the Exchequer Court of Canada decision in *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue*, 70 D.T.C. 6351. This case involved a corporate taxpayer refinancing equity with debt. In *Trans-Prairie*, the corporate taxpayer's issued capital consisted of redeemable preferred shares with a par value of $700,000 and common shares. The company borrowed $700,000 and used $400,000 of this amount, plus $300,000 obtained by issuing additional common shares, to redeem the preferred shares. In effect, the taxpayer refinanced share equity with debt and deducted the interest on the money borrowed to refinance. In allowing the deduction, the court reasoned that prior to the transaction the taxpayer's capital consisted in part of the $700,000 subscribed by preferred shareholders and "as a practical mat-

Il s'agit là de l'opération juridique à laquelle notre Cour doit donner effet. À cet égard, je fais miens les motifs suivants du juge Rothstein (au par. 54) :

> En l'espèce, l'argent emprunté a directement été utilisé en vue de renflouer le compte de capital de l'appelant. En considérant l'argent emprunté comme s'il était utilisé pour financer l'achat de la maison, on ne tient pas compte de ce que l'appelant a réellement fait, à savoir qu'il a utilisé l'argent emprunté pour remplacer les fonds qui devaient être dans son compte de capital. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, la Cour ne peut pas omettre de tenir compte de l'usage direct que l'appelant a fait des fonds empruntés.

Le fait que l'emprunt ait été effectué afin que l'intimé puisse utiliser ses fonds propres pour acheter la maison est sans importance. Dans l'arrêt *Shell*, il a été jugé que la raison de l'emprunt n'était pas pertinente. Le fait que l'argent ait été transféré du cabinet à l'intimé pour l'achat d'une résidence n'a aucune incidence sur l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i) aux intérêts payés sur l'argent emprunté qui a directement servi à renflouer le compte de capital et, de ce fait, à tirer un revenu du cabinet d'avocats.

Étant donné que l'intimé a utilisé l'argent emprunté pour renflouer son compte de capital au sein du cabinet d'avocats, il y a lieu de se demander si ce refinancement est une utilisation directe et admissible des fonds au regard du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi. L'arrêt *Trans-Prairie Pipelines Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 70 D.T.C. 6351, de la Cour de l'Échiquier du Canada est pertinent à cet égard. Cette affaire mettait en cause un contribuable constitué en société qui avait refinancé sa participation par voie d'emprunt. Le capital émis du contribuable était constitué d'actions privilégiées rachetables ayant une valeur nominale de 700 000 $ ainsi que d'actions ordinaires. La société a emprunté 700 000 $ et utilisé 400 000 $ de cette somme ainsi que 300 000 $ obtenus en émettant des actions ordinaires supplémentaires pour racheter les actions privilégiées. En réalité, le contribuable a refinancé par voie d'emprunt son capital-actions et a déduit les intérêts payés sur l'argent emprunté pour le refinancement.

ter of business common sense, [the $700,000 of borrowed money] went to fill the hole left by the redemption of the $700,000 preferred [shares]" (p. 6354).

En permettant la déduction, la cour a raisonné que, avant l'opération, le capital du contribuable était constitué en partie des 700 000 $ souscrits par les actionnaires privilégiés et que, « [p]our une question pratique de bon sens des affaires, [les 700 000 $ qui ont été empruntés ont] servi à combler le vide laissé par le rachat des parts privilégiées [de 700 000 $] » (p. 6354).

In *Bronfman Trust*, *supra*, it was stated that "[f]airness requires that the same legal principles must apply to all taxpayers, irrespective of their status as natural or artificial persons, unless the Act specifically provides otherwise" (p. 46). As indicated by this statement, if a corporation can refinance equity with debt and deduct the interest on the associated debt, so too should the respondent be entitled to refinance his partnership equity with debt and deduct the interest. 37

Dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, le juge en chef Dickson a déclaré qu'« [i]l faut en toute justice que les mêmes principes de droit s'appliquent à tous les contribuables, indépendamment de leur qualité de personne physique ou de personne morale, à moins que la Loi ne dise expressément le contraire » (p. 46). Comme l'indique cette affirmation, si une société peut refinancer sa participation en capital au moyen d'un emprunt et déduire les intérêts payés sur cet emprunt, l'intimé devrait lui aussi avoir le droit de refinancer sa participation dans la société de personnes au moyen d'un emprunt et de déduire les intérêts payés sur celui-ci.

If the respondent was not allowed to do this we would end up with the inconsistency identified by Rothstein J.A. That is, the interest would be deductible where a partner's initial capital investment was financed with borrowed funds. As well, it would continue to be deductible with a subsequent refinancing of debt. However, a partner who originally financed with his own money and later withdraws that money for personal use and refinances with debt would be denied the deduction. 38

Si l'intimé n'était pas autorisé à agir ainsi, on aboutirait au résultat incohérent signalé par le juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale, à savoir que les intérêts seraient déductibles lorsque le capital investi initialement par un associé est financé par emprunt. Ces intérêts seraient également déductibles en cas de refinancement par voie d'emprunt. Toutefois, n'aurait pas droit à la déduction l'associé dont l'apport initial proviendrait de fonds propres, qui retirerait cet argent par la suite à des fins personnelles et qui rétablirait cet apport au moyen d'un emprunt.

If a direct link can be drawn between the borrowed money and an eligible use, then the money was used for the purpose of earning income from a business or property. That is clearly the case in this appeal. The respondent was entitled to deduct the relevant interest payments from his income. 39

Si un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation admissible, les fonds ont alors été utilisés en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Tel est manifestement le cas en l'espèce. L'intimé avait le droit de déduire les versements d'intérêts pertinents de son revenu.

The appellant submitted that even if there is a direct link between the borrowed funds and an eligible use, the respondent must still demonstrate that his *bona fide* purpose in using the funds was 40

L'appelante a soutenu que, même s'il y a un lien direct entre l'argent emprunté et une utilisation admissible, l'intimé doit néanmoins démontrer que la fin véritable pour laquelle il a utilisé les fonds

to earn income. However, as explained in *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, the appellant's overriding concern for determining the respondent's *bona fide* purpose in using the funds is not consistent with the express wording of s. 20(1)(*c*)(i). Absent a sham or window-dressing or other vitiating circumstances, none of which was alleged in this case, the respondent does not have to demonstrate a *bona fide* purpose.

41 The appellant also relied upon the following *obiter dicta* statement in *Bronfman Trust* to support the position that even if there is a direct eligible use, the interest is not deductible (at pp. 54-55):

> Before concluding, I wish to address one final argument raised by counsel for the Trust. It was submitted — and the Crown generously conceded — that the Trust would have obtained an interest deduction if it had sold assets to make the capital allocation and borrowed to replace them. Accordingly, it is argued, the Trust ought not to be precluded from an interest deduction merely because it achieved the same effect without the formalities of a sale and repurchase of assets. It would be a sufficient answer to this submission to point to the principle that the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done. . . . In any event, I admit to some doubt about the premise conceded by the Crown. If, for example, the Trust had sold a particular income-producing asset, made the capital allocation to the beneficiary and repurchased the same asset, all within a brief interval of time, the courts might well consider the sale and repurchase to constitute a formality or a sham designed to conceal the essence of the transaction, namely that money was borrowed and used to fund a capital allocation to the beneficiary. In this regard, see *Zwaig v. Minister of National Revenue*, [1974] C.T.C. 2172 (T.R.B.), in which the taxpayer sold securities and used the proceeds to buy a life insurance policy. He then borrowed on the policy to repurchase the securities. Under s. 20(1)(*c*)(i) the use of borrowed money to purchase a life insurance policy is not a use entitling the taxpayer to an interest deduction. The Tax Review Board rightly disallowed the deduction sought for interest payments, notwithstanding that the form of the taxpayer's transactions created an aura of compliance with the requirements of the interest deduction provision. The characterization of taxpayers' transactions

était de tirer un revenu. Toutefois, comme l'explique l'arrêt connexe *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, la préoccupation de l'appelante de déterminer la fin véritable que visait l'intimé en utilisant les fonds n'est pas compatible avec le texte du sous-al. 20(1)*c*)(i). En l'absence de simulacre, d'artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération concernée — aucune allégation de cette nature n'ayant d'ailleurs été formulée en l'espèce —, l'intimé n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une fin véritable.

L'appelante a également invoqué la remarque incidente suivante, tirée de l'arrêt *Bronfman Trust*, au soutien de l'argument selon lequel, même s'il y a utilisation directe et admissible, les intérêts ne sont pas déductibles (aux p. 54 et 55) :

> Avant de terminer, je veux aborder un dernier argument invoqué par l'avocat de la fiducie. On a soutenu — et Sa Majesté en a généreusement convenu — que la fiducie aurait obtenu une déduction au titre d'intérêts si elle avait vendu des biens en vue de payer les prélèvements sur le capital et avait ensuite emprunté pour remplacer ces biens. Par conséquent, selon ce point de vue, on ne devrait pas refuser à la fiducie une déduction au titre d'intérêts simplement parce qu'elle a obtenu le même résultat sans les formalités d'une vente et d'un rachat de biens. Il suffit pour répondre à cet argument d'invoquer le principe selon lequel les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire [... .]. Quoi qu'il en soit, j'avoue que j'ai des doutes sur la prémisse admise par Sa Majesté. Si, par exemple, la fiducie avait dans un court laps de temps vendu un bien précis productif de revenu, payé le prélèvement sur le capital à la bénéficiaire et racheté le même bien, les tribunaux auraient bien pu estimer que la vente et le rachat constituaient une formalité ou un simulacre conçu pour dissimuler le caractère essentiel de l'opération, c'est-à-dire que de l'argent a été emprunté et utilisé pour financer le paiement d'un prélèvement sur le capital à la bénéficiaire. Sur ce point, voir l'affaire *Zwaig c. Ministre du Revenu national*, [1974] C.T.C. 2172 (C.R.I.), dans laquelle le contribuable a vendu des titres, s'est servi du produit pour acheter une police d'assurance-vie, puis a emprunté sur la police pour racheter les titres. Or, suivant le sous-al. 20(1)*c*)(i), l'affectation d'argent emprunté à l'achat d'une police d'assurance-vie n'est pas une utilisation ouvrant droit à une déduction au titre d'intérêts. C'est donc à bon droit que la Commission de

according to their true commercial and practical nature does not always favour the taxpayer. The taxpayer Trust in this appeal asks the Court for the benefit of a characterization based on the alleged commercial and practical nature of its transactions. At the same time, however, it seeks to have the commercial and practical nature of its transactions determined by reference to a hypothetical characterization which reflects the epitome of formalism. I cannot accept that it should be allowed to succeed.

The appellant has over-stated the importance of this statement. It is clear that Dickson C.J. was simply responding to a hypothetical question in a somewhat tentative way. This was more musing than jurisprudence. As well, it is noteworthy that in the *Shell* decision the Court, although invited to, declined to follow other *obiter dicta* statements from *Bronfman Trust* that similarly suggested that sophisticated transactions designed to minimize tax liability should not be given effect.

In summary, it is irrelevant that by his own admission the respondent structured the transaction for tax purposes. Courts cannot search for the "economic reality" or the "*bona fide*" purpose of the transaction in this case. In giving effect to the legal relationships underlying the transactions here, it is obvious that the borrowed money was used directly to refinance the respondent's capital account. This is a direct, eligible use within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i) of the Act. The respondent was entitled to deduct the interest expenses.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs to the respondent throughout.

The reasons of Bastarache and LeBel JJ. were delivered by

révision de l'impôt a refusé d'accorder la déduction réclamée à l'égard de l'intérêt payé, quoique la forme des opérations du contribuable ait été de nature à créer une apparence de conformité avec les exigences de la disposition prévoyant la déduction au titre d'intérêts. Les contribuables ne sont pas toujours favorisés quand on qualifie leurs opérations selon leur véritable caractère commercial et pratique. En l'espèce, la fiducie-contribuable demande à cette Cour de lui donner le bénéfice d'une qualification fondée sur le prétendu caractère commercial et pratique de ses opérations. En même temps, toutefois, elle veut que ce caractère commercial et pratique soit déterminé par référence à une qualification hypothétique qui est la quintessence du formalisme. Je ne puis admettre qu'elle réussisse.

42 L'appelante a exagéré l'importance de cet énoncé. Il est clair que le juge en chef Dickson ne faisait que répondre, avec une certaine réserve, à une question hypothétique. Il s'agissait davantage de réflexions que d'un énoncé jurisprudentiel. Il convient également de souligner que, bien qu'elle ait été invitée à le faire dans l'arrêt *Shell*, notre Cour a refusé de suivre certaines autres remarques incidentes faites dans l'arrêt *Bronfman Trust* et suggérant elles aussi qu'il ne fallait pas donner effet aux opérations complexes conçues pour réduire les obligations fiscales.

43 En résumé, le fait que l'intimé ait de son propre aveu structuré l'opération à des fins fiscales n'est pas pertinent. Les tribunaux ne pouvaient s'interroger sur la « réalité économique » ou la fin « véritable » de l'opération dans la présente affaire. Il est manifeste, lorsqu'on donne effet aux rapports juridiques qui sont à la base des opérations en l'espèce, que l'intimé a utilisé directement l'argent emprunté pour renflouer son compte de capital. Il s'agit là d'une utilisation directe et admissible visée par le sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi. L'intimé était autorisé à déduire ses frais d'intérêts.

VI. Dispositif

44 Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens en faveur de l'intimé devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Bastarache et LeBel rendus par

45 LEBEL J. (dissenting) — I have had the opportunity of reading the reasons of Justice Major. I respectfully disagree with his characterization of the findings of the trial judge, as well as with his analysis both of the appropriate standard of appellate review and of the requirements of s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). Accordingly, I would allow this appeal and restore the judgment of the trial judge in this case.

1. Facts

46 The facts of this case can be summarized quickly. On October 27, 1988, the respondent borrowed roughly $300,000 and deposited it with his law firm. On that very same day, he put almost exactly that same amount toward the purchase of a new house for himself and his wife. There is some disagreement as to the order in which these transactions were carried out but there is no disagreement that on that day, the amount of respondent's investment in his law firm did not change. The only change in his financial position was that he had a new house, a new loan of $300,000 and a mortgage on his home.

2. Standard of Review

47 In his reasons (at para. 22), Major J. endorses Rothstein J.A.'s view that the taxpayer's purpose in using the borrowed money is a question of law, subject to full review by an appellate court. In so doing, of course, he also rejects Bowman J.T.C.C. and Linden J.A.'s view that the taxpayer's purpose in using the borrowed money is a question of fact, best left up to the trial judge.

48 I adopt a different approach to this question. Although I agree that this case turns on the purpose for which the borrowed money was used, I take the view that, the determination of this issue requires us to examine the surrounding facts in order to determine the taxpayer's purpose in

LE JUGE LEBEL (dissident) — Après lecture des motifs du juge Major, en toute déférence, je suis en désaccord avec la façon dont il qualifie les conclusions du juge de première instance de même qu'avec son analyse de la norme de contrôle applicable en appel et des exigences du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.). Par conséquent, j'accueillerais le présent pourvoi et je rétablirais la décision du juge de première instance en l'espèce.

1. Les faits

On peut résumer rapidement les faits de la présente affaire. Le 27 octobre 1988, l'intimé a emprunté environ 300 000 $ et déposé cette somme dans le compte de son cabinet d'avocats. Ce jour-là, il a dépensé à peu près la même somme pour acheter une nouvelle maison pour lui et son épouse. Les parties ne s'entendent pas sur l'ordre dans lequel sont survenues ces opérations, mais elles s'accordent à dire que, ce jour-là, le montant de la participation de l'intimé dans son cabinet d'avocats n'a pas changé. Les seuls changements dans sa situation financière furent l'achat d'une nouvelle maison, un nouvel emprunt de 300 000 $ et la constitution d'une hypothèque sur sa maison.

2. La norme de contrôle

Dans ses motifs, au par. 22, le juge Major souscrit à l'opinion du juge Rothstein que la détermination de la fin de l'utilisation de l'argent emprunté par le contribuable est une question de droit susceptible de révision en appel. Ce faisant, le juge Major rejette l'opinion, exprimée tant par le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt que par le juge Linden de la Cour d'appel fédérale, que l'identification du but de l'emploi des fonds empruntés par le contribuable est une question de fait qu'il vaut mieux laisser à l'appréciation du juge de première instance.

J'aborde cette question différemment. Bien que je reconnaisse que l'issue de la présente affaire dépend de la fin pour laquelle l'argent emprunté a été utilisé, j'estime, à l'instar des juges Linden et Bowman, que pour trancher cette question il nous faut examiner les circonstances de l'affaire afin de

undertaking these transactions, as did Linden J.A. and Bowman J.T.C.C. Since it was the trial judge who heard all the evidence that would be relevant to determining the taxpayer's purpose (concerning the surrounding circumstances, etc.), deference should be given to his understanding of the facts. The issue may not be then characterized as a pure question of law just because the determination of the purpose of the taxpayer in his use of borrowed money is determinative of the application of s. 20(1)(*c*)(i). On this basis, I will now turn to my substantive analysis.

3. Economic Realities

As I have already mentioned, I do not believe that it is necessary to reconsider the trial judge's analysis at this stage because his conclusion substantially rests on determinations of facts, where he should be given significant deference. However, given the disagreement on this issue, I will examine the merits of the trial judge's conclusions on the question of the economic realities of the transaction that occurred.

(a) *Shell Canada*

Major J. cites McLachlin J.'s (as she then was) unanimous decision in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 40, for the proposition that "a searching inquiry for . . . the 'economic realities' of a particular transaction . . . can never supplant a court's duty to apply an unambiguous provision of the Act to a taxpayer's transaction". He interprets this quotation to mean that "taxpayers are entitled to structure their transactions in a manner that reduces taxes. . . . The fact that the structures may be complex arrangements does not remove the right to do so" (para. 28). This is too broad a conclusion to draw from McLachlin J.'s comments in *Shell Canada*. Some structures will attract deductions and others will not. The question at issue in this appeal is

déterminer la fin que visait le contribuable lorsqu'il a effectué ces opérations. Puisque c'est le juge de première instance qui a entendu toute la preuve pertinente pour déterminer la fin recherchée par le contribuable (c.-à-d. la preuve quant aux circonstances de l'affaire notamment), il convient de faire montre de déférence à l'égard de son appréciation des faits. La question ne saurait donc être qualifiée de pure question de droit du seul fait que la détermination de la fin pour laquelle le contribuable a utilisé l'argent emprunté est décisive quant à l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i). Sur ce fondement, je vais maintenant analyser le fond du litige.

3. La réalité économique

Comme je l'ai mentionné plus tôt, je ne crois pas nécessaire de revoir l'analyse du juge de première instance à ce stade-ci puisque sa conclusion repose essentiellement sur des constatations de fait, à l'égard desquelles il y a lieu de faire montre d'une grande déférence. Toutefois, vu le désaccord sur cette question, je vais examiner le bien-fondé des conclusions du juge de première instance sur la réalité économique de l'opération en cause. 49

(a) *L'arrêt Shell Canada*

Le juge Major invoque les propos suivants du juge McLachlin (maintenant Juge en chef), qui a rédigé la décision unanime de notre Cour dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 40 : « l'examen de la "réalité économique" d'une opération donnée [. . .] ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable ». Selon lui, il ressort de ces propos que « les contribuables ont le droit de structurer leurs opérations de façon à réduire leurs obligations fiscales [. . .] Le fait que la structure des opérations soit le résultat de stratégies complexes n'enlève pas aux contribuables le droit de recourir à de telles stratégies » (par. 28). Les commentaires du juge McLachlin dans l'arrêt *Shell Canada* ne permettent pas de tirer une conclusion aussi générale. Certaines structures donneront ouverture à la déduction, d'autres pas. La question en litige consiste précisément à identifier les 50

precisely which "complex arrangements" generate tax deduction and which do not.

51 It is of course true that in *Shell Canada* this Court qualified the "economic realities" jurisprudence it had spent many years constructing. In a long history of cases at this Court, from *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, through *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, as well as in a number of important cases in the courts below such as *Mark Resources Inc. v. The Queen*, 93 D.T.C. 1004 (T.C.C.), it had come to be accepted as part of the jurisprudence that, in tax cases, courts should look to the economic realities of the situation and not merely to the legal technique adopted by the taxpayer. In *Shell Canada*, *supra*, at paras. 39-40, this Court carved out two caveats to this general principle which can be summarized as follows:

(1) economic realities cannot be used to re-characterize *bona fide* legal relationships; and

(2) an inquiry concerning economic realities cannot supplant a court's duty to apply clear and unambiguous statutory terms.

52 Although these two caveats can be considered a weakening of the "economic realities" jurisprudence of this Court, they do not amount to a wholesale rejection of it. The first caveat simply turns one difficult normative question into another. Rather than asking what the economic realities are, McLachlin J. says that we should ask whether the legal relations created by the taxpayer were *bona fide*. This, of course, still requires courts to look beyond the legal instruments used by the taxpayer. It limits such inquiries to those cases where the legal relations were not created *bona fide*, for instance where transactions simply amount to window dressing as in *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10. Since it is still very much in question whether the legal relations in the

« stratégies complexes » donnant droit à une déduction d'impôt et celles n'y donnant pas droit.

Il est vrai que, dans l'arrêt *Shell Canada*, notre Cour a nuancé la jurisprudence relative à la « réalité économique » qu'elle avait mis de nombreuses années à élaborer. Dans une longue série d'arrêts de notre Cour, de *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, jusqu'à *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, ainsi que dans un certain nombre de décisions importantes émanant de juridictions inférieures, par exemple *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] A.C.I. nº 265 (QL), on en était venu à accepter, comme principe jurisprudentiel, que les tribunaux saisis d'affaires fiscales doivent prendre en compte la réalité économique de la situation et non pas simplement le procédé juridique adopté par le contribuable. Dans *Shell Canada*, précité, par. 39 et 40, notre Cour a apporté deux précisions à ce principe général, qui peuvent être résumées ainsi :

(1) la réalité économique ne saurait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables;

(2) l'examen de la réalité économique [d'une opération donnée] ne peut pas soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer des dispositions légales claires et non équivoques.

Bien qu'il soit possible de considérer que ces deux précisions apportent des tempéraments à la jurisprudence de notre Cour relative à « réalité économique », elles n'ont pas pour effet de la rejeter en bloc. La première précision ne fait que formuler différemment une difficile question normative. Plutôt que de nous interroger sur la réalité économique, d'affirmer le juge McLachlin, nous devons nous demander si le contribuable a créé des rapports juridiques véritables. Pour répondre à cette question, il va de soi que les tribunaux doivent encore aller au-delà des instruments juridiques utilisés par le contribuable. On ne procède à cet examen que dans les affaires où les rapports juridiques n'ont pas un caractère véritable, par exemple lorsque les opérations ne constituent qu'un artifice, comme dans l'arrêt *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10. Comme il est loin d'être certain que des rapports

case at bar were created *bona fide*, this is an important consideration.

The second caveat presented by McLachlin J. is that, whatever the economic realities of the situation might be, they can never grant a court license to ignore clear statutory language. As I shall argue at greater length in the next section (on statutory interpretation), however, it is not at all clear that the statutory language itself requires us to consider two transactions in isolation from one another. This is precisely the difficult question of statutory interpretation which is involved in this appeal. With respect, it begs the question to argue that the clear meaning of the section is that the transactions must be considered separately.

(b) *"Economic Realities" Jurisprudence*

As I have said, *Shell Canada* did not overrule the economic realities rule. This general rule was adopted by Dickson C.J. in *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 53, as follows:

Assessment of taxpayers' transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

In that case, Dickson C.J. argued, at p. 55, that a situation such as the very one at bar would likely be rejected, possibly as a sham, but also on other grounds:

If, for example, the Trust had sold a particular income-producing asset, made the capital allocation to the beneficiary and repurchased the same asset, all within a brief interval of time, the courts might well consider the sale and repurchase to constitute a formality or a sham

juridiques véritables ont été créés en l'espèce, il s'agit d'une considération importante.

La deuxième précision apportée par le juge McLachlin est que, quelle que soit la réalité économique de la situation, cette réalité ne saurait jamais autoriser le tribunal à faire abstraction d'un texte législatif clair. Cependant, comme je vais l'expliquer en détail dans la prochaine section de mes motifs (celle portant sur l'interprétation de la loi), il n'est pas évident que le texte même de la disposition exige que nous examinions les deux opérations indépendamment l'une de l'autre. Il s'agit précisément de la difficile question d'interprétation législative que soulève le présent pourvoi. En toute déférence, c'est éluder la question que d'affirmer que le sens manifeste de la disposition en cause veut que les opérations soient examinées séparément. 53

(b) *La jurisprudence relative à la « réalité économique »*

Comme je l'ai dit précédemment, l'arrêt *Shell Canada* n'a pas écarté la règle de la réalité économique. Cette règle générale a été adoptée en ces termes par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, p. 53 : 54

Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

Dans cet arrêt, à la p. 55, le juge en chef Dickson a présenté une opération — d'ailleurs analogue à celle qui nous intéresse en l'espèce — qui serait selon lui vraisemblablement refusée, possiblement parce qu'il s'agirait d'un artifice, mais également pour d'autres motifs : 55

Si, par exemple, la fiducie avait dans un court laps de temps vendu un bien précis productif de revenu, payé le prélèvement sur le capital à la bénéficiaire et racheté le même bien, les tribunaux auraient bien pu estimer que la vente et le rachat constituaient une formalité ou un

designed to conceal the essence of the transaction, namely that money was borrowed and used to fund a capital allocation to the beneficiary.

Dickson C.J.'s reasons are precisely on point and should not be dismissed as mere *obiter dicta* on an hypothetical issue. It appears that the then Chief Justice put his mind precisely to this scenario and found that the economic reality of the situation was that the two transactions should be understood as one.

56 Indeed, Linden J.A. makes clear, at [1999] 4 F.C. 484, at paras. 11 *et seq.*, in his thoughtful and well-reasoned dissenting judgment in this case in the Federal Court of Appeal that Dickson C.J.'s comments should be construed as rejecting such a scenario not simply as a sham, but on other grounds, as well. Moreover, such a scenario was rejected by the Tax Review Board in *Dunn v. M.N.R.*, 74 D.T.C. 1121, not on the grounds that it was a sham, but simply that, looking at the substance of the transaction, such money was not used for the purpose of earning income.

57 Later, in *Tennant*, Iacobucci J. examined the economic realities of the situation — this time to favour the taxpayer. He found that the taxpayer could deduct the full amount of interest payable on a loan of $1,000,000 even though he had exchanged the original investment for one with a market value of only $1,000. The reason for this was that, although at the time of assessment the taxpayer was only using $1,000 for the purposes of earning income from property, the "economic reality" of the situation was that he had originally borrowed $1,000,000 for the purpose of investment. The legal form of the transaction, therefore, did not accord with the economic reality.

58 Since, as we have seen above, *Shell Canada* does not overrule this Court's "economic realities"

simulacre conçu pour dissimuler le caractère essentiel de l'opération, c'est-à-dire que de l'argent a été emprunté et utilisé pour financer le paiement d'un prélèvement sur le capital à la bénéficiaire.

Les motifs du juge en chef Dickson sont très pertinents et ne devraient pas être écartés parce qu'ils ne représenteraient que de simples remarques incidentes sur une question hypothétique. Il semble que l'ancien Juge en chef ait précisément envisagé ce scénario et conclu que la réalité économique de la situation exigeait que les deux opérations soient considérées comme une seule et même opération.

D'ailleurs, dans ses motifs de dissidence réfléchis et solidement argumentés, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale indique clairement que les observations du juge en chef Dickson doivent être considérés comme rejetant un tel scénario, non seulement parce qu'il s'agirait d'un artifice, mais également pour d'autres motifs ([1999] 4 C.F. 484, par. 11 et suiv.). De plus, la Commission de révision de l'impôt a rejeté un scénario de cette nature dans l'affaire *Dunn c. M.N.R.*, 74 D.T.C. 1121, non pas parce qu'on se trouvait devant un artifice, mais simplement parce que, si l'on considérait l'essence de l'opération, les fonds n'avaient pas été utilisés en vue de tirer un revenu.

Plus tard, dans l'arrêt *Tennant*, le juge Iacobucci s'est penché sur la réalité économique de la situation en cause, tranchant cette fois en faveur du contribuable. Il a conclu que le contribuable pouvait déduire le plein montant des intérêts payables sur un emprunt d'un million de dollars bien qu'il eût remplacé l'investissement initial par un autre ayant une valeur marchande de 1 000 $ seulement. L'explication était que, même si au moment de l'établissement de la cotisation le contribuable n'utilisait que 1 000 $ en vue de tirer un revenu d'un bien, la « réalité économique » de la situation était qu'il avait initialement emprunté un million de dollars aux fins d'investissement. En conséquence, la forme juridique de l'opération ne concordait pas avec la réalité économique de la situation.

Puisque, comme nous l'avons vu précédemment, l'arrêt *Shell Canada* n'a pas pour effet

jurisprudence, these decisions should still be regarded as good law. Dickson C.J.'s analysis can be reconciled with McLachlin J.'s first caveat: he is simply arguing that the legal relationships in the *Bronfman Trust* hypothetical were not created *bona fide*. Accordingly, it is still appropriate to consider the two steps as part of a single transaction for the purposes of tax assessment. As for the second caveat in *Shell Canada*, it applies to the construction of statutory terms. Let us now proceed to that stage of the analysis.

4. Statutory Interpretation

(a) *The Words-in-Total-Context Approach*

In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, this Court articulated a new method of statutory interpretation appropriate to the *Income Tax Act*, dubbed the "words-in-total-context approach" by MacGuigan J.A. in *Harris Steel Group Inc. v. M.N.R.*, 85 D.T.C. 5140 (F.C.A.). In *Stubart*, at p. 578, citing *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, Estey J. endorsed the rule of statutory interpretation from E. A. Driedger that this Court had already adopted for other statutes, *viz.*, that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament".

Since *Stubart*, this Court has taken such an approach in a number of other decisions, such as *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209, at p. 214, *per* Estey J., and *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 744, *per* Iacobucci J., and at p. 806, *per* L'Heureux-Dubé J. Even cases such as *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at p. 15 (advocating the teleological approach), and *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para.

d'écarter la jurisprudence de notre Cour sur la « réalité économique », il faut considérer que ces décisions continuent d'exposer le droit applicable. Il est possible de concilier l'analyse du juge en chef Dickson avec la première précision formulée par le juge McLachlin : le juge en chef Dickson affirme simplement que les rapports juridiques hypothétiques qu'il présente dans l'arrêt *Bronfman Trust* n'ont pas un caractère véritable. Par conséquent, il est encore approprié de considérer les deux étapes comme faisant partie d'une seule et même opération aux fins d'établissement de la cotisation fiscale. Quant à la deuxième précision formulée dans l'arrêt *Shell Canada*, elle vise l'interprétation du texte des dispositions législatives. Passons maintenant à cette étape de l'analyse.

4. L'interprétation de la loi

(a) *La méthode du contexte global*

Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, notre Cour a énoncé une nouvelle méthode d'interprétation législative applicable à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que le juge MacGuigan a qualifiée de « méthode du contexte global » dans *Harris Steel Group Inc. c. M.R.N.*, 85 D.T.C. 5140 (C.A.F.). Dans l'arrêt *Stubart*, p. 578, le juge Estey a souscrit à la règle d'interprétation des lois énoncée par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87 — règle que notre Cour avait déjà adoptée pour d'autres lois — et selon laquelle [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 ». 59

Depuis l'arrêt *Stubart*, notre Cour a adopté cette méthode dans nombre d'autres décisions, par exemple *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209, p. 214, le juge Estey, et *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 744, le juge Iacobucci, et p. 806, le juge L'Heureux-Dubé. Même des arrêts comme *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, p. 15 (préconisant la méthode téléologique), et *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 10, le juge 60

10, *per* Major J. (advocating the "plain meaning" approach), still refer to *Stubart* as the foundational modern Canadian case for statutory interpretation.

61 The words-in-total-context approach steers a middle course between the pure teleological method of Gonthier J. in *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours* and Major J.'s focus on the "plain meaning" of the statute in *Friesen*. As Professor Duff points out in his article "Interpreting the *Income Tax Act*" (1999), 47 *Can. Tax J.* 741, at p. 787, "[i]n rejecting the extremes of purposive interpretation on the one hand and the plain meaning rule on the other, the words-in-total-context approach affirms a more 'open-textured' approach to statutory interpretation . . .".

62 It is important to keep in mind that McLachlin J.'s second caveat in *Shell Canada* does not require a simplified "plain meaning" rule of statutory interpretation. The words-in-total-context approach ensures that clear statutory language is not overlooked in order to carry out a broad statutory purpose more effectively. It is the approach that should be applied here.

(b) *The Teleological Approach*

63 This Court unanimously endorsed a "teleological approach" to the interpretation of the tax legislation in its 1994 decision *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*. According to Gonthier J.'s view, at p. 18, courts should look first to the legislature's purpose in order to determine legislative intent. Once this intent has been determined, then courts can identify the sorts of presumptions to be applied to a particular section:

> . . . it is the teleological interpretation that will be the means of identifying the purpose underlying a specific legislative provision and the Act as a whole; and it is the purpose in question which will dictate in each case

Major (préconisant la méthode du « sens ordinaire »), ont indiqué que l'arrêt *Stubart* demeurait l'arrêt moderne fondamental au Canada en matière d'interprétation des lois.

La méthode du contexte global constitue une voie mitoyenne entre la méthode téléologique pure préconisée par le juge Gonthier dans l'arrêt *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours* et la méthode fondée sur le « sens ordinaire » de la loi privilégiée par le juge Major dans l'arrêt *Friesen*. Comme le souligne le professeur Duff dans son article intitulé « Interpreting the *Income Tax Act* » (1999), 47 *Can. Tax J.* 741, p. 787, [TRADUCTION] « [e]n rejetant les extrêmes que constituent l'interprétation téléologique, d'une part, et la règle du sens ordinaire, d'autre part, la méthode du contexte global confirme l'application d'une approche plus "extensive" en matière d'interprétation des lois . . . ».

Il est important de se rappeler que la deuxième précision apportée par le juge McLachlin dans l'arrêt *Shell Canada* n'exige pas l'application d'une variante simplifiée de la règle du « sens ordinaire » en matière d'interprétation législative. La méthode du contexte global garantit qu'il ne sera pas fait abstraction du libellé clair d'une disposition dans le but de réaliser plus efficacement un objectif législatif général. Il s'agit de la méthode qui doit être appliquée en l'espèce.

(b) *La méthode téléologique*

Dans l'arrêt *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours* rendu en 1994, notre Cour a adopté à l'unanimité la « méthode téléologique » en vue de l'interprétation des lois fiscales. De l'avis du juge Gonthier, à la p. 18, les tribunaux doivent d'abord examiner l'objectif poursuivi par le législateur pour dégager l'intention de ce dernier. Une fois cette intention établie, les tribunaux peuvent ensuite déterminer le genre de présomptions à appliquer à l'égard d'une disposition donnée :

> . . . c'est l'interprétation téléologique qui permettra d'identifier l'objectif qui sous-tend une disposition législative spécifique et le texte de loi dans son ensemble. Et c'est l'objectif en question qui dictera, dans

whether a strict or a liberal interpretation is appropriate or whether it is the tax department or the taxpayer which will be favoured. [Emphasis added.]

This approach, however, cannot be mechanically applied for it may raise the first of Dickson C.J.'s worries concerning statutory interpretation in *Bronfman Trust* (which is the same in substance as McLachlin J.'s first *caveat* in *Shell Canada*), i.e. losing sight of the fact that an appreciation of the context of legislation is helpful "provided it is consistent with the text . . . of the taxation statute" (p. 53). If we begin by considering the purposes of the statute we run the risk of obscuring the meaning of the particular statutory language in our enthusiasm to forward the general statutory purpose. Careful attention must always be taken to give effect to the particular language Parliament chose to use.

(c) *The Plain Meaning Approach*

The reaction to the teleological approach emphasizes the particular statutory language and is often referred to as the "plain meaning" approach. This Court has not dealt consistently with what, precisely, this approach entails. Some cases, such as Major J.'s majority decision in *Friesen* (at pp. 113-14, citing P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), section 22.3(c), "Strict and purposive interpretation", at pp. 453-54) take a hard line, as follows:

. . . "object and purpose" can play only a limited role in the interpretation of a statute that is as precise and detailed as the Income Tax Act. When a provision is couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose.

Other cases, such as Cory J.'s majority decision in *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, however, have understood the test differently, so much so that it is often difficult to dis-

chaque cas, si une interprétation stricte ou libérale est appropriée ou encore si c'est le fisc ou le contribuable qui sera favorisé. [Je souligne.]

64 On ne peut toutefois pas appliquer mécaniquement cette méthode puisqu'elle pourrait faire naître la première des craintes qu'a exprimées le juge en chef Dickson relativement à l'interprétation des lois dans l'arrêt *Bronfman Trust* (crainte qui correspond substantiellement à la première précision apportée par le juge McLachlin dans *Shell Canada*), soit qu'on perde de vue le fait que l'appréciation du contexte de la loi est utile « pourvu qu'elle soit compatible avec le texte [. . .] de la loi fiscale » (p. 53). Si nous examinons d'abord l'objectif de la loi, nous courons le risque d'obscurcir le sens du texte litigieux dans notre empressement à favoriser l'atteinte de l'objectif général de la loi. Il faut toujours prendre soin de donner effet aux termes précis choisis par le législateur.

(c) *La méthode du sens ordinaire*

65 La méthode préconisée en réaction à la méthode téléologique met l'accent sur le texte de la disposition concerné et est souvent appelée méthode du « sens ordinaire ». Notre Cour n'a toujours pas expliqué de manière uniforme en quoi consiste précisément cette méthode. Dans certains arrêts, par exemple dans les motifs majoritaires exposés par le juge Major dans l'arrêt *Friesen* (p. 114, citant P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), section 22.3c), [TRADUCTION] « Interprétation stricte et fondée sur l'objet visé », p. 453-454), la Cour adopte une attitude stricte :

[TRADUCTION] . . . « l'objet » ne peut jouer qu'un rôle limité dans l'interprétation d'une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l'impôt sur le revenu. Lorsqu'une disposition est rédigée dans des termes précis qui n'engendrent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet.

66 Toutefois, dans d'autres affaires, par exemple les motifs majoritaires du juge Cory dans l'arrêt *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, notre Cour a interprété le critère de

tinguish from the words-in-total-context approach. In that case, Cory J. held, at para. 15, that "in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the 'scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament'".

façon tellement différente qu'il est souvent difficile de le distinguer de la méthode du contexte global. Dans cet arrêt, le juge Cory a conclu, au par. 15, « qu'il convient toujours d'examiner "l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur" pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause ».

67 Cory J.'s understanding of the "plain meaning" approach in *Alberta (Treasury Branches)* is peculiar but telling. By turning to the total context of the statute in order to determine the "plain meaning" of statutory language, he shows that the meaning of statutory language is at times clear only in a particular context. It is a basic axiom of all textual interpretation that meaning is context-dependent. Some statutory language might appear to be obvious in its meaning independent of context. This is not, however, because context plays no part in interpreting the words used. Rather, it is simply because the context is so predictable that we need not pay it any special attention. Nevertheless, it plays a central role in our understanding of the words used.

La façon dont le juge Cory a interprété la méthode du « sens ordinaire » dans l'arrêt *Alberta (Treasury Branches)* est singulière mais révélatrice. Le fait qu'il se réfère au contexte global de la loi pour déterminer le « sens ordinaire » du texte législatif en cause indique que, parfois, le sens d'un texte est clair uniquement dans un contexte particulier. Selon un axiome élémentaire de tout type d'interprétation textuelle, le sens d'un texte dépend de son contexte. Il peut arriver que le sens de certaines dispositions législatives paraisse évident, et ce indépendamment du contexte. Ce n'est toutefois pas parce que le contexte ne joue aucun rôle dans l'interprétation des mots employés, mais simplement parce que dans pareils cas le contexte est si prévisible qu'il n'est pas nécessaire d'y prêter une attention spéciale. Néanmoins, le contexte joue un rôle fondamental dans notre façon de comprendre les mots qui sont utilisés.

68 If the "plain meaning" approach is to make any sense at all, it surely cannot mean that we are always to ignore context when interpreting statutory language. Rather, it must be understood to say that although context is always important, sweeping considerations of general statutory purpose cannot outweigh the specific statutory language chosen by Parliament. It is an acknowledgement that Parliament's purposes can be complex. Rather than finding a single purpose for the Act as a whole and using it to interpret the clear language of specific provisions, we should use such broad purposes only as a context to help elucidate the meaning of the specific statutory language. Understood in this way, it is not inconsistent with the basic thrust of the words-in-total-context approach.

Pour que la méthode du « sens ordinaire » conserve quelque logique, elle ne peut certes pas signifier qu'il faut toujours faire abstraction du contexte dans l'interprétation des textes législatifs. Il faut plutôt comprendre que, quoique le contexte soit toujours un aspect important dans le cadre de cette méthode, de vastes considérations touchant à l'objet général de la loi ne sauraient primer sur les termes précis choisis par le législateur. Cela revient à reconnaître que les objectifs visés par le législateur peuvent être complexes. Au lieu d'attribuer un objectif unique à l'ensemble de la Loi et d'y recourir pour interpréter le texte par ailleurs clair de certaines dispositions, nous devrions utiliser de tels objectifs généraux uniquement comme contexte en vue d'éclaircir le sens du texte législatif concerné. Considérée ainsi, la méthode du sens ordinaire n'est pas incompatible avec l'idée maîtresse de la méthode du contexte global.

5. Application to the Case at Bar

The foregoing discussion, I believe, provides the necessary background for a proper disposition of this case. Although, as I mentioned above, we need not review the merits of the trial judge's analysis of the case (since it turns on an understanding of the purpose for which the borrowed money was used, which is substantially a question of fact best left up to him), a careful analysis reveals that his decision is entirely correct, all the same. In order to show this, I will apply the principles discussed above to the facts of the case.

(a) *Economic Realities*

In *Shell Canada*, McLachlin J. never excluded the recharacterization of all legal relationships created by the taxpayer; she only protected *bona fide* legal relations. Thus, she invites a normative inquiry into whether or not such relations are created *bona fide* in order to meet the requirements of the statute.

Dickson C.J.'s decision in *Bronfman Trust* makes clear that a situation such as the one at bar is suspect. Whether or not such a series of transactions constitutes a sham, they clearly do not constitute a set of *bona fide* legal relations. It is an undisputed finding of fact that the respondent funnelled money through his law firm simply to secure a tax advantage; his borrowing was not made with the *bona fide* purpose of generating income from his business.

(b) *Section 20(1)(c)(i) in Total Context*

As mentioned earlier, we must proceed with a contextual reading of s. 20(1)(*c*)(i). Following Dickson C.J.'s *obiter dictum* from *Bronfman Trust*,

5. Application au présent pourvoi

J'estime que l'analyse qui précède établit le contexte nécessaire pour permettre de statuer adéquatement sur la présente affaire. Bien que, comme je l'ai mentionné plus tôt, nous n'ayons pas à nous interroger sur le bien-fondé de l'analyse de l'affaire faite par le juge de première instance (puisqu'elle repose sur une interprétation de la fin pour laquelle l'emprunt a été utilisé, aspect qui constitue essentiellement une question de fait qu'il est préférable de laisser à son appréciation), un examen attentif révèle que sa décision est tout de même entièrement correcte. Pour en faire la démonstration, je vais appliquer les principes examinés précédemment aux faits de l'espèce. 69

(a) *La réalité économique*

Dans l'arrêt *Shell Canada*, le juge McLachlin n'a jamais exclu entièrement la requalification de rapports juridiques créés par les contribuables, elle a seulement écarté cette possibilité dans le cas des rapports juridiques véritables. En conséquence, elle invite à procéder, au regard d'une norme, à un examen visant à déterminer si de tels rapports ont un caractère véritable et si les exigences de la loi sont respectées. 70

Il ressort clairement de la décision du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust* qu'une situation comme celle qui nous occupe est suspecte. Qu'une telle série d'opérations constitue ou non un artifice, ces opérations ne constituent manifestement pas un ensemble de rapports juridiques véritables. Personne ne conteste le fait que l'intimé a fait transiter des fonds par son cabinet d'avocats simplement en vue d'obtenir un avantage fiscal; il n'a pas emprunté dans le but véritable de tirer un revenu de son entreprise. 71

(b) *Le sous-alinéa 20(1)c)(i) dans son contexte global*

Comme je l'ai mentionné plus tôt, nous devons interpréter le sous-al. 20(1)*c*)(i) de façon contextuelle. Appliquant la remarque incidente du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, je conclus que les rapports juridiques créés par le contri- 72

I would hold that the legal relations created by the taxpayer have not been created *bona fide*.

73 The total context of s. 20(1)(*c*)(i) includes a number of factors. First, I would note that this section is an exception to the general rule (outlined in s. 18(1)(*b*) (formerly s. 6(1)(*b*)) as interpreted in *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.) against the deductibility of capital outlays. Although the general default rule against the taxpayer in exempting provisions is no longer good law, there is certainly no default in his favour, either.

74 Second, I turn to the purpose of the particular provision. According to *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 45, "Parliament created s. 20(1)(*c*)(i), and made it operate notwithstanding s. 18(1)(*b*), in order to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income" (emphasis added). Thus, insofar as the deduction is being claimed for a use of borrowed capital that will not lead to the production of income (but, instead will simply fund the purchase of personal property), I would be disinclined to grant such a deduction.

(c) *Considering the Transactions Together*

75 The argument was made in this appeal that it was an error of law to treat the successive transactions as one and that they should be viewed independently. With respect, I do not agree. As Linden J.A. states, at para. 27, in his dissenting judgment in the Federal Court of Appeal:

> There is no rigid rule which demands that complex transactions be viewed as separate steps or as one transaction. The task at hand is to discover the economic and commercial reality of the transaction in order to discover whether the borrowed money was used for the purpose of earning income.

buable ne constituaient pas des rapports juridiques véritables.

Le contexte global du sous-al. 20(1)*c*)(i) comporte un certain nombre de facteurs. Premièrement, je tiens à souligner que cette disposition est une exception à la règle générale interdisant la déduction des dépenses en capital (telle qu'elle est énoncée à l'al. 18(1)*b*) (auparavant l'al. 6(1)*b*)) et qu'elle a été interprétée dans l'arrêt *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717, p. 722 et 723, le juge en chef Kerwin, et à la p. 727, le juge Rand). Bien que la règle générale excluant par défaut le contribuable du champ d'application des dispositions portant exonération d'impôt ne soit plus valide en droit, il n'existe certes pas pour autant de règle d'inclusion par défaut.

Deuxièmement, je vais examiner l'objet de la disposition en cause. Suivant l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, p. 45, « [l]e législateur a conçu le sous-al. 20(1)*c*)(i) et lui a donné effet nonobstant l'al. 18(1)*b*) pour favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables » (je souligne). Par conséquent, dans la mesure où la déduction est réclamée à l'égard d'argent emprunté utilisé non pas en vue de produire un revenu (mais plutôt simplement de financer l'achat de biens personnels), je suis peu disposé à accorder cette déduction.

(c) *Le fait de considérer les opérations comme une seule et même opération*

On a plaidé, dans le cadre du présent pourvoi, qu'il était erroné en droit de considérer les diverses opérations comme une seule et même opération et que celles-ci devaient plutôt être examinées séparément. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Comme l'affirme le juge Linden dans ses motifs de dissidence en Cour d'appel fédérale, au par. 27 :

> Aucune règle stricte n'exige que des opérations complexes soient considérées comme des étapes distinctes ou comme une seule opération. Il s'agit ici de découvrir la réalité économique et commerciale de l'opération afin de déterminer si l'argent emprunté a été utilisé en vue de produire un revenu.

Whether or not we consider the two transactions separately or together does not affect the legal relations created by the taxpayer. Of course, if we examine the two together, we will discover that the individual transactions were not created *bona fide* and that the overt attempt to meet the requirements of s. 20(1)(*c*)(i) was legally ineffective. Although the taxpayer did put roughly $300,000 of borrowed money into his law firm, this does not mean that borrowed money was used for the purpose of earning income. Rather, understood in context, it was used to shore up a shortfall incurred as a result of his purchase of a home with his firm's funds.

Que nous considérions les deux opérations séparément ou conjointement, cela n'a aucune incidence sur les rapports juridiques créés par le contribuable. Il va de soi que si nous les examinons conjointement, nous découvrirons que ni l'une ni l'autre de ces opérations n'ont un caractère véritable et que la tentative manifeste de se conformer aux exigences du sous-al. 20(1)*c*)(i) était sans effet en droit. Bien que le contribuable ait investi une somme empruntée d'environ 300 000 $ dans son cabinet d'avocats, cela ne veut pas dire que cet argent a été utilisé en vue de tirer un revenu. Considéré dans ce contexte, l'emprunt a plutôt servi à combler une sortie de fonds découlant de l'achat d'une maison par le contribuable avec les fonds de son cabinet.

(d) *Equities*

The respondent contended that it would be inequitable not to allow a deduction to the taxpayer in this case because, as my colleague put it, "if a corporation can refinance equity with debt and deduct the interest on the associated debt, so too should the respondent be entitled to refinance his partnership equity with debt and deduct the interest" (para. 37). Major J. supports this claim by pointing out that fairness requires that no distinction be made between natural and artificial persons.

(d) *La participation en capital*

76 L'intimé a soutenu qu'il serait inéquitable en l'espèce qu'on lui refuse la déduction parce que, comme le dit mon collègue, « si une société peut refinancer sa participation en capital au moyen d'un emprunt et déduire les intérêts payés sur cet emprunt, l'intimé devrait lui aussi avoir le droit de refinancer sa participation dans la société de personnes au moyen d'un emprunt et de déduire les intérêts payés sur celui-ci » (par. 37). Au soutien de cette affirmation, le juge Major souligne qu'il faut, par souci d'équité, éviter de faire une distinction entre les personnes physiques et les personnes morales.

I do not think it follows that, just because a corporation can refinance equity with debt and obtain a deduction on the interest, the respondent should be entitled to refinance his partnership equity with debt and deduct the interest. Allowing the deduction for the corporation but not for the respondent does not rest on the difference between natural and artificial persons with differing treatment giving rise to a claim of unfairness. The point is that when the corporation borrows money, this is money that will relate to the business by definition or default, whereas in the case of a person with an ownership interest in a business (i.e., a partner in a partnership), the borrowed money may or may not relate to the business. Here it does not. In other words, if the deduction is denied to the respondent in the cir-

77 À mon avis, il ne s'ensuit pas que, du seul fait qu'une société puisse refinancer sa participation en capital au moyen d'un emprunt et déduire les intérêts payés sur celui-ci, l'intimé devrait être autorisé à faire de même à l'égard de sa participation dans la société de personnes. Le fait d'accorder la déduction à la société et de la refuser à l'intimé ne repose pas sur la distinction entre les personnes physiques et les personnes morales, différence de traitement qui permettrait de plaider l'existence d'une injustice. En fait, lorsqu'une société emprunte de l'argent, il s'agit de fonds qui se rattacheront par définition ou par défaut à l'entreprise, tandis que dans le cas d'une personne physique détenant une participation dans une entreprise (c.-à-d. un associé dans une société de personnes),

cumstances, it is not denied to him because he is a natural person; rather he is denied the deduction because, being an individual, the money he borrows may or may not relate to the business and here the "shuffle of checks" is insufficient to make it so given the personal use of the borrowed money.

78 Hence, the present situation is not analogous to that of *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue*, 70 D.T.C. 6351 (Ex. Ct.). In that case, the shortfall that the taxpayer corporation made up with borrowed funds was created by an indisputably business-related expense, *viz.*, paying off a business debt to preferred shareholders. In the present case, the taxpayer has no such business purpose. The situation is much closer to that in *Sternthal v. The Queen*, 74 D.T.C. 6646 (F.C.T.D.), where the taxpayer had a large corporate shortfall because he had given large income-free loans to his children. In that case, the deduction was not allowed.

79 In para. 38, Major J. agrees with Rothstein J.A. that an inconsistency would arise if the deduction were to be denied to a partner who originally financed the partnership with his own money, withdraws that money for personal use and refinances this with debt, whereas a partner whose initial investment was financed with borrowed funds would get a deduction of interest and any subsequent refinancing with debt would also have a deductible interest. I think this comparison is misleading and the unfairness it is meant to point to is more apparent than real.

80 A partner whose initial investment was financed with borrowed money will only continue to get the interest deduction on any subsequently borrowed money if that money is related to the business. He will not get the deduction for personal spending.

l'argent emprunté ne sera pas nécessairement relié à l'entreprise. En l'espèce, il ne l'est pas. En d'autres termes, si l'on refuse la déduction à l'intimé dans les circonstances de l'espèce ce n'est pas parce qu'il est une personne physique, mais plutôt parce que l'argent qu'il emprunte en tant que personne physique n'est pas nécessairement lié à l'entreprise et que, en l'espèce, l'« échange de chèques » ne suffit pas pour rattacher l'argent emprunté à l'entreprise, compte tenu de l'usage personnel qui en a été fait.

En conséquence, la présente situation ne se confond pas avec celle de l'affaire *Trans-Prairie Pipelines Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 70 D.T.C. 6351 (C. de l'É.). Dans ce dossier, la sortie de fonds que la société contribuable avait comblé au moyen de fonds empruntés découlait d'une dépense incontestablement liée à l'entreprise, soit le règlement d'une dette de l'entreprise envers les actionnaires privilégiés. En l'espèce, le contribuable ne vise pas une telle fin commerciale. La situation se rapproche davantage de celle de l'arrêt *Sternthal c. La Reine*, 74 D.T.C. 6646 (C.F. 1re inst.). Dans cette affaire, le contribuable avait effectué une ponction considérable dans l'avoir de certaines entreprises en accordant des prêts sans intérêt considérables à ses enfants. Dans cette affaire, la déduction n'a pas été permise.

Au paragraphe 38, le juge Major souscrit à l'opinion du juge Rothstein qu'il y aurait incohérence si l'on refusait une déduction à l'associé qui utilise son propre argent pour verser son apport initial à la société, puis qui retire cet argent à des fins personnelles et rétablit son apport au moyen d'un emprunt, alors que l'associé ayant financé son apport initial par un emprunt aurait le droit de déduire les intérêts sur cet emprunt de même que ceux payés sur tout emprunt ultérieur pour refinancer l'apport. J'estime que cette comparaison est trompeuse et que l'injustice qu'elle est censée illustrer demeure plus apparente que réelle.

L'associé dont l'apport initial a été financé au moyen d'un emprunt ne bénéficiera de la déduction des intérêts payées sur toute somme empruntée ultérieurement que si ces sommes sont liées à l'entreprise. Il n'aura pas droit à une déduction

Hence, he compares favourably with someone in the respondent's position, i.e. a partner who originally finances the partnership with his own money. Access to the deduction does not turn on whether or not the initial investment is with borrowed money, but what the borrowed money is used for — personal use means no deduction regardless of when the borrowing started. As a consequence, there is no difference or differential treatment giving rise to potential unfairness. We must view access to the deduction in consideration of the use of the borrowed funds, as the provision directs us to; there is then no worry about an inconsistency. Where the borrowed money is used for personal purchases, there is no deduction in either case. Otherwise, a different kind of unfairness would be created, namely that partners in partnerships would be given access to a way to finance the purchase of their homes by virtue of a shuffle through the capital accounts of their law firms.

pour des dépenses personnelles. En conséquence, sa situation se compare favorablement à celle de l'intimé, c.-à-d. celle d'un associé qui finance son apport initial au moyen de fonds propres. Le droit à la déduction ne dépend pas de la question de savoir si l'apport initial provient d'un emprunt, mais bien de celle de savoir à quoi sert l'argent ainsi emprunté — une utilisation à des fins personnelles ne donnant droit à aucune déduction peu importe le moment de l'emprunt. Par conséquent, il n'existe ni distinction ni traitement différent susceptible d'entraîner une injustice. Nous devons déterminer le droit à la déduction au regard de l'usage qui est fait des fonds empruntés, comme la disposition nous prescrit de le faire. De cette façon, il n'y a aucune raison de craindre une incohérence. Lorsque l'argent emprunté est utilisé pour effectuer des achats personnels, aucune déduction n'est alors permise dans l'un et l'autre cas. Sinon, une autre forme d'injustice naîtrait, à savoir qu'un associé d'une société de personnes pourrait financer l'achat de sa maison par un va-et-vient de fonds dans le compte de capital de son cabinet d'avocats.

The unfavourable comparison between a partner who need not borrow money to invest in the partnership but who does so and as a result benefits from both the interest deduction and is left with capital that could be used for personal consumption and a partner who uses his or her own money for investment in the law firm and as a result does not have that capital available for personal consumption is a comparison that seems too hypothetical to me and requires assuming that things happened differently than they did in this case. If Singleton had borrowed rather than used his own money to finance the firm when he first joined it, theoretically, he could have used that money to buy a house. But that is not what he did. He used his money to invest in the partnership and the money he borrowed was used to finance the house, not to finance the partnership (he only returns it to the partnership because he took it from the partnership). We cannot attribute to him tax treatment because of something he could have done. We must look at what he did. As Linden J.A. states, at p. 501, in his dissent in the Federal Court of

81 Constitue à mon sens une comparaison trop hypothétique — requérant en outre que nous supposions que les choses ne se sont passées comme ce fut le cas en l'espèce — la comparaison défavorable entre la situation de l'associé qui, même s'il n'a pas besoin de le faire, emprunte pour investir dans la société et en conséquence bénéficie de la déduction des intérêts tout en continuant de disposer de fonds utilisables à des fins personnelles et celle de l'associé qui investit son propre argent dans le cabinet et, de ce fait, ne peut plus en disposer à des fins personnelles. Si Singleton avait emprunté au lieu d'utiliser son propre argent pour financer le cabinet lorsqu'il s'y est joint, il aurait pu, en théorie, utiliser cet emprunt pour acheter une maison. Mais ce n'est pas ce qu'il a fait. Il a utilisé son propre argent pour investir dans la société de personnes et celui qu'il a emprunté a servi à financer la maison plutôt que cette société (il ne remet l'argent à la société de personnes que parce qu'il l'en a retiré). Nous ne pouvons lui accorder un avantage fiscal pour quelque chose qu'il aurait pu faire. Nous devons tenir compte de

Appeal, "[w]e must examine what the taxpayer actually did, not what he could have or should have done".

ce qu'il a fait. Comme l'affirme le juge Linden dans sa dissidence en Cour d'appel fédérale, à la p. 501, « [i]l faut examiner ce que le contribuable a réellement fait, et non ce qu'il aurait pu ou ce qu'il aurait dû faire ».

82 There is no inconsistency in saying that if a taxpayer does something one way, certain tax consequences follow, but things, if done another way, would be treated differently. He should not get the benefit of an interpretation which attributes to him the benefits of a possible way to arrange his affairs; he is to be taxed on how those affairs were actually arranged. In other words, we cannot say that he should obtain the deduction because he could have obtained the deduction by another different arrangement of his affairs. The Act requires that the court consider the actual purpose for which the borrowed money was used. The question to be asked in order to ascertain that purpose is rather simple in my view: what was changed by these transactions? Here it was the acquisition of a house. The financing of the law firm remained the same.

Il n'est pas illogique d'affirmer que, si un contribuable fait quelque chose d'une certaine façon, des conséquences fiscales données en découleront, mais que s'il s'y prend d'une autre façon, des conséquences différentes en résulteront. Le contribuable ne doit pas bénéficier d'une interprétation qui lui accorderait les avantages d'une façon concevable d'organiser ses affaires, mais il doit être imposé en fonction de la manière dont il les a réellement organisées. En d'autres termes, nous ne pouvons affirmer qu'il doit obtenir la déduction parce qu'il aurait pu l'obtenir en organisant ses affaires différemment. La Loi exige que le tribunal tienne compte de la fin réelle à laquelle l'argent emprunté a été utilisé. La question qu'il faut se poser pour déterminer cette fin est, selon moi, assez simple : Quel changement les opérations ont-elles entraîné? En l'occurrence, ce fut l'acquisition d'une maison. Le capital du cabinet d'avocats est resté le même.

83 Moreover, the idea that a partner who has originally invested money in a law firm that he could have used for personal consumption should be given the same tax benefit as the partner who borrows for that initial investment and then removes equity from the firm later in order to make a personal purchase does not result in a standard of "equal treatment" that is practicable. Suppose the respondent had borrowed in order to buy his part of the partnership, obtaining as he should deduction on the interest of the debt. Imagine that in five years he had repaid the borrowed money. Now suppose that the respondent did what he did here, i.e. took out his equity in the law firm, bought the house and borrowed to replace the money he took out of the capital account. If the deduction on the interest of the second loan is allowed, this means that the fictitious purpose is dominant in all cases as a result, a taxpayer can effectively continue to obtain deductions for personal consumption at will. This clearly cannot be what is intended by the

De plus, ne se traduit pas par une norme applicable en matière de « traitement équitable » l'idée que l'associé qui investit initialement dans un cabinet d'avocats des fonds qu'il aurait pu utiliser à des fins personnelles devrait bénéficier du même avantage fiscal que celui qui fait cet apport au moyen de fonds empruntés qu'il retire ensuite du cabinet pour effectuer un achat personnel. Supposons que l'intimé ait contracté un emprunt pour acheter sa participation dans la société de personnes, obtenant comme il se doit une déduction pour les intérêts payés sur cet emprunt, et qu'il ait remboursé cet emprunt en cinq ans. Supposons maintenant que l'intimé ait agi comme il l'a fait en l'espèce, c.-à-d. qu'il ait retiré sa participation en capital du cabinet d'avocats, acheté la maison puis emprunté en vue de remplacer l'argent retiré du compte de capital. Si l'on permet la déduction des intérêts du second emprunt, il s'ensuit que la fin fictive demeure la fin dominante dans tous les cas et que le contribuable peut, dans les faits, continuer

legislation, which calls for a deduction only when the *bona fide* use of the borrowed funds is to produce income.

d'obtenir à volonté des déductions pour des dépenses personnelles. Manifestement, cela ne saurait être l'objectif visé par la loi, qui n'autorise la déduction que dans les cas où la fin véritable à laquelle sont affectés les fonds empruntés est de produire un revenu.

(e) *"Direct Link" Analysis from Shell Canada*

(e) *L'analyse relative au « lien direct » faite dans l'arrêt Shell Canada*

It was also submitted that there is a direct link between the taxpayer's borrowing of the funds in question and an eligible use. According to *Shell Canada*, *supra*, the interest paid on that money should therefore be deductible. With respect for the opposite view, I do not agree with this reading of *Shell Canada*.

84 On a également prétendu qu'un lien direct existait entre l'emprunt par le contribuable des fonds en cause et une utilisation admissible. Conformément à l'arrêt *Shell Canada*, précité, les intérêts versés sur ces fonds seraient en conséquence déductibles. Avec égards pour l'opinion contraire, je ne souscris pas à cette interprétation de l'arrêt *Shell Canada*.

In *Shell Canada*, McLachlin J. did, in fact, use the language of "direct link". She stated, at para. 32 as follows:

85 Dans cet arrêt, le juge McLachlin a effectivement utilisé l'expression « lien direct ». Elle s'est exprimée ainsi, au par. 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 after 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. . . . 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*. . . .

> 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. [. . .] 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*. . .

From this passage, it appears that McLachlin J. was not dealing with a situation at all similar to the one at bar. Rather, she was concerned to answer the argument that because the borrowed money was denominated in New Zealand dollars, it should not be deductible since it was immediately converted into U.S. dollars. She points out that

86 Il appert de cet extrait que la situation examinée par le juge McLachlin ne ressemble en rien à celle qui nous occupe. Le juge McLachlin s'appliquait plutôt à répondre à l'argument que l'emprunt en devises néo-zélandaises ne devait pas ouvrir droit à la déduction puisqu'il avait été immédiatement converti en devises américaines. Elle souligne

money is fungible, however, so the denominations are immaterial to the analysis. In the present case, we are concerned with two possible uses of the borrowed funds: one is to invest in the law firm in order to generate income and the other is to purchase a home. In *Shell Canada*, by contrast, all the uses to which the money might be put are business-related. The only concern is whether a legal formality (that the funds were borrowed in New Zealand currency but were invested in U.S. currency) should prevent the taxpayer from being able to deduct interest on borrowed funds that clearly went toward its business.

87 Reading McLachlin J.'s decision in *Shell Canada* as a whole leads to the conclusion that she does not mean to suggest that a taxpayer can deduct the interest he paid on money he borrowed for a purpose totally unrelated to his business. Rather, she simply held that *bona fide* legal relationships should not be disregarded by the courts in analysing such transactions. Since, as McLachlin J. points out, money is fungible, the denominations in which it is calculated are irrelevant to understanding the essence of the transaction. Since she maintains that it is only *bona fide* legal relationships that are to be given deference by the courts, there must be some legal relationships that courts still consider not to be *bona fide*. The facts in the present case surely present as strong a case of legal relations created without *bona fide* as one could imagine. A loan was obtained to finance the purchase of a private home. Interest paid in respect of such a loan should not be claimed as a deduction from taxable income.

6. Conclusion

88 For the reasons stated above, I would grant the appeal and restore the judgment of Bowman J.T.C.C.

Appeal dismissed with costs, BASTARACHE *and* LeBel JJ. *dissenting.*

cependant que l'argent est fongible et, partant, que les devises utilisées ne sont pas pertinentes pour l'analyse. En l'espèce, nous nous intéressons à deux utilisations possibles des fonds empruntés : l'une est leur investissement dans un cabinet d'avocats en vue de tirer un revenu, l'autre leur utilisation pour acheter une maison. Dans l'arrêt *Shell Canada*, par contraste, toutes les utilisations de l'argent étaient liées à l'entreprise. La seule question était de savoir si une formalité juridique (le fait que les fonds aient été empruntés en devises néo-zélandaises mais investis en devises américaines) devait empêcher le contribuable de déduire les intérêts sur des fonds empruntés qui étaient clairement utilisés pour son entreprise.

Il ressort de l'ensemble des motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Shell Canada* qu'elle ne suggère pas qu'un contribuable peut déduire les intérêts versés sur de l'argent emprunté à une fin dépourvue de tout lien avec son entreprise. Au contraire, elle a simplement conclu que les tribunaux ne doivent pas faire abstraction des rapports juridiques véritables dans leur analyse de ces opérations. Comme le souligne le juge McLachlin, du fait que l'argent est fongible, les devises utilisées n'ont aucune pertinence pour déterminer l'essence de l'opération. Puisqu'elle affirme que seuls les rapports juridiques véritables doivent bénéficier de la déférence des tribunaux, il reste sûrement des rapports que les tribunaux continuent de considérer non véritables. Il est certes difficile d'imaginer exemple plus concret de rapports juridiques non véritables que les faits de la présente espèce. Un emprunt a été obtenu en vue de financer de l'achat d'une résidence privée. Les intérêts payés sur un tel emprunt ne devraient pas être réclamés à titre de déduction du revenu imposable.

6. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la décision du juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges BASTARACHE *et* LeBel *sont dissidents.*

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'appelante : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Davis & Company, Vancouver.

Ludco Enterprises Ltd., Brian Ludmer, David Ludmer, and Cindy Ludmer *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: LUDCO ENTERPRISES LTD. *v.* CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 62.

File No.: 27320.

2001: March 19; 2001: September 28.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Deductions — Interest — Legal test for interest deductibility — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

Income tax — Deductions — Interest — Taxpayers seeking deduction of interest paid on borrowed money used to purchase shares in foreign companies — Taxpayers receiving $600,000 in dividends and incurring $6 million in interest costs during period shares held in foreign companies — Whether interest costs deductible — Whether money borrowed "used for the purpose of earning income" — Concepts of "purpose" and "income" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

Income tax — Deductions — Interest — Corporate taxpayer seeking deduction of interest paid on borrowed money used to purchase shares in foreign companies — Shares disposed of in rollover transaction — Whether taxpayer entitled to deduct interest costs incurred after rollover transaction — Whether taxpayer established link between original eligible use property and current eligible use property — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

Costs — Special costs — Revenue Canada denying taxpayers' interest deductions and aggressively pressing its case against taxpayers — Revenue Canada's reassessment set aside — Whether special costs should be

Entreprises Ludco Ltée, Brian Ludmer, David Ludmer et Cindy Ludmer *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : ENTREPRISES LUDCO LTÉE *c.* CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 62.

N° du greffe : 27320.

2001 : 19 mars; 2001 : 28 septembre.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêts — Critère juridique de déductibilité des intérêts — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêts — Déduction par les contribuables des intérêts payés sur un emprunt utilisé pour acheter des actions de sociétés étrangères — Durant la période où ils ont détenu les actions, les contribuables ont reçu 600 000 $ en dividendes et fait des frais d'intérêt de 6 millions de dollars — Ces intérêts sont-ils déductibles? — L'argent emprunté a-t-il été « utilisé en vue de tirer un revenu »? — Concepts de « fin » et de « revenu » — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêts — Déduction par la société contribuable des intérêts payés sur un emprunt utilisé pour acheter des actions de sociétés étrangères — Disposition des actions par voie de transfert libre d'impôt — Le contribuable a-t-il le droit de déduire les frais d'intérêt faits après le transfert libre d'impôt? — Le contribuable a-t-il établi l'existence d'un lien entre le bien initial dont l'utilisation était admissible et le bien actuel dont l'utilisation est admissible? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

Dépens — Dépens spéciaux — Refus des déductions par Revenu Canada, qui a vigoureusement défendu sa thèse — Annulation des nouvelles cotisations établies par Revenu Canada — Y a-t-il lieu d'accorder des

awarded — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Two foreign companies operated investment funds carefully structured to avoid the application of the Foreign Accrual Property Income ("FAPI") rules and to provide other tax advantages to investors. Between September 1977 and June 1979, L, the President and sole shareholder of the corporate appellant ("Ludco"), purchased shares in the foreign companies on behalf of Ludco and the individual appellants, investing approximately $7.5 million using $6.5 million in borrowed funds. In 1983, Ludco disposed of the shares in the foreign companies along with other assets to a wholly owned subsidiary of Ludco for their fair market value and in accordance with the rollover provisions in s. 85 of the *Income Tax Act*. It received both interest-earning and non-interest-earning assets as consideration. In 1985, when the FAPI rules eliminated the tax benefits of the type of off-shore investment in issue, the appellants disposed of their shares and earned capital gains of approximately $9.2 million. In the eight years the appellants held shares in the foreign companies, they received approximately $600,000 in dividends and incurred approximately $6 million in interest charges. For the taxation years 1981 to 1985, the appellants deducted their interest costs against other reported income pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*. They were reassessed and the deductions were disallowed. The Minister of National Revenue took the position that the amount borrowed had not been "used for the purpose of earning income from a business or property" as stipulated in s. 20(1)(*c*)(i), but to defer taxes and convert income into capital gains. The Tax Court of Canada, the Federal Court, Trial Division, and the majority of the Federal Court of Appeal all upheld the Minister's reassessments.

Held: The appeal should be allowed. The interest costs were deductible under s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*.

Per Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: Whether a taxpayer's purpose in making an investment falls within the ambit of s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act* is a question of mixed fact and law. Determining and applying the proper test under s. 20 is a question of law. In this case, since the trial judge did not apply the correct legal test to determine the appel-

dépens spéciaux? — Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

Deux sociétés étrangères exploitaient des fonds d'investissement soigneusement conçus pour éviter l'application des règles relatives au revenu étranger accumulé, tiré de biens (« REATB ») et faire bénéficier les investisseurs d'autres avantages fiscaux. De septembre 1977 à juin 1979, L, président et unique actionnaire de la personne morale appelante (« Ludco »), a acheté des actions des sociétés étrangères pour le compte de Ludco et des particuliers appelants, investissant environ 7,5 millions de dollars et utilisant des fonds empruntés d'une valeur de 6,5 millions de dollars. En 1983, Ludco a cédé à une filiale en propriété exclusive les actions des sociétés étrangères ainsi que d'autres biens à leur juste valeur marchande et conformément aux dispositions sur les transferts libres d'impôt de l'art. 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En contrepartie, Ludco a reçu des biens produisant des intérêts et des biens n'en produisant pas. En 1985, lorsque les règles relatives au REATB ont éliminé les avantages fiscaux du genre de placement à l'étranger qui est en litige, les appelants ont disposé de leurs actions et réalisé un gain en capital d'environ 9 200 000 $. Pendant les huit années au cours desquelles ils avaient détenu les actions, les appelants avaient touché quelque 600 000 $ en dividendes et fait des frais d'intérêt s'élevant à environ 6 000 000 $. Conformément au sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les appelants ont déduit leurs frais d'intérêt des autres revenus déclarés pour les années d'imposition 1981 à 1985. Ils ont fait l'objet de nouvelles cotisations et les déductions ont été refusées. Le ministre du Revenu national estimant que la somme empruntée n'avait pas été utilisée « en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien », comme l'exige le sous-al. 20(1)*c*)(i), mais en vue de reporter l'impôt et de transformer des revenus en gains en capital. La Cour canadienne de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations et refusé la déduction, tout comme la Section de première instance de la Cour fédérale et la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les frais d'intérêt étaient déductibles en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : La question de savoir si la fin poursuivie par un contribuable en effectuant un investissement est visée au sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est une question mixte de fait et de droit. La détermination et l'application du critère approprié relativement à l'art. 20 est une question de droit.

lants' purpose, this Court may interfere with his finding in this regard.

The use of the borrowed money in this case complies with the requirements expressed in s. 20(1)(*c*)(i), including the requirement that the borrowed money be "used for the purpose of earning income". A determination of whether borrowed money has been put to an eligible use requires a characterization of the use of the borrowed funds and of the taxpayer's purpose in using the funds. Here, the borrowed funds were directly used to purchase shares in the foreign companies, so the focus of the inquiry is whether the taxpayers' purpose in so using the funds was to earn income within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i).

The requisite test to determine the purpose for interest deductibility under s. 20(1)(*c*)(i) is whether, considering all the circumstances, the taxpayer had a reasonable expectation of income at the time the investment was made. When the modern rule of statutory interpretation is applied, only the reasonable expectation of income test is consistent with the wording of s. 20(1)(*c*)(i). Although many courts have simply adopted the *bona fide* purpose test, it is not supported by the principles of statutory interpretation, especially as applied in our recent tax law jurisprudence. Nor does the text of s. 20(1)(*c*)(i) indicate that the requisite purpose must be the exclusive, primary or dominant purpose, or that multiple purposes are to be somehow ranked in importance in order to determine the taxpayer's "real" purpose. Absent a sham, window dressing or other vitiating circumstances, a taxpayer's ancillary purpose may be nonetheless a *bona fide* objective of his or her investment, equally capable of providing the requisite purpose for interest deductibility.

For the purposes of s. 20(1)(*c*)(i), "income" refers to income subject to tax, not net income. This definition of income is more consistent with the objective of the interest deductibility provision, which is to create an incentive to accumulate capital with the potential to produce income by allowing taxpayers to deduct interest costs associated with its acquisition. Absent vitiating circumstances, courts should not be concerned with the

Comme, en l'espèce, le juge de première instance n'a pas appliqué le bon critère juridique pour déterminer la fin poursuivie par les appelants, notre Cour peut modifier sa conclusion à cet égard.

L'utilisation des fonds empruntés en l'espèce respecte toutes les conditions prévues par le sous-al. 20(1)*c*)(i) et, plus particulièrement, celle exigeant que les fonds empruntés aient été utilisés « en vue de tirer un revenu ». Pour statuer sur l'admissibilité de l'utilisation des fonds empruntés, il faut qualifier cette utilisation de même que la fin qu'a poursuivie le contribuable en utilisant les fonds. En l'espèce, puisque les fonds empruntés ont directement servi à faire l'acquisition d'actions des sociétés étrangères, la question centrale consiste à se demander si la fin poursuivie par les contribuables en utilisant ainsi les fonds était de tirer un revenu au sens du sous-al. 20(1)*c*)(i).

Le critère applicable pour déterminer si la fin visée donne ouverture à la déduction des intérêts en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i) consiste à se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, le contribuable avait, au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de tirer un revenu. Lorsqu'on applique la règle moderne en matière d'interprétation législative, seul le critère fondé sur l'expectative raisonnable de tirer un revenu est compatible avec le libellé du sous-al. 20(1)*c*)(i). Bien que de nombreux tribunaux aient tout simplement retenu le critère de la fin véritable, celui-ci n'est pas étayée par les principes d'interprétation législative, compte tenu particulièrement de la façon dont ils ont été appliqués dans les récents arrêts de la Cour en matière fiscale. De plus, rien dans le texte du sous-al. 20(1)*c*)(i) n'indique que la fin requise doit être la fin exclusive, première ou dominante ou que, en présence de fins multiples, celles-ci doivent d'une certaine manière être classées par ordre d'importance pour déterminer quelle est la fin « réelle » poursuivie par le contribuable. En l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, une fin accessoire poursuivie par le contribuable en effectuant l'investissement peut néanmoins constituer une fin véritable, tout aussi susceptible de satisfaire la condition de déductibilité de l'intérêt fondée sur la fin requise.

Pour l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i), le terme « revenu » s'entend non pas du revenu net mais du revenu assujetti à l'impôt. Cette définition de revenu concorde davantage avec l'objectif de la disposition relative à la déductibilité de l'intérêt qui est d'encourager l'accumulation de capitaux susceptibles de produire des revenus et ce en permettant au contribuable de déduire les frais d'intérêt liés à leur acquisition. En l'ab-

sufficiency of the income expected or received. Although the income earned in this case was relatively nominal compared to the capital gains realized and interest deductions sought, an "economic realities" view of the investments is not appropriate as it would stray from the express terms of s. 20(1)(*c*)(i) and supplement the provision with extraneous policy concerns. Here, the requisite purpose was present. Although earning income was not the principal factor that motivated L to invest in the foreign companies, he anticipated the receipt of dividend income and the objective documentary evidence indicates that the appellants had a reasonable expectation of earning income. Furthermore, dividend income was actually received. The purchases of the shares were genuine investments and the amount of dividends actually paid cannot be characterized as window dressing or sham.

The disposition by Ludco of its shares in the foreign companies to its subsidiary in 1983 did not affect its ability to deduct the interest costs. Ludco met the burden of establishing the necessary linkage between the original eligible use property and the current eligible use property. Although Ludco initially received a mix of income-earning and non-income-earning assets as consideration for the shares in the foreign companies, the value of the income-earning assets exceeded the amount of the borrowed money. In these circumstances, the income-producing replacement property can be linked to the entire amount of the loan and it can be said that the interest charges were "wholly applicable" to the source of the income. Consequently, the entire amount of the interest payment continued to be deductible after the rollover occurred.

This is not an appropriate case for an order for special costs pursuant to s. 47 of the *Supreme Court Act*. Although the Crown aggressively pressed its case against the appellants, there is no substance to the appellants' claims of abuse and misconduct.

Per LeBel J.: Subject to comments made on the interpretation of tax statutes in the companion case of *Singleton v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1046, 2001 SCC 61, there is agreement with the disposition of this appeal.

sence de circonstances viciant l'opération, les tribunaux ne devraient pas se demander si le revenu escompté ou touché a un caractère suffisant. Quoique, en l'espèce, le revenu gagné soit relativement minime par rapport aux gains en capital réalisés et aux déductions d'intérêt réclamées, il ne convient pas de considérer les investissements en cause d'un point de vue fondé sur la « réalité économique » puisqu'on s'écarterait du texte exprès du sous-al. 20(1)*c*)(i) et qu'on intégrerait à cette disposition des considérations de politique générale extrinsèques. En l'espèce, la fin requise était présente. Bien que tirer un revenu n'ait pas été le facteur principal ayant motivé L à investir dans les sociétés étrangères, il s'attendait à toucher un revenu de dividendes et la preuve documentaire objective révèle que les appelants avaient une expectative raisonnable de tirer un revenu. En outre, des revenus de dividendes ont bel et bien été touchés. Les achats d'actions constituaient de véritables investissements et on ne peut qualifier d'artifice le montant des dividendes qui ont été versés.

La disposition par Ludco à sa filiale, en 1983, de ses actions des sociétés étrangères n'a pas eu d'incidence sur sa capacité de déduire les frais d'intérêt. Ludco s'est acquittée de l'obligation qui lui incombait d'établir l'existence du lien requis entre le bien initial dont l'utilisation était admissible et le bien actuel dont l'utilisation est admissible. Quoique l'appelante Ludco ait initialement reçu tant des biens productifs de revenus que des biens non productifs de revenus en contrepartie des actions des sociétés étrangères, la valeur des biens productifs de revenus était supérieure à la somme empruntée. Dans ces circonstances, on peut rattacher le bien productif de revenus acquis en remplacement au montant total du prêt et affirmer que les frais d'intérêt « se rapport[aient] entièrement » à la source de revenu. Par conséquent, la totalité des intérêts payés est demeurée déductible après le transfert libre d'impôt.

La présente affaire n'est pas un cas où il convient d'adjuger des dépens spéciaux en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*. Bien que l'État ait vigoureusement défendu sa thèse, aucun élément n'étaye les prétentions des appelants voulant que l'État ait agi de manière abusive ou fautive.

Le juge LeBel : Sous réserve des observations faites dans l'affaire connexe *Singleton c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1046, 2001 CSC 61, sur l'interprétation des lois fiscales, il y a accord avec le dispositif du présent pourvoi.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *Singleton v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1046, 2001 SCC 61; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391, 2001 SCC 11; *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10; *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; *Mark Resources Inc. v. The Queen*, 93 D.T.C. 1004; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305.

By LeBel J.

Referred to: *Singleton v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1046, 2001 SCC 61.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 9, 18(1)(*b*), 20(1)(*c*)(i), 85, 96.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1999), 240 N.R. 70, 99 D.T.C. 5153, [1999] 3 C.T.C. 601, [1999] F.C.J. No. 402 (QL), affirming a decision of the Federal Court, Trial Division (1997), 139 F.T.R. 241, 98 D.T.C. 6045,

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés : *Singleton c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1046, 2001 CSC 61; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391, 2001 CSC 11; *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10; *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] A.C.I. nº 265 (QL); *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305.

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *Singleton c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1046, 2001 CSC 61.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 9, 18(1)*b*), 20(1)*c*)(i), 85, 96.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1999), 240 N.R. 70, 99 D.T.C. 5153, [1999] 3 C.T.C. 601, [1999] A.C.F. nº 402 (QL), confirmant le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale (1997), 139 F.T.R.

[1997] F.C.J. No. 1707 (QL), affirming a decision of the Tax Court of Canada, 93 D.T.C. 1351, [1993] 2 C.T.C. 2494, [1993] T.C.J. No. 1 (QL), dismissing the plaintiffs' appeal from the reassessment made under the *Income Tax Act* for the 1981-1985 taxation years. Appeal allowed.

Guy Du Pont, *François Barette* and *Robert Raizenne*, for the appellants.

Pierre Cossette and *Sophie-Lyne Lefebvre*, for the respondent.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

In this appeal, we are asked to decide whether interest charges incurred with respect to money the appellants borrowed to purchase shares in two foreign companies are deductible from their income from other sources pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.).

The appeal was heard at the same time as *Singleton v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1046, 2001 SCC 61, reasons in which are being released concurrently herewith. The main issue in both cases is the same: whether the money borrowed by the taxpayers was "used for the purpose of earning income from a business or property" within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*. However, the resolution of this issue requires a characterization of both the "use" of borrowed funds and the "purpose" of the use (see *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at p. 46), and it is at this point that the inquiry in the two appeals diverges. In *Singleton*, the Court is asked to characterize the "use" of the borrowed funds, whereas in the present appeal we are primarily concerned

241, 98 D.T.C. 6045, [1997] A.C.F. nº 1707 (QL), qui a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt, 93 D.T.C. 1274, [1993] 2 C.T.C. 2494, [1993] A.C.I. nº 1 (QL), qui avait rejeté l'appel formé par les demandeurs contre la nouvelle cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard des années d'imposition 1981 à 1985. Pourvoi accueilli.

Guy Du Pont, *François Barette* et *Robert Raizenne*, pour les appelants.

Pierre Cossette et *Sophie-Lyne Lefebvre*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à décider si les frais d'intérêt payés par les appelants sur des fonds empruntés pour acheter des actions de deux sociétés étrangères sont déductibles, en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), de leurs revenus provenant d'autres sources. 1

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *Singleton c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1046, 2001 CSC 61, dans laquelle notre Cour dépose simultanément ses motifs. La principale question en litige dans les deux affaires est la même; il s'agit de déterminer si l'argent emprunté par les contribuables a été « utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien » au sens du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, pour répondre à cette question, il faut établir l'« usage » auquel ont été affectés les fonds empruntés ainsi que la « fin » de cet usage (voir l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, p. 46), et c'est à cette étape que l'analyse diverge dans les deux pourvois. Dans l'affaire *Singleton*, notre Cour doit déterminer 2

with the proper characterization of the taxpayer's "purpose" in using the borrowed money.

3 In my view, the requisite use and purpose were present in the circumstances of this case, and the requirements for interest deductibility under s. 20(1)(*c*)(i) were met. Consequently, I would allow the appeal for substantially the same reasons given by Létourneau J.A. in dissent at the Federal Court of Appeal.

II. Facts

A. *The Companies*

4 The two companies at issue in this case, Justinian Corporation S.A. ("Justinian") and Augustus Corporation S.A. ("Augustus"), operated investment funds that were carefully structured to avoid the application of the Foreign Accrual Property Income rules (the "FAPI" rules) and to provide other tax advantages to investors such as deferral of taxes and the conversion of income into capital gains. It was the policy of Justinian and Augustus (together the "Companies") to invest in debt-securities and reinvest almost all profits, retaining only a relatively small portion for the purpose of dividend distribution. In the eight years the appellants held shares in the Companies, they received approximately $600,000 in dividends, but incurred approximately $6 million in interest charges. After the FAPI rules were amended to eliminate the tax advantages of these investment funds, the appellants disposed of their shares and earned capital gains of approximately $9.2 million.

5 By way of background, it is useful to outline the taxation environment within which the Companies were set up. A document prepared in September 1976 by the Montreal law firm, Verchère & Gauthier, entitled "Memorandum Respecting the Establishment of a Non-Resident Investment Organisation for Canadian Investors", explained

l'« usage » auquel ont été affectés les fonds empruntés, alors que dans le présent pourvoi il s'agit essentiellement de déterminer la « fin » qu'a poursuivie le contribuable en utilisant ces fonds.

J'estime que l'utilisation et la fin requises sont présentes dans les circonstances de l'espèce et que les conditions de déductibilité de l'intérêt prévues par le sous-al. 20(1)*c*)(i) sont respectées. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale dans son opinion dissidente.

II. Les faits

A. *Les sociétés*

Les deux sociétés en cause dans la présente affaire, Justinian Corporation S.A. (« Justinian ») et Augustus Corporation S.A. (« Augustus »), exploitaient des fonds d'investissement soigneusement conçus pour éviter l'application des règles relatives au revenu étranger accumulé, tiré de biens (« REATB ») et faire bénéficier les investisseurs d'autres avantages fiscaux comme le report de l'impôt et la transformation de revenus en gains en capital. Justinian et Augustus (les « Sociétés ») avaient pour pratique d'investir dans des titres de créance, à réinvestir la quasi-totalité des profits et à ne conserver qu'une partie relativement minime de ceux-ci aux fins de distribution de dividendes. Pendant les huit années au cours desquelles les appelants ont détenu des actions des sociétés, ils ont touché approximativement 600 000 $ en dividendes, mais ils ont fait des frais d'intérêt d'environ 6 000 000 $. Après la modification des règles relatives au REATB afin d'éliminer les avantages fiscaux de ces fonds d'investissement, les appelants se sont départis de leurs actions et ont réalisé des gains en capital d'environ 9 200 000 $.

En guise de toile de fond, il convient de décrire le contexte fiscal dans lequel les deux sociétés ont été mises sur pied. En septembre 1976, un cabinet d'avocats montréalais, Verchère & Gauthier, a rédigé un document intitulé « Memorandum Respecting the Establishment of a Non-Resident Investment Organisation for Canadian Investors ».

that in 1976 the FAPI rules were implemented to eliminate some foreign vehicles for tax deferral and savings, such as foreign-based family investment corporations or trusts. Under the new rules, passive income of closely held foreign holding companies and trusts was attributed to Canadian shareholders or beneficiaries in the year it was earned, even if not distributed. However, it remained open to Canadians to invest in widely held foreign investment vehicles without incurring current taxation on reinvested income provided that the interest of the Canadian investor was less than 10 percent. The Companies were conceived, and their operations planned, in light of these Canadian income tax laws and the proposal for a new investment vehicle contained in the aforementioned memorandum.

Ce document expliquait que, en 1976, les règles relatives au REATB avaient été adoptées afin d'éliminer certains instruments de placement étrangers servant à reporter le paiement de l'impôt et à réaliser des économies d'impôt, notamment les fiducies ou sociétés de placement familiales établies à l'étranger. Suivant les nouvelles règles, le revenu passif des fiducies et sociétés de portefeuille étrangères comptant peu d'actionnaires était attribué aux actionnaires ou bénéficiaires canadiens l'année où il était gagné, même s'il n'était pas distribué. Cependant, il demeurait loisible aux Canadiens d'investir dans des sociétés de placement étrangères comptant un grand nombre d'actionnaires sans imposition immédiate du revenu réinvesti, à la condition que la participation de l'investisseur canadien soit inférieure à 10 pour 100. C'est à la lumière de ces dispositions canadiennes en matière d'impôt sur le revenu et du nouveau véhicule de placement proposé dans le document susmentionné que les Sociétés ont été conçues et que leurs activités ont été planifiées.

For our purposes, the Companies can be treated as essentially the same entity. Both were incorporated in Panama in 1977, and operated from headquarters in the Bahamas. Therefore, as non-residents of Canada, during the material times, the income of the Companies was not taxable under the *Income Tax Act*. The business activities of the Companies consisted of investing in Canadian and US withholding tax-exempt debt securities or fixed income securities. In order to circumvent the FAPI rules, the Companies' constituting documents restricted the acquisition and redemption of shares so that no one investor could hold more than a 9.9 percent share interest in the Companies. 6

Pour les fins qui nous occupent, les Sociétés peuvent être considérées comme étant essentiellement une seule et même entité. Elles ont toutes deux été constituées au Panama en 1977 puis exploitées à partir de bureaux situés aux Bahamas. Partant, puisqu'il s'agissait de non-résidents du Canada, leur revenu n'était pas imposable sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pendant la période considérée. Les activités commerciales des Sociétés consistaient à investir, au Canada et aux États-Unis, dans des titres de créance ou des valeurs à revenu fixe exonérés de retenues d'impôt. Pour éviter l'application des dispositions relatives au REATB, les statuts constitutifs des Sociétés limitaient l'acquisition et le rachat d'actions de façon qu'aucun investisseur ne puisse détenir plus de 9,9 pour 100 du capital-actions des Sociétés.

A 1977 document prepared by Verchère & Gauthier, entitled "Memorandum Respecting the Formation and Operation of the Altanational Bond Fund" summarized the tax features of an investment in what became the Companies in this way: 7

Un document rédigé en 1977 par Verchère & Gauthier et intitulé « Memorandum Respecting the Formation and Operation of the Altanational Bond Fund » résumait ainsi les conséquences fiscales d'un placement dans ce qui allait devenir les Sociétés :

a) the Fund would not be subject to any Canadian income tax either with respect to interest income or gains on its sales of Fund assets;

b) the Canadian shareholders would not be subject to any income tax with respect to their investment in the Fund except to the extent of dividends received or proceeds of disposition of their shares;

c) proceeds of dispositions of the shares by the Canadian shareholders, whether by way of sale or redemption, would give rise to taxation as capital gains.

8 The Companies' Explanatory Memoranda set out their investment strategy and dividend policy. Initially, in 1977, the Companies' strategy was to invest in debt securities and "accumulate earnings for reinvestment". The dividend policy granted the Boards of Directors a broad discretion to declare and pay a dividend at any time if that was in the best interests of the Companies and their shareholders. In 1978, the Companies' strategy was modified slightly to "accumulate the major portion of its earnings for reinvestment". Furthermore, the dividend policy was changed to indicate that "in each year that the Fund has earnings it is anticipated that the Board of Directors of the Fund will declare and pay a dividend to shareholders of some portion of the Fund's earnings". By 1981, the dividend policy reflected the practice of the Companies since 1977. It provided that, "in the past, it has been the policy of the Board of Directors of the Fund to declare and pay a dividend to shareholders for years in which the Fund has earnings, and it is anticipated that the Board of Directors will continue to follow this policy".

9 In fact, beginning in December 1978, the Companies did declare an annual dividend of US$1 per share for each year of their existence.

[TRADUCTION]

a) le Fonds ne serait pas assujetti à l'impôt sur le revenu au Canada en ce qui concerne le revenu en intérêts ou les gains réalisés lors de la vente de ses éléments d'actif;

b) les actionnaires canadiens ne seraient assujettis à aucun impôt sur le revenu relativement aux sommes investies dans le Fonds, à l'exception des dividendes touchés ou du produit de la disposition de leurs actions;

c) le produit de la disposition des actions des actionnaires canadiens, par voie de vente ou de rachat, serait imposé à titre de gain en capital.

Les notes explicatives des Sociétés exposaient leur stratégie d'investissement et leur politique en matière de distribution de dividendes. Au départ, en 1977, les Sociétés avaient pour stratégie d'investir dans des titres de créance et [TRADUCTION] « d'accumuler les bénéfices en vue de les réinvestir ». La politique de distribution des dividendes accordait aux conseils d'administration un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de déclarer et de verser un dividende à tout moment, si une telle mesure était dans l'intérêt des Sociétés et de leurs actionnaires. En 1978, les Sociétés ont légèrement modifié leur stratégie, précisant qu'elle consistait à [TRADUCTION] « accumuler la majeure partie de [leurs] bénéfices pour les réinvestir ». En outre, la politique de distribution des dividendes a été modifiée afin d'indiquer que [TRADUCTION] « chaque année au cours de laquelle le Fonds réalise des bénéfices, on prévoit que le conseil d'administration déclarera et versera aux actionnaires un dividende correspondant à une partie des bénéfices du Fonds ». En 1981, la politique de distribution des dividendes reflétait la pratique des Sociétés depuis 1977. Elle précisait que, [TRADUCTION] « dans le passé, le conseil d'administration a eu comme politique de déclarer et de verser un dividende aux actionnaires pour les années où le Fonds a réalisé des bénéfices, et les administrateurs devraient demeurer fidèles à cette pratique ».

Dans les faits, à compter de décembre 1978, les Sociétés ont déclaré un dividende annuel de 1 $US par action pour chacune des années de leur existence.

B. *The Investments*

In addition to the tax advantages presented, an investment in the Companies was made attractive by the fact that the funds were managed by a Mr. Ronald Meade, whose expertise and success in this area was renowned. One of the investors who became interested in the Companies was a businessman and real estate developer named Irving Ludmer. Mr. Ludmer was the President and sole shareholder of the corporate appellant, Ludco Enterprises Ltd. ("Ludco"). He is also the father of the individual appellants in this case (the "Ludmer children"). Mr. Ludmer was introduced to the opportunity to invest in the Companies by a former business colleague named Arnold Steinberg. Mr. Steinberg had been a client of Mr. Meade and communicated to Mr. Ludmer his confidence that an investment in the Companies would be worthwhile.

Between September 1977 and June 1979, Mr. Ludmer entered into five separate transactions whereby he purchased shares in the Companies on behalf of Ludco and the Ludmer children. In October 1977, the Ludmer children acquired a total of 10,000 shares of Justinian at US$100 per share. In July 1978, they doubled their holdings. The total acquisition cost of their investment was $2.2 million. In July and December 1978, Ludco invested a total of $2.3 million in Augustus. Approximately eighty percent of these four investments were financed with funds borrowed from Canadian chartered banks in different loans at floating rates of prime plus 1 percent or 3/4 percent. The carrying cost of the appellants' loans increased from about 10 percent in late 1977, through 14 percent in 1979 to a peak of 20 percent in early 1981 before stabilizing at approximately 12 percent in 1983 until the disposition of their shares in 1985. In the fifth of the appellants' transactions, in June 1979 Ludco invested $3 million in Justinian. All the funds for this acquisition were borrowed through a long-term mortgage on a Ludco-owned shopping centre property with a fixed interest rate of 11.5 percent. In the result, the appellants invested approximately $7.5 million to acquire

B. *Les investissements*

En plus des avantages fiscaux que présentait l'investissement dans les Sociétés, un tel placement était d'autant plus intéressant que les fonds étaient gérés par un certain Ronald Meade, dont l'expérience et la réussite dans le domaine étaient reconnues. L'un des investisseurs qui se sont intéressés aux Sociétés était l'homme d'affaires et promoteur immobilier Irving Ludmer. Ce dernier était président et unique actionnaire de la personne morale appelante, Les Entreprises Ludco Ltée (« Ludco »). Il s'agit également du père des personnes physiques appelantes en l'espèce (les « enfants Ludmer »). Un des anciens collègues de M. Ludmer au sein du monde des affaires, M. Arnold Steinberg, lui avait fait part de la possibilité d'investir dans les Sociétés. Monsieur Steinberg, qui avait été un client de M. Meade, a convaincu M. Ludmer de l'opportunité d'investir dans les Sociétés. 10

De septembre 1977 à juin 1979, M. Ludmer a effectué cinq opérations distinctes par lesquelles il a acheté des actions des Sociétés pour le compte de Ludco et des enfants Ludmer. En octobre 1977, ces derniers ont fait l'acquisition d'un total de 10 000 actions de Justinian au prix de 100 $US l'action. En juillet 1978, ils ont doublé le nombre de leurs actions. Le coût d'acquisition total s'est élevé à 2 200 000 $. En juillet et décembre 1978, Ludco a investi au total 2 300 000 $ dans Augustus. Environ 80 pour 100 de ces quatre investissements a été financé grâce à différents prêts consentis par des banques à charte canadiennes à des taux variables correspondant au taux préférentiel majoré de 1 pour 100 ou 3/4 pour 100. Les taux d'intérêt applicables aux emprunts des appelants sont passés d'environ 10 pour 100 à la fin de 1977 à 14 pour 100 en 1979, puis ont atteint un sommet de 20 pour 100 au début de 1981 avant de se stabiliser à 12 pour 100 approximativement en 1983 et ce jusqu'à la disposition des actions en 1985. En juin 1979, dans le cadre de la cinquième opération effectuée par les appelants, Ludco a investi 3 000 000 $ dans Justinian. Les fonds nécessaires à cette acquisition ont été empruntés à un taux d'intérêt fixe de 11,5 pour 100 et l'emprunt garanti par 11

shares in the Companies, having borrowed a total of $6.5 million to finance their acquisitions.

12 Mr. Ludmer testified at trial and explained the appellants' reasons for and expectations in investing in the Companies. He sought no professional advice before deciding to invest. His decision was driven principally by Mr. Meade's previous performance, but other factors included the tax advantages and rumours concerning foreign exchange controls. Mr. Ludmer also read the dividend policy section of the Explanatory Memorandum and anticipated the receipt of dividend income. Mr. Ludmer stated clearly that the appellants would not have invested in the Companies with borrowed funds if he had known that interest costs were not deductible from income.

C. *The Rollover*

13 On May 12, 1983, the appellant Ludco disposed of a group of investment assets, including the shares in the Companies, to 2154-7203 Québec Inc., a wholly owned subsidiary of Ludco. This disposition was done in accordance with the rollover provisions in s. 85 of the Act. The assets were disposed of for their fair market value of $12,685,000. Ludco received as consideration for the disposition both interest earning and non-interest earning assets. Specifically, Ludco received two non-interest bearing notes (one for $1,780,000 and the other for $5,600,000) totalling $7,380,000, a promissory note in the principal amount of $605,000 and bearing interest at the prime rate of the Mercantile Bank of Canada plus 1 percent, and 94 Class B preferred shares of 2154-7203 Québec Inc. providing an annual fixed dividend of 9 percent and a redemption value of $4,700,000.

14 At the time of the disposition, the market value of the shares in the Companies totalled $8,645,715, Ludco's outstanding debt attributable to the shares in the Companies totalled $4,800,000,

une hypothèque à long terme grevant un centre commercial appartenant à Ludco. En conséquence, les appelants ont investi environ 7 500 000 $ afin d'acquérir des actions des Sociétés et ils ont emprunté une somme totale de 6 500 000 $ pour financer leurs acquisitions.

En première instance, M. Ludmer a exposé les raisons pour lesquelles les appelants avaient investi dans les Sociétés, ainsi que leurs attentes. Il n'avait consulté aucun expert et avait décidé d'investir en se fiant principalement à la feuille de route de M. Meade, mais en tenant compte aussi de facteurs comme les avantages fiscaux et les rumeurs concernant l'éventualité d'un contrôle des changes. Par ailleurs, M. Ludmer avait lu la politique de distribution des dividendes figurant dans les notes explicatives et s'attendait à toucher un revenu en dividendes. Il a clairement dit que les appelants n'auraient pas emprunté pour investir dans les Sociétés s'il avait su que les frais d'intérêt n'étaient pas déductibles du revenu.

C. *Le transfert libre d'impôt*

Le 12 mai 1983, l'appelante Ludco a cédé à 2154-7203 Québec Inc., une filiale en propriété exclusive, un ensemble de placements, dont les actions des Sociétés. L'opération a été effectuée conformément à l'art. 85 de la Loi, disposition portant sur les transferts libres d'impôt. Les biens ont été cédés à leur juste valeur marchande, soit 12 685 000 $. À titre de contrepartie, Ludco a reçu des biens produisant des intérêts ainsi que des biens n'en produisant pas. De façon plus précise, elle a reçu deux billets ne portant pas intérêt (l'un de 1 780 000 $ et l'autre de 5 600 000 $) totalisant 7 380 000 $, un billet à ordre dont le montant en principal s'élevait à 605 000 $ et qui portait intérêt au taux préférentiel de la Banque Mercantile du Canada majoré de 1 pour 100, ainsi que 94 actions privilégiées de catégorie B de 2154-7203 Québec Inc. produisant un dividende annuel fixe de 9 pour 100 et dont la valeur de rachat était de 4 700 000 $.

Au moment de la disposition, la valeur marchande des actions des Sociétés s'élevait à 8 645 715 $, la dette impayée de Ludco à l'égard des actions des Sociétés se chiffrait à 4 800 000 $

and he new income-producing assets received as consideration in the rollover totalled $5,305,000.

On the day the rollover occurred, Ludco pledged the 94 Class B preferred shares to Ludco's parent company, 109395 Canada Inc., to guarantee all indebtedness owing by Ludco to its parent company. At the same time, Ludco pledged the non-interest bearing promissory note of $1,780,000 to the Mercantile Bank of Canada as security for the loan used to purchase the shares of the Companies.

On September 6, 1985, the non-interest bearing notes were exchanged for Class D preferred shares of 2154-7203 Québec Inc. providing annual dividends of 8 percent.

D. *The Share Redemption and the Tax Consequences*

In 1984, the FAPI rules were amended to discourage the type of off-shore investment at issue in this case by eliminating the tax benefits and advantages it generated. These amendments, known as the "FAPI amendments", led to the winding up of the Companies' businesses.

In 1985, upon the coming into force of the FAPI amendments, the taxpayers disposed of their shares and realized a capital gain of $9.24 million. Over the eight years during which the shares had been held by the appellants, they received some $600,000 in dividends. Over the same period they incurred interest costs of $6 million.

For the taxation years 1981-1985, the appellants deducted their interest costs against other reported income pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*. In 1986 and 1987, the Minister of National Revenue reassessed the appellants and disallowed those deductions. The Minister took the position that the amount borrowed had not been used "for the purpose of earning income from a business or property" as stipulated in s. 20(1)(*c*)(i); rather the

et les nouveaux biens productifs de revenus obtenus en contrepartie du transfert libre d'impôt totalisaient 5 305 000 $.

15 Le jour du transfert libre d'impôt, Ludco a remis les 94 actions privilégiées de catégorie B à sa société mère, 109395 Canada Inc., pour garantir le remboursement de sa dette envers elle. Au même moment, elle a remis le billet à ordre de 1 780 000 $ ne portant pas intérêt à la Banque Mercantile du Canada en garantie du prêt contracté pour acheter les actions des Sociétés.

16 Le 6 septembre 1985, les billets ne portant pas intérêt ont été échangés contre des actions privilégiées de catégorie D de 2154-7203 Québec Inc. produisant un dividende annuel de 8 pour 100.

D. *Le rachat des actions et les conséquences fiscales*

17 En 1984, les dispositions relatives au REATB ont été modifiées afin de décourager les investissements à l'étranger du type considéré en l'espèce en éliminant leurs bénéfices fiscaux et les avantages en découlant. Ces modifications (les « modifications visant le REATB ») ont entraîné la cessation des activités des Sociétés.

18 En 1985, après l'entrée en vigueur des modifications visant le REATB, les contribuables ont disposé de leurs actions et réalisé un gain en capital de 9 240 000 $. Pendant les huit années au cours desquelles ils avaient détenu les actions, les appelants avaient touché quelque 600 000 $ en dividendes. Pendant la même période, ils avaient fait des frais d'intérêt s'élevant à 6 000 000 $.

19 Conformément au sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les appelants ont déduit leurs frais d'intérêt des autres revenus déclarés pour les années d'imposition 1981 à 1985. En 1986 et en 1987, le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations et refusé ces déductions. Il estimait que la somme empruntée n'avait pas été utilisée « en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien » comme l'exige le sous-al.

real purpose of the investment was to defer taxes and convert income into capital gains.

20 Both the documentary evidence and the testimony of Revenue Canada personnel indicated that Revenue Canada's policy was to allow the deduction of interest on money borrowed to purchase shares even if no dividend was paid to the investor. In particular, written statements of Revenue Canada policy indicated that taxpayers could deduct interest paid in respect of funds used to purchase shares that were precluded from paying taxable dividends, just as they could shares in speculative stock that did not actually realize income.

21 The Tax Court of Canada confirmed the Minister's reassessments and disallowed the deduction. The Federal Court, Trial Division, and a majority of the Federal Court of Appeal also disallowed the deduction. Létourneau J.A., in dissent, would have allowed the deduction.

III. Relevant Statutory Provisions

22 Section 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), provides:

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

20(1)*c*)(i) et que la fin véritable de l'investissement était le report de l'impôt et la transformation de revenus en gains en capital.

Tant la preuve documentaire que les témoignages d'employés de Revenu Canada révèlent que la politique du ministère consistait à permettre la déduction de l'intérêt payé sur les fonds empruntés pour acheter des actions, même si aucun dividende n'était versé à l'investisseur. Plus particulièrement, des énoncés écrits de cette politique précisaient que le contribuable pouvait déduire l'intérêt payé sur les fonds affectés à l'achat d'actions à l'égard desquelles le versement d'un dividende imposable était exclu ou d'actions spéculatives qui, dans les faits, ne produisaient aucun revenu.

La Cour canadienne de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations et refusé la déduction, tout comme la Section de première instance de la Cour fédérale et la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale. Dissident, le juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale aurait fait droit à la déduction.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Voici le texte du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) :

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

income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

. . .

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),

. . .

IV. Judgments Below

A. *Tax Court of Canada*, 93 D.T.C. 1351

In determining whether the interest charges were deductible in this case, Tremblay J.T.C.C. interpreted the term "income" in s. 20(1)(*c*)(i) to mean profit or net income. He reviewed the evidence in detail and found that the appellants' interest expenses far exceeded their dividend earnings, both actual and anticipated. Accordingly, he held that the appellants did not have a reasonable expectation of earning net dividend income from their investment, and hence the interest charges in question were not deductible.

B. *Federal Court, Trial Division*, 98 D.T.C. 6045

An appeal from the decision of the Tax Court of Canada was heard by way of trial *de novo*. Lutfy J. interpreted s. 20(1)(*c*)(i) as requiring a reasonable expectation of net income before interest deductibility could be triggered under that provision. After a comprehensive review of the evidence, Lutfy J. accepted that, at the time of their initial investments in the Companies, the appellants did have a reasonable expectation of receiving dividends. However, they never expected their dividend income to exceed their interest expenses. Moreover, after reviewing the case law, Lutfy J. concluded that in order to meet this requirement the appellants must satisfy the court that their *bona fide* or true purpose in making the investments at issue was to earn net income. Instead, Lutfy J. concluded that the appellants' true purpose was to defer taxes and convert income into capital gains.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour canadienne de l'impôt*, 93 D.T.C. 1274

Pour décider si les frais d'intérêt étaient déductibles en l'espèce, le juge Tremblay de la Cour canadienne de l'impôt a considéré que le terme « revenu » au sous-al. 20(1)*c*)(i) s'entendait de bénéfice ou revenu net. Au terme d'un examen approfondi de la preuve, il a conclu que les frais d'intérêt payés par les appelants dépassaient de beaucoup les revenus de dividendes, tant touchés qu'escomptés. Il a donc jugé que les appelants n'avaient pas eu une expectative raisonnable de tirer un revenu de dividendes net de leur investissement et, partant, que les frais d'intérêt en cause n'étaient pas déductibles. 23

B. *Cour fédérale — Section de première instance*, 98 D.T.C. 6045

L'appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt a fait l'objet d'un procès *de novo*. Le juge Lutfy a estimé que le sous-al. 20(1)*c*)(i) exigeait que les contribuables aient eu une expectative raisonnable de toucher un revenu net pour que leurs frais d'intérêt soient déductibles en application de cette disposition. Après un examen exhaustif de la preuve, il a reconnu que, au moment de leurs investissements initiaux dans les Sociétés, les appelants avaient eu une expectative raisonnable de toucher des dividendes. Il a cependant conclu que les appelants n'avaient jamais escompté que leur revenu de dividendes excède leurs frais d'intérêt. En outre, s'appuyant sur la jurisprudence, le juge Lutfy est arrivé à la conclusion que, pour satisfaire à cette exigence, les appelants devaient convaincre la cour que la fin véritablement poursuivie en effectuant les investissements en cause était l'obtention d'un revenu net. Le juge Lutfy a plutôt estimé que la fin véritable était le report de l'impôt et la transformation de revenus en gains en 24

Therefore, Lutfy J. dismissed the appeal and confirmed the Minister's reassessment.

C. *Federal Court of Appeal* (1999), 240 N.R. 70

25 I prefer to deal with the dissenting reasons of Létourneau J.A. prior to those of Marceau J.A. and Desjardins J.A. since the latter two often refer to the position advanced by Létourneau J.A. in their reasons.

1. Létourneau J.A. (Dissenting)

26 Létourneau J.A., in dissent, analysed the arguments respecting s. 20(1)(*c*)(i) in two parts: first, the requisite intention to earn income, and second, the assertion that the term "income" refers to net income or profit. In regard to the requisite intention to earn income, Létourneau J.A. reviewed the case law and acknowledged that courts have adopted a *bona fide* or true purpose test to determine whether interest charges are deductible under s. 20(1)(*c*)(i). He noted, however, that a difficulty arises in the case of an investment in the form of shares or debt securities because of the fact that such an investor is always pursuing a dual purpose. In resolving this difficulty, Létourneau J.A. rejected the introduction of a dominant purpose test into s. 20(1)(*c*)(i) as being unsupported by the text of the Act, contrary to the objective of the provision and the evidence of Parliamentary intention and likely to create uncertainty and adversely affect the business community. Instead, he concluded that it is sufficient for the investor to have a reasonable expectation of income when investing borrowed money.

27 Létourneau J.A. also rejected the proposition that "income" in s. 20(1)(*c*)(i) refers to net income or profit. In his view, to the extent that the purpose of the use of the borrowed amount was to acquire or increase capital for the purpose of gross income, the essential condition of s. 20(1)(*c*)(i) is met.

capital. Il a donc rejeté l'appel et confirmé la nouvelle cotisation établie par le ministre.

C. *Cour d'appel fédérale* (1999), 240 N.R. 70

Je préfère examiner d'abord les motifs de dissidence du juge Létourneau avant ceux du juge Marceau et du juge Desjardins, étant donné que ces derniers renvoient souvent au point de vue exprimé par leur collègue.

1. Le juge Létourneau (dissident)

Le juge Létourneau a analysé les arguments avancés à l'égard des conditions d'application du sous-al. 20(1)*c*)(i) sous deux aspects : premièrement l'intention requise, savoir celle de tirer un revenu et, deuxièmement, l'argument selon lequel « revenu » s'entend de revenu net ou bénéfice. Relativement à l'intention de tirer un revenu, le juge Létourneau a reconnu, après examen de la jurisprudence pertinente, que les tribunaux ont adopté le critère de la fin véritable pour décider si des frais d'intérêt sont déductibles en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i). Il a cependant signalé qu'un problème se pose dans le cas d'un investissement sous forme d'actions ou de titres de créance, car l'investisseur poursuit toujours un double objectif. Pour résoudre cette difficulté, le juge Létourneau a rejeté d'introduire, pour l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i), un critère fondé pour l'existence d'une fin dominante parce qu'un tel critère ne serait pas justifié par le texte de la Loi, qu'il serait contraire à l'objet de la disposition et à la preuve relative à l'intention du législateur et qu'il serait susceptible de créer de l'incertitude et d'avoir un effet défavorable sur le milieu des affaires. Il a plutôt conclu qu'il suffit que l'investisseur ait eu une expectative raisonnable de tirer un revenu lorsqu'il a investi l'argent emprunté.

Le juge Létourneau a également rejeté la prétention voulant que, au sous-al. 20(1)*c*)(i), le mot « revenu » s'entende de revenu net ou bénéfice. À son avis, lorsque la somme empruntée est utilisée en vue d'acquérir des capitaux ou de les accroître en vue d'en tirer un revenu brut, la condition essentielle prévue par la disposition en cause est remplie.

In respect of the s. 85 rollover of Ludco's shares in the Companies, Létourneau J.A. held that the acquisition of the taxable income-producing replacement property can be traced to the entire amount of the balance of the loan at the time of the transfer. Therefore, the appellant Ludco did not lose the benefit of the interest deduction when it replaced its original source of income with another source that also generated taxable income. Accordingly, Létourneau J.A. would have allowed the appeal and permitted the deduction of interest charges in this case.

2. Desjardins J.A.

After noting that the case law refers to the taxpayer's real or true purpose in matters of interest deductibility under s. 20(1)(*c*)(i), Desjardins J.A. agreed with Létourneau J.A.'s rejection of a dominant purpose test. Furthermore, she stated that she shared Létourneau J.A.'s views that a taxpayer need only have had a reasonable expectation of income at the moment the investment was made, and that the borrowed money must have been used to acquire property for the purpose of deriving gross, not net, income. However, Desjardins J.A. went on to find that the evidence in this case clearly established that the appellants' real purpose when they borrowed the money was to make capital gains. She held that because receiving dividends was not the real objective of the appellants' investments in the Companies, the interest paid is not deductible under s. 20(1)(*c*)(i).

3. Marceau J.A.

Marceau J.A. admitted to having some difficulty with the introduction of a dominant purpose test into s. 20(1)(*c*)(i). However, in his view Parliament clearly intended for interest deductibility to be triggered only where the taxpayer's actual or true intention was to earn income. In addition, it was Marceau J.A.'s view that the trial judge made a finding of fact that the appellants' true purpose in investing in the Companies as structured was to defer tax and transform the income into capital

Relativement au transfert libre d'impôt des actions des Sociétés détenues par Ludco, transfert effectué en vertu de l'art. 85, le juge Létourneau est arrivé à la conclusion que l'acquisition des biens de remplacement productifs de revenus imposables pouvait être rattachée au solde total de l'emprunt au moment du transfert. L'appelante Ludco n'a donc pas perdu le droit de déduire l'intérêt lorsqu'elle a remplacé sa source initiale de revenu par une autre, elle aussi productive de revenus imposables. En conséquence, le juge Létourneau aurait accueilli l'appel et autorisé la déduction des frais d'intérêt en l'espèce. 28

2. Le juge Desjardins

Après avoir signalé que la jurisprudence se réfère à la notion de fin réelle ou véritable pour décider si des intérêts sont déductibles en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i), madame le juge Desjardins a, à l'instar du juge Létourneau, écarté le critère de la fin dominante. De plus, elle a dit partager l'opinion du juge Létourneau selon laquelle il suffit que le contribuable ait eu une expectative raisonnable de revenu au moment de l'investissement et que les fonds empruntés aient servi à acquérir un bien en vue d'en tirer un revenu brut, non un revenu net. Toutefois, elle a ajouté qu'il ressort de la preuve que la fin véritable poursuivie par les appelants au moment de l'emprunt des fonds était la réalisation d'un gain en capital. Comme l'obtention de dividendes n'était pas l'objectif véritable des investissements effectués par les appelants dans les Sociétés, elle a conclu que les intérêts payés n'étaient pas déductibles en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i). 29

3. Le juge Marceau

Le juge Marceau a reconnu avoir certaines réticences à adopter, pour l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i), un critère fondé sur l'existence d'une fin dominante. Cependant, il a dit être d'avis que le législateur entendait clairement que les intérêts ne soient déductibles que dans le cas où le contribuable avait réellement ou véritablement eu l'intention de tirer un revenu. En outre, il a opiné que le juge de première instance avait tiré la conclusion de faits suivante, savoir que la fin véritable que pour- 30

gains. In his view, this finding of fact is not contradicted by the evidence and therefore is not subject to appellate interference. Accordingly, Marceau J.A. concluded that the statutory requirements for the deduction of interest were not met in this case and that the Minister's reassessment should be upheld.

suivaient les appelants en investissant dans les Sociétés, telles qu'elles étaient structurées, était de reporter le paiement de l'impôt et de transformer des revenus en gains en capital. Selon lui, cette conclusion de fait n'est pas contredite par la preuve et ne saurait donc pas être modifiée en appel. En conséquence, le juge Marceau a conclu que les conditions de déductibilité de l'intérêt prévues par la loi n'étaient pas respectées en l'occurrence et que la nouvelle cotisation établie par le ministre devait être confirmée.

V. Issues and Submissions of the Parties

V. Les questions en litige et les arguments des parties

31 1. What is the legal test for interest deductibility under s. 20(1)(*c*)(i)?

2. Are the interest costs incurred by the appellants deductible in this case?

3. Should special costs be awarded in this case?

1. Quel est le critère juridique applicable en matière de déductibilité de l'intérêt sous le régime du sous-al. 20(1)*c*)(i)?

2. Les frais d'intérêt faits par les appellants sont-ils déductibles en l'espèce ?

3. Y a-t-il lieu d'accorder des dépens spéciaux en l'espèce?

32 The appellants submit that the lower courts erred in two ways: first, by introducing a dominant or true purpose test into s. 20(1)(*c*)(i) and, second, by interpreting the term "income" in that provision to mean net income or profit. The appellants state that these errors lead to an interpretation of s. 20(1)(*c*)(i) that is impractical and contrary to the plain meaning and objective of the provision. The appellants argue that the use of the borrowed money in this case complies with all of the requirements expressed in s. 20(1)(*c*)(i) and, in particular, with the requirement that the borrowed money was used for the purpose of earning income. They also seek special costs for what they characterize as an abuse of Revenue Canada's assessment power in this case.

Les appelants soutiennent que les juridictions inférieures ont commis deux erreurs : premièrement en adoptant le critère de la fin dominante ou véritable pour l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i) et, deuxièmement, en tenant pour acquis que le terme « revenu » employé dans cette disposition s'entend de revenu net ou bénéfice. Selon eux, ces erreurs ont mené à une interprétation irréaliste et contraire au sens ordinaire de la disposition et à son objectif. Les appelants font valoir que l'utilisation des fonds empruntés en l'espèce respecte toutes les conditions prévues par le sous-al. 20(1)*c*)(i) et, plus particulièrement, celle exigeant que les fonds empruntés aient été utilisés en vue de tirer un revenu. Ils demandent en outre que leur soient accordés des dépens spéciaux parce que, selon eux, Revenu Canada aurait en l'espèce exercé abusivement son pouvoir d'imposition à leur égard.

33 The respondent submits that in order for interest charges to be deductible it must be the taxpayer's actual, true or *bona fide* purpose to use the funds to earn income and the taxpayer must have a reasonable expectation that the borrowing transaction would yield net income. The respondent argues

L'intimée réplique que, pour pouvoir déduire ses frais d'intérêt, le contribuable doit avoir eu, d'une part, l'intention réelle ou véritable d'utiliser les fonds en vue de tirer un revenu et, d'autre part, une expectative raisonnable que l'emprunt produise un revenu net. Elle ajoute que, dans les cir-

that, in the present context, the trial judge's identification of the appellants' true purpose was a finding of fact supported by the evidence and therefore not subject to appellate interference. In the result, she submits that the interest deductions at issue in this case do not meet the statutory requirements of s. 20(1)(*c*)(i). The respondent also argues that, even if this Court concludes that the interest charges associated with the initial investments are deductible, Ludco lost the ability to deduct interests charges when it rolled over its shares in the Companies. The respondent submits that during the rollover transaction there was a commingling of funds and that Ludco failed to meet its onus to trace the borrowed funds to a current eligible use. Finally, the respondent argues that there should be no award of special costs in this case as there is no evidence of misconduct by the respondent in connection with the litigation.

VI. Analysis

A. *The Preliminary Issue: Fact or Law?*

As a preliminary matter, it was argued that the trial judge made a finding of fact when he determined that the appellants' true purpose in making the investments at issue was not to earn income but to defer taxes and acquire capital gains. It was further argued that this Court is prevented from revisiting the trial judge's finding in this regard by the principle that, absent a palpable and overriding error, findings of fact made at trial are not subject to appellate court interference. However, whether or not a taxpayer's purpose in making an investment falls within the ambit of s. 20(1)(*c*)(i) of the Act is properly viewed as a question of mixed fact and law. For the reasons set out below, the main issue in this appeal is to determine and apply the proper test under s. 20. That is a question of law. Moreover, in my view, with respect, the trial judge did not apply the correct legal test to determine the appellants' purpose in this case. Therefore, it is

constances de l'espèce, la détermination de l'intention véritable des appelants par le juge de première instance constituait une conclusion de fait appuyée par la preuve, de sorte qu'elle ne saurait être modifiée en appel. Il s'ensuit, de dire l'intimée, que les déductions réclamées par les appelants au titre des frais d'intérêt ne satisfont pas aux conditions prévues par le sous-al. 20(1)*c*)(i). L'intimée ajoute que, même si notre Cour concluait que les frais d'intérêt afférents aux investissements initiaux sont déductibles, Ludco a perdu le droit de les déduire lorsqu'elle a procédé au transfert libre d'impôt de ses actions des Sociétés. Selon elle, il y a eu confusion des fonds au moment du transfert et Ludco ne s'est pas acquittée de son obligation de rattacher les sommes empruntées à une utilisation actuelle admissible. Enfin, l'intimée prétend qu'il n'y a pas lieu d'accorder de dépens spéciaux en l'espèce, les appelants n'ayant pas prouvé qu'elle a commis une faute dans le cadre de la présente affaire.

VI. L'analyse

A. *La question préliminaire : Conclusion de fait ou de droit?*

On a fait valoir, à titre préliminaire, que le juge de première instance avait tiré une conclusion de fait en statuant que la fin véritable poursuivie par les appelants en effectuant les investissements en cause n'était pas de tirer un revenu, mais de reporter le paiement de l'impôt et de réaliser des gains en capital. On a également prétendu que notre Cour ne pouvait modifier cette conclusion vu le principe que, sauf erreur manifeste et dominante, les conclusions de fait tirées en première instance ne sauraient être modifiées en appel. Cependant, il est juste de considérer comme une question mixte de fait et de droit la question de savoir si la fin poursuivie par un contribuable en effectuant un investissement est visée au sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi. Pour les motifs exposés ci-après, il s'agit essentiellement, en l'espèce, de dégager et d'appliquer le critère approprié relativement à l'art. 20. Il s'agit d'une question de droit. J'estime en outre, en toute déférence, que le juge de première instance n'a pas appliqué le bon critère juridique pour déterminer la fin poursuivie par les appelants en 34

open to this Court to interfere with the finding of the trial judge in this regard.

35 The identification of the correct legal test in this case centres on a question of statutory interpretation. As a result, before discussing the legal test for interest deductibility under s. 20(1)(*c*)(i), and whether interest costs are deductible in this case, it may be helpful to review briefly the principles of statutory interpretation that apply in this case.

B. *Principles of Statutory Interpretation*

36 The modern rule of statutory interpretation was put succinctly by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. . . .

37 This passage from Driedger "best encapsulates" the preferred approach to statutory interpretation: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21 and 23. This is the case for the interpretation of any statute, and it is noteworthy that Driedger's famous passage has been cited with approval by our Court on numerous occasions both in the non-tax and in the tax context: for the latter, see *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578, *per* Estey J.; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 744, *per* Iacobucci J., and at p. 806, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at p. 326; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at p. 17; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 10, *per* Major J.; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 56, *per* La Forest J.; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at para. 14, *per* Cory J.; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 5, *per* Bastarache J., and at para. 50, *per* Iacobucci J.; and *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36, at

l'espèce. Par conséquent, il est loisible à notre Cour de modifier sa conclusion à cet égard.

Dans la présente affaire, la détermination du critère juridique approprié soulève une question d'interprétation législative. En conséquence, il convient d'examiner brièvement les principes d'interprétation législative pertinents en l'espèce avant de se pencher sur le critère juridique applicable à la déductibilité de l'intérêt sous le régime du sous-al. 20(1)*c*)(i) et de décider si les frais d'intérêt en cause sont déductibles.

B. *Les principes d'interprétation législative*

La règle moderne en matière d'interprétation législative a été énoncée de manière succincte par E. A. Driedger dans l'ouvrage *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87 :

> [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. . .

C'est cet extrait qui « résume le mieux » la méthode privilégiée aux fins d'interprétation d'une disposition législative : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 et 23. Il en est ainsi pour l'interprétation de tout texte de loi et il convient de signaler que notre Cour a maintes fois cité et approuvé cet extrait célèbre, tant en matière fiscale que dans d'autres domaines : dans le premier cas, voir les arrêts *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578, le juge Estey; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 744, le juge Iacobucci, et p. 806, le juge L'Heureux-Dubé; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, p. 326; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, p. 17; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 10, le juge Major; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 56, le juge La Forest; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, par. 14, le juge Cory; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 5, le juge Bastarache, et par. 50, le juge Iacobucci; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC

para. 32, *per* Major J., and at para. 50, *per* Binnie J.

Furthermore, when interpreting the *Income Tax Act* courts must be mindful of their role as distinct from that of Parliament. In the absence of clear statutory language, judicial innovation is undesirable: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 112. Rather, the promulgation of new rules of tax law must be left to Parliament: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 41. As McLachlin J. (as she then was) recently explained in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 43:

> 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. . . . 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. [Citations omitted.]

See also *Antosko*, *supra*, at p. 328. Having said this, it is within the jurisdiction of courts to interpret the rules enacted by Parliament, including the elucidation of otherwise undefined concepts such as "income" or "profit": see *Canderel*, *supra*, at para. 42.

In addition, given that the *Income Tax Act* has many specific anti-avoidance provisions and rules, it follows that courts should not be quick to embellish the provisions of the Act in response to concerns about tax avoidance when it is open to Parliament to be precise and specific with respect to any mischief to be prevented: *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770, at para. 63, *per* Iacobucci J. To do otherwise would be to fail to give appropriate weight to the well-established principle that, absent a provision to the contrary, taxpayers are entitled to arrange their affairs for the sole purpose of achieving a favourable position regarding taxation: see *Stubart*, *supra*, at p. 540, *per* Wilson J.,

36, par. 32, le juge Major, et par. 50, le juge Binnie.

38 Par ailleurs, les tribunaux appelés à interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent se rappeler qu'ils jouent un rôle distinct de celui du législateur. En l'absence d'un texte législatif clair, il n'est pas souhaitable que les tribunaux innovent : *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, par. 112. La promulgation de nouvelles règles de droit fiscal doit plutôt être laissée au législateur : *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 41. Comme l'a récemment expliqué le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 43 :

> 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 [. . .] 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. [Références omises.]

Voir également l'arrêt *Antosko*, précité, p. 328. Cela étant dit, il ressortit à la compétence des tribunaux d'interpréter les règles adoptées par le législateur, notamment d'éclaircir des notions par ailleurs non définies comme celles de « revenu » ou de « bénéfice » : voir *Canderel*, précité, par. 42.

39 En outre, étant donné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte de nombreuses dispositions et règles anti-évitement particulières, lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l'évitement de l'impôt, les tribunaux ne doivent pas s'empresser de renforcer ces dispositions de la Loi alors qu'il est loisible au législateur d'être précis quant aux méfaits à prévenir : voir l'arrêt *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, par. 63, le juge Iacobucci. S'ils le faisaient, ils n'accorderaient pas l'importance voulue au principe bien établi que, sauf disposition contraire, le contribuable a le droit d'organiser ses affaires dans le seul but de se trouver dans une situation favorable sur le plan fiscal :

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 Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795, at para. 88, *per* Iacobucci J.; *Neuman*, *supra*, at para. 63, *per* Iacobucci J.; *Shell Canada*, *supra*, at para. 46, *per* McLachlin J.

40 With these principles in mind, I turn to consider the legal test for interest deductibility under s. 20(1)(*c*)(i).

C. *The Legal Test for Interest Deductibility Under Section 20(1)(c)(i)*

(1) Introduction

41 The deductibility of interest under s. 20(1)(*c*)(i) of the *Income Tax Act* has given rise to considerable litigation and has been the topic of much legal commentary, as pointed out by the parties. Many of the features of the interest deductibility provision are matters of settled law. However, as explained below, the appeal at bar raises two novel issues related to the concepts of "purpose" and "income" contained within s. 20(1)(*c*)(i).

42 Recently, in *Shell Canada*, *supra*, at para. 28, McLachlin J., writing for the Court, described the four elements of s. 20(1)(*c*)(i) that must be present before interest can be deducted:

> 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.

43 The first two elements are not in dispute here. As noted above, the focus of the inquiry in this case is clearly on the third element, namely,

voir les arrêts *Stubart*, précité, p. 540, le juge Wilson, et p. 557, le juge Estey; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 8, le juge McLachlin; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795, par. 88, le juge Iacobucci; *Neuman*, précité, par. 63, le juge Iacobucci; *Shell Canada*, précité, par. 46, le juge McLachlin.

À la lumière de ces principes, je vais maintenant examiner la question du critère juridique applicable à la déductibilité de l'intérêt sous le régime du sous-al. 20(1)*c*)(i).

C. *Le critère juridique applicable à la déductibilité de l'intérêt sous le régime du sous-al. 20(1)c)(i)*

(1) Introduction

Comme l'ont indiqué les parties, la question de la déductibilité de l'intérêt sous le régime du sous-al. 20(1)*c*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été maintes fois débattue devant les tribunaux et a fait l'objet de nombreux articles de doctrine. Le droit applicable est bien établi pour bon nombre des éléments de cette disposition. Cependant, comme je l'explique ci-après, le présent pourvoi soulève deux questions nouvelles se rapportant aux notions de « fin » et « revenu » visées par cette disposition.

Récemment, dans l'arrêt *Shell Canada*, précité, par. 28, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de notre Cour, a décrit les quatre conditions qui doivent être réunies pour que des intérêts soient déductibles en application du sous-al. 20(1)*c*)(i) :

> 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.

Les deux premiers éléments ne sont pas litigieux en l'espèce. Comme il a été indiqué précédemment, le débat porte clairement sur la troisième

whether the borrowed money was used for the purpose of earning non-exempt income from business or property.

In this connection, Dickson C.J., writing for the Court in *Bronfman Trust*, *supra*, closely analysed the third element of the interest deductibility provision and classified the various possible uses of borrowed money as: eligible and ineligible, original and current, and direct and indirect. Dickson C.J. outlined the inquiry into the third element at pp. 45-46:

> Not all borrowing expenses are deductible. Interest on borrowed money used to produce tax exempt income is not deductible. Interest on borrowed money used to buy life insurance policies is not deductible. Interest on borrowings used for non-income earning purposes, such as personal consumption or the making of capital gains is similarly not deductible. The statutory deduction thus requires a characterization of the use of borrowed money as between the eligible use of earning non-exempt income from a business or property and a variety of possible ineligible uses. The onus is on the taxpayer to trace the borrowed funds to an identifiable use which triggers the deduction. . . .
>
> The interest deduction provision requires not only a characterization of the use of borrowed funds, but also a characterization of "purpose". Eligibility for the deduction is contingent on the use of borrowed money for the purpose of earning income. It is well-established in the jurisprudence, however, that it is not the purpose of the borrowing itself which is relevant. What is relevant, rather, is the taxpayer's purpose in using the borrowed money in a particular manner: *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (T.A.B.) Consequently, the focus of the inquiry must be centered on the use to which the taxpayer put the borrowed funds. [Emphasis in original.]

In short, a determination of whether borrowed money has been put to an eligible use requires a characterization of the use of the borrowed funds and a characterization of the taxpayer's purpose in using the funds in a particular manner. Dickson C.J. went on to deny the interest deduction in that case on the ground that, properly characterized, the

condition, soit la question de savoir si l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien.

44 Dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, s'exprimant au nom de la Cour, le juge en chef Dickson a analysé de manière approfondie la troisième condition de déductibilité de l'intérêt et a catégorisé les diverses utilisations possibles de l'argent emprunté : admissibles et inadmissibles, initiales et actuelles, directes et indirectes. Il a exposé ainsi la démarche à suivre pour statuer sur le respect de la troisième condition, aux p. 45-46 :

> Ce ne sont pas tous les intérêts qui sont déductibles. L'intérêt sur l'argent emprunté pour produire un revenu exempt d'impôt ne l'est pas. L'intérêt sur l'argent emprunté pour acheter des polices d'assurance-vie ne l'est pas. L'intérêt sur les emprunts utilisés à des fins non productives de revenu, telles que la consommation personnelle ou la réalisation de gains en capital, ne l'est pas non plus. La déduction prévue par la loi exige donc qu'on détermine si l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ce qui constitue une utilisation admissible, ou s'il a été affecté à quelqu'une des possibles utilisations inadmissibles. Il incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction. . .
>
> La disposition prévoyant la déduction des intérêts exige non seulement la détermination de l'usage auquel ont été affectés les fonds empruntés, mais aussi la détermination de la « fin ». L'admissibilité à la déduction est soumise à la condition que l'argent emprunté soit utilisé pour produire un revenu. Cependant, il est bien établi par la jurisprudence que le point pertinent n'est pas la fin de l'emprunt lui-même. Ce qui est pertinent est plutôt la fin qu'a visée le contribuable en utilisant l'argent emprunté d'une manière particulière : *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (C.A.I.) Il s'ensuit donc que l'examen de la situation doit être centré sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés. [Souligné dans l'original.]

45 En somme, pour statuer sur l'admissibilité de l'utilisation des fonds empruntés il faut qualifier cette utilisation de même que la fin qu'a poursuivie le contribuable en utilisant les fonds d'une manière particulière. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson a conclu à la non-déductibilité de l'intérêt parce que, une fois dûment qualifiée, l'« utili-

taxpayer's "use" of borrowed funds was a directly ineligible one. Thus, the law relating to the matter of the taxpayer's "purpose" was not fully elaborated on in that case.

46 In the case at bar, and in contrast to *Singleton*, *supra*, there is no dispute as to the particular use that the borrowed funds were put to: they were directly used to purchase shares in the Companies. Rather, the focus of the inquiry is on whether the taxpayers' purpose in so using the funds was to earn income within the meaning of s. 20(1)(*c*)(i). Consequently, in the present appeal, the Court is asked for the first time to explicate the law on two of the central concepts in s. 20(1)(*c*)(i): "purpose" and "income".

(2) When is Borrowed Money "Used for the Purpose of Earning Income" Within the Meaning of Section 20(1)(*c*)(i)?

47 In this case, three different tests have been advanced for determining whether the requisite income earning purpose is present; they are: the *bona fide* purpose test, the dominant purpose test, and the reasonable expectation of income test. In several decisions, including those of the lower courts in the case at bar, courts have simply adopted the *bona fide* purpose test on the strength of some *obiter dicta* by Dickson C.J. in *Bronfman Trust*, *supra*.

48 It is worth repeating what Dickson C.J. in *Bronfman Trust*, *supra*, stated on this point. At p. 54, the former Chief Justice explained:

> Even if there are exceptional circumstances in which, on a real appreciation of a taxpayer's transactions, it might be appropriate to allow the taxpayer to deduct interest on funds borrowed for an ineligible use because of an indirect effect on the taxpayer's income-earning capacity. I am satisfied that those circumstances are not presented in the case before us. It seems to me that, at the very least, the taxpayer must satisfy the Court that his or her *bona fide* purpose in using the funds was to earn income. In contrast to what appears to be the case in *Trans-Prairie*, the facts in the present case fall far

sation » par le contribuable des fonds empruntés était une utilisation directement inadmissible. Partant, le droit relatif à la notion de « fin » poursuivie par le contribuable n'a pas été pleinement exposé.

Contrairement à l'affaire connexe *Singleton*, précité, les parties au présent pourvoi s'entendent sur l'usage particulier auquel les fonds empruntés ont été affectés : ils ont directement servi à faire l'acquisition d'actions des Sociétés. La question centrale est plutôt la suivante : La fin poursuivie par les contribuables en utilisant ainsi les fonds était-elle de tirer un revenu au sens du sous-al. 20(1)*c*)(i)? Notre Cour est donc appelée pour la première fois à préciser le droit applicable relativement à deux des notions centrales de cette disposition : la « fin » et le « revenu ».

(2) Dans quelles circonstances de l'argent emprunté est-il « utilisé en vue de tirer un revenu » au sens du sous-al. 20(1)*c*)(i)?

Trois critères distincts ont été proposés en l'espèce pour décider si la fin poursuivie par les contribuables était de tirer un revenu : le critère de la fin véritable, le critère de la fin dominante et le critère de l'expectative raisonnable de toucher un revenu. Dans nombre de décisions, y compris celles des juridictions inférieures dans la présente affaire, les tribunaux ont tout simplement retenu le critère de la fin véritable en s'appuyant sur certaines remarques incidentes faites par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité.

Il convient de rappeler les propos suivants, prononcés par l'ancien juge en chef Dickson sur ce point dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, p. 54 :

> Même s'il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles, selon une appréciation réaliste des opérations d'un contribuable, il pourrait convenir, en raison d'un effet indirect sur sa capacité de gagner des revenus, de lui permettre de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour un usage inadmissible, je suis convaincu que de telles circonstances n'existent pas en l'espèce. Il me semble qu'à tout le moins, le contribuable doit convaincre la Cour que la fin réelle qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu. À l'inverse de ce qui semble être le cas dans l'affaire *Trans-Prairie*,

short of such a showing. Indeed, it is of more than passing interest that the assets which were preserved for a brief period of time yielded a return which grossly fell short of the interest costs on the borrowed money. In 1970, the interest costs on the $2,200,000 of loans amounted to over $110,000 while the return from an average $2,200,000 of Trust assets (the amount of capital "preserved") was less than $10,000. The taxpayer cannot point to any reasonable expectation that the income yield from the Trust's investment portfolio as a whole, or indeed from any single asset, would exceed the interest payable on a like amount of debt. The fact that the loan may have prevented capital losses cannot assist the taxpayer in obtaining a deduction from income which is limited to use of borrowed money for the purpose of earning income. [Emphasis in original.]

les faits en l'espèce sont loin de faire cette démonstration. D'ailleurs, il n'est pas simplement anecdotique que les biens, qui ont été conservés pendant une brève période, ont eu un rendement bien en deçà du loyer de l'argent emprunté. En 1970, l'intérêt sur les 2 200 000 $ d'emprunts dépassait les 110 000 $, tandis qu'une tranche moyenne de 2 200 000 $ de biens de la fiducie (le montant du capital « conservé ») rapportait moins de 10 000 $. La contribuable ne peut alléguer aucune attente raisonnable que le rendement de l'ensemble du portefeuille de la fiducie, ou même d'un élément particulier de ce portefeuille, soit supérieur à l'intérêt payable sur un montant équivalent de la dette. Le fait que l'emprunt a pu servir à empêcher des pertes en capital ne peut aider la contribuable à obtenir une déduction prévue uniquement à l'égard de l'utilisation d'argent emprunté en vue de produire un revenu. [Souligné dans l'original.]

It appears to me that Dickson C.J.'s suggestion that a *bona fide* purpose test should apply was made as a passing comment and did not result from an analysis of the text of the provision. In my opinion, Dickson C.J.'s comments fall short of elevating the *bona fide* purpose test to a rule of law. Indeed, as discussed below, the importation of the *bona fide* purpose test into s. 20(1)(*c*)(i) is not supported by the principles of statutory interpretation outlined above, especially as applied in our recent tax law jurisprudence.

49 Selon moi, la suggestion du juge en chef Dickson d'appliquer le critère de la fin véritable a été faite dans le cadre d'une remarque incidente et non à l'issue d'une analyse du texte de la disposition. J'estime que ses propos n'ont pas eu pour effet d'établir une règle de droit. De fait, comme je l'explique ci-après, l'adoption du critère de la fin véritable aux fins d'application du sous-al. 20(1)*c*)(i) n'est pas étayée par les principes d'interprétation législative susmentionnés, compte tenu particulièrement de la façon dont ils ont été appliqués dans les récents arrêts de notre Cour en matière fiscale.

With respect to the plain meaning of s. 20(1)(*c*)(i), the only express requirement related to "purpose" is that borrowed money must have been "used for the purpose of earning income". Apart from the use of the definite article "the", which on closer analysis is hardly conclusive of the issue before us, nothing in the text of the provision indicates that the requisite purpose must be the exclusive, primary or dominant purpose, or that multiple purposes are to be somehow ranked in importance in order to determine the taxpayer's "real" purpose. Therefore, it is perfectly consistent with the language of s. 20(1)(*c*)(i) that a taxpayer who uses borrowed money to make an investment for more than one purpose may be entitled

50 En ce qui concerne le sens ordinaire du sous-al. 20(1)*c*)(i), la seule condition explicite liée à la notion de « fin » est que l'argent emprunté ait été « utilisé en vue de tirer un revenu ». Outre l'emploi de l'article défini « *the* » avant le mot « *purpose* » dans la version anglaise, fait qui, si on y regarde de près, est loin d'être suffisant pour trancher la question dont notre Cour est saisie, rien dans le texte de la disposition n'indique que la fin requise doit être la fin exclusive, première ou dominante ou que, en présence de fins multiples, celles-ci doivent d'une certaine manière être classées par ordre d'importance pour déterminer quelle est la fin « réelle » poursuivie par le contribuable. Par conséquent, il est parfaitement compatible avec le texte du sous-al. 20(1)*c*)(i) de permettre à un contribuable qui utilise de l'argent emprunté

to deduct interest charges provided that one of those purposes is to earn income.

51 In this connection, the adjectives that have been heretofore used by courts to characterize the requisite purpose in s. 20(1)(*c*)(i), such as "*bona fide*", "actual", "real" or "true", are to my mind ultimately useful only when describing whether the transaction at issue was a mere sham or window dressing designed to obtain the benefit of interest deductibility. Absent a sham or window dressing or other vitiating circumstances, a taxpayer's ancillary purpose may be nonetheless a *bona fide*, actual, real and true objective of his or her investment, equally capable of providing the requisite purpose for interest deductibility in comparison with any more important or significant primary purpose.

52 This approach is consistent with that taken by this Court in the context of s. 96 of the Act, the partnership losses deductibility provision. In order to deduct partnership losses, a taxpayer must establish the existence of a valid partnership by showing an intention to carry on business in common with a view to profit. In *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, and *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391, 2001 SCC 11, the taxpayers' primary intention in joining a partnership was to acquire losses deductible against income from other sources. However, this Court held that a taxpayer's overriding intention is not determinative of whether the requisite intention to form a partnership is present. Rather, it will be sufficient for a taxpayer to show that there was an ancillary intention that meets the requirements of a valid partnership: see also *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10.

53 There are other compelling reasons to reject both the *bona fide* and dominant purpose tests proposed in this case. I note that, in this respect, Major J. has reached a similar conclusion in *Sin-*

afin d'effectuer un investissement visant plus d'une fin de déduire ses frais d'intérêt lorsque l'une de ces fins est de tirer un revenu.

À cet égard, les adjectifs utilisés par les tribunaux jusqu'à maintenant pour qualifier la fin visée au sous-al. 20(1)*c*)(i), par exemple « véritable » ou « réelle », ne sont utiles en fin de compte que lorsqu'il s'agit de déterminer si l'opération en cause n'était qu'un trompe-l'œil ou un artifice conçu pour ouvrir droit à la déduction de l'intérêt. En l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, une fin accessoire poursuivie par le contribuable en effectuant l'investissement peut néanmoins constituer une fin réelle ou véritable, tout aussi susceptible de satisfaire la condition de déductibilité de l'intérêt que toute autre fin principale plus importante.

Cette approche est compatible avec celle retenue par notre Cour relativement à l'art. 96 de la Loi, disposition portant sur la déductibilité des pertes d'une société de personnes. Pour déduire de telles pertes, le contribuable doit établir l'existence d'une société de personnes valable et ce en prouvant l'intention d'exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Dans les affaires *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, et *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391, 2001 CSC 11, les contribuables étaient devenus membres d'une société de personnes principalement dans l'intention d'acquérir des pertes déductibles de leurs revenus provenant d'autres sources. Toutefois, notre Cour a jugé que l'intention première du contribuable n'était pas décisive pour décider s'il avait eu ou non l'intention requise, soit celle de former une société de personnes. Il suffit plutôt que le contribuable démontre l'existence d'une intention accessoire respectant les conditions de validité d'une société de personnes : voir également *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10.

D'autres raisons impérieuses justifient le rejet tant du critère de la fin véritable que celui de la fin dominante. À cet égard, je souligne que, dans l'arrêt *Singleton*, précité, le juge Major a tiré une con-

gleton, *supra*, and I agree with him. Reading such tests into s. 20(1)(*c*)(i) would require a rewriting of the provision to introduce a concept of degree, exclusivity, or primacy in the taxpayer's purposes. Presumably, a court would take such an approach in response to concerns over tax avoidance. However, this Court has repeatedly stated that in matters of tax law, a court should always be reluctant to engage in judicial innovation and rule making: see *Sparrow Electric*, *supra*; *Canderel*, *supra*; and *Shell Canada*, *supra*. Furthermore, the application of any such test is impractical in the context of investments in securities. It would open the door to many reassessments and in each case impose on taxpayers a tremendous burden to justify that their real or dominant purpose was to earn income.

clusion analogue, à laquelle je souscris. Interpréter le sous-al. 20(1)*c*)(i) en fonction de ces critères nécessiterait le remaniement de la disposition et l'introduction, à l'égard des fins poursuivies par le contribuable, d'une idée de degré, d'exclusivité ou de prépondérance. On peut présumer que les tribunaux retiendraient une telle approche lorsque des inquiétudes sont exprimées en matière d'évitement fiscal. Or, notre Cour a à maintes reprises affirmé que, dans les affaires de droit fiscal, les tribunaux doivent toujours hésiter à innover et à établir des règles : voir les arrêts *Sparrow Electric*, *Canderel* et *Shell Canada*, précités. Par ailleurs, l'application de l'un ou l'autre de ces critères est irréaliste en matière d'investissement dans des valeurs mobilières. Elle pourrait dans bien des cas se traduire par l'établissement d'une nouvelle cotisation et imposerait à chaque fois au contribuable le fardeau considérable de prouver que la fin réelle ou dominante qu'il poursuivait était de tirer un revenu.

Having determined that an ancillary purpose to earn income can provide the requisite purpose for interest deductibility, the question still remains as to how courts should go about identifying whether the requisite purpose of earning income is present. What standard should be applied? In the interpretation of the Act, as in other areas of law, where purpose or intention behind actions is to be ascertained, courts should objectively determine the nature of the purpose, guided by both subjective and objective manifestations of purpose: see *Symes*, *supra*, at p. 736; *Continental Bank*, *supra*, at para. 45; *Backman*, *supra*, at para. 25; *Spire Freezers*, *supra*, at para. 27. In the result, the requisite test to determine the purpose for interest deductibility under s. 20(1)(*c*)(i) is whether, considering all the circumstances, the taxpayer had a reasonable expectation of income at the time the investment was made.

54 Maintenant qu'il a été décidé qu'une fin accessoire consistant à tirer un revenu peut constituer la fin requise pour que les intérêts soient déductibles, il reste encore à se demander de quelle façon les tribunaux doivent déterminer si la fin requise — soit celle de tirer un revenu — est présente. Quelle norme faut-il appliquer? Dans l'interprétation de la Loi, tout comme dans d'autres domaines du droit, les tribunaux appelés à dégager l'objet d'une mesure ou l'intention de son auteur doivent déterminer objectivement la nature de la fin poursuivie en tenant compte à la fois des éléments subjectifs et objectifs pertinents : voir les arrêts *Symes*, précité, p. 736; *Continental Bank*, précité, par. 45; *Backman*, précité, par. 25; et *Spire Freezers*, précité, par. 27. Par conséquent, voici le critère applicable pour déterminer la fin visée par l'utilisation des fonds empruntés et décider si l'intérêt est déductible en application du sous-al. 20(1)*c*)(i) : Compte tenu de toutes les circonstances, le contribuable avait-il, au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de tirer un revenu?

Reasonable expectation accords with the language of purpose in the section and provides an objective standard, apart from the taxpayer's sub-

55 Le critère de l'expectative raisonnable est compatible avec la notion de fin telle qu'elle est formulée dans la disposition et il constitue une norme

jective intention, which by itself is relevant but not conclusive. It also avoids many of the pitfalls of the other tests advanced and furthers the policy objective of the interest deductibility provision aimed at capital accumulation and investment, as discussed in the next section of these reasons.

56 In conclusion, of the three tests proposed in this case, in my view only the reasonable expectation of income test is consistent with the wording of the section in light of all of the applicable principles of statutory interpretation. In this respect, I agree with both Létourneau and Desjardins JJ.A., who formed the majority at the Federal Court of Appeal on this point.

(3) What is Income for the Purposes of Section 20(1)(*c*)(i)?

57 The *Income Tax Act* does not define the term "income". The Act speaks of "net income", "taxable income", and income from different sources, but it neither identifies nor describes the legal characteristics of "income"; it only speaks of what is to be included or excluded from income. Similarly, tax theorists have proposed many different definitions of "income" distinguishable by their varying degrees of inclusiveness. The common feature of all the definitions of income, whether derived from tax law, economic theory or the dictionary, is that "income" is a measure of gain: see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6th ed. 2000), at pp. 97-100.

58 In the case at bar, both the Tax Court of Canada and the Federal Court, Trial Division, ostensibly applied this Court's decision in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, in equating "income" with "profit". However, that case was concerned not with the meaning of the term "income" as such, but with identifying the source of income in

objective, indépendamment de l'intention subjective du contribuable, laquelle est en soi pertinente mais non décisive. Il permet en outre d'éviter bon nombre des écueils inhérents aux autres critères proposés et il contribue à la réalisation de l'objectif de politique générale visé par la disposition relative à la déductibilité des intérêts, savoir l'accumulation des capitaux et l'investissement, comme il est expliqué dans la partie suivante des présents motifs.

En conclusion, j'estime que, parmi les trois critères proposés en l'espèce, seul celui de l'expectative raisonnable de tirer un revenu est compatible avec le libellé de la disposition en cause, compte tenu de l'ensemble des principes d'interprétation législative applicables. À cet égard, je partage l'avis des juges Létourneau et Desjardins de la Cour d'appel fédérale, qui étaient majoritaires sur ce point.

(3) Qu'entend-on par « revenu » pour l'application du sous-al. 20(1)*c*)(i)?

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas le terme « revenu ». Il y est question de « revenu net », de « revenu imposable » et de revenu provenant de différentes sources, sans que l'on mentionne ou décrive les caractéristiques juridiques de la notion de « revenu ». Elle n'indique que ce qui doit être inclus dans le revenu ou en être exclu. De même, les théoriciens du droit fiscal ont proposé de nombreuses définitions de la notion de « revenu » qui se distinguent les unes des autres par nombre d'éléments qu'elles incluent. La caractéristique commune à toutes les définitions de revenu, qu'elles proviennent du droit fiscal, de la théorie économique ou du dictionnaire, est que le « revenu » est une mesure des gains réalisés par le contribuable : voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6e éd. 2000), p. 97-100.

En l'espèce, la Cour canadienne de l'impôt et la Section de première instance de la Cour fédérale paraissent avoir appliqué l'arrêt de notre Cour, *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, et assimilé « revenu » à « profit ». Toutefois, dans cette affaire, il ne s'agissait pas de définir la notion de « revenu » comme telle, mais de déterminer la

play and, more specifically, with differentiating between business activities as distinct from personal or hobby activities. It is clear that *Moldowan*, *supra*, does not stand for the absolute proposition that "income" necessarily means "profit".

source de revenu en jeu et, plus précisément, de faire une distinction entre les activités commerciales d'une part et les activités personnelles ou récréatives d'autre part. Il est clair que l'arrêt *Moldowan*, précité, ne permet pas d'affirmer préemptoirement que « revenu » s'entend nécessairement de « profit ».

Because it is left undefined in the Act, this Court must apply the principles of statutory interpretation to discern what is meant by "income" in the context of s. 20(1)(*c*)(i). The plain meaning of s. 20(1)(*c*)(i) does not support an interpretation of "income" as the equivalent of "profit" or "net income". Nowhere in the language of the provision is a quantitative test suggested. Nor is there any support in the text of the Act for an interpretation of "income" that involves a judicial assessment of sufficiency of income. Such an approach would be too subjective and certainty is to be preferred in the area of tax law. Therefore, absent a sham or window dressing or similar vitiating circumstances, courts should not be concerned with the sufficiency of the income expected or received.

59 Vu l'absence de définition dans la Loi, notre Cour doit appliquer les principes d'interprétation législative pour dégager le sens du terme « revenu » au sous-al. 20(1)*c*)(i). Le sens ordinaire de cette disposition n'appuie pas l'interprétation selon laquelle « revenu » équivaut à « profit » ou à « revenu net ». Le texte de la disposition ne propose aucun critère quantitatif. Le texte de la Loi n'appuie pas non plus une interprétation du mot « revenu » qui impliquerait que le tribunal doit se demander si le revenu a un caractère suffisant. Une telle approche serait trop subjective et la certitude doit être privilégiée en droit fiscal. En l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, les tribunaux ne devraient donc pas se demander si le revenu escompté ou touché a un caractère suffisant.

As noted by Létourneau J.A., Bowman J.T.C.C. (as he then was) lucidly dealt with the argument that the word "income" in s. 20(1)(*c*)(i) necessarily means "profit" in *Mark Resources Inc. v. The Queen*, 93 D.T.C. 1004, at p. 1015. Most importantly, Bowman J.T.C.C. dismissed that argument at p. 1015 in these terms:

60 Comme l'a signalé le juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale, le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt (maintenant Juge en chef adjoint) a clairement répondu, dans *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] A.C.I. nº 265 (QL), à l'argument suivant lequel le terme « revenu » employé au sous-al. 20(1)*c*)(i) s'entend nécessairement de « profit ». Mais surtout, le juge Bowman a rejeté cet argument en ces termes (au par. 56) :

> Interest on money that is borrowed to invest in common shares, or property, or a business or corporation is deductible because it is laid out to earn amounts that must be included in the computation of income. Amounts of income such as dividends which must be included in income under paragraphs 12(1)(*j*) and (*k*) do not cease to be income merely because they are exceeded by the cost of their production.

> L'intérêt sur l'argent emprunté pour investir dans des actions ordinaires, ou dans un bien, ou une entreprise ou une corporation, est déductible parce qu'il est dépensé pour gagner des sommes qui doivent être incluses dans le calcul du revenu. Des éléments de revenus, comme des dividendes, qui doivent être inclus dans le revenu, en vertu des alinéas 12(1)j) et k), ne cessent pas d'être des revenus du simple fait que leur coût de production est supérieur à leur montant.

I agree. Indeed, when one looks at the immediate context in which the term "income" appears in s. 20(1)(*c*)(i), it is significant that within the provision itself the concept of "income" is used in con-

61 Je partage cette opinion. De fait, si l'on considère le contexte immédiat dans lequel le terme « revenu » est employé au sous-al. 20(1)*c*)(i), il est significatif que, dans la disposition comme telle, la

tradistinction from the concept of tax-exempt income. Viewed in this context, the term "income" in s. 20(1)(*c*)(i) does not refer to net income, but to income subject to tax. In this light, it is clear that "income" in s. 20(1)(*c*)(i) refers to income generally, that is, an amount that would come into income for taxation purposes, not just net income.

62 I am bolstered in this conclusion by the other evidence of Parliamentary intention. If Parliament had intended interest to be deductible only in circumstances where borrowed money was used for the purpose of earning "net income", it could have expressly said so. Indeed, as noted by Létourneau J.A., in both 1981 and 1991, amendments to the Act that would have restricted interest deductibility to circumstances where borrowed money is used for the purpose of making a profit were proposed but never enacted.

63 Furthermore, reading "income" in s. 20(1)(*c*)(i) to mean income generally, as described above, is more consistent with the objective of the interest deductibility provision. In most circumstances, ss. 9 and 18(1)(*b*) of the Act prohibit the deduction of amounts expended on account of capital. Section 20(1)(*c*)(i) is an exception to this prohibition, designed to encourage the accumulation of capital which would produce income: see *Shell Canada*, *supra*, at para. 28, *per* McLachlin J.; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, at para. 16, *per* Iacobucci J.; *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 45, *per* Dickson C.J. Thus, the object of s. 20(1)(*c*)(i) is to create an incentive to accumulate capital with the potential to produce income by allowing taxpayers to deduct interest costs associated with its acquisition. The accumulation of income-producing capital is seen as desirable because it creates wealth and increases the income tax base. It is clearly sufficient for the purpose of the provision that an investor have a reasonable expectation of gross income as described above when investing borrowed money. In contrast, the incentive would be much less effective if the investor bore the addi-

notion de « revenu » est utilisée par opposition à celle de revenu exonéré d'impôt. Dans cette optique, le terme « revenu » figurant au sous-al. 20(1)*c*)(i) ne s'entend pas du revenu net, mais bien du revenu assujetti à l'impôt. Il est donc clair que « revenu » s'entend du revenu en général, savoir de toute somme qui entre dans le revenu imposable et non seulement du revenu net.

L'autre élément de preuve concernant l'intention du législateur renforce cette conclusion. Si le législateur avait voulu que l'intérêt ne soit déductible que lorsque l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un « revenu net », il aurait pu le dire expressément. De fait, comme l'a souligné le juge Létourneau, des modifications de la Loi qui auraient eu pour effet de limiter la déduction de l'intérêt aux seuls cas où l'argent emprunté est utilisé en vue de réaliser un profit ont été présentées en 1981 et en 1991, mais elles n'ont jamais été adoptées.

Par ailleurs, comme il a été expliqué précédemment, le fait d'interpréter « revenu » au sous-al. 20(1)*c*)(i) au sens de revenu en général concorde davantage avec l'objectif visé par la disposition relative à la déductibilité de l'intérêt. Dans la plupart des cas, l'art. 9 et l'al. 18(1)*b*) de la Loi interdisent la déduction des sommes dépensées à titre de capital. Le sous-alinéa 20(1)*c*)(i) établit une exception afin de favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus : voir les arrêts *Shell Canada*, précité, par. 28, le juge McLachlin; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, par. 16, le juge Iacobucci; *Bronfman Trust*, précité, p. 45, le juge en chef Dickson. L'objet du sous-al. 20(1)*c*)(i) est donc d'encourager l'accumulation de capitaux susceptibles de produire des revenus et ce en permettant au contribuable de déduire les frais d'intérêt liés à leur acquisition. L'accumulation de capitaux productifs de revenus est jugée souhaitable parce qu'elle crée de la richesse et accroît l'assiette de l'impôt sur le revenu. Pour que s'applique la disposition, il est nettement suffisant qu'un investisseur ait eu une expectative raisonnable de tirer un revenu brut, comme il a été expliqué précédemment, lorsqu'il a investi l'argent emprunté. À l'opposé, s'il devait en outre établir qu'il avait une

tional burden of establishing a reasonable expectation of net income or profit.

Finally, in defining the taxpayer's real or true purpose by emphasizing the relatively nominal amount of income earned in this case compared to the capital gains realized and interest deductions sought, the respondent effectively asks the Court to take an "economic realities" view of the investments at issue. However, there are limits to the economic realities approach to the assessment of a particular transaction: see *Shell Canada*, *supra*, at para. 39. In particular, a court should not place so much reliance on "economic realities" so as to cause it to stray from the express terms of s. 20(1)(*c*)(i) and supplement the provision with extraneous policy concerns that are said to form part of its purpose. Rather, where the provision at issue is clear and unambiguous, the court's duty is to simply apply its terms to the transaction at issue: see *Shell Canada*, *supra*, at para. 43, *per* McLachlin J.; *Continental Bank*, *supra*, at para. 51, *per* Bastarache J.; *Tennant*, *supra*, at para. 16, *per* Iacobucci J.; *Antosko*, *supra*, at pp. 326-27 and 330, *per* Iacobucci J.; *Friesen*, *supra*, at para. 11, *per* Major J.; *Alberta (Treasury Branches)*, *supra*, at para. 15, *per* Cory J.

In conclusion, where a taxpayer uses borrowed money for a purpose yielding a reasonable expectation of income from business or property as I have described above, the interest charges incurred will fall within the ambit of s. 20(1)(*c*)(i) and are deductible.

D. *Application of the Foregoing Principles: Are the Interest Charges Incurred by the Appellants Deductible in this Case?*

(1) Interest Charges for Initial Investments in Shares of the Companies

The question now to be determined is whether, in using borrowed money to purchase shares of the Companies, the appellants had a reasonable expectation of income? If the answer is affirmative, and

expectative raisonnable de tirer un revenu net ou de réaliser un profit, la mesure d'encouragement serait beaucoup moins efficace.

64 Enfin, lorsque, pour définir la fin véritable poursuivie par les contribuables, l'intimée s'attache au montant relativement minime du revenu gagné par rapport aux gains en capital réalisés et aux frais d'intérêt déduits, elle demande en fait à notre Cour de considérer les investissements en cause d'un point de vue fondé sur la « réalité économique ». L'appréciation d'une opération donnée en fonction de la réalité économique comporte cependant des limites : voir l'arrêt *Shell Canada*, précité, par. 39. En particulier, le tribunal ne doit pas tenir compte de la « réalité économique » au point de s'écarter du texte exprès du sous-al. 20(1)*c*)(i) et d'intégrer à la disposition des considérations de politique générale extrinsèques qui, affirme-t-on, seraient inhérentes à l'objet de cette disposition. Lorsque la disposition litigieuse est claire et non équivoque, il incombe plutôt au tribunal de l'appliquer simplement à l'opération en cause : voir les arrêts *Shell Canada*, précité, par. 43, le juge McLachlin; *Continental Bank*, précité, par. 51, le juge Bastarache; *Tennant*, précité, par. 16, le juge Iacobucci; *Antosko*, précité, p. 326-327 et 330, le juge Iacobucci; *Friesen*, précité, par. 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches)*, précité, par. 15, le juge Cory.

65 Pour conclure, lorsque, comme je l'ai expliqué précédemment, le contribuable utilise l'argent emprunté à une fin donnant lieu à une expectative raisonnable de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, les frais d'intérêt qu'il fait sont visés au sous-al. 20(1)*c*)(i) et sont déductibles.

D. *Application des principes susmentionnés : Les frais d'intérêt faits par les appelants en l'espèce sont-ils déductibles?*

(1) Frais d'intérêt faits relativement à l'investissement initial dans des actions des Sociétés

66 La question qu'il faut maintenant trancher est de savoir si les appelants avaient une expectative raisonnable de tirer un revenu lorsqu'ils ont affecté les fonds empruntés à l'acquisition d'actions des

the amount of interest paid was reasonable within the meaning of the provision, the interest charges are deductible.

67 Here, the objective documentary evidence indicates that the appellants did have a reasonable expectation of income. Owing to the nature of the investments and the Companies' investment strategy, it was reasonable to expect income would be available for distribution. In addition, given the terms of the dividend policy, it is clear that the appellants had a reasonable expectation of receiving dividends.

68 Although earning income was not the principal factor that motivated Mr. Ludmer to invest in the Companies, upon reading the relevant documents he did anticipate the receipt of dividend income. In my view, Mr. Ludmer's expectation of dividend income was reasonable. Indeed, the judge at the Federal Court, Trial Division, came to the same conclusion at p. 6056.

69 Furthermore, it is notable that income was actually received in the amount of $600,000 of dividends. Although this amount may be small in comparison to the capital gains realized and the interest charges incurred, absent a sham or window dressing or similar vitiating circumstances (none of which was argued before this Court), we are not concerned with the sufficiency of the income expected or received. There is no sham in this case: the purchase of the shares was a genuine investment. Neither can the amount of dividends actually paid be properly characterized as window dressing. Six hundred thousand dollars is a significant sum and there was some expert evidence indicating that the actual rate of return on the shares of Justinian was within the norm of most of the companies publicly traded on the Toronto and Montréal Stock Exchanges.

70 I conclude that the appellants did have a reasonable expectation of income when they used the borrowed money to purchase shares in the Companies. Therefore, the requisite purpose is present in the circumstances of this case. Given that there is no dispute as to the first two elements of the inter-

Sociétés. Dans l'affirmative, si le montant de l'intérêt payé était raisonnable au sens de la disposition, les frais d'intérêt sont déductibles.

En l'espèce, la preuve documentaire objective révèle que les appelants avaient une expectative raisonnable de tirer un revenu. Étant donné la nature des investissements et la stratégie de placement des Sociétés, il était raisonnable de s'attendre à ce qu'un revenu puisse être distribué. En outre, vu les modalités de la politique de dividendes, il est clair que les appelants avaient une expectative raisonnable de toucher des dividendes.

Bien que tirer un revenu n'ait pas été le principal objectif de M. Ludmer en investissant dans les Sociétés, la lecture des documents pertinents révèle qu'il s'attendait à toucher un revenu de dividendes. À mon avis, cette attente était raisonnable. De fait, le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale est arrivé à la même conclusion, à la p. 6056.

En outre, il convient de souligner que les appelants ont touché un revenu de dividendes de 600 000 $. Bien que cette somme puisse paraître minime par rapport aux gains en capital réalisés et aux frais d'intérêt faits, en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération (aucune allégation de la sorte n'a été débattue devant notre Cour), il importe peu que le montant du revenu escompté ou touché ait eu un caractère suffisant ou non. L'opération effectuée par les appelants n'était pas un trompe-l'œil. L'achat des actions constituait un véritable investissement. On ne peut non plus à bon droit qualifier d'artifice le versement des dividendes. Six cents mille dollars est une somme considérable et, selon certains témoignages d'expert, le rendement des actions de Justinian était comparable à celui de la plupart des actions des sociétés cotées aux bourses de Toronto et de Montréal.

J'arrive à la conclusion que les appelants avaient une expectative raisonnable de tirer un revenu lorsqu'ils ont utilisé l'argent emprunté pour acheter des actions des Sociétés. En conséquence, la fin requise est présente dans les circonstances de l'espèce. Comme aucune des parties ne conteste le res-

est deductibility provision, it only remains to show that the fourth element has been met in this case. In *Shell Canada*, *supra*, at para. 34, McLachlin J. explained that:

> 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". . . . 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: *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.

In this case, the appellants borrowed the money at issue from Canadian chartered banks at rates of between 1 percent and 3/4 percent above prime. There can be no argument that such rates are reasonable within the meaning ascribed to that word by McLachlin J. in *Shell Canada*, *supra*. Accordingly the fourth element is met in this case.

Therefore, I conclude that the interest charges incurred in respect of the initial purchase of the shares are deductible under s. 20(1)(*c*)(i).

(2) Interest Charges and the Rollover Investments

It remains to be determined whether the appellant Ludco is entitled to deduct the interest charges incurred following the May 1983 disposition of its shares in the Companies to 2154-7203 Québec Inc.

This issue is resolved primarily by the application of the principles set out in *Tennant*, *supra*. In that case, the issue was under what conditions a taxpayer could deduct interest charges pursuant to s. 20(1)(*c*)(i) after a s. 85 rollover transaction. The

pect des deux premières conditions de déductibilité de l'intérêt, il reste seulement à déterminer si la quatrième condition est remplie. Dans l'arrêt *Shell Canada*, précité, par. 34, le juge McLachlin a donné les explications suivantes :

> 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». [. . .] 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 : *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.

71 En l'occurrence, les fonds en cause proviennent de prêts consentis aux appelants par des banques à charte canadiennes au taux préférentiel majoré de 1 pour 100 à 3/4 pour 100. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'un taux raisonnable suivant la définition de ce terme retenue par le juge McLachlin dans l'arrêt *Shell Canada*, précité. La quatrième condition est donc respectée.

72 Par conséquent, je conclus que les frais d'intérêt faits pour l'achat initial des actions peuvent être déduits en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i).

(2) Les frais d'intérêt et les transferts libres d'impôt

73 Il reste à décider si l'appelante Ludco a droit à la déduction des frais d'intérêt faits après la cession à 2154-7203 Québec Inc. de ses actions des Sociétés en mai 1983.

74 On tranche la question principalement en appliquant les principes établis dans l'arrêt *Tennant*, précité. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer à quelles conditions un contribuable pouvait déduire, en vertu du sous-al. 20(1)*c*)(i), des frais

Court concluded that "it is implicit in the principles outlined in *Bronfman Trust* that the ability to deduct interest is not lost simply because the taxpayer sells the income-producing property, as long as the taxpayer reinvests in an eligible use property" (para. 20). The Court held at para. 25 that:

> As long as the taxpayer establishes a link between the current shares, the proceeds of disposition of the original shares, and the money that was borrowed to acquire the original eligible use property, it is in keeping with the interest deduction provision to permit the taxpayer to continue to deduct the interest payments for the full amount of the original loan, regardless of the value or cost of the newly acquired shares. Of course, where the taxpayer reinvests only a portion of the proceeds of disposition of the original eligible use property, then interest can only be deducted for the relevant portion of the loan.

Therefore, on the facts of this case, the appellant Ludco must establish a link between the Class B preferred shares and the interest-bearing note (the "current eligible use property"), the proceeds of disposition of the shares in the Companies (the "original eligible use property") and the money that was borrowed to acquire the shares in the Companies.

75 In this regard, Ludco's burden of establishing the necessary linkage between the original eligible use and the current eligible use is apparently complicated by the fact that the shares in the Companies were disposed of as part of a group of assets and, as consideration for this group of assets, Ludco received some income-producing and some non-income-producing assets. This Court in *Bronfman Trust*, *supra*, at pp. 45-46, indicated that as a general principle "[t]he onus is on the taxpayer to trace the borrowed funds to an identifiable use which triggers the deduction. Therefore, if the taxpayer commingles funds used for a variety of purposes only some of which are eligible he or she may be unable to claim the deduction." This gen-

d'intérêt faits à la suite d'un transfert libre d'impôt effectué sous le régime de l'art. 85. Notre Cour a conclu que « les principes dégagés dans l'arrêt *Bronfman Trust* indiquent implicitement que le droit de déduire l'intérêt n'est pas perdu du simple fait que le contribuable vend le bien produisant un revenu, pourvu que le contribuable réinvestisse dans un bien dont l'utilisation est admissible » (par. 20). La Cour a tiré la conclusion suivante (au par. 25) :

> Dans la mesure où le contribuable établit un lien entre les actions actuelles, le produit de la disposition des actions initiales et l'argent qui a été emprunté pour acheter le bien initial dont l'utilisation était admissible, il est conforme à la disposition relative à la déductibilité de l'intérêt de permettre au contribuable de continuer de déduire le versement des intérêts quant au plein montant de l'emprunt initial, quelle que soit la valeur ou le coût des actions nouvellement acquises. Évidemment, si le contribuable réinvestit seulement une partie du produit de la disposition du bien initial dont l'utilisation était admissible, alors les intérêts ne peuvent être déduits que pour la partie pertinente de l'emprunt.

En conséquence, à la lumière des faits de la présente espèce, l'appelante Ludco doit établir un lien entre les actions de catégorie B et le billet portant intérêt (le « bien actuel dont l'utilisation est admissible »), le produit de la disposition des actions des Sociétés (le « bien initial dont l'utilisation était admissible ») et l'argent emprunté pour faire l'acquisition des actions des Sociétés.

À cet égard, le respect de l'obligation qu'a Ludco de prouver l'existence du lien requis entre l'utilisation initiale admissible et l'utilisation actuelle admissible devient apparemment plus complexe en raison du fait que les actions des Sociétés ont été cédées en tant qu'éléments d'un ensemble de biens et que, en contrepartie de ces biens, Ludco a touché à la fois des biens productifs de revenus et des biens non productifs de revenus. Dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, notre Cour a établi le principe général suivant : « Il incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction. Par conséquent, si le contribuable mélange des fonds utilisés à différentes fins, dont

eral principle was echoed in *Tennant*, *supra*, at para. 23, in the context of a s. 85 rollover transaction. In that case, the Court held that "[a]s long as the replacement property can be traced to the entire amount of the loan, then the entire amount of the interest payment may be deducted. If the replacement property can be traced to only a portion of the loan, then only a proportionate amount of the interest may be deducted."

une partie seulement est admissible, il peut ne pas pouvoir réclamer la déduction » (p. 45-46). Ce principe général a été repris dans l'arrêt *Tennant*, précité, dans le contexte d'un transfert libre d'impôt effectué en vertu de l'art. 85. Dans cette affaire, notre Cour a jugé que « [d]ans la mesure où le bien de remplacement est attribuable au plein montant de l'emprunt, alors le plein montant du versement des intérêts peut être déduit. Si le bien de remplacement n'est attribuable qu'à une partie de l'argent emprunté, alors seulement une partie proportionnelle des intérêts peut être déduite » (par. 23).

However, nowhere in *Tennant*, *supra*, did the Court require a strict interpretation of tracing for the continuing entitlement to deduct interest after a rollover transaction. Instead, as noted above, the Court spoke in broader terms, referring to the need to "establish a link" between the original and current eligible use property (para. 18). Based upon this more flexible approach, I conclude that, although the shares in the Companies were commingled with other assets and disposed of as part of a group of assets, for the purposes of the interest deductibility provision, the shares in the Companies can be traced to any of the specific assets received by Ludco as a result of the rollover. In this case, the taxpayer can trace the shares in the Companies to the income-producing assets. Therefore, the appellant Ludco has established the required link.

76 Cependant, nulle part dans l'arrêt *Tennant*, précité, notre Cour a-t-elle exigé une correspondance stricte pour assurer le maintien de la déductibilité de l'intérêt après un transfert libre d'impôt. Au contraire, comme il a été mentionné précédemment, notre Cour s'est exprimée en termes généraux, parlant de la nécessité d'« établir un lien » entre le bien initial dont l'utilisation était admissible et le bien actuel dont l'utilisation est admissible (par. 18). Sur le fondement de cette approche plus souple, je conclus que, bien que les actions des Sociétés aient été réunies à d'autres biens et cédées en tant qu'éléments d'un ensemble de biens, la valeur des actions des Sociétés peut, pour l'application de la disposition relative à la déductibilité de l'intérêt, être rattachée à l'un ou l'autre des biens particuliers obtenus par Ludco à l'issue du transfert libre d'impôt. Dans la présente affaire, le contribuable peut rattacher la valeur des actions des Sociétés à des biens productifs de revenus. Par conséquent, l'appelante Ludco a établi l'existence du lien requis.

That the Class B shares were pledged by Ludco for an unrelated debt does not affect the fact that these shares were received as part of the consideration for the s. 85 rollover. In my view, the subsequent pledging of the Class B shares could only affect Ludco's continued ability to deduct the interest if the effect of the pledge was to give ownership of the shares to the parent company. However, the documentary evidence confirms that

77 Bien que Ludco ait remis les actions de catégorie B pour garantir le remboursement d'une dette sans connexité, il n'en demeure pas moins que celles-ci ont été reçues en tant qu'éléments de la contrepartie touchée dans le cadre du transfert libre d'impôt effectué en vertu de l'art. 85. À mon avis, le nantissement subséquent des actions de catégorie B ne pouvait compromettre la déductibilité de l'intérêt par Ludco que s'il avait pour effet de

Ludco continued to be the beneficial owner of the Class B shares.

78 In summary, although the appellant Ludco initially received a mix of income-earning and non-income-earning assets as consideration for the shares in the Companies, the value of the income-earning assets (or current eligible use property) exceeded the amount of the borrowed money. In these circumstances, the income-producing replacement property can be linked to the entire amount of the loan and it can be said that the interest charges were "wholly applicable" to the source of the income. Consequently the entire amount of the interest payment continued to be deductible after the rollover occurred.

E. *Should Special Costs Be Awarded in This Case?*

79 Pursuant to s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, an order for costs is a discretionary matter for the Court. However, I agree with the respondent that this is not an appropriate case for an order for special costs. In general, special costs ought to be awarded only on the grounds of misconduct connected with the litigation or other exceptional circumstances. Here, although the Crown aggressively pressed its case against the appellants, there is no substance to the appellants' claims of abuse and misconduct and that the Crown otherwise acted improperly. I also do not find any other reasons why special costs should be awarded.

VII. Conclusion

80 Accordingly, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and the reassessments for the appellants' 1981 to 1985 taxation years, and remit the matter back to Revenue Canada for reassessment in conformity with these reasons.

transférer la propriété des actions à la société mère. Or, la preuve documentaire confirme que Ludco est demeurée le propriétaire véritable des actions de catégorie B.

En résumé, quoique l'appelante Ludco ait initialement reçu tant des biens productifs de revenus que des biens non productifs de revenus en contrepartie des actions des Sociétés, la valeur des biens productifs de revenus (ou des biens actuels dont l'utilisation est admissible) était supérieure à la somme empruntée. Dans ces circonstances, on peut rattacher le bien productif de revenus acquis en remplacement au montant total du prêt et affirmer que les frais d'intérêt « se rapport[aient] entièrement » à la source de revenu. Par conséquent, la totalité des intérêts payés est demeurée déductible après le transfert libre d'impôt.

E. *Y a-t-il lieu d'accorder des dépens spéciaux en l'espèce?*

Suivant l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, notre Cour a le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens. Toutefois, je conviens avec l'intimée que nous ne sommes pas en présence d'un cas où il serait opportun d'adjuger des dépens spéciaux. En règle générale, de tels dépens ne sont accordés qu'en présence d'une conduite fautive liée à l'instance ou d'autres circonstances exceptionnelles. Dans la présente affaire, bien que l'État ait vigoureusement défendu sa thèse, aucun élément n'étaye les prétentions des appelants voulant que l'État ait agi de manière abusive, fautive ou autrement inappropriée. Par ailleurs, je ne vois pas d'autres raisons qui justifieraient d'accorder des dépens spéciaux.

VII. Conclusion

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'annuler le jugement de la Cour d'appel fédérale et les nouvelles cotisations établies à l'égard des appelants pour les années d'imposition 1981 à 1985, et de renvoyer l'affaire à Revenu Canada pour qu'il établisse de nouvelles cotisations en conformité avec les présents motifs.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. — Subject to my comments on the interpretation of tax statutes in the companion case of *Singleton v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1046, 2001 SCC 61, I agree with the disposition of the appeal proposed by Justice Iacobucci. The taxpayers' appeal is well founded.

As Iacobucci J. points out, there was undoubtedly a loophole in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). A well-crafted piece of tax planning took advantage of it, but remained clearly within the four walls of the statute. From the evidence, although the taxpayers intended to emphasize capital accumulation, they had also a purpose of gaining income. Hence, they could deduct the interest paid on loans obtained to acquire securities. The rollover that took place several years later did not change the situation. For these reasons, I would allow the appeal, quash the judgment of the Federal Court of Appeal ((1999), 240 N.R. 70), set aside the assessments and send the matter back to Revenue Canada for reassessment in accordance with the judgment of our Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Goodman Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Montréal.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL — Sous réserve de mes observations dans l'affaire connexe *Singleton c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1046, 2001 CSC 61, sur l'interprétation des lois fiscales, je souscris au dispositif proposé par le juge Iacobucci dans le présent pourvoi. L'appel interjeté par les contribuables est bien fondé. 81

Comme le signale le juge Iacobucci, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), comportait indubitablement une échappatoire. Une planification fiscale astucieuse, mais par ailleurs tout à fait légale, a permis d'en tirer avantage. La preuve révèle que, même si les contribuables entendaient mettre l'accent sur l'accumulation du capital, ils visaient également à tirer un revenu de celui-ci. Partant, ils pouvaient déduire l'intérêt payé sur les prêts obtenus pour acquérir les titres. Le transfert libre d'impôt effectué quelques années plus tard n'a rien changé à la situation. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel fédérale ((1999), 240 N.R. 70), d'annuler les cotisations et de renvoyer l'affaire à Revenu Canada pour qu'il établisse de nouvelles cotisations en conformité avec l'arrêt de notre Cour. 82

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Goodman Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureur de l'intimée : Le sous-procureur général du Canada, Montréal.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Natural justice — Duty to act fairly — Right to be heard — Complaint made to Conseil de la magistrature against Judge of Court of Québec — Committee of inquiry of Conseil recommending judge be removed — Whether judge had sufficient notice of findings that might be made by committee of inquiry — Whether judge had right to separate hearing on question of sanctions.

THERRIEN (RE), 3.

2. Natural justice — Duty to act fairly — Right to impartial hearing — Complaint made to Conseil de la magistrature against Judge of Court of Québec — Conseil bound to follow recommendations of committee of inquiry — Committee of inquiry recommending judge be removed — Whether decision-making structure of Conseil and committee of inquiry violates maxim delegatus non potest delegare — Whether presence of persons not members of judiciary at preliminary stage of disciplinary process violates institutional dimension of structural principle of judicial independence — Whether functioning of committee of inquiry, in particular role of committee counsel, raises reasonable fear of institutional bias.

THERRIEN (RE), 3.

3. Judicial review — Standard of review — Canadian International Trade Tribunal — Standard of review of Tribunal's decision respecting value for duty of imported goods and other Customs Act matters.

CANADA (DEPUTY MINISTER OF NATIONAL REVENUE) V. MATTEL CANADA INC., 100.

4. Judicial review — Securities commissions — Standard of review — Standard of review for Ontario Securities Commission's decisions involving application of its public interest jurisdiction.

COMMITTEE FOR THE EQUAL TREATMENT OF ASBESTOS MINORITY SHAREHOLDERS V. ONTARIO (SECURITIES COMMISSION), 132.

5. Judicial review — Mandamus — Ministerial discretion — Minister promising to issue modified permit upon Hospital Center's relocation to Montreal — Minister subsequently refusing to issue modified permit — Minister failing to act in accordance with prior exercise of discretion — Whether an order in the nature of mandamus appropriate — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 100.

MOUNT SINAI HOSPITAL CENTER V. QUEBEC (MINISTER OF HEALTH AND SOCIAL SERVICES), 281.

ADMINISTRATIVE LAW—Continued

6. Judicial review — Ministerial discretion — Minister promising to issue modified permit upon Hospital Center's relocation to Montreal — Minister subsequently refusing to issue modified permit — Whether ministerial discretion exercised — Whether exercise of ministerial discretion validly reversed — An Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-5, ss. 138, 139.1.

MOUNT SINAI HOSPITAL CENTER V. QUEBEC (MINISTER OF HEALTH AND SOCIAL SERVICES), 281.

7. Issue estoppel — Employee filing complaint against employer under Employment Standards Act seeking unpaid wages and commissions — Employee subsequently commencing court action against employer for wrongful dismissal and unpaid wages and commissions — Employment standards officer dismissing employee's complaint — Employer arguing that employee's claim for unpaid wages and commissions before court barred by issue estoppel — Whether officer's failure to observe procedural fairness in deciding employee's complaint preventing application of issue estoppel — Whether preconditions to application of issue estoppel satisfied — If so, whether this Court should exercise its discretion and refuse to apply issue estoppel.

DANYLUK V. AINSWORTH TECHNOLOGIES INC., 460.

8. Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to whether undertaking alienated or operated by another — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

IVANHOE INC. V. UFCW, LOCAL 500, 565.

9. Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to cancellation of union's certification — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 41, 139.

IVANHOE INC. V. UFCW, LOCAL 500, 565.

10. Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to whether undertaking alienated or operated by another — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

SEPT-ÎLES (CITY) V. QUEBEC (LABOUR COURT), 670.

11. Tribunals — Liquor Appeal Board — Institutional independence — Liquor Control and Licensing Act providing for appointment of Board members "at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council" — In practice, members are appointed for

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

one-year term and serve on a part-time basis — Whether Board members sufficiently independent to render decisions on violations of Act and impose penalties provided — Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1996, c. 267, s. 30.

OCEAN PORT HOTEL LTD. V. BRITISH COLUMBIA (GENERAL MANAGER, LIQUOR CONTROL AND LICENSING BRANCH), 781.

APPEAL

Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Report of inquiry panel of Quebec Court of Appeal — Judicial ethics — Report of Court of Appeal recommending removal of Judge of Court of Québec — Whether Supreme Court has jurisdiction to hear appeal from report of Court of Appeal — Whether report a "judgment" within meaning of Supreme Court Act — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1) — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

THERRIEN (RE), 3.

BARRISTERS AND SOLICITORS

Practice of profession of advocate — Whether provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate are provisions of public order — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128(1)(b).

FORTIN V. CHRÉTIEN, 500.

CIVIL PROCEDURE

1. Direct action in nullity — Interest — Labour relations — Employee dismissed by employer — Arbitrator dismissing grievance contesting dismissal — Union refusing to bring matter before Superior Court — Whether employee has requisite interest to bring direct action in nullity to quash arbitral award — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 55.

NOËL V. SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DE LA BAIE JAMES, 207.

2. Right of person to represent self before court — Respondents entering into contract with Club juridique for non-advocate to perform service of preparing and drawing up legal proceedings for remuneration — Contract made contrary to provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate — Whether nullity of contract affects validity of resulting proceedings — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 61.

FORTIN V. CHRÉTIEN, 500.

CIVIL PROCEDURE—Concluded

3. Examination on discovery — Confidentiality — Whether examination on discovery is sitting of courts within meaning of art. 13 C.C.P. — Whether there is implied rule of confidentiality applicable to content of examinations on discovery under Code of Civil Procedure — Extent of rule of confidentiality.

LAC D'AMIANTE DU QUÉBEC LTÉE V. 2858-0702 QUÉBEC INC., 743.

4. Change of parties — Adding party — Whether Court of Appeal erred in adding father's wife as a party and custodial applicant during appeal hearing — British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, Rule 15(5).

VAN DE PERRE V. EDWARDS, 1014.

CIVIL RESPONSIBILITY

Physicians and surgeons — Purpose served by surgical operation — Consent to operation.

MARCOUX V. BOUCHARD, 726.

CIVIL RIGHTS

Equality rights — Information relating to employment — Criminal record — Candidate for judicial office — Whether selection committee may question candidate regarding criminal record — Whether question infringes Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 18.1, 18.2, 20.

THERRIEN (RE), 3.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Equality rights — Information relating to employment — Criminal record — Candidate for judicial office — Whether procedure initiated against judge concerned infringes equality rights guaranteed by Canadian Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

THERRIEN (RE), 3.

2. Independence of judiciary — Security of tenure of judges — Provincial statute providing for removal of judge of provincial court without address of legislature — Whether provincial statute satisfies requirements of judicial independence — Constitution Act, 1867, preamble — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

THERRIEN (RE), 3.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

3. Independence of judiciary — Security of tenure of judges — Provincial statute providing that government may remove judge only on report of Court of Appeal at request of Minister of Justice — Whether judicial office is secure against discretionary interference by Executive — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

THERRIEN (RE), 3.

4. Charter of Rights — Fundamental justice — Whether common law rule of jury secrecy and Criminal Code prohibition on disclosure of information about "proceedings of the jury" consistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 649.

R. V. PAN; R. V. SAWYER, 344.

CONTRACTS

1. Validity — Formation of contract — Respondents entering into contract with Club juridique for non-advocate to perform service of preparing and drawing up legal proceedings for remuneration — Contract made in contravention of provisions of Act respecting the Barreau du Québec concerning practice of profession of advocate — Whether contract that contravenes those provisions must be sanctioned by absolute nullity — If so, whether nullity of contract affects validity of resulting proceedings — Principle of simple nullity — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128(1)(b) — Civil Code of Québec, arts. 1411, 1417.

FORTIN V. CHRÉTIEN, 500.

2. Bid depository system — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Subcontractor's workers not members of International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) — Prime contractor later refusing to enter into subcontract — Prime contractor subsequently contracting with IBEW subcontractor at same bid price — Legal obligations of prime contractors to prospective subcontractors under rules of structured bid depository — Whether contract terms breached.

NAYLOR GROUP INC. V. ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD., 943.

3. Doctrine of frustration — Bid depository system — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Subcontractor's workers not members of International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) — Ontario Labour Relations Board (OLRB) deciding prime contractor must use only IBEW-affiliated subcontractors — Whether contract frustrated by OLRB decision.

NAYLOR GROUP INC. V. ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD., 943.

4. Remedies — Prime contractor awarded large construction contract as lowest bidder — Prime contractor's bid incorporating subcontractor's bid — Prime contractor later refusing to enter into subcontract — Manner of assessing damages for wrongful refusal to contract.

NAYLOR GROUP INC. V. ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD., 943.

COSTS

Special costs — Revenue Canada denying taxpayers' interest deductions and aggressively pressing its case against taxpayers — Revenue Canada's reassessment set aside — Whether special costs should be awarded — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

LUDCO ENTERPRISES LTD. V. CANADA, 1082.

COURTS

1. Judges — Legal ethics — Conseil de la magistrature — Jurisdiction — Whether Conseil de la magistrature may examine conduct of judge even if breach of ethics occurred prior to appointment.

THERRIEN (RE), 3.

2. Judges — Judicial ethics — Sanctions — Removal of judge of provincial court — Failure by judge to disclose criminal record when candidate for office of judge — Report of Court of Appeal recommending revocation of commission of judge — Whether sanction appropriate.

THERRIEN (RE), 3.

3. Jurisdiction — Quebec Court of Appeal — Superior Court — Legal ethics — Court of Appeal hearing request by Minister of Justice concerning removal of Judge of Court of Québec — Judge concerned applying to Superior Court to have report of committee of inquiry of Conseil de la magistrature quashed and challenge constitutionality of provision of provincial statute — Whether Superior Court has jurisdiction to hear application and motion — Whether Court of Appeal has exclusive jurisdiction to decide questions of law and jurisdiction in course of inquiry — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 95.

THERRIEN (RE), 3.

4. Quebec rules of civil procedure — Whether Quebec court may create positive rule of civil procedure.

LAC D'AMIANTE DU QUÉBEC LTÉE V. 2858-0702 QUÉBEC INC., 743.

COURTS—Concluded

5. Jurisdiction — Superior courts — Vessel sold under authority of Federal Court of Canada and proceeds held by court in exercise of its admiralty jurisdiction — Whether provincial superior court can order forfeiture of proceeds of sale of vessel pursuant to s. 72(1) of Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.

R. v. ULYBEL ENTERPRISES LTD., 867.

CRIMINAL LAW

1. Effect of granting pardon — Meaning and effect of pardon granted under Criminal Records Act — Whether pardon expunges conviction retroactively — Criminal Records Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 12, s. 5.

THERRIEN (RE), 3.

2. Abuse of process — Fundamental justice — Double jeopardy — Whether mistrial improperly declared at end of accused's second trial — Whether proceedings against accused should have been stayed at outset of third trial — Whether holding of third trial violated principle against double jeopardy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(h).

R. v. PAN; R. v. SAWYER, 344.

3. Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

R. v. PAN; R. v. SAWYER, 344.

4. Juries — Disclosure of jury proceedings — Criminal Code prohibiting disclosure of information about "proceedings of the jury" except where disclosure is in context of obstruction of justice proceedings involving a juror — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 649.

R. v. PAN; R. v. SAWYER, 344.

5. Juries — Rule of jury secrecy — Common law rule of jury secrecy providing that evidence concerning jury deliberations is inadmissible on appeal to impeach jury's verdict — Whether common law rule of jury secrecy constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. PAN; R. v. SAWYER, 344.

6. Elements of offence — Constructive first degree murder — Whether s. 231(5) of Criminal Code requires that victim of murder and victim of enumerated offence be same person — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

R. v. RUSSELL, 804.

CRIMINAL LAW—Concluded

7. Preliminary inquiry — Certiorari — Whether preliminary inquiry judge's committal of accused to trial reviewable on certiorari where it is alleged that judge erred in setting out elements of offence.

R. v. RUSSELL, 804.

8. Preliminary inquiry — Exculpatory evidence — Whether preliminary inquiry judge required to weigh Crown's evidence against exculpatory evidence called by accused.

R. v. ARCURI, 828.

CUSTOMS AND EXCISE

1. Determination of value of goods — Adjustment of price paid — Licence fees — Royalties — Whether periodic payments of licence fees made through an intermediary should be included in value for duty of imported products — Whether royalties paid to a third-party licensor should be included in value for duty of imported products — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 48(5)(a)(iv), (v).

CANADA (DEPUTY MINISTER OF NATIONAL REVENUE) v. MATTEL CANADA INC., 100.

2. Determination of value of goods — Sale for export to Canada — Whether sale between two foreign companies constitutes "sale for export to Canada" — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 48(4).

CANADA (DEPUTY MINISTER OF NATIONAL REVENUE) v. MATTEL CANADA INC., 100.

DAMAGES

1. Wrongful dismissal — Aggravated damages — Whether criteria for allowing issue of aggravated damages to go to jury met.

MCKINLEY v. BC TEL, 161.

2. Wrongful dismissal — Extended period of notice — Whether trial judge erred by putting issue of extended notice period before jury — Whether jury award for damages representing extended notice period reasonable.

MCKINLEY v. BC TEL, 161.

3. Wrongful dismissal — Punitive damages — Whether issue of punitive damages should have been put to jury.

MCKINLEY v. BC TEL, 161.

EMPLOYMENT LAW

1. Wrongful dismissal — Dishonest conduct — Whether employee's dishonesty, in and of itself, necessarily gives rise to just cause for summary dismissal — Whether nature and context of such dishonesty must be considered — Whether trial judge erred in instructing jury that employee's dishonesty would merit termination only if it was of "a degree that was incompatible with the employment relationship" — Applicable standard for assessing whether and in what circumstances dishonesty provides just cause.

MCKINLEY V. BC TEL, 161.

2. Wrongful dismissal — Jury's verdict — Dishonest conduct — Jury finding that just cause for summary dismissal did not exist — Whether jury's verdict reasonable.

MCKINLEY V. BC TEL, 161.

FAMILY LAW

1. Spousal support — Variation on retirement — Double recovery — Pension income — Whether retired payor spouse entitled to seek reduction of support payments to former spouse on basis that pension being received was previously considered in equalization of matrimonial property — Whether spouse who received assets in exchange for capitalized value of other spouse's pension has obligation to invest those assets in order to produce income — If assets not invested, whether court will impute income to payee spouse, based on what those assets could produce if invested, thereby reducing spousal support obligation.

BOSTON V. BOSTON, 413.

2. Custody and access — Standard of appellate review — Custody dispute between unmarried Caucasian mother and African-American father over four-year-old child — Mother awarded sole custody at trial — Father and his wife granted custody on appeal — Whether Court of Appeal applied appropriate standard of appellate review — Whether trial judge made material error or ignored relevant evidence — Importance of race in determining custody of child of mixed racial heritage — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 24(1).

VAN DE PERRE V. EDWARDS, 1014.

FISHERIES

Forfeiture of proceeds of sale of fishing vessel — Scope of power to order forfeiture of proceeds — Whether continued detention of seized vessel pre-condition to order of forfeiture pursuant to s. 72(1) of Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.

R. V. ULYBEL ENTERPRISES LTD., 867.

INCOME TAX

1. Deductions — Interest — Taxpayer using equity in law firm to purchase house then refinancing law firm equity with borrowed money — Whether interest payments made on borrowed money deductible — Whether borrowed money "used for the purpose of earning income from a business" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

SINGLETON V. CANADA, 1046.

2. Deductions — Interest — Corporate taxpayer seeking deduction of interest paid on borrowed money used to purchase shares in foreign companies — Shares disposed of in rollover transaction — Whether taxpayer entitled to deduct interest costs incurred after rollover transaction — Whether taxpayer established link between original eligible use property and current eligible use property — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

LUDCO ENTERPRISES LTD. V. CANADA, 1082.

3. Deductions — Interest — Legal test for interest deductibility — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

LUDCO ENTERPRISES LTD. V. CANADA, 1082.

4. Deductions — Interest — Taxpayers seeking deduction of interest paid on borrowed money used to purchase shares in foreign companies — Taxpayers receiving $600,000 in dividends and incurring $6 million in interest costs during period shares held in foreign companies — Whether interest costs deductible — Whether money borrowed "used for the purpose of earning income" — Concepts of "purpose" and "income" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 20(1)(c)(i).

LUDCO ENTERPRISES LTD. V. CANADA, 1082.

INSURANCE

1. Insurer's duty to defend — Comprehensive general liability policy — Policy exclusions — Whether "turnkey exclusion" in policy excluded coverage for insured.

MONENCO LTD. V. COMMONWEALTH INSURANCE CO., 699.

2. Insurer's duty to defend — Evidence — Whether court entitled to go beyond pleadings and consider extrinsic evidence to determine substance and true nature of plaintiff's claims in order to appreciate scope of insurer's duty to defend.

MONENCO LTD. V. COMMONWEALTH INSURANCE CO., 699.

JUDGMENTS AND ORDERS

Res judicata — Conditions — Employee contesting legality of arbitral award — Superior Court dismissing employee's application for judicial review on ground he lacked requisite interest to bring proceeding — Employee then commencing direct action in nullity to quash arbitral award — Whether principle of res judicata prevents bringing new proceeding.

NOËL V. SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DE LA BAIE JAMES, 207.

LABOUR LAW

1. Certification — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of janitorial services — Petition for cancellation of certification — Interest required — Whether former employer has interest required for presenting petition for cancellation of certification despite having no employees — If so, whether certification granted in respect of former employer may be cancelled during term of transfer of operation — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 41.

IVANHOE INC. V. UFCW, LOCAL 500, 565.

2. Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of janitorial services — Definition of undertaking — Legal relationship between successive employers — Degree of autonomy subcontractors given — Theory of retrocession — Contract for janitorial services awarded to new subcontractors — Decision of labour commissioner finding transfer of operation of part of undertaking and transferring certification but not collective agreement to new subcontractors — Whether commissioner adopted functional definition of undertaking and rejected requirement for legal relationship between former and new employer — Whether commissioner may transfer certification and refuse to transfer collective agreement — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 45.

IVANHOE INC. V. UFCW, LOCAL 500, 565.

3. Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of municipal service — Definition of undertaking — Degree of autonomy subcontractors given — Decision of labour commissioner finding transfer of operation of part of undertaking and transferring certification and collective agreement to new subcontractors — Degree of autonomy required to find transfer of operation of part of undertaking — Whether commissioner adopted functional definition of undertaking — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 45.

SEPT-ÎLES (CITY) V. QUEBEC (LABOUR COURT), 670.

LABOUR RELATIONS

Arbitral award — Direct action in nullity — Interest — Union's duty of representation — Employee dismissed by employer — Arbitrator dismissing grievance contesting dismissal — Union refusing to bring matter before Superior Court — Whether employee has requisite interest to bring direct action in nullity to quash arbitral award — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 55.

NOËL V. SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DE LA BAIE JAMES, 207.

LIMITATION OF ACTIONS

Public authorities — Summary judgment — Action against provincial Crown alleging environmental damage caused by waste asphalt buried on farm — Waste asphalt resulting from highway reconstruction — Summary judgment holding that action statute-barred — Whether six-month limitation period in Public Authorities Protection Act applies — Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1) — Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(g).

BERENDSEN V. ONTARIO, 849.

MUNICIPAL LAW

1. By-laws — Regulation and restriction of pesticide use — Town adopting by-law restricting use of pesticides within its perimeter to specified locations and enumerated activities — Whether Town had statutory authority to enact by-law — Whether by-law rendered inoperative because of conflict with federal or provincial legislation — Town of Hudson By-law 270 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 410(1).

114957 CANADA LTÉE (SPRAYTECH, SOCIÉTÉ D'ARROSAGE) V. HUDSON (TOWN), 241.

2. Zoning by-laws — Scope of acquired rights — Legal non-conforming use — Definition of purpose of a pre-existing use — Variation, extension or alteration of a use — Nightclub substituting nude dancers for western signers — Whether change in form of entertainment constitutes illegal replacement of original non-conforming use with other non-conforming use — Whether change in form of entertainment amounts to forfeiture of acquired right to operate nightclub.

SAINT-ROMUALD (CITY) V. OLIVIER, 898.

PRACTICE

Class actions — Plaintiffs suing defendants for breach of fiduciary duties and mismanagement of funds — Defendants applying for order to strike plaintiffs' claim to sue in representative capacity — Whether requirements for class action met — If so, whether class action should be allowed — Whether defendants

PRACTICE—Concluded

entitled to examination and discovery of each class member — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, Rule 42.

WESTERN CANADIAN SHOPPING CENTRES INC. v. DUTTON, 534.

SECURITIES

Ontario Securities Commission — Public interest jurisdiction — Nature and scope of Commission's public interest jurisdiction to intervene in activities related to Ontario capital markets — Whether Commission's decision not to exercise its public interest jurisdiction in this case reasonable — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127(1), para. 3.

COMMITTEE FOR THE EQUAL TREATMENT OF ASBESTOS MINORITY SHAREHOLDERS v. ONTARIO (SECURITIES COMMISSION), 132.

TORTS

Vicarious liability — Employee versus independent contractor — Original supplier suffering substantial losses when it was replaced as supplier because of bribery scheme in large commercial transaction — Whether rival supplier vicariously liable to original supplier for tortious conduct of its consultant.

671122 ONTARIO LTD. v. SAGAZ INDUSTRIES CANADA INC., 983.

TORTS—Concluded

Evidence — Re-opening of trial to admit fresh evidence — Trial judge declining to reopen trial to admit fresh evidence on a motion brought after release of reasons but before formal judgment entered — Whether Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of trial judge in decision to reopen trial.

671122 ONTARIO LTD. v. SAGAZ INDUSTRIES CANADA INC., 983.

TRIAL

INDEX

APPEL

Cour suprême du Canada — Compétence — Rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel du Québec — Déontologie judiciaire — Rapport de la Cour d'appel recommandant la destitution d'un juge de la Cour du Québec — La Cour suprême a-t-elle compétence pour se saisir de l'appel du rapport de la Cour d'appel? — Ce rapport constitue-t-il un « jugement » au sens de la Loi sur la Cour suprême? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2(1), 40(1) — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

THERRIEN (RE), 3.

ASSURANCE

1. Obligation de défendre de l'assureur — Police générale d'assurance de responsabilité civile — Exclusions prévues par la police — L'exclusion relative au projet clés en main contenue dans la police écartait-elle toute garantie pour l'assuré?

MONENCO LTD. C. COMMONWEALTH INSURANCE CO., 699.

2. Obligation de défendre de l'assureur — Preuve — Une cour peut-elle aller au-delà des actes de procédure et prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques pour déterminer le contenu et la nature véritable de la réclamation d'un demandeur et ainsi apprécier l'étendue de l'obligation de défendre d'un assureur?

MONENCO LTD. C. COMMONWEALTH INSURANCE CO., 699.

AVOCATS ET PROCUREURS

Exercice de la profession d'avocat — Les dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat sont-elles d'ordre public? — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128(1)b).

FORTIN C. CHRÉTIEN, 500.

CONTRATS

1. Validité — Formation du contrat — Intimés concluant un contrat avec un club juridique prévoyant l'octroi par un non-avocat d'un service de préparation et de rédaction de procédures judiciaires moyennant rémunération — Contrat conclu à l'encontre des dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat — Un contrat qui contrevient à ces dispositions doit-il être sanctionné de nullité absolue? — Dans l'affirmative, la nullité du contrat affecte-t-elle la validité des procédures qui en résultent? — Principe de la nullité simple — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128(1)b) — Code civil du Québec, art. 1411, 1417.

FORTIN C. CHRÉTIEN, 500.

2. Réparations — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Entrepreneur principal refusant par la suite de conclure le contrat de sous-traitance — Façon d'évaluer les dommages-intérêts pour le refus injustifié de conclure un contrat.

NAYLOR GROUP INC. C. ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD., 943.

3. Système de soumissions — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Employés du sous-traitant non membres de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (FIOE) — Entrepreneur principal refusant par la suite de conclure le contrat de sous-traitance — Entrepreneur principal concluant ensuite un contrat avec un sous-traitant affilié à la FIOE au même prix que celui proposé dans la soumission — Obligations juridiques d'un entrepreneur principal envers un sous-traitant éventuel en vertu des règles d'un régime structuré de dépôt des soumissions — Y a-t-il eu violation des conditions d'un contrat?

NAYLOR GROUP INC. C. ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD., 943.

4. Théorie de l'impossibilité d'exécution — Système de soumissions — Entrepreneur principal obtenant un important contrat d'entreprise à titre de plus bas soumissionnaire — Soumission de l'entrepreneur principal incluant celle du sous-traitant — Employés du sous-traitant non membres de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (FIOE) — Décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO) selon laquelle l'entrepreneur principal ne peut retenir que les services de sous-traitants affiliés à la FIOE — La décision de la CRTO a-t-elle rendu le contrat inexécutable?

NAYLOR GROUP INC. C. ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD., 943.

DÉPENS

Dépens spéciaux — Refus des déductions par Revenu Canada, qui a vigoureusement défendu sa thèse — Annulation des nouvelles cotisations établies par Revenu Canada — Y a-t-il lieu d'accorder des dépens spéciaux? — Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

ENTREPRISES LUDCO LTÉE C. CANADA, 1082.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

1. Congédiement injustifié — Dommages-intérêts majorés — Les conditions requises pour que la question des dommages-intérêts majorés soit soumise à l'appréciation du jury sont-elles remplies?

MCKINLEY C. BC TEL, 161.

2. Congédiement injustifié — Dommages-intérêts punitifs — La question des dommages-intérêts punitifs aurait-elle dû être soumise à l'appréciation du jury?

MCKINLEY C. BC TEL, 161.

3. Congédiement injustifié — Période prolongée de préavis — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en soumettant la question de la période prolongée de préavis à l'appréciation du jury? — Les dommages-intérêts tenant lieu de période prolongée de préavis, que le jury a accordés, sont-ils raisonnables?

MCKINLEY C. BC TEL, 161.

DOUANES ET ACCISE

1. Détermination de la valeur de marchandises — Ajustement du prix payé — Droits de licence — Redevances — Les versements périodiques de droits de licence effectués par l'entremise d'un intermédiaire doivent-ils être inclus dans la valeur en douane de produits importés? — Les redevances versées à un tiers concédant de licence doivent-elles être incluses dans la valeur en douane de produits importés? — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 48(5)a)(iv), (v).

CANADA (SOUS-MINISTRE DU REVENU NATIONAL) C. MATTEL CANADA INC., 100.

2. Détermination de la valeur de marchandises — Vente pour exportation au Canada — Une vente entre deux sociétés étrangères constitue-t-elle une « vente pour exportation au Canada »? — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 48(4).

CANADA (SOUS-MINISTRE DU REVENU NATIONAL) C. MATTEL CANADA INC., 100.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Justice naturelle — Obligation d'agir équitablement — Droit d'être entendu — Dépôt d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec auprès du Conseil de la magistrature — Comité d'enquête du Conseil recommandant la destitution du juge — Le juge a-t-il bénéficié d'un préavis suffisant quant aux conclusions susceptibles d'être tirées par le comité d'enquête? — Le juge avait-il droit à une audition distincte sur la question des sanctions?

THERRIEN (RE), 3.

2. Justice naturelle — Obligation d'agir équitablement — Droit à une audition impartiale — Dépôt d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec auprès du Conseil de la magistrature — Conseil contraint de suivre les recommandations de son comité d'enquête — Comité d'enquête recommandant la destitution du juge — La structure décisionnelle du Conseil et de son comité d'enquête viole-t-elle la maxime delegatus non potest delegare? — La présence de personnes non membres de la magistrature au stade préliminaire du processus disciplinaire porte-t-elle atteinte à la dimension institutionnelle du principe structurel de l'indépendance judiciaire? — Le fonctionnement du comité d'enquête, en particulier le rôle de son procureur, soulève-t-il une crainte raisonnable de partialité institutionnelle?

THERRIEN (RE), 3.

3. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal canadien du commerce extérieur — Norme de contrôle applicable à la décision du tribunal portant sur la valeur en douane de marchandises importées et sur d'autres questions visées par la Loi sur les douanes.

CANADA (SOUS-MINISTRE DU REVENU NATIONAL) C. MATTEL CANADA INC., 100.

4. Contrôle judiciaire — Commissions des valeurs mobilières — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario portant sur l'exercice de sa compétence relative à l'intérêt public.

COMITÉ POUR LE TRAITEMENT ÉGAL DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES DE LA SOCIÉTÉ ASBESTOS LTÉE C. ONTARIO (COMMISSION DES VALEURS MOBILIÈRES), 132.

5. Contrôle judiciaire — Mandamus — Pouvoir ministériel discrétionnaire — Promesse du ministre de délivrer un permis modifié une fois le Centre hospitalier déménagé à Montréal — Ministre refusant par la suite de délivrer un permis modifié — Ministre n'agissant pas conformément à l'exercice antérieur de son pouvoir discrétionnaire — Une ordonnance de type mandamus est-elle appropriée? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 100.

CENTRE HOSPITALIER MONT-SINAÏ C. QUÉBEC (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX), 281.

6. Contrôle judiciaire — Pouvoir ministériel discrétionnaire — Promesse du ministre de délivrer un permis modifié une fois le Centre hospitalier déménagé à Montréal — Ministre refusant par la

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

suite de délivrer un permis modifié — Le pouvoir ministériel discrétionnaire a-t-il été exercé? — L'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire a-t-il été validement infirmé? — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 138, 139.1.

CENTRE HOSPITALIER MONT-SINAÏ C. QUÉBEC (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX), 281.

7. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Plainte déposée par une employée contre son employeur en vertu de la Loi sur les normes de l'emploi et réclamant le versement de salaire et commissions impayés — Action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié et pour salaire et commissions impayés intentée subséquemment par l'employée contre l'employeur — Rejet de la plainte par l'agente des normes d'emploi — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée plaidée par l'employeur à l'égard de la réclamation pour salaire et commissions impayés — L'inobservation de l'équité procédurale par l'agente des normes dans sa décision sur la plainte de l'employée empêche-t-elle l'application de cette doctrine? — Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont-elles réunies? — Dans l'affirmative, notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer cette doctrine?

DANYLUK C. AINSWORTH TECHNOLOGIES INC., 460.

8. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à l'existence d'une aliénation ou concession d'entreprise — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 46.

IVANHOE INC. C. TUAC, SECTION LOCALE 500, 565.

9. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à la révocation de l'accréditation d'un syndicat — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 41, 139.

IVANHOE INC. C. TUAC, SECTION LOCALE 500, 565.

10. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à l'existence d'une aliénation ou concession d'entreprise — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 46.

SEPT-ÎLES (VILLE) C. QUÉBEC (TRIBUNAL DU TRAVAIL), 670.

11. Tribunaux administratifs — Commission d'appel — Indépendance institutionnelle — Liquor Control and Licensing Act prévoyant que les commissaires sont révocables à tout moment au gré du lieutenant-gouverneur en conseil — En pratique, les commissaires sont nommés pour un an et exercent leur charge à temps partiel — Les commissaires jouissent-ils d'une indépendance suffisante pour rendre des décisions sur des contraventions à la loi et

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

prononcer les peines prévues? — Liquor Control and Licensing Act, R.S.B.C. 1996, ch. 267, art. 30.

OCEAN PORT HOTEL LTD. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (GENERAL MANAGER, LIQUOR CONTROL AND LICENSING BRANCH), 781.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Droits à l'égalité — Renseignements relatifs à l'emploi — Antécédents judiciaires — Candidat à la magistrature — La procédure intentée contre le juge concerné porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité garantis par la Charte canadienne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

THERRIEN (RE), 3.

2. Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale prévoyant la destitution d'un juge d'une cour provinciale sans adresse parlementaire — La loi provinciale est-elle conforme aux exigences de l'indépendance judiciaire? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

THERRIEN (RE), 3.

3. Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale prévoyant que le gouvernement ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel à la suite d'une requête du ministre de la Justice — La fonction judiciaire est-elle à l'abri de toute intervention discrétionnaire de la part de l'exécutif? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

THERRIEN (RE), 3.

4. Charte des droits — Justice fondamentale — La règle de common law sur le secret des délibérations du jury et la disposition du Code criminel interdisant aux jurés de divulguer tout renseignement relatif aux « délibérations du jury » sont-elles compatibles avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 649.

R. C. PAN; R. C. SAWYER, 344.

DROIT CRIMINEL

1. Effet de l'octroi d'un pardon — Sens et portée du pardon obtenu en vertu de la Loi sur le casier judiciaire — Un pardon anéantit-il rétroactivement une condamnation? — Loi sur le casier judiciaire, S.R.C. 1970 (1er suppl.), ch. 12, art. 5.

THERRIEN (RE), 3.

DROIT CRIMINEL—Fin

2. Abus de procédure — Justice fondamentale — Double incrimination — L'annulation du deuxième procès de l'accusé était-elle justifiée? — L'arrêt des procédures aurait-il dû être ordonné dès le début du troisième procès de l'accusé? — La tenue du troisième procès a-t-elle contrevenu au principe de la protection contre la double incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11h).

R. C. PAN; R. C. SAWYER, 344.

3. Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

R. C. PAN; R. C. SAWYER, 344.

4. Jurys — Divulgation des délibérations du jury — Disposition du Code criminel interdisant la divulgation de tout renseignement relatif aux « délibérations du jury », sauf dans le cadre de procédures judiciaires intentées contre un juré pour entrave à la justice — Cette disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 649.

R. C. PAN; R. C. SAWYER, 344.

5. Jurys — Règle sur le secret des délibérations du jury — Règle de common law sur le secret des délibérations du jury établissant que tout élément de preuve relatif aux délibérations du jury est inadmissible en appel pour contester le verdict du jury — Cette règle est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. PAN; R. C. SAWYER, 344.

6. Éléments de l'infraction — Meurtre au premier degré par imputation — L'article 231(5) du Code criminel exige-t-il que la victime du meurtre et la victime de l'infraction en question soient la même personne? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).

R. C. RUSSELL, 804.

7. Enquête préliminaire — Certiorari — Le renvoi à procès d'un accusé par le juge de l'enquête préliminaire est-il susceptible de révision par voie de certiorari lorsqu'il est allégué que le juge a commis une erreur lorsqu'il a énoncé les éléments de l'infraction?

R. C. RUSSELL, 804.

8. Enquête préliminaire — Preuve exculpatoire — Le juge présidant l'enquête préliminaire est-il tenu de soupeser la preuve présentée par le ministère public par rapport à la preuve exculpatoire déposée par l'accusé?

R. C. ARCURI, 828.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Obligation alimentaire entre conjoints — Modification lors de la retraite — Double indemnisation — Revenu provenant de la pension de retraite — Le conjoint débiteur à la retraite a-t-il le droit de demander la réduction de son obligation alimentaire envers un ex-conjoint en raison du fait que la pension de retraite qu'il reçoit maintenant a déjà fait partie de l'égalisation des biens matrimoniaux? — Le conjoint qui a reçu des biens en échange de la valeur capitalisée de la pension de retraite de l'autre conjoint a-t-il l'obligation d'investir ces biens de manière à produire un revenu? — Si les biens ne sont pas investis, la cour devrait-elle attribuer au conjoint un revenu en fonction de ce que ces biens pourraient produire s'ils avaient été investis et réduire en conséquence l'obligation alimentaire envers ce conjoint?

BOSTON C. BOSTON, 413.

2. Garde et accès — Norme d'examen en appel — Litige entre une mère célibataire de race blanche et le père afro-américain au sujet de la garde d'un enfant de quatre ans — La mère a obtenu la garde exclusive au procès — Le père et sa femme ont obtenu la garde en appel — La Cour d'appel a-t-elle appliqué la norme appropriée d'examen en appel? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur importante ou négligé de prendre en considération des preuves importantes? — Importance de la race dans la décision touchant la garde d'un enfant ayant un patrimoine racial mixte — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 24(1).

VAN DE PERRE C. EDWARDS, 1014.

DROIT DU TRAVAIL

1. Accréditation — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance de l'entretien ménager — Requête en révocation de l'accréditation — Intérêt requis — L'ancien employeur a-t-il l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation de l'accréditation malgré l'absence de salariés? — Dans l'affirmative, l'accréditation de l'ancien employeur peut-elle être révoquée pendant la durée de la concession? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 41.

IVANHOE INC. C. TUAC, SECTION LOCALE 500, 565.

2. Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance de l'entretien ménager — Définition d'entreprise — Lien de droit entre employeurs successifs — Degré d'autonomie accordé aux sous-traitants — Théorie de la rétrocession — Contrat d'entretien ménager octroyé à de nouveaux sous-traitants — Décision du commissaire du travail concluant à l'existence d'une concession partielle d'entreprise et transférant l'accréditation mais non la convention collective aux nouveaux sous-traitants — Le commissaire a-t-il adopté une conception fonctionnelle de l'entreprise et rejeté l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur? — Le commissaire peut-il transférer l'accréditation et refuser le transfert de la convention collective? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45.

IVANHOE INC. C. TUAC, SECTION LOCALE 500, 565.

DROIT DU TRAVAIL—Fin

3. Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance d'un service municipal — Définition d'entreprise — Degré d'autonomie accordé aux sous-traitants — Décision du commissaire du travail concluant à l'existence d'une concession partielle d'entreprise et transférant l'accréditation ainsi que la convention collective aux nouveaux sous-traitants — Quel est le degré d'autonomie nécessaire pour conclure à une concession partielle? — Le commissaire a-t-il adopté une conception fonctionnelle de l'entreprise? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45.

SEPT-ÎLES (VILLE) C. QUÉBEC (TRIBUNAL DU TRAVAIL), 670.

DROIT MUNICIPAL

1. Règlements — Réglementation et restriction de l'utilisation des pesticides — Adoption par la Ville d'un règlement limitant l'utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et à des activités énumérées — La Ville avait-elle le pouvoir légal d'adopter le règlement? — Le règlement a-t-il été rendu inopérant du fait de son incompatibilité avec la législation fédérale ou provinciale? — Règlement 270 de la ville de Hudson — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 410(1).

114957 CANADA LTÉE (SPRAYTECH, SOCIÉTÉ D'ARROSAGE) C. HUDSON (VILLE), 241.

2. Règlements de zonage — Portée des droits acquis — Usage dérogatoire légal — Définition de l'objet de l'usage préexistant — Changement, extension ou modification de l'usage — Remplacement par le cabaret des chanteurs de musique western par des danseuses nues — Le changement de la forme de divertissement offert constitue-t-il un remplacement illégal de l'usage dérogatoire original par un autre usage dérogatoire? — Le changement de la forme de divertissement offert équivaut-il à une renonciation au droit acquis d'exploiter le cabaret?

SAINT-ROMUALD (VILLE) C. OLIVIER, 898.

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ

1. Congédiement injustifié — Comportement malhonnête — La malhonnêteté d'un employé constitue-t-elle nécessairement, en soi, un motif valable de congédiement sommaire? — La nature et le contexte du comportement malhonnête doivent-ils être pris en considération? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en affirmant au jury que la malhonnêteté de l'employé ne justifierait son congédiement que si elle était « grave au point d'être incompatible avec la relation employeur-employé »? — Norme applicable pour déterminer si et dans quelles circonstances la malhonnêteté constitue un motif valable de congédiement.

MCKINLEY C. BC TEL, 161.

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ—Fin

2. Congédiement injustifié — Verdict du jury — Comportement malhonnête — Jury concluant à l'absence de motif valable de congédiement sommaire — Le verdict du jury est-il raisonnable?

MCKINLEY C. BC TEL, 161.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Déductions — Intérêts — Utilisation par un contribuable de son avoir dans un cabinet d'avocats pour acheter une maison et rétablissement ultérieur de cet avoir au moyen d'un emprunt — Les intérêts payés sur l'argent emprunté sont-ils déductibles? — L'argent emprunté a-t-il été « utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise »? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

SINGLETON C. CANADA, 1046.

2. Déductions — Intérêts — Critère juridique de déductibilité des intérêts — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

ENTREPRISES LUDCO LTÉE C. CANADA, 1082.

3. Déductions — Intérêts — Déduction par les contribuables des intérêts payés sur un emprunt utilisé pour acheter des actions de sociétés étrangères — Durant la période où ils ont détenu les actions, les contribuables ont reçu 600 000 $ en dividendes et fait des frais d'intérêt de 6 millions de dollars — Ces intérêts sont-ils déductibles? — L'argent emprunté a-t-il été « utilisé en vue de tirer un revenu »? — Concepts de « fin » et de « revenu » — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

ENTREPRISES LUDCO LTÉE C. CANADA, 1082.

4. Déductions — Intérêts — Déduction par la société contribuable des intérêts payés sur un emprunt utilisé pour acheter des actions de sociétés étrangères — Disposition des actions par voie de transfert libre d'impôt — Le contribuable a-t-il le droit de déduire les frais d'intérêt faits après le transfert libre d'impôt? — Le contribuable a-t-il établi l'existence d'un lien entre le bien initial dont l'utilisation était admissible et le bien actuel dont l'utilisation est admissible? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)c)(i).

ENTREPRISES LUDCO LTÉE C. CANADA, 1082.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Chose jugée — Conditions — Légalité d'une sentence arbitrale contestée par un salarié — Rejet par la Cour supérieure de la requête en révision judiciaire de la sentence arbitrale présentée par

JUGEMENTS ET ORDONNANCES—Fin

le salarié vu l'absence d'intérêt requis pour intenter une telle procédure — Salarié intentant par la suite une action directe en nullité contre la sentence arbitrale — Le principe de la chose jugée interdit-il l'introduction d'une nouvelle instance?

NOËL C. SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DE LA BAIE JAMES, 207.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Droits à l'égalité — Renseignements relatifs à l'emploi — Antécédents judiciaires — Candidat à la magistrature — Le comité de sélection peut-il questionner un candidat sur ses antécédents judiciaires? — Cette question porte-t-elle atteinte aux dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 18.1, 18.2, 20.

THERRIEN (RE), 3.

PÊCHE

Confiscation du produit de la vente d'un bateau de pêche — Étendue du pouvoir d'ordonner la confiscation du produit de la vente — La rétention continue d'un bateau saisi constitue-t-elle une condition préalable au prononcé d'une ordonnance de confiscation en vertu de l'art. 72(1) de la Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14?

R. C. ULYBEL ENTERPRISES LTD., 867.

PRATIQUE

Recours collectifs — Action intentée pour manquement à des obligations fiduciaires et mauvaise gestion de fonds — Requête en radiation d'une demande visant à poursuivre en qualité de représentants — Les conditions du recours collectif sont-elles réunies? — Le recours collectif doit-il être autorisé? — Les défendeurs peuvent-ils procéder à l'examen et à l'interrogatoire préalable de chaque membre du groupe? — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règle 42.

WESTERN CANADIAN SHOPPING CENTRES INC. C. DUTTON, 534.

PRESCRIPTION

Autorités publiques — Jugement sommaire — Action contre la Couronne provinciale pour dommages causés à l'environnement par des résidus d'asphalte enfouis dans des terres agricoles — Résidus produits par la reconstruction d'une route — Jugement sommaire déclarant l'action prescrite — Le délai de prescription de six mois de la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public s'applique-t-il? — Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7(1) — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(1)g).

BERENDSEN C. ONTARIO, 849.

PROCÉDURE CIVILE

1. Action directe en nullité — Intérêt pour agir — Relations de travail — Salarié congédié par son employeur — Rejet par l'arbitre du grief contestant le congédiement — Refus du syndicat de porter l'affaire devant la Cour supérieure — Le salarié a-t-il l'intérêt requis pour intenter une action directe en nullité contre la sentence arbitrale? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 55.

NOËL C. SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DE LA BAIE JAMES, 207.

2. Droit d'une personne d'assurer elle-même sa représentation devant un tribunal — Intimés concluant un contrat avec un club juridique prévoyant l'octroi par un non-avocat d'un service de préparation et de rédaction de procédures judiciaires moyennant rémunération — Contrat conclu à l'encontre des dispositions de la Loi sur le Barreau concernant l'exercice de la profession d'avocat — La nullité du contrat affecte-t-elle la validité des procédures qui en résultent? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61.

FORTIN C. CHRÉTIEN, 500.

3. Interrogatoire préalable — Confidentialité — L'interrogatoire préalable constitue-t-il une audience de tribunaux au sens de l'art. 13 C.p.c.? — Existe-t-il une règle implicite de confidentialité applicable au contenu des interrogatoires préalables tenus en vertu du Code de procédure civile? — Étendue de la règle de confidentialité.

LAC D'AMIANTE DU QUÉBEC LTÉE C. 2858-0702 QUÉBEC INC., 743.

4. Changement de parties — Jonction d'une partie — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en joignant la femme du père comme partie et corequérante de la garde au cours de l'audition en appel? — British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, règle 15(5).

VAN DE PERRE C. EDWARDS, 1014.

PROCÈS

Preuve — Réouverture du procès pour admettre un nouvel élément de preuve — Juge de première instance refusant de rouvrir

PROCÈS—Fin

le procès pour admettre un nouvel élément de preuve à la suite d'une motion présentée en ce sens après le dépôt des motifs, mais avant l'inscription du jugement formel — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès?

671122 ONTARIO LTD. C. SAGAZ INDUSTRIES CANADA INC., 983.

RELATIONS DE TRAVAIL

Sentence arbitrale — Action directe en nullité — Intérêt pour agir — Obligation de représentation du syndicat — Salarié congédié par son employeur — Rejet par l'arbitre du grief contestant le congédiement — Refus du syndicat de porter l'affaire devant la Cour supérieure — Le salarié a-t-il l'intérêt requis pour intenter une action directe en nullité contre la sentence arbitrale? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 55.

NOËL C. SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DE LA BAIE JAMES, 207.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Médecins et chirurgiens — Utilité d'une intervention chirurgicale — Consentement à l'intervention.

MARCOUX C. BOUCHARD, 726.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Responsabilité du fait d'autrui — Employé par opposition à entrepreneur indépendant — Fournisseur initial subissant des pertes considérables après avoir été remplacé à la suite du versement d'un pot-de-vin dans le cadre d'une opération commerciale d'envergure — La responsabilité du fait d'autrui du fournisseur rival est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de son consultant?

671122 ONTARIO LTD. C. SAGAZ INDUSTRIES CANADA INC., 983.

TRIBUNAUX

1. Compétence — Cour d'appel du Québec — Cour supérieure — Déontologie judiciaire — Cour d'appel saisie d'une requête du ministre de la Justice concernant la destitution d'un juge de la Cour du Québec — Juge concerné présentant en Cour supérieure des requêtes pour faire annuler le rapport du comité d'enquête du Conseil de la magistrature et contester la constitutionnalité d'une disposition d'une loi provinciale — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre ces requêtes? — La Cour d'appel a-t-elle compétence exclusive pour décider de questions de droit et de compétence dans le cadre de l'enquête? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 95.

THERRIEN (RE), 3.

2. Juges — Déontologie judiciaire — Conseil de la magistrature — Compétence — Le Conseil de la magistrature peut-il examiner la conduite d'un juge même si le manquement déontologique est antérieur à sa nomination?

THERRIEN (RE), 3.

3. Juges — Déontologie judiciaire — Sanctions — Destitution d'un juge d'une cour provinciale — Omission d'un juge de révéler ses antécédents judiciaires alors qu'il était candidat au poste de juge — Rapport de la Cour d'appel recommandant la révocation de la commission d'un juge — Cette sanction est-elle appropriée?

THERRIEN (RE), 3.

4. Règles de procédure civile québécoise — Un tribunal québécois peut-il créer une règle positive de procédure civile?

LAC D'AMIANTE DU QUÉBEC LTÉE C. 2858-0702 QUÉBEC INC., 743.

5. Compétence — Cours supérieures — La Cour fédérale du Canada a ordonné la vente d'un navire et a détenu le produit de la vente dans l'exercice de sa compétence en matière d'amirauté — La cour supérieure d'une province peut-elle ordonner la confiscation du produit de la vente d'un navire en vertu de l'art. 72(1) de la Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14?

R. C. ULYBEL ENTERPRISES LTD., 867.

VALEURS MOBILIÈRES

Commission des valeurs mobilières de l'Ontario — Compétence relative à l'intérêt public — Nature et portée de la compétence de la Commission pour intervenir en matière d'intérêt public dans les activités liées aux marchés financiers en Ontario — La décision de la Commission de ne pas exercer en l'espèce sa compétence relative à l'intérêt public était-elle raisonnable? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 127(1), disposition 3.

COMITÉ POUR LE TRAITEMENT ÉGAL DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES DE LA SOCIÉTÉ ASBESTOS LTÉE C. ONTARIO (COMMISSION DES VALEURS MOBILIÈRES), 132.